Droit du travail

Jean-Philippe Dunand
Karine Lempen
Elsa Perdaems

Université de Neuchâtel
Faculté de droit

Université de Genève
Faculté de droit

Droit du travail

Jean-Philippe Dunand
avocat, professeur de droit du travail à l'Université de Neuchâtel

Karine Lempen
professeure de droit du travail à l'Université de Genève

Elsa Perdaems
collaboratrice scientifique à l'Université de Genève

COLLECTION NEUCHÂTELOISE
Helbing Lichtenhahn

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse http://dnb.d-nb.de.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite.

ISBN 978-3-7190- 4392-6

© 2020 Helbing Lichtenhahn, Bâle, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

www.helbing.ch
www.unine.ch/droit

Avant-propos

Cet *Abrégé* trouve son origine dans les supports des cours de droit du travail donnés dans les Universités de Genève (prof. Karine Lempen) et Neuchâtel (prof. Jean-Philippe Dunand). Les textes ont été fondus, entièrement retravaillés et mis à jour, avec la collaboration de Madame Elsa Perdaems.

L'ouvrage présente de manière globale et succinte le droit suisse du travail. A l'aide de nombreux exemples pratiques et de jurisprudences récentes, il traite non seulement des thèmes classiques relatifs au contrat individuel de travail et au droit collectif du travail, mais aborde aussi diverses questions au cœur de l'actualité, comme l'influence du droit européen et du droit de l'OIT sur le droit suisse, les liens entre droit privé et droit public, le devoir d'analyser les salaires à l'aune du principe d'égalité ou encore le droit du travail à l'ère numérique. Il ne prétend toutefois pas à l'exhaustivité, ni quant à la matière traitée, ni quant aux sources utilisées.

Conçu comme support de cours, cet *Abrégé* est destiné en premier lieu aux étudiantes et aux étudiants. Nous espérons qu'il puisse être utile, plus largement, à toutes les personnes pratiquant ou intéressées au droit du travail et à ses évolutions.

Le présent ouvrage s'inscrit aussi dans le cadre d'une collaboration entre le Centre d'étude des relations de travail de l'Université de Neuchâtel (CERT) et le Pôle Berenstein pour le droit du travail et la sécurité sociale de l'Université de Genève. Sa réalisation a été en partie financée par le Fonds Berenstein de cette université. Nous tenons à remercier les professeures Stéphanie Dagron et Anne-Sylvie Dupont de ce généreux soutien.

Nous souhaitons exprimer notre reconnaissance à Mmes Julie Udry, assistante à la Faculté de droit de l'Université de Genève, et Camille Zimmermann, assistante-doctorante à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, qui ont contribué aux travaux finaux de relecture avec une grande efficacité. Notre gratitude va également à Mme Sylvia Staehli, assistante de direction à l'Université de Neuchâtel ; nous avons eu la chance de bénéficier de son soutien éditorial expérimenté tout au long du projet. Enfin, nous adressons nos remerciements à M. Jérôme Voumard, directeur éditorial auprès des éditions Helbing.

Avant-propos

L'*Abrégé* expose le droit en vigueur au 1er juillet 2020. Les derniers mois ont été marqués par la pandémie de Covid-19 et par l'adoption de plusieurs ordonnances fédérales, dont certaines ont trait aux relations de travail. Eu égard à la durée de validité limitée de ces textes, nous avons pris le parti de ne pas les présenter ici et de mettre plutôt l'accent sur la façon dont les principes généraux de droit du travail s'appliquent en temps de pandémie.

Neuchâtel, Genève, juillet 2020

Jean-Philippe Dunand
Karine Lempen
Elsa Perdaems

Table des matières

Avant-propos ..... **V**

Table des matières ..... **VII**

Bibliographie générale ..... **XIII**

Liste des abréviations ..... **XV**

Plan général de l'Abrégé **1**

Partie I
Fondements et sources **3**

Chapitre 1 Notion de droit du travail **3**

Chapitre 2 Sources du droit du travail dans l'ordre juridique suisse **7**

2.1 Droit international 7
2.1.1 Instruments de l'ONU 8
2.1.2 Instruments de l'OIT 9
2.1.3 Instruments européens 10
2.2 Constitution fédérale 11
2.3 Lois fédérales 12
2.4 Droit cantonal 16
2.4.1 Compétences propres 16
2.4.2 Compétences d'exécution 18
2.5 Conventions collectives de travail 20
2.6 Contrats-types de travail 22
2.7 Directives et règlements 24
2.8 Contrats individuels de travail 25
2.9 Usages 27
2.10 Jurisprudence 28

Chapitre 3 Droit public et droit privé du travail **33**

3.1 Constitution et droit privé 34
3.2 Liens entre législation de droit public et de droit privé 35
3.2.1 Réserve en faveur du droit public de protection des travailleurs et travailleuses 36
3.2.2 Droit d'agir devant les juridictions civiles 38
3.2.3 Législations « hybrides » 40

3.3 Secteur public et secteur privé 41
3.3.1 Régimes distincts 42
3.3.2 Privatisation du droit de la fonction publique 43
3.3.3 Publicisation du droit privé du travail 46

Chapitre 4 Droit interne et droit international 51

4.1 Emploi de main-d'œuvre étrangère 51
4.2 Droit applicable dans les situations internationales 55
4.3 Influence du droit de l'Union européenne 58
4.4 Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 62
4.5 Droit de l'Organisation internationale du travail 64

Chapitre 5 Quelques repères historiques 69

5.1 Bref survol 69
5.1.1 Contrat de louage à Rome 69
5.1.2 Régime des corporations 71
5.1.3 Impacts de la Révolution française et de la première révolution industrielle 72
5.1.4 Numérisation de l'économie et droit du travail 73
5.2 Développement du droit du travail en Suisse 76
5.2.1 Législation sur le travail 76
5.2.2 Code des obligations 77

Partie II
Législations sur le travail et sur l'égalité 79

Chapitre 1 Législation sur le travail 79

1.1. Sources 80
1.2 Champ d'application 84
1.2.1 Quant aux entreprises 85
1.2.2 Quant aux personnes 89
1.3 Protection de la santé et approbation des plans 91
1.3.1 Protection de la santé 91
1.3.2 Approbation des plans et autorisation d'exploiter 96
1.4 Durée du travail et du repos 97
1.4.1 Durée du travail 98
1.4.2 Durée du repos 102
1.5 Dispositions spéciales de protection 109
1.5.1 Jeunes gens 109
1.5.2 Femmes enceintes et mères qui allaitent 112
1.5.3 Personnel ayant des responsabilités familiales 115
1.6 Règlement d'entreprise 116

1.7 Exécution de la loi 119
1.7.1 Attributions des autorités 119
1.7.2 Obligations de la partie employeuse (et du personnel) 121
1.7.3 Mesures administratives et sanctions pénales 126

Chapitre 2 Législation sur l'égalité 131

2.1 Sources 131
2.2 Buts et champ d'application 133
2.3 Interdiction de discriminer 136
2.4 Allègement du fardeau de la preuve 140
2.5 Droits des personnes employées et des organisations 142
2.5.1 Actions en protection de la personnalité 143
2.5.2 Actions en paiement 144
2.5.3 Réserve des actions du droit commun 146
2.5.4 Qualité pour agir des associations 147
2.6 Règles spécifiques de procédure 148
2.6.1 Rapports de travail régis par le CO 148
2.6.2 Rapports de travail régis par le droit public 149
2.7 Analyse de l'égalité des salaires et vérification 151

Partie III
Contrat individuel de travail 155

Chapitre 1 Définition et formation du contrat (art. 319 à 321 CO) 155

1.1 Définition 155
1.2 Formation du contrat 162
1.3 Les contrats de travail individuels spéciaux 165

Chapitre 2 Devoirs de la personne salariée (art. 321 à 321e CO) 169

2.1 Devoir de fidélité et de diligence (art. 321a, 321b et 321d CO) 169
2.1.1 Devoir général 169
2.1.2 Devoirs spécifiques 175
2.2 Devoir de réaliser des heures supplémentaires, limites imposées par la LTr et compensation (art. 321c CO et art. 9 à 13 LTr) 184
2.2.1 Régime de droit privé 185
2.2.2 Régime de droit public : le travail supplémentaire (art. 9 ss LTr) 189
2.2.3 Règles de mise en oeuvre 191
2.3 Responsabilité de la personne salariée (art. 321e CO) 193

Chapitre 3 Devoirs de la partie employeuse (art. 322 à 330a CO) 199

3.1 Rémunération (art. 322 à 322d CO) 199
3.1.1 Quatre formes légales de rémunération 199
3.1.2 Distinction entre salaire et gratification 204

3.1.3 Protection de la personnalité et contre la discrimination 211
3.1.4 Modification de la rémunération 214
3.1.5 Utilisation du salaire 215
3.1.6 Moyens d'action en cas d'inexécution 216
3.2 Salaire en cas d'empêchement de travailler (art. 324 à 324b CO) 216
3.2.1 Demeure de la partie employeuse 216
3.2.2 Salaire en cas d'empêchement de travailler pour une cause inhérente à la personne (art. 324a/324b CO) 219
3.2.2.1 Régime de base (art. 324 al. 1 à 3 CO) 220
3.3.2.2 Régime conventionnel (art. 324 al. 2 et 4 CO) 226
3.2.2.3 Régime de l'assurance obligatoire (art. 324b CO) 229
3.2.2.4 Coordination entre les régimes 231
3.2.2.5 Règles spéciales (art. 35 et 35b LTr) 232
3.3 Protection de la personnalité et de la santé (art. 328, 328b CO, art. 6 LTr et LEg) 233
3.3.1 Généralités 233
3.3.2 Egalité de traitement 238
3.3.3 Protection contre le harcèlement psychologique ou sexuel 239
3.3.4 Protection des données 244
3.4 Congés et vacances (art. 329 à 329f CO) 248
3.4.1 Congés 248
3.4.2 Vacances 252
3.5 Certificat de travail (art. 330a CO) 260

Chapitre 4 Fin des rapports de travail (art. 334 ss CO) 267

4.1 Temps d'essai 267
4.2 Extinction des contrats de durée déterminée (art. 334 CO) 270
4.3 Extinction ordinaire des contrats de durée indéterminée (art. 335 à 335c CO) 273
4.4 Protection contre les congés abusifs (art. 336 à 336b CO et LEg) 280
4.4.1 Généralités 280
4.4.2 Champ d'application 280
4.4.3 Motif abusif 281
4.4.4 Cas particulier du congé-modification 288
4.4.5 Preuve 289
4.4.6 Indemnités 289
4.5 Protection contre les congés donnés en temps inopportun (art. 336c et 336d CO) 296
4.6 Résiliation avec effet immédiat 306
4.6.1 Généralités 306
4.6.2 Rapports entre les différentes protections contre la résiliation 307
4.6.3 Résiliation ou abandon de poste ? 308
4.6.4 Conditions 310

4.6.5 Effets 315
4.6.6 Preuve 318

Partie IV
Droit collectif du travail 321

Chapitre 1 Introduction 321

Chapitre 2 Liberté syndicale 325

2.1 Sources 325
2.2 Liberté syndicale individuelle 330
2.3 Liberté syndicale collective 331
2.4 Droit de grève 341

Chapitre 3 Conventions collectives de travail 351

3.1 Définition, nature et forme de la CCT 351
3.2 Parties à la CCT et personnes liées 352
3.3 Types de normes dans les CCT 357
3.4 Champ d'application de la CCT 359
3.5 Effets de la CCT 365
3.6 Sanctions en cas de violation de la CCT 374
3.7 Procédure 375
3.8 Liberté syndicale, liberté d'exercer une profession et clauses des CCT 375

Chapitre 4 Contrats-types de travail 379

4.1 Généralités 379
4.2 Deux régimes de CTT 379
4.2.1 Régime commun 380
4.2.2 Régime renforcé 382

Chapitre 5 Participation 387

5.1 Généralités 387
5.2 La loi fédérale sur la participation (LParticipation) 387
5.3 Participation et licenciements collectifs (art. 335 à 335g CO) 394
5.4 Participation et plans sociaux (art. 335h à 335k CO) 398
5.5 Participation et transfert des rapports de travail (art. 333 à 333b CO) 403

Partie V
Eléments de procédure civile 409

Chapitre 1 Sources 409

Chapitre 2 Litiges de droit du travail 415

Chapitre 3 Compétences des juridictions 421

3.1 A raison du lieu 421
3.2 A raison de la matière 426
3.3 A raison de la valeur litigieuse 429
3.4 Immunités de juridiction 433

Chapitre 4 Déroulement du procès 437

4.1 Procédure applicable 437
4.2 Frais et dépens 439
4.3 Etablissement des faits 442

Chapitre 5 Prescription 449

Chapitre 6 Voies de droit 457

Chapitre 7 Arbitrage 461

Index 465

Collection neuchâteloise « Les abrégés » 491

Bibliographie générale

ANDERMATT/BIANCHI/BRUCHEZ et al., Droit collectif du travail, Bâle 2010.

AUBERT, Art. 319-362 CO, in : Thévenoz/Werro (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1 – 529 CO, 2e éd., Bâle 2012 (cité : CR/CO-AUTEUR).

AUBERT/LEMPEN (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 (cité : C/LEg-AUTEUR).

BERENSTEIN/MAHON/DUNAND, Labour law in Switzerland, 3e éd., Berne 2018.

BLESI/PIETRUSZAK/WILDHABER (édit.), ArG-Arbeitsgesetz, Bâle 2018.

BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, Commentaire du contrat de travail, 4e éd. entièrement mise à jour et complétée, du commentaire Brunner/Bühler/ Waeber/Bruchez, Lausanne 2019.

BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag : Kommentar zu den Art. 319-343 OR, 3e éd., Bâle 2014.

CARRUZZO, Le contrat individuel de travail – Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zurich/Bâle/Genève 2009.

DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Bâle 2011.

DUNAND/MAHON (édit.), Commentaire du contrat de travail (Commentaire Stämpfli), Berne 2013 (cité : CS/CIT-AUTEUR).

GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4e éd., Berne 2019.

GEISER/VON KAENEL/WYLER (édit.), Loi sur le travail : loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, Berne 2005.

KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2e éd., Bâle 2009 (cité : K/GlG-AUTEUR).

MÜLLER/MADUZ, ArG Kommentar : Arbeitsgesetz mit weiteren Erlassen im Bereich Arbeitsschutz, Zurich 2017.

PÄRLI, Entsendegesetz, Handkommentar, Berne 2018 (cité : SHK-EntsG-AUTEUR).

PORTMANN/RUDOLPH, Art. 319-362, in : Widmer Lüchinger/Oser (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 7e éd., Bâle 2019 (cité : BSK-OR-AUTEUR).

PORTMANN/WILDHABER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4e éd., Zurich/Saint-Gall 2020.

REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319-330b, in : Hausheer/Walter (édit.), Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag : Der Einzelarbeitsvertrag, Art. 319 – 330b OR, 2e éd., Berne 2010.

REHBINDER/STÖCKLI, Art. 331-362, in : Hausheer/Walter (édit.), Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag : Art. 331 – 355 und Art. 361 – 362 OR, 2e éd., Berne 2014 (cité : BK/OR-AUTEUR).

STAEHELIN, Art. 319-330a, in : Gauch/Schmid (édit.), Zürcher Kommentar, Art. 319 – 330a OR : Der Arbeitsvertrag, 4e éd., Zurich 2006.

STAEHELIN, Art. 330b-355 OR, Art. 361-362 OR, in : Gauch/Schmid (édit.), Zürcher Kommentar, Art. 330b-355 OR, Art. 361-362 OR : Der Arbeitsvertrag, 4e éd., Zurich 2014 (cité : ZK/OR-AUTEUR).

STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012.

VISCHER/ALBRECHT, Art. 356-360f OR, in : Gauch/Schmid (édit.), Zürcher Kommentar, Art. 356-360f OR : Der Arbeitsvertrag, Art. 356-360f OR, 4e éd., Zurich 2006 (cité : ZK/OR-AUTEUR).

VISCHER/MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, Bâle 2014.

WITZIG, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018.

WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4e éd., Berne 2019.

Liste des abréviations

3D	Trois dimensions ou tridimensionnel
Abs.	Absatz
ACCT-mpr/VD	Arrêté vaudois établissant un contrat type pour le personnel des ménages privés du 18 janvier 2006 (ACCT-mpr, RS/VD 222.105.1)
AELE	Association européenne de libre-échange, Convention instituant l'Association Européenne de Libre-Echange du 4 janvier 1960 (AELE, RS 0.632.31)
AI	Assurance invalidité
al.	Alinéa
ALCP	Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999 (ALCP, RS 0.142.112.681)
ArbR	Mitteilung des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
ArG	= LTr
art.	Article
Art.	Artikel
ARV	= DTA
ASDPO	Association Suisse des Délégués à la Protection des Données
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
AVS	Assurance vieillesse et survivant
BGBl.	Bundesgesetzblattes
BGE	= ATF
BIT	Bureau international du Travail
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK/OR	Berner Kommentar Obligationenrecht

BSK-OR	Basler Kommentar Obligationenrecht I
BV	= Cst.
c.	Contre
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210)
CCNT	Convention collective de travail pour l'hôtellerie-restauration suisse
CCT	Convention collective de travail
CCT-SOR	CCT du second oeuvre romand
CDE	Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (CDE, RS 0.107)
CDI	Contrat à durée indéterminée
CDPH	Convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006 (CDPH, RS 0.109)
CE	Documents électroniques publiés entre 1999 et 2014 sur la base de données de législation européenne
CEACR	Commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations de l'OIT
CEDEF	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 (CEDEF, RS 0.108)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme, CEDH, RS 0.101)
CEDPJ/VD	Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 (CEDPJ, RS/VD 211.02)
CEDR	Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 (CEDR, RS 0.104)
cf.	Confer
CF	Conseil fédéral
CFF	Chemins de fer fédéraux suisses

CFST	Commission fédérale de coordination pour la sécurité au travail
ch.	Chiffre
CHF	Franc suisse
CIT	Contrat individuel du travail
CL	Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007 (Convention de Lugano, CL, RS 0.275.12)
C/LEg	Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité
CLS	Comité de la liberté syndicale
CN	Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse
CNUIJE	Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens du 2 décembre 2004 (CNUIJE, FF 2009 1481)
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations) (CO, RS 220)
Comité DESC	Comité des droits économiques, sociaux et culturels
consid.	Considérant
CourEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Covid-19	*Corona Virus Disease* apparu en 2019
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP, RS 311.0)
CPB	CCT relative aux conditions de travail du personnel bancaire
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC, RS 272)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (Code de procédure pénale, CPP, RS 312.0)
CR/CO	Commentaire Romand du Code des obligations I
CRCT	Chambre des relations collectives de travail
CS/CIT	Commentaire Stämpfli du contrat de travail

Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101)
Cst./GE	Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst-GE, RS/GE A 2 00)
Cst./NE	Constitution de la République et Canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000 (Cst. NE, RS/NE 101)
CTT	Contrats-types de travail
CTT-Agri/GE	Contrat type de travail genevois de l'agriculture du 13 décembre 2011 (CTT-Agri, RS/GE J 1 50.09)
CTT-Agri/NE	Arrêté neuchâtelois concernant le contrat type de travail pour l'agriculture du 27 novembre 2002 (CTT-Agri, RS/NE 225.43)
CTT-CD/GE	Contrat type de travail avec salaires minimaux impératifs pour le secteur du commerce de détail du 13 juin 2017 (CTT-CD, RS/GE J 1 50.17)
CTT-Edom/GE	Contrat type de travail avec salaires minimaux impératifs de l'économie domestique du 13 décembre 2011 (CTT-Edom, RS/GE J 1 50.03)
CTT-Esthé/GE	Contrat type de travail avec salaires minimaux impératifs des esthéticiennes du 18 décembre 2012 (CTT-Esthé, RS/GE J 1 50.16)
CTT-Méca/GE	Contrat type de travail avec salaires minimaux impératifs pour le secteur de la mécatronique du 18 octobre 2019 (CTT-Méca, RS/GE J 1 50.07)
CTT-MStands/GE	Contrat type de travail avec salaires minimaux impératifs des monteurs de stands du 14 mars 2014 (CTT-MStands, RS/GE J 1 50.19)
CTT-TCCT/GE	Contrat type de travail avec salaires minimaux impératifs pour le transport de choses pour compte de tiers du 26 novembre 2013 (CTT-TCCT, RS/GE J 1 50.18)
DEFR	Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche
DFJP	Département fédéral de justice et police

DPA	Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (DPA, RS 313.0)
DTA	Revue de droit du travail et d'assurance-chômage
éd.	Edition
édit.	Editeur(s)
EEE	Espace économique européen
EMS	Etablissements médico-sociaux
EPF	Ecoles polytechniques fédérales
EPFL	Ecole polytechnique fédérale de Lausanne
et al.	Et alii
etc.	Et caetera
FF	Feuille fédérale
FOMH	Fédération suisse des ouvriers sur métaux et horlogers
FSA	Fédération suisse des avocat-e-s
GPS	*Global Positioning System* ou Système de géolocalisation par satellite
h	heure
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
JdT	Journal des Tribunaux
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JU-TRAV	Recueil de jugements du droit du travail
K/GlG	Kommentar zum Gleichstellungsgesetz
L	Directive / Législation
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA, RS 832.20)
LAAM	Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire du 3 février 1995 (Loi sur l'armée, LAAM, RS 510.10)
LaCC/GE	Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012 (LaCC, RS/GE E 1 05)

LACI	Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (Loi sur l'assurance-chômage, LACI, RS 837.0)
LACPC/VS	Loi d'application du code de procédure civile suisse du 11 février 2009 (LACPC, RS/VS 270.1)
LAGH	Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 8 octobre 2004 (LAGH, RS 810.12)
LAM	Loi fédérale sur l'assurance militaire du 19 juin 1992 (LAM, RS 833.1)
LAMat/GE	Loi de la République et canton de Genève instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption du 21 avril 2005 (LAMat, RS/GE J 5 07)
LAPG	Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952 (Loi sur les allocations pour perte de gain, LAPG, RS 834.1)
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS, RS 831.10)
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (Loi sur le contrat d'assurance, LCA, RS 221.229.1)
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD, RS 241)
LCo	Loi fédérale sur la procédure de consultation du 18 mars 2005 (Loi sur la consultation, LCo, RS 172.061)
LCRCT	Loi concernant la Chambre des relations collectives de travail du 29 avril 1999 (LCRCT, RS/GE J 1 15)
LcTr/VS	Loi valaisanne cantonale sur le travail du 12 mai 2016 (LcTr, RS/VS 822.1)
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (LDA, RS 231.1)
LDét.	Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail du 8 octobre 1999 (Loi sur les travailleurs détachés, LDét, RS 823.20)

LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP, RS 291)
LDT	Loi fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics du 8 octobre 1971 (loi sur la durée du travail, LDT, RS 822.21)
LECCT	Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956 (LECCT, RS 221.215.311)
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg, RS 151.1)
LEH	Loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte du 22 juin 2007 (loi sur l'Etat hôte, LEH, RS 192.12)
LEI	Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI, RS 142.20)
LEmp/VD	Loi vaudoise sur l'emploi du 5 juillet 2005 (LEmp, RS/VD 822.11)
LEmpl/NE	Loi de la République et canton de Neuchâtel sur l'emploi et l'assurance-chômage du 25 mai 2004 (LEmpl, RS/NE 813.10)
LEMT/FR	Loi fribourgeoise sur l'emploi et le marché du travail du 6 octobre 2010 (LEMT, RS/FR 866.1.1)
let.	Lettre
LFab	Loi fédérale sur le travail dans les fabriques du 18 juin 1914 (RS 821.41)
LFPr	Loi fédérale sur la formation professionnelle du 13 décembre 2002 (LFPr, RS 412.10)
LFus	Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003 (Loi sur la fusion, LFus, RS 221.301)
LHOCom/NE	Loi neuchâteloise sur les heures d'ouverture des commerces du 19 février 2013 (LHOCom, RS/NE 941.011)

LHOM/GE	Loi genevoise sur les heures d'ouverture des magasins du 15 novembre 1968 (LHOM, RS/GE I 1 05)
LiCPC/JU	Loi d'introduction du Code de procédure civile suisse du 16 juin 2010 (LiCPC, RS/JU 271.1)
LI-CPC/NE	Loi d'introduction du code de procédure civile du 27 janvier 2010 (LI-CPC/NE, RS/NE 251.1)
LiCPH/JU	Loi instituant le Conseil des prud'hommes du 30 juin 1983 (LiCPH, RS/JU 182.34)
LiCPM/BE	Loi portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs du 11 juin 2009 (LiCPM, RS/BE 271.1)
LIRT/GE	Loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT, RS/GE J 1 05)
lit.	Littera
LJ/FR	Loi sur la justice du 31 mai 2010 (LJ, RS/FR 130.1)
LJT/VD	Loi sur la juridiction du travail du 12 janvier 2010 (LJT, RS/VD 173.61)
LNM	Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse du 23 septembre 1953 (LNM, RS 747.30)
LOGA	Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 (LOGA, RS 172.010)
LOJ/GE	Loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ, RS/GE E 2 05)
LOJ/JU	Loi d'organisation judiciaire du 23 février 2000 (LOJ, RS/JU 181.1)
LOJM/BE	Loi sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public du 11 juin 2009 (LOJM, RS/BE 161.1)
LOJ/VD	Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 (LOJ, RS/VD 173.01)
LOJ/VS	Loi sur l'organisation de la Justice du 11 février 2009 (LOJ, RS/VS 173.1)

LOM/VS	Loi valaisanne concernant l'ouverture des magasins du 22 mars 2002 (LOM, RS/VS 822.20)
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP, RS 281.1)
LParticipation	Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993 (Loi sur la participation, RS 822.14)
LPD	Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD, RS 235.1)
LPers	Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers, RS 172.220.1)
LPers/FR	Loi sur le personnel de l'Etat du 17 octobre 2001 (LPers, RS/FR 122.70.1)
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA, RS 830.1)
LPP	Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP, RS 831.40)
LSC	Loi fédérale sur le service civil du 6 octobre 1995 (LSC, RS 824.0)
LSE	Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989 (LSE, RS 823.11)
LSIG/GE	Loi sur l'organisation des Services industriels de Genève du 5 octobre 1973 (LSIG, RS/GE L 2 35)
LSR	Loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs du 16 décembre 2005 (Loi sur la surveillance de la révision, LSR, RS 221.302)
LSu	Loi fédérale sur les subventions du 5 octobre 1990 (LSu, RS 616.1)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF, RS 173.110)
LTN	Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 17 juin 2005 (Loi sur le travail au noir, LTN, RS 822.41)

LTPG/GE	Loi sur les Transports publics genevois du 21 novembre 1975 (LTPG, RS/GE H 1 55)
LTPH/GE	Loi sur le tribunal des prud'hommes du 11 février 2010 (LTPH, RS/GE E 3 10)
LTr	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr, RS 822.11)
LTrD	Loi fédérale sur le travail à domicile du 20 mars 1981 (Loi sur le travail à domicile, LTrD, RS 822.31)
LVLeg/VD	Loi d'application dans le Canton de Vaud de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 juin 1996 (LVLeg, RS/VD 173.63)
MBA	*Master of business administration* ou maîtrise en administration des affaires
Msg	Message
N	Numéro(s)
n°	Numéro
NTIC	Nouvelles technologies d'information et de communication
OASA	Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA, RS 142.201)
O-cadre LPers	Ordonnance-cadre relative à la loi sur le personnel de la Confédération du 20 décembre 2000 (Ordonnance-cadre LPers, RS 172.220.11)
ODPr	Ordonnance sur les conditions d'entrée, de séjour et de travail des domestiques privés des personnes bénéficiaires de privilèges, d'immunités et de facilités du 6 juin 2011 (ordonnance sur les domestiques privés, ODPr, RS 192.126)
OFCMCCT	Loi fédérale concernant l'Office fédéral de conciliation en matière de conflits collectifs du travail du 12 février 1949 (RS, 821.42)
OFJ	Office fédéral de la justice
OIT	Organisation internationale du travail

OJN/NE	Loi d'organisation judiciaire neuchâteloise du 27 janvier 2010 (OJN, RS/NE 161.1)
OLAA	Ordonnance sur l'assurance-accidents du 20 décembre 1982 (OLAA, RS 832.202).
OLCP	Ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes du 22 mai 2002 (OLCP, RS 142.203)
OLDT	Ordonnance sur le travail dans les entreprises de transports publics du 29 août 2018 (ordonnance relative à la loi sur la durée du travail, OLDT, RS 822.211)
OLEH	Ordonnance relative à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte du 7 décembre 2007 (ordonnance sur l'Etat hôte, OLEH, RS 192.121)
OLT 1	Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT 1, RS 822.111)
OLT 2	Ordonnance 2 relative à la loi sur le travail (Dispositions spéciales pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs) du 10 mai 2000 (OLT 2, RS 822.112)
OLT 3	Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail (Protection de la santé) du 18 août 1993 (OLT 3, RS 822.113)
OLT 4	Ordonnance 4 relative à la loi sur le travail (Entreprises industrielles, approbation des plans et autorisation d'exploiter) du 18 août 1993 (OLT 4, RS 822.114)
OLT 5	Ordonnance 5 relative à la loi sur le travail du 28 septembre 2007 (ordonnance sur la protection des jeunes travailleurs, OLT 5, RS 822.115)
ONU	Organisation des Nations Unies
OPA	Ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles du 19 décembre 1983 (ordonnance sur la prévention des accidents, OPA, RS 832.30)
OPers	Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001 (OPers, RS 172.220.111.3)

OProMa	Ordonnance du DEFR sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité du 20 mars 2001 (Ordonnance sur la protection de la maternité, RS 822.111.52)
OPTP	Ordonnance sur la protection contre le tabagisme passif du 28 octobre 2009 (OPTP, RS 818.311)
OR	= CO
ORAb	Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse du 20 novembre 2013 (ORAb, RS 221.331)
OSE	Ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services du 16 janvier 1991 (Ordonnance sur le service de l'emploi, OSE, RS 823.111)
OTR 1	Ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles du 19 juin 1995 (ordonnance sur les chauffeurs, OTR 1, RS 822.221)
OTR 2	Ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules légers affectés au transport de personnes et voitures de tourisme lourdes du 6 mai 1981 (OTR 2, RS 822.222)
OTConst	Ordonnance sur la sécurité et la protection de la santé des travailleurs dans les travaux de construction du 29 juin 2005 (ordonnance sur les travaux de construction, OTConst, RS 832.311.141)
p.	Page(s)
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA, RS 172.021)
Pacte ONU I	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 (Pacte ONU I, RS 0.103.1)
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte ONU II, RS 0.103.2)
P-CO	Projet de loi fédérale modifiant le Code des obligations
p. ex.	Par exemple

PFPDT	Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence
PJA	Pratique juridique actuelle
pp.	Pages
RAPG	Règlement sur les allocations pour perte de gain du 24 novembre 2004 (RAPG, RS 834.11)
RCRCT	Règlement d'application de la loi concernant la Chambre des relations collectives de travail du 7 juillet 1999 (RCRCT, RS/GE J 1 15.01)
RDS	Revue de droit suisse
RGPD	Règlement (UE) 2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données du 27 avril 2016 (RGPD, Journal officiel de l'Union européenne L 119)
RHOM/LA	Règlement de la commune de Lausanne sur les heures d'ouverture et de fermeture des magasins du 13 juin 1967 (RHOM, RS/LA 24)
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RO	Recueil officiel
ROr CS/BE	Règlement d'organisation de la Cour suprême du 23 décembre 2010 (ROr CS, RS/BE 162.11)
RP	Registre professionnel
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue Suisse de Jurisprudence
RTC/FR	Règlement du Tribunal cantonal précisant son organisation et son fonctionnement du 22 novembre 2012 (RTC, RS/FR 131.11)
RTFMC/GE	Règlement fixant le tarif des frais en matière civile du 22 décembre 2010 (RTFMC, RS/GE E 1 05.10)
RTS	Radio télévision suisse
SAP	Syndicat autonome des postiers
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie

SHK-EntsG	Stämpflis Handkommentar Entsendegesetz
SJ	Semaine Judiciaire
SMS	*Short Message Service* ou courts messages textuels
s.	Et suivant/e
ss	Et suivants
SSP	Syndicat des services publics
StF	Ancienne loi fédérale sur le statut des fonctionnaires du 30 juin 1927 (StF, RO 43.459)
SUVA	Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
UE	Union européenne
UP EPF	Union du personnel des Ecoles polytechniques fédérales
USS	Union syndicale suisse
VPN	*Virtual private Network* ou réseau privé virtuel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZK	Zivilkammern
ZK/OR	Zürcher Kommentar Obligationenrecht

Plan général de l'Abrégé

Dans cet *Abrégé*, nous souhaitons présenter de manière globale et succincte les divers aspects du droit suisse du travail. L'ouvrage comporte cinq parties. Après une introduction générale consacrée aux fondements et aux sources du droit du travail (**Partie I**), nous traiterons des législations sur le travail et sur l'égalité (**Partie II**). Nous analyserons ensuite les dispositions du code des obligations sur le contrat individuel de travail (**Partie III**). Nous mettrons également en perspective les contours du droit collectif du travail (**Partie IV**), puis terminerons par quelques éléments de procédure civile (**Partie V**).

Partie I Fondements et sources

1. **Plan.** La première partie de cet *Abrégé* est consacrée à une introduction générale dans laquelle nous traiterons de la notion (**chapitre 1**) et des sources du droit du travail (**chapitre 2**), puis des liens entre droit privé et droit public du travail (**chapitre 3**) et entre droit interne et droit international du travail (**chapitre 4**). Elle se terminera par quelques repères historiques (**chapitre 5**).

Chapitre 1 Notion de droit du travail

2. **Définitions.** D'origine incertaine, le mot « travail » désigne le labeur, l'effort ou l'application qu'une personne met dans une activité. On parle de « travaux forcés », de « travaux préparatoires » ou encore du travail de la femme enceinte lors de l'accouchement. Dans une acception plus juridique, on entend par travail, toute activité humaine comprenant une prestation positive déterminée, de nature physique et/ou intellectuelle, fournie par une partie salariée en faveur d'une partie employeuse. L'activité est déployée de manière dépendante, sous la direction et les instructions de la partie employeuse (rapport de subordination), laquelle verse en contrepartie une rémunération sous la forme d'un salaire.

Au sens large, le droit du travail comprend l'ensemble des règles juridiques qui régissent les rapports de travail, c'est-à-dire les relations juridiques entre les parties salariées et les parties employeuses, ainsi qu'entre leurs groupements (organisations, associations), quels que soient le statut de la partie employeuse et la nature des relations qui l'unissent à la partie salariée (secteur privé ou fonction publique).

3. **Branche indépendante.** Si la pratique judiciaire, notamment par l'existence des juridictions prud'homales et de règles spécifiques de procédure, avait identifié depuis longtemps le droit du travail comme une matière spécifique, il n'en avait pas été ainsi dans les milieux académiques. En effet, le droit du travail y était tantôt étudié comme un simple rapport contractuel intégré au droit des obligations (tradition allemande), tantôt

comme un droit au caractère protecteur intégré au droit social (tradition française).

Depuis quelques décennies, le droit du travail est toutefois largement reconnu dans notre pays comme une branche à part entière, autant dans l'enseignement universitaire que dans la science et la pratique juridiques. Aujourd'hui, on ne compte plus les cours, séminaires, colloques et autres formations continues, ni les publications doctrinales diverses et les revues spécialisées qui lui sont consacrés. Il existe désormais des avocates et des avocats spécialistes en droit du travail, selon un titre décerné par la Fédération suisse des avocat-e-s (FSA) suite à une formation donnée dans les Universités.

4. **Caractéristiques.** Le droit du travail a un vaste périmètre et des caractéristiques qui en font une branche tout à fait originale. En premier lieu, il régit une relation inégale entre la partie employeuse et la partie employée qui lui est juridiquement subordonnée. L'intervention de l'Etat est donc relativement importante, car il s'agit de protéger la partie employée. Le droit du travail résulte ainsi de la mise en œuvre et d'une imbrication étroite de normes de droit public (impératives) et de droit privé (qui sont aussi souvent impératives). Nous y consacrerons le chapitre trois de cette première partie. En deuxième lieu, le droit du travail implique parfois l'application de règles de droit international. Nous aborderons ce thème dans le chapitre quatre de cette première partie. Enfin, il s'agit d'un droit dans lequel coexistent des relations individuelles et collectives. Nous traiterons de manière approfondie du droit collectif du travail dans la quatrième partie de cet *Abrégé* qui lui est consacrée.

5. **Sources externes.** Le droit du travail ne régit pas de manière exhaustive les relations de travail. Celles-ci dépendent également de nombreuses sources externes, dont le droit des assurances sociales, évidemment, mais aussi d'autres branches, telles que le droit des personnes (cf., par exemple, art. 165 code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210), le droit commercial (cf., par exemple, l'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse du 20 novembre 2013, RS 221.331, ou les art. 716a et 716b du code des obligations du 30 mars 1911, RS 220), le droit pénal (cf., par exemple, l'art. 159 du code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0), le droit fiscal (cf., par exemple, l'art. 83 loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990, RS 642.11), le droit des marchés publics (cf., par exemple l'art. 8 al. 1 loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994, RS 172.056.1) ou encore le droit de la concurrence (cf., par exemple,

l'art. 7 loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986, RS 241). Ces matières ne seront pas traitées dans cet *Abrégé*. Nous renvoyons donc les lectrices et lecteurs aux législations et aux doctrines concernées.

6. **Droit au travail.** Enfin, on prendra soin de distinguer le « droit du travail » et le « droit au travail ». La notion de droit au travail est polysémique. Plusieurs conventions internationales ratifiées par la Suisse prévoient un droit au travail, compris comme la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, le droit de ne pas subir de discrimination à l'embauche ou encore le droit au libre choix de la profession (cf., par exemple, l'article 6, paragraphe 1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, dit Pacte ONU I, RS 0.103.1, ou l'art. 11, paragraphe 1 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, RS 0.108). Il n'existe, en revanche, pas en Suisse de droit à une place de travail, qui consisterait pour l'Etat à garantir à tout individu un véritable droit subjectif à obtenir une activité salariée (cf. art. 41 al. 4 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101).

Bibliographie thématique

CS/CIT-DUNAND, *ad* art. 319 CO ; LEMPEN, Commentaire *ad* art. 11 CEDEF, in : Hertig Randall/Hottelier/Lempen (édit.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif, Genève/Zurich/Bâle 2019 ; WITZIG, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 13-18 ; WYLER/HEINZER, Droit du travail, Berne 2019, pp. 1-6.

Chapitre 2 Sources du droit du travail dans l'ordre juridique suisse

7. **Plan.** La résolution d'un cas de droit du travail nécessite généralement, dans le secteur privé, auquel est principalement consacré cet *Abrégé*, la détermination du contenu du contrat individuel de travail conclu entre les parties et la recherche des dispositions applicables dans le titre dixième du code fédéral des obligations, consacré au « contrat de travail ». Il est toutefois possible que d'autres sources soient pertinentes. Il en existe en effet d'innombrables et qui sont de nature variée. Ce chapitre vise à répertorier de manière non exhaustive les principales sources du droit du travail applicables dans l'ordre juridique suisse. Plusieurs d'entre elles feront l'objet de présentations plus détaillées dans les chapitres et parties qui suivent.

Nous procéderons ici à un inventaire des sources dans l'ordre suivant : droit international (2.1), Constitution fédérale (2.2), lois fédérales (2.3), droit cantonal (2.4), conventions collectives de travail (2.5), contrats types de travail (2.6), directives et règlements (2.7), contrats individuels de travail (2.8), usages (2.9) et jurisprudence (2.10).

2.1 Droit international

8. **Contexte.** La Suisse est liée par de nombreux instruments internationaux qui contiennent des règles susceptibles d'avoir une portée, de nature variable, en droit du travail. Il s'agit souvent de conventions internationales qui visent à protéger les droits humains en général et dans lesquelles on trouve des normes de protection des droits fondamentaux des personnes employées et de leurs organisations. Nous distinguerons les textes universels, adoptés au sein de l'Organisation des Nations Unies (ci-après : ONU) et de l'Organisation internationale du travail (ci-après : OIT), ainsi que les textes régionaux, adoptés sur le continent européen.

2.1.1 Instruments de l'ONU

9. **Instruments onusiens.** La Suisse est liée par plusieurs conventions internationales adoptées sous l'égide des Nations-Unies et qui contiennent des dispositions concernant plus ou moins directement les relations de travail (selon l'ordre chronologique de ratification par la Suisse) :

- Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I) a été conclu à New York le 16 décembre 1966. Il a été ratifié par la Suisse le 18 juin 1992 et est entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992 (RS 0.103.1). Sont plus particulièrement pertinents, les art. 2 (interdiction de la discrimination), 3 (égalité entre femmes et hommes dans la jouissance des droits économiques, sociaux et culturels, 6 (droit au travail), 7 (conditions de travail justes et favorables), 8 (liberté syndicale et droit de grève) et 10, paragraphe 3 (travail des enfants).

- Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II) a été conclu à New York le 16 décembre 1966. Il a été ratifié par la Suisse le 18 juin 1992 et est entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992 (RS 0.103.2). Sont plus particulièrement pertinents, les art. 2 (interdiction de la discrimination), art. 3 (égalité entre femmes et hommes dans la jouissance des droits civils et politiques), art. 22 (liberté syndicale) et art. 26 (égalité devant la loi et interdiction de toute discrimination).

- La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CEDR) a été conclue à New York le 21 décembre 1965. Elle a été ratifiée par la Suisse le 29 novembre 1994 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 29 décembre 1994 (RS 0.104). Est plus particulièrement pertinent, l'art. 5, paragraphe e, i (droit au travail et interdiction de toute discrimination fondée sur la race) et ii (liberté syndicale).

- La Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) a été conclue à New York le 20 novembre 1989. Elle a été ratifiée par la Suisse le 24 février 1997 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997 (RS 0.107). Est plus particulièrement pertinent, l'art. 32 (protection des enfants contre l'exploitation économique).

- La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) a été conclue le 18 décembre 1979.

Elle a été ratifiée par la Suisse le 27 mars 1997 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997 (RS 0.108). Sont plus particulièrement pertinents, les art. 4 (mesures positives), art. 5 (élimination des stéréotypes de genre) et 11 (élimination de toute discrimination dans le domaine de l'emploi).

- La Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH) a été conclue le 13 décembre 2006. Elle a été ratifiée par la Suisse le 15 avril 2014 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 15 mai 2014 (RS 0.109). Sont plus particulièrement pertinents, les art. 5 (égalité et non-discrimination) et art. 27 (travail et emploi).

2.1.2 Instruments de l'OIT

10. **Conventions de l'OIT.** La Suisse est membre de l'OIT depuis 1919 (N 90). Elle a ratifié une soixantaine de conventions adoptées par la Conférence internationale du travail, dont les huit conventions dites « fondamentales » en raison du fait qu'elles protègent les droits fondamentaux au travail (par ordre d'entrée en vigueur pour la Suisse) :

- La Convention n° 29 concernant le travail forcé ou obligatoire a été adoptée à Genève le 28 juin 1930. Elle a été ratifiée par la Suisse le 23 mai 1940 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 23 mai 1941 (RS 0.822.713.9).

- La Convention n° 105 concernant l'abolition du travail forcé a été adoptée à Genève le 25 juin 1957. Elle a été ratifiée par la Suisse le 18 juillet 1958 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 18 juillet 1959 (RS 0.822.720.5).

- La Convention n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession a été adoptée à Genève le 25 juin 1958. Elle a été ratifiée par la Suisse le 13 juillet 1961 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 13 juillet 1962 (RS 0.822.721.1).

- La Convention n° 100 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale a été adoptée à Genève le 29 juin 1951. Elle a été ratifiée par la Suisse le 25 octobre 1972 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 25 octobre 1973 (RS 0.822.720.0).

- La Convention n° 87 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical a été conclue à San Francisco le 9 juillet 1948. Elle a été ratifiée par la Suisse le 25 mars 1975 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 25 mars 1976 (RS 0.822.719.7).

- La Convention n° 98 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective a été conclue à Genève le 1er juillet 1949. Elle a été ratifiée par la Suisse le 17 août 1999 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 17 août 2000 (RS 0.822.719.9).

- La Convention n° 138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi a été conclue à Genève le 26 juin 1973. Elle a été ratifiée par la Suisse le 17 août 1999 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 17 août 2000 (RS 0.822.723.8).

- La Convention n° 182 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination a été conclue à Genève le 17 juin 1999. Elle a été ratifiée par la Suisse le 28 juin 2000 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 28 juin 2001 (RS 0.822.728.2).

2.1.3 Instruments européens

11. **Textes européens.** Parmi les instruments européens, qui sont de nature assez diverse, nous citerons trois textes qui ont une importance indéniable pour la Suisse :

- La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : CEDH)] a été conclue à Rome le 4 novembre 1950 sous l'égide du Conseil de l'Europe. La Suisse est membre du Conseil depuis 1963. La CEDH a été ratifiée par la Suisse le 28 novembre 1974 et est entrée en vigueur pour la Suisse le même jour (RS 0.101).

- La Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale [Convention de Lugano, (ci-après : CL)] a été conclue à Lugano le 30 octobre 2007 entre la Communauté européenne, le Royaume de Danemark, la République d'Islande, le Royaume de Norvège et la Suisse. Elle a été ratifiée par la Suisse le 20 octobre 2010 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 2011 (RS 0.275.12).

- L'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes a été conclu le 21 juin 1999. Il a été ratifié par la Suisse le 16 octobre 2000 et est entré en vigueur pour la Suisse le 1er juin 2002 (RS 0.142.112.681).

2.2 Constitution fédérale

12. **Dispositions de la Constitution.** La Constitution fédérale de la Confédération suisse a été adoptée par le Constituant le 18 avril 1999 et est entrée en vigueur le 1er janvier 2000 (RS 101). La Constitution contient plusieurs dispositions qui ont une portée en droit du travail et sur les relations de travail :

- Art. 8 (égalité) : égalité devant la loi (al. 1) ; interdiction des discriminations (al. 2) ; égalité entre femmes et hommes, droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale (al. 3) ; élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (al. 4).

- Art. 27 (liberté économique) : principe (al. 1) ; libre choix de la profession, libre accès et libre exercice à une activité économique lucrative privée (al. 2).

- Art. 28 (liberté syndicale) : principe (al. 1) ; négociation et médiation (al. 2) ; conditions de la grève et du lock-out (al. 3 et 4).

- Art. 41 (buts sociaux) : toute personne capable de travailler doit pouvoir assurer son entretien par un travail qu'elle exerce dans des conditions équitables (al. 1 lit. d).

- Art. 95 (activité économique lucrative privée) : contrôle des rémunérations des dirigeants des sociétés anonymes cotées en bourse (al. 3).

- Art. 110 (travail) : compétence est donnée à la Confédération de légiférer sur « la protection des travailleurs », « les rapports entre employeurs et travailleurs, notamment la réglementation en commun des questions intéressant l'entreprise et le domaine professionnel », « le service de placement » et « l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail » (al. 1) ; conditions de l'extension

d'une convention collective (al. 2) ; assimilation du 1er août à un dimanche (al. 3).

- Art. 121 (législation dans le domaine des étrangers et de l'asile) : compétence est donnée à la Confédération pour légiférer sur l'entrée en Suisse, la sortie, le séjour et l'établissement des personnes étrangères et sur l'octroi de l'asile (al. 1).
- Art. 121a (gestion de l'immigration) : limitation des autorisations délivrées pour le séjour des personnes étrangères en Suisse par des plafonds et des contingents annuels.
- Art. 122 (droit civil) : compétence est donnée à la Confédération pour légiférer en matière de droit civil et de procédure civile (al. 1).

2.3 Lois fédérales

13. **Principales lois fédérales.** La Suisse ne connaît pas de Code du travail. Dès lors, les règles concernant le droit du travail sont dispersées dans de nombreuses lois qui ont été adoptées progressivement par les Chambres fédérales. Certaines lois (ou chapitres de lois) ont pour objet principal la réglementation des relations de travail, alors que d'autres n'y consacrent que quelques dispositions. Notons aussi que les lois fédérales sont souvent complétées par des ordonnances fédérales. Tel est le cas, par exemple, de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce qui est précisée dans pas moins de cinq ordonnances (N 116-117) ! Nous nous limiterons ici à mentionner, dans l'ordre de leur adoption, les principales lois en vigueur pour le secteur privé :

- Le code civil suisse (CC) a été adopté le 10 décembre 1907 et est entré en vigueur le 1er janvier 1912 (RS 210). Le code régit notamment l'abus de droit et la bonne foi (art. 2 et 3), le fardeau de la preuve (art. 8) ou la protection de la personnalité (art. 27 à 28b).
- Le code des obligations (loi fédérale complétant le Code civil suisse, CO) a été adopté le 30 mars 1911 et est entré en vigueur le 1er janvier 1912 (RS 220). Le titre dixième du code traite du contrat de travail (art. 319-362). Il comporte quatre chapitres : du contrat individuel de travail, des contrats individuels de travail à caractère spécial, de la convention collective de travail et du contrat type de travail, ainsi que des dispositions impératives. La partie générale du code complète les

dispositions sur le contrat de travail. Elle comprend de nombreuses règles importantes : acceptation tacite (art. 6), forme écrite (art. 12-16), interprétation des contrats (art. 18), objet du contrat (art. 19-22), vices du consentement (art. 23-31), représentation (art. 32-40), actes illicites (art. 41 ss), atteinte à la personnalité (art. 49), responsabilité de l'employeur (art. 55 CO), responsabilité des fonctionnaires et employés publics (art. 61), enrichissement illégitime (art. 62-67), computation des délais (art. 77-78, sous réserve des explications figurant N 394, 406), responsabilité du débiteur (art. 97), responsabilité pour des auxiliaires (art. 101), prescription (art. 127-128), etc.

- La loi fédérale sur le travail dans les fabriques a été adoptée le 18 juin 1914 et est entrée en vigueur le 1er avril 1918 (RS 821.41). La plupart de ses dispositions ont été abrogées. La loi régit les modalités de l'institution par les cantons d'offices de conciliation permanents en vue de régler à l'amiable les différends d'ordre collectif (art. 30 à 35).

- La loi fédérale concernant l'Office fédéral de conciliation en matière de conflits collectifs de travail a été adoptée le 12 février 1949 et est entrée en vigueur le 1er octobre 1949 (RS 821.42). La loi régit les modalités de la création et de l'organisation, dans des cas d'espèce, d'un office fédéral de conciliation dont le rôle est de connaître des conflits du travail qui débordent les limites d'un canton.

- La loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT) a été adoptée le 28 septembre 1956 et est entrée en vigueur le 1er janvier 1957 (RS 221.215.311). La loi régit les conditions, la procédure, et les effets de l'extension du champ d'application d'une convention collective de travail.

- La loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr) a été adoptée le 13 mars 1964 et est entrée en vigueur le 1er février 1966 (RS 822.11). La loi vise principalement à protéger la santé des personnes employées. Elle contient notamment des règles sur la durée du travail et du repos, ainsi que des dispositions spéciales de protection des jeunes travailleurs, des femmes enceintes et mères qui allaitent et des travailleurs ayant des responsabilités familiales.

- La loi fédérale sur le travail à domicile (Loi sur le travail à domicile, LTrD) a été adoptée le 20 mars 1981 et est entrée en vigueur le 1er avril 1983 (RS 822.31). La loi comprend essentiellement des règles de

protection des personnes employées à domicile, par exemple quant à la communication des conditions de travail, du salaire, du remboursement des frais ou encore de la protection contre le surmenage.

- La loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) a été adoptée le 18 décembre 1987 et est entrée en vigueur le 1er janvier 1989 (RS 291). La loi régit notamment, en matière internationale, la compétence des autorités judiciaires, le droit applicable et les conditions de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères (art. 1 al. 1).

- La loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE) a été adoptée le 6 octobre 1989 et est entrée en vigueur le 1er juillet 1991 (RS 823.11). La loi régit le placement privé de personnel et la location de services, assure un service public de l'emploi qui contribue à créer et à maintenir un marché du travail équilibré et protège les travailleurs qui recourent au placement privé, au service public de l'emploi ou à la location de services (art. 1).

- La loi fédérale sur la protection des données (LPD) a été adoptée le 19 juin 1992 et est entrée en vigueur le 1er juillet 1993 (RS 235.1). La loi vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données (art. 1), dont les personnes employées.

- La loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises privées (Loi sur la participation) a été adoptée le 17 décembre 1993 et est entrée en vigueur le 1er mai 1994 (RS 822.14). La loi régit notamment les conditions de l'information, de la participation et de la collaboration des personnes employées dans les entreprises, ainsi que la protection des personnes représentant les employées et employés.

- La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg) a été adoptée le 24 mars 1995 et est entrée en vigueur le 1er juillet 1996 (RS 151.1). La loi a pour but de promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail (art. 1). Elle prohibe les discriminations fondées sur le sexe et prévoit sanctions et réparations. Elle comprend également des règles de procédure, des dispositions sur les conditions de l'octroi d'aides financières par la Confédération et énonce les missions du Bureau fédéral de l'égalité.

- La loi fédérale sur le commerce itinérant a été adoptée le 23 mars 2001 et est entrée en vigueur le 1er janvier 2003 (RS 943.1). La loi régit

l'exercice du commerce itinérant, qui consiste à offrir aux consommateurs des marchandises ou des services (art. 1 al. 1).

- La loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats types de travail (Loi sur les travailleurs détachés, LDét) a été adoptée le 8 octobre 1999 et est entrée en vigueur pour partie le 1er juin 2003 et pour partie le 1er juin 2004. La loi règle les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux personnes salariées détachées pendant une période limitée en Suisse. Depuis 2012, elle règle également « le contrôle des employeurs qui engagent des travailleurs en Suisse et les sanctions qui leur sont applicables ». Elle règle en outre « la responsabilité solidaire de l'entrepreneur contractant pour le non-respect des conditions minimales et de salaire par les sous-traitants » (art. 1).

- La loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion, LFus) a été adoptée le 3 octobre 2003 et est entrée en vigueur le 1er juillet 2004 (RS 221.301). La loi règle l'adaptation des structures juridiques des sociétés de capitaux, des sociétés en nom collectif, des sociétés en commandite, des sociétés coopératives, des associations, des fondations et des entreprises individuelles par voie de fusion, de scission, de transformation et de transfert de patrimoine (art. 1 al. 1). Elle garantit la sécurité du droit et la transparence tout en protégeant les créanciers, les travailleurs et les personnes disposant de participations minoritaires (art. 1 al. 2).

- La loi fédérale concernant les mesures en matière de lutte contre le travail au noir (Loi sur le travail au noir, LTN) a été adoptée le 17 juin 2005 et est entrée en vigueur le 1er janvier 2008 (RS 822.41). La loi vise à lutter contre le travail au noir. Elle institue des simplifications administratives ainsi que des mécanismes de contrôle et de répression (art. 1).

- La loi fédérale sur l'analyse génétique humaine (LAGH) a été adoptée le 8 octobre 2004 et est entrée en vigueur le 1er avril 2007 (RS 810.12). La loi règle les conditions auxquelles des analyses génétiques humaines peuvent être exécutées notamment dans le domaine du travail (art. 1 al. 1).

- La loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI) a été adoptée le 16 décembre 2005 et est entrée en vigueur le 1er janvier 2008 (RS 142.20). La loi règle l'entrée en Suisse et la sortie de Suisse, le séjour des étrangers et le regroupement familial (art. 1). Elle s'applique

aux personnes étrangères dans la mesure où leur statut juridique n'est pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse (art. 2 al. 1).

- La loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif a été adoptée le 3 octobre 2008 et est entrée en vigueur le 1er mai 2010 (RS 818.31). La loi régit la protection contre le tabagisme passif dans les espaces fermés accessibles au public ou qui servent de lieu de travail à plusieurs personnes (art. 1 al. 1).

- Le Code de procédure civile (CPC) a été adopté le 19 décembre 2008 et est entré en vigueur le 1er janvier 2011 (RS 272). Le code règle la procédure applicable devant les juridictions cantonales aux affaires civiles contentieuses (art. 1), y compris de droit du travail. Rappelons que la cinquième partie de cet *Abrégé* sera consacrée aux procédures.

2.4 Droit cantonal

14. **Contexte.** Vu les larges compétences dévolues par la Constitution fédérale à la Confédération de légiférer en matière de droit du travail, les compétences propres des cantons sont limitées et ont un caractère subsidiaire. Il faut par ailleurs aussi tenir compte des lois fédérales qui délèguent ou imposent aux cantons d'adopter des dispositions d'exécution du droit fédéral.

2.4.1 Compétences propres

15. **Droit privé.** Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de faire le point sur les compétences cantonales en matière de droit du travail (ATF 143 I 403, consid. 7). Il convient de distinguer le droit privé et le droit public du travail. En vertu de l'art. 122 al. 1 de la Constitution fédérale, la législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la compétence de la Confédération. En adoptant, en particulier, le CC et le CO, le législateur fédéral a souhaité codifier l'ensemble du droit privé. Sous réserve des compétences que le droit privé fédéral a expressément laissées aux cantons (cf. art. 5 CC), le volet du droit privé fédéral relatif au droit du travail a été, par conséquent, exhaustivement réglementé par le droit fédéral.

16. **Droit public.** En matière de droit public, l'art. 110 al. 1 de la Constitution fédérale donne compétence à la Confédération de légiférer « sur la protection des travailleurs » et « sur les rapports entre employeurs et travailleurs ». La Confédération a fait usage de ses compétences en adoptant la LTr et les ordonnances afférentes. En vertu de son champ d'application, la LTr règle d'une manière exhaustive la protection des personnes employées ; elle n'interdit cependant pas l'adoption de mesures qui, sans avoir pour but principal de protéger les personnes employées, ont accessoirement un effet protecteur.

Par exemple, l'art. 71 lit. c LTr réserve les prescriptions cantonales et communales de police, notamment celles qui concernent la police des constructions, la police du feu, la police sanitaire et la police des eaux, ainsi que le repos dominical et les heures d'ouverture de certaines entreprises. On peut mentionner ici quelques législations cantonales adoptées dans ce cadre (par ordre d'entrée en vigueur) :

- Loi valaisanne sur le repos du dimanche et des jours de fête adoptée le 9 juillet 1936 et entrée en vigueur le 12 mars 1938 (RS/VS 822.2).
- Règlement de la commune de Lausanne sur les heures d'ouverture et de fermeture des magasins (RHOM) adopté le 13 juin 1967 et entré en vigueur le 1er janvier 1969 (RS/LA 24).
- Loi genevoise sur les heures d'ouverture des magasins (LHOM) adoptée le 15 novembre 1968 et entrée en vigueur 1er février 1969 (RS/GE I 1 05).
- Loi jurassienne sur les jours fériés officiels et le repos dominical adoptée le 26 octobre 1978 et entrée en vigueur le 1er janvier 1979 (RS/JU 555.1).
- Loi neuchâteloise sur le dimanche et les jours fériés adoptée le 30 septembre 1991 et entrée en vigueur le 1er décembre 1992 (RS/NE 941.02).
- Loi valaisanne concernant l'ouverture des magasins (LOM) adoptée le 22 mars 2002 et entrée en vigueur le 1er novembre 2002 (RS/VS 822.20).
- Loi neuchâteloise sur les heures d'ouverture des commerces (LHOCom) adoptée le 19 février 2013 et entrée en vigueur le 1er avril 2014 (RS/NE 941.011).

Autre exemple : la LTr ne fait pas obstacle à l'adoption de certaines mesures de politique sociale. Les cantons restent libres d'édicter des dispositions de droit public visant (principalement) un autre but que la protection des personnes employées. Dans certaines limites, ils ont ainsi la compétence d'édicter des normes sur un salaire minimum cantonal (cf. ATF 143 I 403). Les cantons du Jura et de Neuchâtel ont notamment utilisé une telle possibilité :

- Loi neuchâteloise sur l'emploi et l'assurance-chômage (LEmpl) adoptée le 25 mai 2004 et entrée en vigueur le 1er septembre 2004 (RS/NE 813.10). Les dispositions sur le salaire minimum (notamment art. 32a ss) ont été adoptées le 28 mai 2014 et sont entrées en vigueur le 1er janvier 2015.

- Loi jurassienne sur le salaire minimum cantonal adoptée le 22 novembre 2017 et entrée en vigueur le 1er février 2018 (RS/JU 822.41).

2.4.2 Compétences d'exécution

17. **Droit public.** Les lois fédérales de droit public chargent les cantons de nombreuses tâches d'exécution, notamment de la législation sur le travail (art. 41 al. 1 LTr), sur le travail au noir (art. 4 al. 1 LTN), sur le contrôle des conditions de travail des personnes salariées détachées (art. 7 al. 1 et 13 LDét), sur le service de l'emploi (art. 32 LSE) ou encore sur l'extension des conventions collectives de travail lorsqu'elle se limite à tout ou partie du territoire d'un seul canton (art. 7 al. 2 LECCT). On citera ici quelques exemples de législations cantonales adoptées dans ce cadre (par ordre d'entrée en vigueur) :

- Loi neuchâteloise d'introduction de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce adoptée le 22 février 1966 et entrée en vigueur le 29 avril 1966 (RS/NE 811.10).

- Loi jurassienne portant introduction de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce adoptée le 9 novembre 1978 et entrée en vigueur le 1er janvier 1979 (RS/JU 822.11).

- Loi genevoise sur l'inspection et les relations du travail (LIRT) adoptée le 12 mars 2004 et entrée en vigueur le 15 mai 2004 (RS/GE J 1 05).

- Loi vaudoise sur l'emploi (LEmp) adoptée le 5 juillet 2005 et entrée en vigueur le 1er janvier 2006 (RS/VD 822.11).
- Loi fribourgeoise sur l'emploi et le marché du travail (LEMT) adoptée le 6 octobre 2010 et entrée en vigueur le 1er janvier 2011 (RS/FR 866.1.1).
- Loi valaisanne cantonale sur le travail (LcTr) adoptée le 12 mai 2016 et entrée en vigueur le 1er octobre 2016 (RS/VS 822.1).

18. **Code des obligations.** On trouve également dans les dispositions du CO sur le contrat de travail des tâches d'exécution qui sont imposées aux cantons, lesquels doivent notamment coordonner la procédure obligatoire en matière de licenciement collectif (art. 335f et 335g CO) et instituer une commission tripartite chargée d'observer le marché du travail (art. 360b CO). Les cantons sont en outre tenus d'édicter des contrats types de travail pour les travailleurs agricoles et le service de maison (art. 359 al. 2 CO). Il existe en conséquence de tels contrats types dans chaque canton, comme par exemple (par ordre d'entrée en vigueur) :

- Contrat type de travail jurassien pour les travailleurs de l'économie domestique adopté le 6 décembre 1978 et entré en vigueur le 1er janvier 1979 (RS/JU 222.153.22).
- Contrat type de travail neuchâtelois pour le service de maison adopté le 5 mai 1988 et entré en vigueur le 1er janvier 1989 (RS/NE 225.42).
- Arrêté neuchâtelois concernant le contrat type de travail pour l'agriculture (CTT-Agri) adopté le 27 novembre 2002 et entré en vigueur le 1er janvier 2003 (RS/NE 225.43).
- Arrêté vaudois établissant un contrat type pour le personnel des ménages privés (ACCT-mpr) adopté le 18 janvier 2006 et entré en vigueur le 1er mars 2006 (RS/VD 222.105.1).
- Contrat type de travail genevois de l'agriculture (CTT-Agri) adopté le 13 décembre 2011 et entré en vigueur le 1er janvier 2012 (RS/GE J 1 50.09).

2.5 Conventions collectives de travail

19. **Notion.** Par une convention collective de travail (ci-après : CCT), « des employeurs ou associations d'employeurs, d'une part, et des associations de travailleurs, d'autre part, établissent en commun des clauses sur la conclusion, l'objet et la fin des contrats individuels de travail entre employeurs et travailleurs intéressés » (art. 356 al. 1 CO), ou « d'autres clauses, pourvu qu'elles concernent les rapports entre employeurs et travailleurs » (art. 356 al. 2 CO). La convention règle en outre les droits et obligations réciproques des parties contractantes, ainsi que le contrôle et l'exécution des clauses qu'elle contient (art. 356 al. 3 CO). Les CCT sont régies par les art. 356 à 358 CO. Un chapitre de cet *Abrégé* leur est consacré (N 473-498).

Une CCT constitue un accord-cadre qui n'a d'effet direct pour les membres des associations contractantes, de même si l'employeur est lui-même partie à la convention, que lorsque la partie employeuse et la partie employée décident de se lier par un contrat individuel de travail. Ainsi, sauf disposition contraire de la convention, les clauses relatives à la conclusion, au contenu et à l'extinction des contrats individuels de travail ont, pour la durée de la convention, un effet direct et impératif envers les employeurs et travailleurs qu'elles lient (art. 357 al. 1 CO). En tant qu'ils dérogent à des clauses impératives, les accords entre employeurs et travailleurs liés par la convention sont nuls et remplacés par ces clauses ; toutefois, les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables (art. 357 al. 2 CO). Enfin, le droit impératif de la Confédération et des cantons l'emporte sur la CCT ; toutefois, les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables, à moins que le droit impératif ne s'y oppose (art. 358 CO).

Une CCT contient généralement des règles sur son champ d'application matériel, personnel, géographique et temporel. Par ailleurs, la LECCT prévoit les conditions permettant à l'Etat d'étendre par une décision administrative le champ d'application d'une CCT à tous les employeurs et travailleurs de la branche considérée (art. 1 LECCT). L'extension est prononcée par le Conseil fédéral lorsqu'elle vise le territoire de plusieurs cantons (art. 7 al. 1 LECCT) ; lorsque l'extension se limite à tout ou partie d'un seul canton, la décision d'extension relève de l'autorité désignée par ce canton (art. 7 al. 2 LECCT).

20. **Importance pratique.** Même si elles ne couvrent de loin pas toutes les personnes employées en Suisse, les CCT constituent une source

de droit importante. Selon l'enquête sur les CCT en Suisse effectuée par l'Office fédéral des statistiques (Neuchâtel, 2018), il existait, au 1er mars 2016, 589 CCT en vigueur, dont 76 avec champ d'application étendu, couvrant au total plus de deux millions de personnes employées. La plupart des conventions (502) contenaient des salaires minimaux.

Les CTT permettent d'aménager les relations de travail en tenant compte des spécificités des branches et des métiers et elles améliorent souvent le régime légal pour les personnes employées. Elles assurent aussi le maintien de la paix du travail dans la mesure où chaque partie à la CCT s'abstient de tout moyen de combat quant aux matières réglées dans la convention (paix relative) ; l'obligation de maintenir la paix du travail n'est illimitée (paix absolue) que si les parties en sont convenues expressément (art. 357a al. 2 CO).

Il n'existe pas à notre connaissance de registre officiel contenant la liste de toutes les CCT en vigueur sur le territoire suisse. A défaut, on consultera avec intérêt le site du SECO, sur lequel on trouve une vue d'ensemble des conventions collectives de travail dont le champ d'application a été étendu (www.seco.admin.ch/fr > Travail > Libre circulation des personnes et Relations de travail > Conventions collectives de travail).

Parmi les CCT en vigueur, nous en citerons quelques-unes d'importance, dont le champ d'application a été étendu par le Conseil fédéral (par ordre d'entrée en vigueur de l'arrêté d'extension et avec sa date de validité) :

- Convention nationale du secteur principal de la construction (CN), en vigueur depuis le 1er janvier 1999, valable jusqu'au 31 décembre 2022.
- Convention nationale collective de travail pour les hôtels, restaurants et cafés (CCNT), en vigueur depuis le 1er janvier 1999, valable jusqu'au 31 décembre 2020.
- CCT location de services, en vigueur depuis le 1er janvier 2012, valable jusqu'au 31 décembre 2020.
- CCT du second œuvre romand (CCT-SOR), en vigueur depuis le 1er avril 2013, valable jusqu'au 31 décembre 2023.
- CCT pour la branche suisse de la carrosserie, en vigueur depuis le 1er avril 2014, valable jusqu'au 30 juin 2022.
- CCT des shops de stations-service suisses, en vigueur depuis le 1er février 2018, valable jusqu'au 31 décembre 2020.

2.6 Contrats-types de travail

21. **Notion.** Contrairement à sa dénomination, le contrat-type de travail n'est pas un contrat ! Régi par les art. 359 à 360f CO, le contrat-type est un acte normatif particulier par lequel les autorités étatiques compétentes réglementent de manière générale la conclusion, l'objet et la fin des contrats individuels de travail dans certaines branches ou professions (art. 359 al. 1 CO). Il ne faut pas le confondre avec les modèles de contrats que proposent des associations professionnelles ou autres sociétés. Un chapitre de cet *Abrégé* traite spécifiquement des contrats-types de travail (N 499-515).

En principe, le contrat-type s'applique directement aux rapports de travail qu'il régit (art. 360 al. 1 CO), sans qu'il soit nécessaire que la partie employeuse et la partie travailleuse ne les reprennent textuellement, ne s'y réfèrent ou ne les intègrent au contrat de travail. L'art. 358 CO est applicable par analogie (art. 359 al. 3 CO). Cela signifie que le droit impératif de la Confédération et des cantons l'emporte sur le contrat-type ; toutefois, les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables, à moins que le droit impératif ne s'y oppose expressément.

22. **Intérêt pratique.** Vu les très nombreuses sources du droit du travail (lois et CCT notamment), on peut se demander quel est l'intérêt pratique des contrats types. L'idée est de prévoir l'édiction de règles uniformes en faveur des parties travailleuses dans des secteurs qui sont exclus du champ d'application de la LTr (par exemple, les entreprises agricoles, art. 2 al. 1 lit. d LTr) et dans lesquels il est peu probable que des CCT soient conclues, soit parce que les professions considérées sont peu structurées, soit parce qu'elles sont exercées avant tout par des personnes étrangères, qui sont moins organisées et ont moins d'opportunités de défendre leurs intérêts.

Selon l'art. 359a al. 1 CO, et comme déjà indiqué, le Conseil fédéral est compétent pour édicter les contrats-types dont le champ d'application s'étend au territoire de plusieurs cantons (contrats-types intercantonaux) ou au territoire de la Confédération (contrats-types fédéraux), alors que l'autorité désignée par chaque canton est compétente pour édicter les contrats-types dont le champ d'application ne concerne que le territoire du canton considéré (contrats-types cantonaux).

23. **Contrats-types ordinaires.** En fonction de leur contenu et de leur caractère obligatoire, il convient encore de distinguer les contrats-types que nous appellerons « ordinaires » des contrats-types comprenant des salaires minimaux impératifs. Les premiers font l'objet des art. 359 à 360 CO. Ils se caractérisent par le fait que leurs clauses peuvent régir l'ensemble de la relation de travail (conclusion, objet et fin), mais qu'elles n'ont qu'une nature dispositive. Ainsi, les normes de ces contrats-types s'appliquent d'office à tous les rapports de travail de la profession réglementée, aussi longtemps que les parties n'en ont pas convenu autrement (art. 360 al. 1 CO). Les contrats-types peuvent toutefois prévoir que les accords dérogeant à certaines de ses dispositions doivent être passés en la forme écrite (art. 360 al. 2 CO).

Il existe des contrats-types ordinaires autant cantonaux que fédéraux. S'agissant des cantons, on rappellera que le législateur fédéral leur a imposé d'édicter des contrats types pour les travailleurs agricoles et le service de maison (art. 359 al. 2 CO). Au-delà de cette obligation, les cantons n'ont généralement pas édicté beaucoup de contrats types ordinaires supplémentaires. Quant à la Confédération, elle a édicté six contrats-types ordinaires, dont un contrat-type de travail pour le personnel soignant adopté le 23 décembre 1971 et entré en vigueur le 1er janvier 1972 (RS 221.215.328.4).

24. **Salaires minimaux impératifs.** En sus des contrats-types ordinaires, le législateur a introduit dans le code des obligations de nouvelles règles, entrées en vigueur le 1er juin 2004, qui permettent d'intégrer dans les contrats types des salaires minimaux impératifs pour une durée limitée (art. 360a à 360f CO). Il ne peut pas être dérogé à un tel contrat-type au détriment de la personne employée (art. 360d al. 2 CO). Cette adaptation de la législation a été conçue comme l'une des mesures dites d'accompagnement à la libre circulation des personnes. Il s'agissait de lutter contre une situation de sous-enchère salariale abusive et répétée.

Il existe un contrat-type fédéral comprenant des salaires minimaux impératifs, le contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique (CTT économie domestique) adopté le 20 octobre 2010 et entré en vigueur le 1er janvier 2011 (RS 221.215.329.4), avec une durée de validité prolongée à plusieurs reprises. Par ailleurs, seuls cinq cantons ont édicté des contrats types avec des salaires minimaux impératifs : Bâle-Ville, Genève, Jura, Tessin et Valais. Il s'agit sans surprise de cantons situés aux frontières de la Suisse. Le champion toute catégorie est le canton du Tessin avec sa vingtaine de contrats types, suivi par le canton de Genève

dont six sont en vigueur, dans les secteurs suivants (par ordre d'entrée en vigueur) :

- Contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs de l'économie domestique (CTT-EDom) adopté le 13 décembre 2011 et entré en vigueur le 1er janvier 2012 (RS/GE J 1 50.03).
- Contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs des esthéticiennes (CTT-Esthé) adopté le 18 décembre 2012 et entré en vigueur le 1er janvier 2013 (RS/GE J 1 50.16).
- Contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs pour le transport de choses pour compte de tiers (CTT-TCCT) adopté le 26 novembre 2013 et entré en vigueur le 1er janvier 2014 (RS/GE J 1 50.18).
- Contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs des monteurs de stands (CTT-MStands) adopté le 14 mars 2014 et entré en vigueur le 1er avril 2014 (RS/GE J 1 50.19).
- Contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs pour le secteur du commerce de détail (CTT-CD) adopté le 13 juin 2017 et entré en vigueur le 1er juillet 2017 (RS/GE J 1 50.17).
- Contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs pour le secteur de la mécatronique (CTT-Méca) adopté le 18 octobre 2019 et entré en vigueur le 1er novembre 2019 (RS/GE J 1 50.07).

2.7 Directives et règlements

25. **Contexte.** Dans les moyennes et grandes entreprises, il n'est pas rare que des règlements ou directives soient édictés. Leur spectre est plus ou moins large. Il peut s'agir d'un « règlement du personnel » couvrant plusieurs aspects de la relation de travail ou alors de règles plus spécifiques portant par exemple sur l'utilisation d'Internet ou sur la prévention et les sanctions en cas de harcèlement (psychologique et/ou sexuel).

26. **Règlements facultatifs.** Vu le pouvoir qui lui est accordé d'établir des directives générales sur l'exécution du travail et la conduite des travailleurs (art. 321d al. 1 CO), la partie employeuse peut édicter de tels

règlements de manière unilatérale et sans contrôle d'une autorité étatique. Ces règlements sont pleinement opposables aux parties employées, à certaines conditions. Quant à la forme, ils doivent être rédigés en des termes précis ne prêtant pas à confusion et être communiqués clairement. Par ailleurs, la partie employeuse doit informer et consulter les parties employées ou les personnes qui les représentent lorsque la réglementation concerne des questions relatives à la santé au travail (art. 48 LTr). Quant à leur contenu, les règlements doivent respecter la législation impérative et les diverses normes applicables (contrat de travail, CCT, contrat type, etc.).

27. **Règlements obligatoires.** Quelle que soit leur dénomination et même si elles sont intitulées « règlement », ces directives générales ne doivent pas être confondues avec les « règlements d'entreprise » qui sont régis par les art. 37 ss LTr. En effet, la loi sur le travail impose aux entreprises industrielles (cf. art. 5 LTr) d'édicter un règlement d'entreprise portant principalement sur la protection de la santé des personnes employées et la prévention des accidents. La partie employeuse peut soit convenir par écrit du texte du règlement avec une délégation librement élue par les parties employées, soit l'établir seul après avoir entendu ces dernières (art. 37 al. 4 LTr). Le règlement ne peut contenir de dispositions contraires au droit impératif, ni aux CCT qui lient l'employeur (art. 38 al. 3 LTr). Des sanctions disciplinaires ne peuvent être infligées qu'au cas et dans la mesure où le règlement le prévoit d'une manière convenable (art. 38 al. 1 LTr). Le règlement doit être soumis à l'autorité cantonale compétente (art. 39 al. 1 LTr). Il lie les parties au contrat de travail dès qu'il a été rendu public dans l'entreprise (art. 39 al. 2 LTr). Son contenu a une valeur normative analogue à une loi.

2.8 Contrats individuels de travail

28. **Contexte.** Les contrats individuels de travail contiennent souvent des règles qui complètent ou dérogent à certaines normes légales. La liberté contractuelle est toutefois restreinte par de nombreuses dispositions impératives. Dans chaque législation ou chaque cas, il faut donc évaluer quelle autonomie est laissée aux parties. Nous prendrons ici comme exemple les dispositions du code des obligations sur le contrat de travail (art. 319 ss CO) qui peuvent être de nature absolument impérative, relativement impérative ou dispositive.

29. **Droit absolument impératif.** Les dispositions absolument impératives sont celles auxquelles il ne peut être dérogé par accord, contrat type ou CCT, ni au détriment de la partie employeuse ni au détriment de la partie employée (art. 361 al. 1 CO). Les accords et les dispositions de contrats types de travail et de CCT qui dérogent aux dispositions absolument impératives « au détriment de l'employeur ou du travailleur, sont nuls » (art. 361 al. 2 CO). Sont, par exemple, de nature absolument impérative les dispositions suivantes :

- Art. 336a CO (indemnité en cas de résiliation abusive).
- Art. 336d CO (résiliation en temps inopportun par le travailleur).
- Art. 337 al. 1 et 2 CO (résiliation immédiate pour justes motifs).

30. **Droit relativement impératif.** Les dispositions relativement impératives sont celles auxquelles il ne peut pas être dérogé par accord, contrat type de travail ou CCT, au détriment de la travailleuse ou du travailleur (art. 362 al. 1 CO). Les accords et les dispositions de contrats types de travail et de CCT qui dérogent aux dispositions relativement impératives au détriment de la travailleuse ou du travailleur, sont nuls (art. 362 al. 2 CO). Sont, par exemple, de nature relativement impérative les dispositions suivantes :

- Art. 321e CO (responsabilité de la partie salariée).
- Art. 328 CO (protection de la personnalité de la partie salariée).
- Art. 336c CO (résiliation en temps inopportun par la partie employeuse).

Selon l'art. 321e al. 1 CO, la personne employée répond du dommage qu'elle cause à la partie employeuse intentionnellement ou par négligence. Vu la nature relativement impérative de la norme, les parties peuvent donc convenir que la partie travailleuse ne réponde qu'en cas de faute grave (N 292). Autre exemple, selon l'art. 336c al. 1 lit. b CO, après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute de la personne employée, et cela, durant 30 jours au cours de la première année de service. Vu la nature relativement impérative de la norme, les parties peuvent convenir que la protection contre le congé existe également durant le temps d'essai ou prolonger cette période au-delà des 30 jours prévus dans la loi (N 427).

31. **Droit dispositif.** Les parties peuvent en principe déroger librement aux dispositions qui ne sont pas (absolument ou relativement) impératives. Sont, par exemple, de nature dispositive les dispositions suivantes :

- Art. 321 CO (obligation d'exécuter le travail en personne).
- Art. 321a CO (devoir de diligence et de fidélité de la personne salariée).

32. **Forme écrite.** La loi impose toutefois souvent la forme écrite pour déroger à certaines dispositions légales, par exemple dans les cas suivants :

- Art. 321c al. 3 CO (dérogation au régime légal relatif à la rémunération des heures supplémentaires).
- Art. 335c al. 2 CO (modification des délais de résiliation).
- Art. 340 al. 1 CO (conclusion d'une clause de prohibition de faire concurrence).

33. **Principe de faveur.** On rappellera enfin que des clauses contractuelles qui dérogent en défaveur des personnes employées aux dispositions protectrices d'une CCT sont nulles et remplacées par ces dernières (art. 357 al. 2 CO) (N 19, 490a). Il en va de même des clauses contractuelles qui dérogent aux salaires minimaux impératifs prévus dans un contrat type (art. 360d al. 2 CO) (N 24, 513).

2.9 Usages

34. **Notion.** Les usages sont les us et coutumes qui se forment par la pratique dans une région (usages locaux) ou un milieu déterminé (usages commerciaux). Ils permettent de compléter la loi lorsque celle-ci y renvoie. En droit du travail, la loi réserve parfois l'usage ou les usages locaux (cf. art. 5 al. 2 CC), notamment lorsqu'il s'agit de préciser le régime de la rémunération de la personne employée :

- Art. 322 al. 1 CO (détermination du montant du salaire).
- Art. 323 al. 1 CO (délai et terme de paiement du salaire).
- Art. 323a al. 1 CO (retenue sur le salaire).

- Art. 323b al. 1 CO (paiement du salaire pendant les heures de travail en monnaie ayant cours légal).
- Art. 349b al. 1 CO (rémunération du voyageur de commerce).
- Art. 360a al. 1 CO (salaires usuels dans la localité, la branche ou la profession).

35. **Salaire usuel.** Le salaire usuel peut se définir comme le salaire payé dans la même entreprise, dans un secteur d'activité identique ou semblable, au même endroit ou à un endroit comparable, pour une activité correspondante en tenant compte des circonstances personnelles telles que l'âge, l'état civil, la situation familiale et la formation (TF, 4C.369/2006 du 16 janvier 2007, consid. 3.2).

> **Jurisprudences**. Selon le Tribunal fédéral, il est possible de se référer aux informations fournies par l'Office fédéral de la statistique pour établir la rémunération usuelle qui est due dans un cas d'espèce (TF, 4A_82/2010 du 1er avril 2010, consid. 4).
>
> L'ATF 139 III 214, consid. 5.2 permet la prise en compte du salaire médian brut afférant à des activités similaires à celles exercées par la partie travailleuse en vue de déterminer le montant du salaire « convenable » auquel elle avait droit.

36. **CCT et CTT.** Suivant les cas, les règles ou montants retenus dans une CCT de la branche ou un CTT réglementant une profession peuvent également servir de référence pour déterminer la nature et l'existence d'un usage, en particulier pour évaluer le montant d'un « salaire usuel ». Il peut être intéressant de se référer dans ce contexte à l'art. 22 al. 1 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA) du 24 octobre 2007 (RS 142.201), selon lequel, pour « déterminer les salaires et les conditions de travail en usage dans la localité et la profession, il y a lieu de tenir compte des prescriptions légales, des conventions collectives et des contrats types de travail, … ».

2.10 Jurisprudence

37. **Contexte.** Le principe de la légalité est l'un des fondements de notre Etat de droit. C'est dire que la loi constitue la source principale du

droit. Selon une croyance populaire bien répandue, tout le droit est dans la loi, de sorte qu'il suffirait d'apprendre la loi par cœur pour connaître le droit et devenir ainsi une bonne ou un bon juriste ! Pourtant, la législation suisse, et en particulier celle de droit privé, est caractérisée par une certaine sobriété (nombre réduit de dispositions légales) et par un large pouvoir d'appréciation reconnu au juge (cf. art. 1 CC).

38. **Importance pratique.** Cela est particulièrement vrai en droit du travail. Le titre dixième du code des obligations qui régit le contrat de travail, soit en réalité le contrat individuel de travail, les contrats individuels de travail de caractère spécial, la convention collective de travail, le contrat type de travail et la notion de dispositions impératives comportent moins de 135 articles ! Au gré des litiges qui leur ont été soumis, les tribunaux cantonaux et le Tribunal fédéral ont été invités à interpréter, et parfois même à compléter la loi. La jurisprudence constitue aujourd'hui une source essentielle du droit du travail. Les exemples sont innombrables (contrat de stage, travail sur appel, heures supplémentaires, bonus, congé abusif, etc.). Ils seront présentés et étudiés dans les parties suivantes de notre *Abrégé*.

39. **Protection de la personnalité.** Nous nous cantonnerons ici à évoquer le thème de la protection de la personnalité (N 337-351). Selon l'art. 328 al. 1 CO, « l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur ; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. En particulier, il veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes ». Voici l'essentiel de la réglementation helvétique en matière de protection de la personnalité des personnes employées ! Adopté en 1971 et complété en 1995, l'art. 328 CO a été conçu dès l'origine comme une norme ouverte et flexible susceptible de couvrir de nouvelles protections. La jurisprudence a pleinement respecté la volonté du législateur en multipliant les cas d'application de l'art. 328 CO, à tel point que cette norme est devenue une norme cardinale du droit suisse du travail.

40. **Mobbing.** Le sujet étant traité plus loin (N 345-351), nous nous limiterons ici à quelques illustrations. En l'absence de norme légale spécifique, c'est la jurisprudence qui a consacré la notion de harcèlement psychologique (*mobbing*) dans les relations de travail, comme un comportement prohibé par l'art. 328 CO, en lui donnant la définition suivante : « enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés

fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels une ou plusieurs personnes cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne de son lieu de travail » (TF, 8C_41/2017 du 21 décembre 2017, consid. 3.5) (N 345). Par ailleurs, la jurisprudence a interprété de manière large la notion d'auxiliaire des art. 55 et 101 CO (ATF 137 III 303, consid. 2.2.2 ; TF, 4A_128/2007 du 9 juillet 2007, consid. 2.4), ce qui permet de rendre responsable la partie employeuse de tout harcèlement psychologique sur le lieu de travail, quel que soit le niveau hiérarchique de la personne harceleuse et celui de la personne harcelée (N 342). Enfin, selon les règles générales en matière de fardeau de la preuve (cf. art. 8 CC), la personne qui se plaint de harcèlement devrait en apporter la preuve (absolue). Toutefois, considérant qu'il est difficile d'apporter une preuve stricte du harcèlement, le Tribunal fédéral a précisé qu'il fallait éventuellement admettre son existence sur la base d'un faisceau d'indices convergents (TF, 8C_41/2017 du 21 décembre 2017, consid. 3.5). Ainsi, dans la mesure où des témoins directs font souvent défaut, il n'est nullement insoutenable de tenir compte d'autres indices et notamment des déclarations des personnes auxquelles la victime s'est confiée, soit de témoins indirects (TF, 1C_418/2008 du 27 mai 2009, consid. 2.2.4 ; TF, 4P.214/2006 du 19 décembre 2006, consid. 2.2) (N 351, 620-622).

41. **Champ d'application temporel de l'art. 328 CO.** Concernant le champ d'application temporel de l'art. 328 CO, le Tribunal fédéral a considéré que le devoir de protection de l'art. 328 CO s'appliquait également, dans certaines limites, avant la conclusion du contrat de travail et aussi après la fin de celui-ci !

> **Jurisprudences**. Ainsi, selon notre Haute Cour, l'art. 328 CO s'applique déjà lors des pourparlers précontractuels. Dès lors, dans la mesure où, lors de l'entretien d'embauche, la partie employeuse pose des questions au sujet de la situation personnelle de la personne candidate sans rapport avec le travail à accomplir, elle viole l'art. 328 CO (TF, 2C_103/2008 du 30 juin 2008, consid. 6.2) (N 339).
>
> De même, l'obligation de protéger la personnalité perdure dans certains cas au-delà de la fin des rapports de travail (ATF 130 III 699, consid. 5.1). Un employeur peut ainsi être tenu de verser des dommages-intérêts à une ancienne partie employée lorsqu'elle a fourni de faux renseignements sur son compte qui ont découragé une entreprise de l'engager (TF, 4A_117/2013 du 31 juillet 2013, consid. 2.2 ; TF, 4C.379/2002 du 22 avril 2003, consid. 1 et 2) (N 339, 386).

Dans ces divers cas, l'application de l'art. 328 *CO permet de donner un fondement contractuel aux prétentions de la* partie demanderesse et de soumettre le litige aux règles du contentieux du contrat de travail.

Ces quelques exemples attestent de l'importance de connaître la jurisprudence en matière de droit du travail. La connaissance de la loi, même par cœur, n'est de loin pas suffisante !

Bibliographie thématique

GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, Berne 2019, pp. 1-19 ; WITZIG, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 99-128 ; WYLER/HEINZER, Droit du travail, Berne 2019, pp. 7-19.

Chapitre 3 Droit public et droit privé du travail

42. **Contexte.** Le jurisconsulte romain Ulpien enseignait déjà qu'il faut distinguer le droit public du droit privé. Alors que le premier, écrivait-il, se réfère aux règles qui ont trait à l'administration des choses publiques (*quod ad statutum rei Romanae spectat*), le second régit, pour sa part, ce qui se rapporte aux intérêts des particuliers (*quod ad singularum utilitatem pertinet*) (*Digeste* de Justinien, 1.1.1.2).

La différenciation entre droit public et droit privé demeure l'une des caractéristiques essentielles de nos ordres juridiques contemporains. Depuis l'époque romaine, les critères de distinction ont, certes, été développés et précisés (cf. théories des sujets, de la subordination, des intérêts, de la fonction, de la forme des actes juridiques, etc.). Il est généralement admis que le droit public porte sur les normes qui organisent l'Etat, définissent son action et règlent ses relations avec les particuliers ; il se caractérise notamment par la notion de subordination des particuliers face à la puissance publique et vise à assurer l'intérêt général. Le droit privé, quant à lui, porte sur l'ensemble des règles qui régissent les relations des particuliers entre eux et tend, entre autres, à trouver un équilibre entre des intérêts privés contradictoires.

La distinction entre droit public et droit privé repose sur des fondements historiques et dogmatiques indiscutables. Elle structure autant les sources, que l'enseignement et la pratique du droit. Cette *summa divisio* mérite toutefois d'être relativisée, tant sont nombreuses les interférences et les interdépendances entre le droit public et le droit privé. Le droit du travail nous semble constituer l'un des domaines privilégiés de l'interaction entre ces deux sources de droit.

43. **Plan.** Nous traiterons dans ce chapitre des questions suivantes : portée de la Constitution fédérale dans les relations de travail de droit privé (3.1), liens entre législation de droit public et législation de droit privé (3.2) et distinction entre droit de la fonction publique et droit du travail dans le secteur privé (3.3).

3.1 Constitution et droit privé

44. **Principes.** L'ordre juridique suisse repose sur la théorie libérale des droits publics subjectifs, en vertu de laquelle les droits fondamentaux sont accordés aux citoyens, par une norme de rang supra-législatif, afin de les protéger contre les abus du pouvoir étatique. Selon cette conception, de tels droits ne sont donc, en principe, opposables qu'à l'Etat (effet vertical) ; en d'autres termes, ils n'ont généralement pas d'effet horizontal direct. Il n'existe ainsi pas de droit général à l'égalité ou à ne pas être discriminé pour les personnes employées dans une entreprise privée soumise au CO (N 65, 311, 344).

Il existe une exception à ce principe qui a une portée importante en droit du travail : il est admis que l'art. 8 al. 3, 3e phrase de la Constitution fédérale, selon lequel l'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale, a un effet horizontal direct. Il s'applique donc dans les relations de travail de droit privé et il peut être invoqué devant les tribunaux. Cette norme constitutionnelle a d'ailleurs été concrétisée par la LEg.

Indépendamment de l'absence d'un effet horizontal direct, l'art. 35 al. 1 Constitution fédérale prévoit que les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique (ATF 130 III 353, consid. 2.1.1). En particulier, selon l'art. 35 al. 3 Constitution fédérale, les autorités ont l'obligation de veiller à ce que, dans la mesure où ils s'y prêtent, ils soient également mis en œuvre dans les relations qui lient les particuliers entre eux (ATF 132 III 122, consid. 4.4.1). Le législateur jouit de la liberté d'adopter des normes de droit civil ou pénal afin de concrétiser les droits fondamentaux dans les relations entre particuliers (effet horizontal indirect). L'art. 3 LEg qui interdit la discrimination fondée sur le sexe dans les relations de travail constitue, par exemple, une telle norme. Il en va de même de l'art. 336 al. 1 lit. b CO, qui déclare abusif le licenciement notifié pour le motif qu'une partie exerce un droit constitutionnel. Dans ces cas, la protection des droits fondamentaux relève de la législation uniquement ; une personne ne saurait donc se prévaloir directement, dans une cause de droit privé, d'une garantie constitutionnelle (ATF 107 Ia 277, consid. 3a).

45. **Liberté syndicale.** Prenons l'exemple de la liberté syndicale qui est garantie à l'art. 28 Cst. Cette liberté comporte un double aspect, individuel et collectif (ATF 144 I 50, consid. 4.1). Elle déploie un effet

horizontal indirect sur les relations de travail dans le secteur privé (ATF 132 III 122, consid. 4.4.1). Le législateur a concrétisé cette liberté par l'adoption de diverses règles, notamment sur la protection contre le congé antisyndical (art. 336 al. 2 CO).

Il faut tenir compte du fait que si la Constitution fédérale garantit la liberté syndicale, elle protège dans le même temps la liberté économique de l'employeur (art. 27 Cst.). On est donc potentiellement en présence d'un conflit de droits fondamentaux que le législateur a la possibilité d'harmoniser ou de hiérarchiser dans le cadre d'une pesée des intérêts en présence, ce qu'il a précisément fait en adoptant les dispositions sur le congé abusif notamment. Dans les situations où le conflit entre droits fondamentaux n'a pas été résolu par le législateur ou les partenaires sociaux, il revient au tribunal de trouver un juste équilibre entre les divers principes constitutionnels et droits fondamentaux en jeu.

46. **Jurisprudence.** L'action des tribunaux peut également s'avérer importante pour la reconnaissance d'une application horizontale indirecte des droits fondamentaux. En interprétant les principes généraux et les notions juridiques indéterminées du droit privé à la lumière de la Constitution fédérale (interprétation conforme à la Constitution), les autorités judiciaires ont la possibilité d'appliquer indirectement des règles constitutionnelles dans les relations qui lient les particuliers (ATF 111 II 245, consid. 4b). Il nous semble toutefois qu'en matière de droit du travail, les juridictions ont fait preuve jusqu'ici d'une grande prudence en la matière et qu'elles ont rarement procédé à l'interprétation d'une disposition de droit privé du travail à la lumière de l'art. 35 al. 3 Cst.

3.2 Liens entre législation de droit public et de droit privé

47. **Contexte.** On peut bien sûr opposer sur de nombreux points les dispositions du code des obligations régissant le contrat de travail (art. 319 ss CO) et la loi fédérale sur le travail (LTr). Dans le premier cas, nous sommes en présence de normes de droit privé, parfois de droit dispositif, qui visent à fournir un cadre aux rapports que noueront les parties au contrat de travail. En cas de violation des normes, ce sont les parties qui doivent agir en justice, devant une juridiction civile et selon les règles prévues dans le CPC, en vue d'obtenir une réparation qui est le plus

souvent pécuniaire. Alors que dans le second cas, il s'agit d'une loi de droit public poursuivant l'intérêt public de protection de la santé des personnes employées et contenant des règles minimales et impératives de protection. Le contrôle du respect de la loi incombe à une autorité publique. Cette dernière peut intervenir auprès des personnes employeuses qui ne respecteraient pas la loi, au moyen de mesures administratives (voire dénoncer la partie employeuse auprès des autorités pénales compétentes) qui peuvent être contestées devant une autorité administrative selon les règles de la procédure administrative applicable.

Pour régler les rapports entre le droit privé du travail et le droit public du travail, et notamment entre le CO et la LTr, le législateur fédéral a adopté l'art. 342 CO, lequel contient deux alinéas. L'alinéa premier réserve, premièrement (lit. a), les dispositions de la Confédération, des cantons et des communes concernant les rapports de travail de droit public (fonction publique), sauf en ce qui concerne certaines dispositions du CO relatives aux rapports juridiques avec l'institution de prévoyance (N 55), et, deuxièmement (lit. b), les dispositions de droit public de la Confédération et des cantons sur le travail et la formation professionnelle. Quant à l'alinéa 2, il réserve la possibilité de faire valoir à certaines conditions, devant les tribunaux civils, toute violation d'une obligation découlant du droit public. Nous verrons, enfin, qu'il existe des législations hybrides comportant pour partie des règles de droit privé et pour partie des règles de droit public.

3.2.1 Réserve en faveur du droit public de protection des travailleurs et travailleuses

48. **Primauté du droit public.** Les rapports de travail de droit privé ne sont pas uniquement soumis au droit privé (CC et CO), mais également à de nombreuses règles de droit public, principalement fédérales et plus rarement cantonales (N 13, 16), sur le travail et la formation professionnelle, qui ont été adoptées afin d'assurer une protection minimale des personnes employées et des personnes en formation. Selon l'art. 342 al. 1 lit. b CO, ces règles priment sur toutes les autres règles qui leur seraient contraires (législation de droit privé, CCT, CTT ou CIT).

Cette réserve concerne de nombreuses prescriptions, dont les lois fédérales suivantes (par ordre du RS), qui sont souvent complétées par des ordonnances :

- Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI) du 16 décembre 2005 (RS 142.20).
- Loi fédérale sur la formation professionnelle (LFPr) du 13 décembre 2002 (RS 412.10).
- Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr) du 13 mars 1964 (RS 822.11).
- Loi fédérale sur le travail à domicile (Loi sur le travail à domicile, LTrD) du 20 mars 1981 (RS 822.31).
- Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE) du 6 octobre 1989 (RS 823.11).
- Loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA) du 20 mars 1981 (RS 832.20).

49. **Exemple.** La LTr définit la durée maximale de la semaine de travail (art. 9), ainsi que les conditions (art. 12 al. 1), la durée (art. 12 al. 2) et les compensations du travail supplémentaire (art. 13). Sur ce dernier point, il est prévu que la partie employeuse doit verser à la personne employée « un supplément de salaire d'au moins 25%, qui n'est toutefois dû aux employés de bureau, aux techniciens et aux autres employés, y compris le personnel de vente des grands établissements du commerce de détail, qu'à partir de la soixante et unième heure supplémentaire » (art. 13 al. 1). Par ailleurs, « le travail supplémentaire ne donne droit à aucun supplément de salaire lorsqu'il est compensé, avec l'accord du travailleur et dans un délai convenable, par un congé de même durée » (art. 13 al. 2). Ces normes ont un caractère impératif (ATF 126 III 337, consid. 6). Une clause contractuelle selon laquelle une personne faisant partie du personnel de vente d'une petite entreprise du commerce de détail renoncerait à toute compensation (en argent et en temps) du travail supplémentaire serait nulle (cf. aussi art. 19 et 20 CO). Comme la LTr a pour but d'assurer à la personne employée un minimum de protection, il est en revanche loisible aux parties d'étendre cette protection par un accord individuel. Rien ne les empêche, par exemple, de convenir d'un supplément de salaire de 50% pour le travail supplémentaire ou d'un congé de durée supérieure à ce qui est prévu dans la loi.

3.2.2 Droit d'agir devant les juridictions civiles

50. **Principes.** Selon l'art. 342 al. 2 CO, si des dispositions de la Confédération et des cantons sur le travail et la formation professionnelle imposent à l'employeur ou au travailleur une obligation de droit public susceptible d'être l'objet d'un contrat individuel de travail, l'autre partie peut agir civilement en vue d'obtenir l'exécution de cette obligation. Une telle obligation de droit public consiste dans la règle en une obligation de faire (obligation de payer le supplément de salaire pour le travail supplémentaire, art. 13 LTr), mais elle peut aussi exister sous la forme d'une obligation de ne pas faire (obligation de ne pas occuper des personnes employées la nuit, art. 16 LTr, ou le dimanche, art. 18 LTr). Dans cette deuxième hypothèse, si par exemple la personne employeuse n'a pas obtenu d'autorisation (administrative) pour occuper des personnes la nuit ou le dimanche, elle n'a pas de créance ou de droit (sous l'angle du droit privé) d'exiger une prestation de travail la nuit ou le dimanche. Par ailleurs, l'obligation de droit public mentionnée à l'art. 342 al. 2 CO résulte généralement d'une loi ou d'une ordonnance, mais peut aussi se fonder sur une décision administrative (ATF 135 III 162, consid. 3.2.1).

51. **Portée.** Prenons le cas suivant. Une personne employée qui a été licenciée veut obtenir le paiement d'une indemnité pour congé abusif (art. 336a CO), ainsi que le versement du supplément de salaire prévu en cas de travail supplémentaire (art. 13 al. 1 LTr). Selon les principes généraux, elle devrait agir devant deux autorités différentes : devant la juridiction civile pour l'indemnité en cas de congé abusif fondée sur une loi de droit privé et devant l'autorité administrative pour le supplément de salaire prévu dans une loi de droit public. L'art. 342 al. 2 CO permet de créer un pont entre les deux droits et facilite surtout la tâche de la personne employée qui pourra agir devant la juridiction civile pour réclamer autant l'indemnité que le supplément de salaire. Cela, sans préjudice évidemment des prérogatives de l'autorité administrative d'exécution de la LTr.

52. **Obligations résultant de la loi sur le travail.** La loi sur le travail comporte plusieurs obligations de droit public pouvant faire l'objet de l'application de l'art. 342 al. 2 CO. En voici quelques exemples :

- Protection de la santé (art. 6 LTr ; cf. ATF 132 III 257, consid. 5.4.5).
- Durée maximale de la semaine et travail supplémentaire (art. 9 et 12 LTr).

- Supplément de salaire en cas de travail supplémentaire (art. 13 al. 1 LTr).
- Compensation en temps en cas de travail supplémentaire (art. 13 al. 2 LTr).
- Interdiction de travailler la nuit (art. 16 LTr).
- Supplément de salaire en cas de travail de nuit temporaire (art. 17b al. 1 LTr).
- Compensation en temps en cas de travail de nuit régulier ou périodique (art. 17b al. 2-4 LTr).
- Interdiction de travailler le dimanche (art. 18 LTr).
- Supplément de salaire en cas de travail le dimanche temporaire (art. 19 al. 3 LTr).
- Interdiction de remplacer le temps de repos par d'autres prestations (art. 21 et 22 LTr).
- Protection de la santé durant la maternité (art. 35 al. 3 LTr).
- Occupation des femmes durant la maternité (art. 35a LTr).
- Déplacement de l'horaire et paiement du salaire durant la maternité (art. 35b al. 2 LTr), etc.

53. **Personnes employées étrangères.** Parmi d'autres cas d'application, on peut plus particulièrement citer les prescriptions qui visent à protéger les personnes employées étrangères et à lutter contre la sous-enchère salariale. Selon l'art. 22 LEI, une personne étrangère, dans certaines circonstances spécifiques (N 70-73), ne peut être admise en vue de l'exercice d'une activité lucrative qu'aux conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche.

> **Jurisprudences**. Une fois l'autorisation délivrée, la partie employeuse est tenue, en vertu d'une obligation de droit public, de respecter les conditions qui l'assortissent, en particulier le salaire approuvé par l'autorité administrative ; la partie employée dispose alors d'une prétention qu'elle peut exercer devant les juridictions civiles, le tribunal civil étant alors lié par les conditions de rémunération fixées dans l'autorisation délivrée pour un emploi donné (ATF 122 III 110, consid. 4d). Cela vaut également en cas de travail au noir, le tribunal civil étant alors compétent, en l'absence d'autorisation de travail, pour fixer lui-même, à titre préjudiciel, les

conditions d'engagement conformes aux dispositions du droit des étrangers (ATF 122 III 110, consid. 4e). Autre exemple, qui porte sur l'octroi d'une carte de légitimation à une employée de maison de nationalité étrangère au service d'une diplomate qui supposait notamment une déclaration de garantie de la partie employeuse, qui s'engage en particulier à occuper l'employée à plein temps. Notre Haute Cour a eu l'occasion de préciser que cette dernière pouvait se prévaloir de cette obligation de droit public devant le tribunal civil, conformément à l'art. 342 al. 2 CO (ATF 135 III 162, consid. 3.2). De même, les juges de Mon-Repos ont eu à trancher une affaire portant sur une employée de maison étrangère engagée par un Etat étranger au service du chef d'une Mission permanente. Il a été considéré qu'en signant une déclaration de garantie, l'Etat étranger s'était engagé envers la Suisse à respecter les conditions de salaire et de travail applicables à la domestique. En vertu de l'art. 342 al. 2 CO, une telle déclaration a des effets de droit civil (ATF 138 III 750, consid. 2.3-4).

3.2.3 Législations « hybrides »

54. **Notion.** Le législateur fédéral a parfois fait preuve de créativité ou de pragmatisme en adoptant quelques législations « hybrides » de droit du travail, c'est-à-dire qui comportent des normes de droit privé et des normes de droit public ! La LEg paraît constituer le meilleur exemple. La loi contient tout d'abord, dans sa section 2, qui comprend le droit matériel, des normes communes qui « s'appliquent aux rapports de travail régis par le code des obligations et par le droit public fédéral, cantonal et communal ». La loi contient ensuite des dispositions spéciales relatives aux rapports de travail régis par le code des obligations (section 3), puis des dispositions relatives aux voies de droit dans les rapports de travail de droit public (section 4) (N 203, 210). Autre exemple, la LSE laquelle contient un mélange de règles de droit privé et de droit public. Par exemple, s'agissant de la location de services, la loi comprend des prescriptions (de droit public) sur l'autorisation que doivent obligatoirement obtenir les bailleurs de service qui font commerce de céder à des tiers les services de leur personnel (art. 12) et aussi des règles (de droit privé) sur le contrat de travail (art. 19). Elle énonce même des règles (de droit public) organisant les services cantonaux de l'emploi (chapitre 4) (N 252).

3.3 Secteur public et secteur privé

55. **Contexte.** Le droit du travail en Suisse est extrêmement diversifié puisqu'il comprend outre une réglementation unifiée du secteur privé, qui repose principalement sur le code des obligations (complété par les sources énumérées au chapitre 2 ci-dessus), des centaines de régimes de fonction publique, chaque collectivité ou presque ayant défini ses propres règles. Il faut dire que l'art. 342 al. 1 lit. a CO réserve expressément les dispositions de la Confédération, des cantons et des communes concernant les rapports de travail, sauf en ce qui concerne les art. 331 al. 5, et 331a à 331e CO (prévoyance en faveur du personnel). Utilisant cette réserve, tant la Confédération que tous les cantons ont adopté des règles spéciales réglant le statut de leurs personnels. Par exemple, les rapports de travail entre la Confédération et son personnel sont régis principalement par la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 24 mars 2000 (RS 172.220.1), l'ordonnance-cadre relative à la loi sur le personnel de la Confédération (Ordonnance-cadre LPers) du 20 décembre 2000 (RS 172.220.11) et l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers) du 3 juillet 2001 (RS 172.220.111.3). Par ailleurs, dans la mesure où le droit cantonal ne règle pas déjà le statut du personnel communal, de très nombreuses communes ont également adopté leur propre statut du personnel. Pour finir, certains établissements cantonaux, publics et autonomes, ont reçu la compétence d'édicter les règles applicables à leur personnel (art. 16 de la loi sur l'organisation des Services industriels de Genève du 5 octobre 1973, LSIG, RS/GE L 2 35 ; art. 21 de la loi sur la Fondation des parkings du 17 mai 2001, RS/GE H 1 13 ; art. 19 de la loi sur les Transports publics genevois du 21 novembre 1975, LTPG, RS/GE H 1 55), ce qui aboutit à l'existence de règles au contenu assez rare, car adaptées à l'activité réalisée par ces entités.

56. **Démarche.** Cet *Abrégé* est consacré principalement au contrat de travail régi par le CO. Nous souhaitons toutefois présenter dans cette section quelques caractéristiques des régimes de fonction publique et du droit privé du travail, puis évoquer des signes manifestes de leur rapprochement, que cela soit par la « privatisation » du droit de la fonction publique ou la « publicisation » du droit privé du travail.

3.3.1 Régimes distincts

57. **Caractéristiques différentes.** Bien qu'il existe autant de statuts de fonction publique que de collectivités, on peut aisément définir quelques caractères propres au droit de la fonction publique qui sont distincts des attributs du droit privé du travail. En voici quelques exemples.

Bien qu'une tendance à la « contractualisation » (contrat de droit administratif voire de droit privé) soit observable dans la fonction publique, de nombreux statuts conditionnent toujours la création des rapports de travail à une procédure de nomination, de sorte que la relation de travail entre l'Etat et son personnel trouve son fondement dans une décision unilatérale de l'administration. Dans le secteur privé, en revanche, les relations de travail naissent de la conclusion d'un contrat de travail de droit privé et reposent donc sur un acte bilatéral (art. 319 CO). Lorsqu'une décision est à la base de la relation, les conditions de travail peuvent être adaptées de manière unilatérale ; à l'inverse, en présence d'un contrat, une modification des clauses contractuelles ne peut intervenir que moyennant l'accord des parties.

La fixation de la rémunération obéit aussi à des principes différents. Alors que la fonction publique se caractérise par le recours à des échelles fixes de traitements, les salaires sont en principe (mais il y a de nombreuses exceptions, N 299) convenus librement pour les rapports de travail soumis au droit privé (art. 322 CO).

On peut également relever les particularités des règles de droit public quant à la résiliation des rapports de travail. Alors que dans le secteur privé, la liberté de résilier prévaut, sous réserve toutefois des protections prévues par les art. 336 à 336d CO, dans la fonction publique, les employés jouissent en principe d'une protection accrue de leur emploi. Les différences entre les deux régimes sont également significatives quant aux sanctions en cas de licenciement injustifié. En effet, bien que la réintégration de la personne employée injustement licenciée, qui était jadis un principe cardinal du droit de la fonction publique, semble perdre de l'importance, le montant maximal de l'indemnité en cas de licenciement injustifié est généralement plus élevé dans le secteur public que dans le secteur privé.

Envisagé dans sa globalité, le statut de la fonction publique est généralement plus favorable aux personnes employées, mais peut néanmoins comporter par rapport au CO des contraintes plus sévères sur certains points.

Jurisprudences. Le Tribunal fédéral a, par exemple, relevé qu'il pouvait arriver qu'une réglementation cantonale sur la protection contre le congé en temps inopportun (en l'occurrence pendant la grossesse) soit moins avantageuse que le régime de droit privé découlant de l'art. 336c al. 1 lit c CO (ATF 139 I 57, consid. 5.1).

Dans un autre cas, notre Haute Cour a constaté que la manière de calculer le salaire afférant aux vacances dans une collectivité publique cantonale pouvait parfaitement être moins favorable que le régime de l'art. 329d CO (ATF 138 I 232, consid. 6.1).

Par ailleurs, dans les relations entre l'Etat et son personnel, les principes généraux du droit public et la protection des droits fondamentaux sont applicables, alors qu'ils ne le sont pas dans le secteur privé. Il s'agit d'une distinction centrale entre les deux régimes, et irréductible, puisque lesdits principes demeurent applicables même si l'Etat est (exceptionnellement) lié à un employé par un contrat de droit privé.

Il faut finalement relever que des différences existent aussi concernant :

- La procédure à suivre pour la notification des actes juridiques (en droit public, il faut veiller au respect du droit d'être entendu dans l'adoption des décisions administratives).
- La procédure à suivre en cas de litige.
- Les juridictions à saisir lorsqu'un litige survient dans le cadre de la relation de travail. Dans le secteur privé, le litige relève de la compétence de la juridiction civile, qui applique la procédure civile (CPC), alors que lors d'un différend dans le secteur public, il convient de s'adresser à un juge administratif, conformément aux règles de la procédure administrative applicable.

3.3.2 Privatisation du droit de la fonction publique

58. **Contexte.** Sous l'influence de la théorie du *New Public Management*, le droit de la fonction publique connaît depuis quelques décennies, et pas seulement en Suisse, une tendance marquée à la « privatisation » qui prend la forme d'une « flexibilisation » des rapports de travail entre l'Etat et ses employés. Il en résulte un rapprochement progressif entre le droit de la fonction publique et le droit privé du travail.

Cette tendance a été particulièrement perceptible à l'échelon de la Confédération, où le remplacement de l'ancienne loi fédérale sur le statut des fonctionnaires (StF) du 30 juin 1927 (RO 43.459) par la LPers, elle-même plusieurs fois révisée, a supprimé la désignation « fonctionnaires » au profit des « employés » et a ouvert la voie à une convergence significative de la réglementation vers celle régissant le contrat de travail.

Nous citerons ici trois mécanismes qui contribuent à la privatisation du droit de la fonction publique fédérale, à savoir la soumission de la relation de travail au régime du code des obligations, l'application partielle du CO et l'influence de la jurisprudence de droit privé.

59. **Privatisation partielle.** Au sein d'une entité publique, il se peut que certaines catégories de personnes soient engagées sur la base d'un contrat de droit privé. On parle alors de « privatisation partielle » du droit de la fonction publique. Bien qu'il existe une présomption selon laquelle les relations de travail nouées entre l'Etat et son personnel sont soumises au droit public, la Constitution fédérale ne consacre pas d'interdiction du recours au droit privé.

> **Jurisprudence**. Cette présomption, qui se fonde sur « la nature particulière de l'Etat et des tâches exercées par son personnel, les contraintes constitutionnelles qui pèsent sur l'Etat employeur, ainsi que l'absence de besoin d'un recours au droit privé » (ATF 142 II 154, consid. 5.2), ne fait pas obstacle à la soumission de certains rapports de travail au droit privé.

L'art. 6 (al. 5 et 6) LPers autorise, par exemple, expressément le Conseil fédéral et les employeurs à soumettre directement les rapports de travail existant à l'intérieur d'une entité publique au CO lorsque cette mesure se justifie. Cette possibilité est toutefois limitée à des catégories particulières d'employés, comme le personnel auxiliaire, les travailleurs à domicile et les stagiaires (cf. art. 5 O-cadre LPers). Il n'est pas rare que les cantons et les communes engagent également une partie de leur personnel sur la base de contrats de travail de droit privé (cf., par exemple, TF, 8C_227/2014 du 18 février 2015). Lorsque les relations de l'Etat avec ses employés sont soumises au droit privé, les dispositions du CO sur le contrat de travail sont applicables en lieu et place du statut de la fonction publique et les litiges découlant des rapports de travail relèvent des tribunaux civils (cf. notamment, art. 6 al. 7 LPers et art. 1 al. 2 lit. OPers).

> **Jurisprudence**. Pour être autorisée, la soumission des rapports de travail de certaines catégories du personnel étatique au droit privé doit reposer sur une base légale ou réglementaire claire et sans équivoque et ne pas être exclue par le droit applicable. Par ailleurs, l'Etat devrait respecter les

principes constitutionnels qui régissent toute activité administrative (TF, 2P.137/2005 du 17 octobre 2005, consid. 3.2).

60. **Privatisation totale.** Depuis quelques années, on perçoit également un phénomène de « privatisation totale » du droit de la fonction publique qui se manifeste par la soumission de l'ensemble du personnel d'entités de l'administration décentralisée au droit privé. A l'échelon fédéral, les unités de l'administration peuvent échapper à l'application de la LPers lorsqu'une loi spéciale le prévoit (cf. art. 1 al. 1 lit. e LPers). Tel est par exemple le cas des employés de la Poste suisse (art. 9 de la loi fédérale sur l'organisation de La Poste Suisse du 17 décembre 2010, RS 783.1) ou de Swisscom (art. 16 de la loi fédérale sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications du 30 avril 1997, RS 784.11).

61. **Application partielle du CO.** Si les rapports de travail entre l'Etat et son personnel sont en principe organisés librement par la Confédération, les cantons et les communes (art. 342 al. 1 lit. a CO), les dispositions relatives au contrat de travail peuvent s'appliquer à titre de droit public supplétif ; cette application subsidiaire a lieu en cas de lacunes dans la réglementation ou si celle-ci la prévoit (ATF 139 I 57 ; ATF 138 I 232).

Un renvoi aux règles du CO est expressément contenu dans la LPers : « Si la présente loi et d'autres lois fédérales n'en disposent pas autrement, les dispositions pertinentes du code des obligations s'appliquent par analogie aux rapports de travail » (art. 6 al. 2 LPers). La LPers ne contient par exemple pas de disposition sur le certificat de travail.

> **Jurisprudence**. L'art. 330a CO, qui régit le contrat de travail dans les relations de droit privé, s'applique par analogie et au titre de droit public supplétif aux rapports entre la Confédération et ses employés (ATF 144 II 334).

Le Tribunal fédéral a eu également l'occasion de préciser que la partie générale du CO et, en particulier, les normes sur le vice du consentement (art. 23 ss CO) s'appliquaient aussi par analogie au droit de la fonction publique de la Confédération.

> **Jurisprudence**. Un contrat de travail de droit public peut être annulé pour vice du consentement, si une postulante passe sous silence, durant l'entretien d'engagement, une procédure pénale pendante à son encontre, qui est susceptible de porter une atteinte considérable à sa capacité de travail et, par conséquent, à l'exécution du contrat (ATF 132 II 161).

62. **Jurisprudence de droit privé.** Des principes jurisprudentiels de droit privé peuvent avoir une influence sur le règlement de litiges relevant du droit de la fonction publique.

> **Jurisprudences**. Les Cours de droit public du Tribunal fédéral admettent en effet que certains « principes dégagés par la jurisprudence du droit privé […] peuvent être appliqués par analogie au droit de la fonction publique » (TF, 8C_873/2010 du 17 février 2011, consid. 7.2).
>
> Tel est le cas, notamment, des principes jurisprudentiels qui encadrent la résiliation immédiate du contrat de travail et qui subordonnent la licéité d'une telle mesure à la présence de justes motifs, puisque la notion de « justes motifs », dont les contours ont été définis par la jurisprudence du droit privé (ATF 130 III 28, consid. 4.1 ; ATF 130 III 213, consid. 3.1), a été transposée en droit de la fonction publique (TF, 8C_243/2015 du 17 mars 2016).
>
> Dans le même ordre d'idées, les définitions du harcèlement psychologique ou *mobbing* (TF, 8C_358/2009 du 8 mars 2010, consid. 5.1) et de l'abandon d'emploi (TF, 8C_461/2013 du 7 mai 2014) données par la jurisprudence de droit privé sont transposables dans les relations de travail fondées sur le droit public.

3.3.3 Publicisation du droit privé du travail

63. **Notion.** La « publicisation » du droit privé du travail se traduit par l'influence croissante, mais de manière indirecte, des principes inhérents au droit public, et notamment des droits fondamentaux, dans les rapports de travail régis par le CO. Ce phénomène paraît moins connu que celui de la privatisation, notamment du fait qu'il est plus récent et qu'il résulte de la jurisprudence et non de la volonté du législateur.

64. **Contexte.** Plutôt que d'appliquer directement l'art. 35 al. 3 de la Constitution fédérale ou de se référer explicitement aux droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique (cf. section 3.1 ci-dessus), le Tribunal fédéral a dégagé de l'interprétation de dispositions du CO sur le contrat de travail des principes protecteurs des personnes employées qui sont similaires à certains principes inhérents au droit public. C'est ainsi que le droit de ne pas être traité de manière discriminatoire, de même que l'obligation de la partie employeuse, lorsqu'elle souhaite licencier une partie employée, de s'assurer que la mesure est proportionnée, voire d'entendre préalablement la partie employée dans certaines circonstances,

ont été déduits des dispositions sur la protection de la personnalité (art. 328 CO) et sur la protection contre les congés abusif (art. 336 CO).

65. **Interdiction de la discrimination.** Comme nous l'avons vu, le droit à l'égalité de traitement, garanti par la Constitution fédérale (art. 8) est un droit fondamental qui n'est en principe opposable qu'à l'Etat, sous réserve du droit à l'égalité salariale entre les sexes (art. 8 al. 3, 3e phrase). Selon la conception retenue dans notre ordre juridique, il n'existe pas de droit général à l'égalité de traitement en droit privé suisse du travail. En revanche, lorsque la partie employeuse traite collectivement d'une situation, les parties employées peuvent déduire de l'art. 328 CO, qui protège notamment leur dignité et leur considération sociale, le droit de ne pas être traitées de manière discriminatoire, sans motifs justificatifs. En effet, selon le Tribunal fédéral, une décision subjective et arbitraire de la partie employeuse peut constituer une atteinte à la personnalité, et donc une contravention à l'interdiction de discrimination, lorsqu'elle laisse transparaître une sous-évaluation de la personnalité de la partie employée qui soit blessante pour celle-ci, c'est-à-dire qu'elle a été placée dans une situation clairement moins avantageuse qu'un grand nombre d'autres personnes employées (ATF 129 III 276, consid. 3.1) (N 44, 311, 344).

66. **Principe de proportionnalité.** Selon l'art. 36 al. 3 de la Constitution fédérale, toute restriction des droits fondamentaux doit être proportionnée au but visé. Le principe de proportionnalité est pleinement opposable à l'Etat. En revanche, il n'a pas vocation à s'appliquer dans les relations entre personnes privées. Il est ainsi étranger au monde de l'entreprise, de sorte que, dans la règle, une partie employeuse n'est pas tenue en tant que telle de prendre des mesures proportionnées envers ses parties employées.

La réalité est toutefois plus complexe. Premièrement, certaines dispositions légales, en particulier dans le domaine de la protection de la santé (art. 6 LTr) et des données (art. 4 al. 2 LPD) des personnes employées permettent dans certaines circonstances d'exiger de la partie employeuse le respect du principe de la proportionnalité. Le Tribunal fédéral a, par exemple, examiné ce principe pour déterminer si l'installation par la partie employeuse d'un système de surveillance GPS sur les véhicules de l'entreprise était licite ou non (ATF 130 II 425, consid. 5 et 6) (N 135, 358). Deuxièmement, le principe de proportionnalité est parfois également utilisé afin d'établir si un licenciement doit être considéré comme abusif au sens de l'art. 336 CO. En effet, notre Haute Cour considère que la partie employeuse doit, avant de procéder à un licenciement, mettre en balance,

d'une part, son intérêt à se séparer de la partie employée et, d'autre part, l'intérêt de cette dernière à conserver son emploi (ATF 132 III 115) (N 411). En raison de la finalité du droit de résilier, d'un côté, et de la disproportion des intérêts en présence, de l'autre, le licenciement peut être tenu pour abusif lorsqu'il répond à un motif de pure convenance personnelle de la partie employeuse (ATF 131 III 535, consid. 4.2).

67. **Droit d'être entendu.** L'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale consacre le droit d'être entendu comme une garantie générale de procédure. Ce droit n'est également opposable qu'à l'Etat. Poser la question de l'existence d'un droit d'être entendu dans les relations de travail de droit privé peut donc paraître incongru. D'ailleurs, le Tribunal fédéral a expressément indiqué qu'il n'existait pas de droit d'être entendu de la partie employée avant la communication du licenciement (TF, 4C.174/2004 du 5 août 2004, consid. 2.4). On peut toutefois se demander si la partie employée n'est pas en droit de déduire des art. 328 (protection de la personnalité) et 336 (congé abusif) CO un certain droit d'être informé et écouté, lors d'un entretien préalable, de l'intention de la partie employeuse de la licencier.

Selon le Tribunal fédéral, le caractère abusif d'une résiliation peut découler non seulement de ses motifs, mais également de la manière dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit : même lorsqu'elle résilie le contrat de travail pour un motif légitime, la partie doit faire preuve d'égards dans l'exercice de son droit (ATF 132 III 115, consid. 2.2 ; ATF 131 III 535, consid. 4.2). Concrétisant ces principes, les juges de Mon-Repos ont à plusieurs reprises jugé que, dans les circonstances du cas d'espèce, la partie employeuse aurait dû rencontrer la partie employée avant de la licencier. Nous donnerons les deux exemples suivants.

> **Jurisprudences**. Dans la première affaire, il a été considéré que la partie employeuse avait gravement violé le principe voulant qu'elle fasse un usage modéré de son droit en licenciant une partie employée sans aucun entretien préalable, sans la moindre tentative de solution et en la libérant immédiatement de son obligation de travailler (ATF 132 III 115, consid. 5.4).
>
> Dans la deuxième affaire, notre Haute Cour a précisé que les personnes employées âgées, qui ont été au service de leur employeur durant de nombreuses années, avait droit à des égards particuliers. C'est ainsi qu'avant de les licencier, la partie employeuse doit les informer qu'elle envisage de résilier leur contrat, en leur donnant la possibilité de s'exprimer (TF, 4A_384/2014 du 12 novembre 2014, consid. 4.2.2).

Bibliographie thématique

AUBERT, Les rapports entre le droit privé et le droit public – Quelques étapes, in : Dunand/Mahon/Perrenoud (édit.), Le droit à la croisée des chemins : Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, Genève/Zurich/Bâle 2016, pp. VII-XVI ; DÉFAGO GAUDIN, Les obstacles à la privatisation de la fonction publique, in : Dunand/Mahon/Perrenoud (édit.), Le droit à la croisée des chemins : Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, Genève/Zurich/Bâle 2016, pp. 259-278 ; DUNAND/PERRENOUD, Convergences entre le droit de la fonction publique et le droit privé du travail ?, in : Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi (éd.), Sviluppi e orientamenti recenti nel diritto del lavoro, Bâle 2018, pp. 5-32 ; CS/CIT-MAHON/JEANNERAT, *ad* art. 342 CO ; PERRENOUD, L'évolution historique de la relation de travail, in : Dunand/Mahon/Perrenoud (édit.), Le droit à la croisée des chemins : Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, Genève/Zurich/Bâle 2016, pp. 1-222 ; ROSELLO, Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique, Genève/Zurich/Bâle 2016 ; WYLER/BRIGUET, La fin des rapports de travail dans la fonction publique, Berne 2017.

Chapitre 4 Droit interne et droit international

68. **Contexte.** Située au cœur de l'Europe, participant à des échanges commerciaux avec des Etats du monde entier, attirant une main-d'œuvre étrangère importante, engagée par de nombreuses conventions internationales, la Suisse est tributaire des Etats étrangers, des organisations internationales et du droit international. Il en résulte une myriade de normes disparates régissant les relations de travail, dont il ne saurait être question ici de rendre compte dans toute sa diversité et toute sa complexité.

69. **Plan.** Le but de ce chapitre est donc plutôt de présenter quelques thèmes permettant d'alerter les personnes lisant cet Abrégé sur la nécessité de s'intéresser aux liens entre le droit interne et le droit international. Nous esquisserons le sujet en abordant les cinq questions suivantes : emploi de main-d'œuvre étrangère en Suisse (4.1), droit applicable dans les situations internationales (4.2), influence du droit de l'Union européenne (4.3), jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (4.4) et droit de l'Organisation internationale du travail (4.5).

4.1 Emploi de main-d'œuvre étrangère

70. **Principe.** Le système d'accès au marché du travail suisse repose sur le principe suivant, défini à l'art. 11 al. 1 LEI : « [t]out étranger qui entend exercer en Suisse une activité lucrative doit être titulaire d'une autorisation, quelle que soit la durée de son séjour en Suisse ». Il existe toutefois des exceptions importantes, expressément prévues par la loi ou par des traités internationaux, qui permettent de déroger au principe de l'autorisation.

71. **Deux régimes distincts.** Avant d'engager une personne étrangère, la partie employeuse doit s'assurer qu'elle est autorisée à exercer une activité lucrative en Suisse en examinant son titre de séjour ou en se renseignant auprès des autorités compétentes (art. 91 al. 1 LEI). L'emploi de main-d'œuvre étrangère est soumis à deux régimes distincts en fonction

de la nationalité des personnes employées, respectivement de l'Etat dans lequel l'entreprise qui détache des personnes employées a son siège. En substance, il existe un régime pour les personnes provenant de l'Union européenne et de l'AELE et un régime pour les personnes provenant de tous les autres Etats, qui sont appelés dans ce contexte « Etats tiers » (sur ces questions, cf. ORDOLLI, pp. 3 ss). Cela se traduit, s'agissant du droit applicable, par la distinction entre un régime de base et un régime spécifique pour l'UE et l'AELE :

- La loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI) du 16 décembre 2005 (RS 142.20) et l'Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA) du 24 octobre 2007, RS 142.201 définissent le régime de base qui est en principe applicable, quelle que soit la nationalité (étrangère) des personnes concernées.

- L'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP) du 21 juin 1999, RS 0.142.112.681, respectivement la Convention instituant l'Association Européenne de Libre-Echange (AELE) du 4 janvier 1960, RS 0.632.31, et, en droit interne, l'Ordonnance sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, l'Union européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange (Ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes, OLCP) du 22 mai 2002, RS 142.203, définissent le régime spécifique réservé aux personnes ressortissantes des Etats contractants et aux entreprises ayant leur siège dans un de ces Etats.

- La LEI est subsidiaire tant aux autres dispositions de droit fédéral qu'aux traités internationaux (art. 2 al. 1 LEI), notamment l'ALCP (art. 2 al. 2 LEI) et la Convention AELE (art. 2 al. 3 LEI). A contrario, la LEI (et l'OASA) s'applique aux ressortissants UE/AELE lorsque ces accords internationaux n'en disposent pas autrement ou lorsque la loi prévoit des dispositions plus favorables (art. 2 al. 2 et 3 LEI).

72. **Régime UE/AELE.** La Suisse a conclu, tant avec l'Union européenne qu'avec l'Association européenne de libre-échange, des accords garantissant la libre circulation des personnes. La libre circulation concerne donc, d'une part, les Etats membres de l'AELE, à savoir l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suisse et, d'autre part, les Etats membres de l'Union européenne. A chaque élargissement de l'Union

européenne, un protocole est conclu entre la Suisse et l'Union européenne, prévoyant une période transitoire. A partir du 1er juin 2019, tous les Etats membres de l'Union européenne bénéficient pleinement de la libre circulation des personnes avec la Suisse, à l'exception de la Croatie (RO 2016 5233 5251). Il convient de distinguer l'activité lucrative sans prise d'emploi en Suisse (a) et l'activité lucrative avec prise d'emploi en Suisse (b).

a) *Activité sans prise d'emploi en Suisse*. Exerce une activité lucrative sans prise d'emploi en Suisse, le prestataire de services indépendant qui ne transfère pas son domicile en Suisse ou la personne employée qui est détachée en Suisse par une entreprise qui se trouve à l'étranger. Les textes applicables libéralisent les prestations de services transfrontaliers jusqu'à 90 jours de travail effectif par année civile. A certaines conditions (en principe, pour tout détachement supérieur à huit jours par année civile), l'entreprise étrangère qui détache du personnel en Suisse est soumise à une obligation d'annonce auprès de l'autorité compétente (art. 6 LDét). Au-delà de 90 jours, c'est le régime de l'autorisation qui s'applique. Il n'y a aucun droit à recevoir une telle autorisation qui est soumise aux conditions du régime de base (LEI/OASA).

b) *Activité avec prise d'emploi en Suisse*. Exerce une activité lucrative avec prise d'emploi en Suisse toute personne ressortissante d'un Etat membre de l'Union européenne qui est engagée par une entreprise ayant son siège en Suisse. La prise d'emploi en Suisse implique la conclusion d'un contrat de travail entre la personne employée et l'entreprise ayant son siège en Suisse. Une telle personne n'a pas besoin de titre de séjour pour exercer une activité lucrative en Suisse dont la durée ne dépasse pas trois mois au total par année civile. Il existe également une obligation d'annonce (art. 9 al. 1bis OLCP). Tout emploi de plus de trois mois dans l'année civile nécessite une autorisation qui ne vise qu'à constater l'existence du droit à séjourner et à exercer une activité lucrative en Suisse. L'ALCP prévoit donc un droit à recevoir une telle autorisation, selon des modalités diverses.

73. **Régime général applicable aux Etats tiers.** Sont considérés comme des Etats tiers tous les pays qui ne sont membres ni de l'Union européenne ni de l'AELE. Le régime des Etats tiers est aussi applicable aux ressortissants UE/AELE lorsque l'ALCP ne règle pas la question ou est moins favorable que la LEI (art. 2 al. 2-3 LEI). Il convient également de distinguer l'activité lucrative sans prise d'emploi en Suisse (a) et l'activité lucrative avec prise d'emploi en Suisse (b).

a) *Activité sans prise d'emploi en Suisse.* Exercent une activité sans prise d'emploi en Suisse les prestataires de services indépendants et les travailleurs détachés par des entreprises situées dans des Etats tiers qui exécutent une prestation de services en Suisse pour une durée limitée (art. 3 OASA). Jusqu'à huit jours par année civile, ces activités n'ont pas à être annoncées et ne sont en principe pas soumises à autorisation. A contrario, toute prestation de plus de huit jours est soumise à autorisation (art. 14 OASA). Selon l'art. 26 LEI, une personne étrangère n'est admise à fournir des prestations de services transfrontaliers temporaires que si cette activité sert les intérêts économiques du pays. Les conditions fixées aux art. 20 (contingents), 22 (conditions de rémunération) et 23 (qualifications professionnelles) de la LEI sont applicables par analogie (art. 26 al. 2 LEI).

b) *Activité avec prise d'emploi en Suisse*. Exerce une activité lucrative avec prise d'emploi en Suisse la personne engagée par une entreprise ayant son siège en Suisse pour une activité en Suisse. Le principe général s'applique : l'exercice d'une activité lucrative avec prise d'emploi en Suisse est soumis à autorisation (art. 2 al. 1 et 11 al. 1 LEI). Il n'existe aucun droit à recevoir une autorisation. La délivrance d'une autorisation relève du pouvoir d'appréciation de l'autorité compétente, qui tient compte des intérêts publics (notamment intérêts économiques de la Suisse), de la situation personnelle de la personne étrangère, ainsi que de son intégration (art. 96 LEI). Pour les ressortissants des Etats tiers, l'accès au marché suisse du travail est contingenté (art. 20 LEI) et soumis au principe de subsidiarité par rapport aux ressortissants indigènes et aux ressortissants UE/AELE (art. 21 LEI). Par ailleurs, les autorisations sont réservées aux ressortissants étrangers présentant des qualifications professionnelles particulières (art. 23 LEI) et pouvant bénéficier d'un logement approprié (art. 24 LEI). Enfin, une autorisation ne peut être délivrée que sur présentation d'un contrat de travail écrit qui est conforme aux conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche (art. 22 LEI et art. 22 OASA).

74. **Annonce des postes vacants.** Depuis le 1er juillet 2018, la partie employeuse doit annoncer certains postes vacants aux offices régionaux de placement, afin de favoriser l'emploi des personnes inscrites au chômage en Suisse (art. 21a LEI). Plus précisément, les postes vacants dans des groupes de profession, domaines d'activité ou régions économiques qui enregistrent un taux de chômage supérieur à la moyenne doivent être communiqués par les employeurs au service public de l'emploi. L'accès aux informations concernant les postes communiqués est restreint, pour une période limitée, aux personnes inscrites auprès du service public de

l'emploi en Suisse (art. 21a al. 3 LEI). Le Conseil fédéral a pris des mesures d'exécution pour préciser la loi (art. 53a à 53e, 63 et 63a de l'Ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services [Ordonnance sur le service de l'emploi, OSE] du 16 janvier 1991, RS 823.111.

4.2 Droit applicable dans les situations internationales

75. **Contrat de travail international.** Un contrat de travail international se manifeste par l'existence d'un ou de plusieurs éléments d'extranéité, par exemple lorsque les parties au contrat de travail sont domiciliées dans des Etats différents ou lorsque le lieu habituel de travail se trouve à l'étranger. Les tribunaux suisses déterminent le droit applicable au contrat de travail en appliquant l'art. 121 LDIP.

76. **Droit applicable à défaut d'élection de droit.** En cas d'absence d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat dans lequel la personne salariée accomplit habituellement son travail (art. 121 al. 1 LDIP). Si la personne employée accomplit habituellement son travail dans plusieurs Etats, le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat de l'établissement ou, à défaut d'établissement, du domicile ou de la résidence habituelle de la partie employeuse (art. 121 al. 2 LDIP). Toutefois, le droit désigné par l'art. 121 al. 1 ou 2 LDIP n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit (clause d'exception, art. 15 al. 1 LDIP).

77. **Droit applicable en cas d'élection de droit.** Selon l'art. 121 al. 3 LDIP, « les parties peuvent convenir de soumettre le contrat de travail au droit de l'Etat dans lequel le travailleur a sa résidence habituelle ou dans lequel l'employeur a son établissement, son domicile ou sa résidence habituelle ». L'élection de droit entre les parties au contrat de travail n'est soumise à aucune condition de validité formelle. Elle peut être expresse ou tacite ; en outre, elle est régie par le droit choisi (art. 116 al. 2 LDIP). L'élection peut être faite ou modifiée en tout temps. Si elle est postérieure

à la conclusion du contrat, elle rétroagit au moment de la conclusion du contrat (art. 116 al. 3 LDIP).

78. **Réserve négative de l'ordre public.** Selon l'art. 17 LDIP, l'application de dispositions du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse (réserve négative de l'ordre public). Le droit étranger sera donc écarté et, cas échéant, souvent remplacé par des normes de droit suisse.

79. **Réserve positive de l'ordre public.** L'art. 18 LDIP réserve quant à lui les dispositions impératives du droit suisse qui, en raison de leur but particulier, sont applicables quel que soit le droit désigné par la LDIP (réserve positive de l'ordre public, lois suisses d'application immédiate). Dans ce cas, les normes impératives du droit suisse s'appliqueront en plus du droit étranger. Ainsi, le Tribunal fédéral a-t-il considéré que l'art. 342 al. 2 CO (effets de droit civil à une obligation de droit public) relevait de l'ordre public suisse et qu'il constituait une norme suisse d'application immédiate au sens de l'art. 18 LDIP.

> **Jurisprudence**. Dans le cas d'espèce, en signant une déclaration de garantie, l'Etat étranger, qui avait recruté une employée de maison au service du chef d'une Mission permanente, s'était engagé envers la Suisse à respecter les conditions de salaire et de travail applicables. Vu l'application de l'art. 18 LDIP, le droit chilien élu par les parties au contrat de travail, devait donc céder le pas au droit suisse sur les questions du salaire, y compris pendant le délai de congé, et de l'indemnisation des vacances non prises (ATF 138 III 750, consid. 2.5).

Constituent aussi, certainement, des normes suisses d'application immédiate, par exemple, les dispositions de la LEg, de la LTN et de la LTr, ainsi que les autres conditions minimales de travail et de salaire au sens de l'art. 2 LDét.

80. **Loi d'application immédiate étrangère.** Enfin, selon l'art. 19 al. 1 LDIP, lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit étranger autre que celui désigné par la LDIP peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit (lois d'application immédiate étrangère). Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit (art. 19

al. 2 LDIP). Ainsi, dans le domaine du contrat de travail, des dispositions protectrices impératives d'un Etat tiers, en particulier du pays du lieu de travail pourront trouver à s'appliquer par le biais de l'art. 19 LDIP. Notre Haute Cour a précisé qu'il peut s'agir, par exemple, de normes impératives (de droit public ou de droit privé) relatives au travail le dimanche et les jours fériés, à la durée maximale du travail, à l'interdiction du travail des enfants, à la prévention des risques et des accidents ou encore au salaire minimal (ATF 136 III 392, consid. 2.3.3.1).

81. **Personnel détaché.** Le personnel détaché exerce une activité en Suisse pendant une période limitée au profit d'une partie employeuse ayant son domicile ou son siège à l'étranger (art. 1 al. 1 LDét). Selon les principes généraux, ces personnes salariées restent soumises, pendant leur détachement en Suisse, au droit de leur lieu de travail habituel (art. 121 al. 1 LDIP) ou au droit de l'Etat de l'établissement (ou, à défaut d'établissement, du domicile ou de la résidence habituelle de l'employeur) lorsqu'elles accomplissent habituellement leur travail dans plusieurs Etats (art. 121 al. 2 LDIP). Toutefois, pour lutter contre une éventuelle sous-enchère salariale et sociale, l'art. 2 al. 1 LDét prévoit que la partie employeuse doit garantir au personnel détaché au moins les conditions de travail et de salaire prescrites par les lois fédérales, ordonnances du Conseil fédéral, conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire (N 486) et contrats types de travail au sens de l'art. 360a CO (N 509-515) dans les domaines suivants :

- Rémunération minimale, y compris les suppléments (lit. a).
- Durée du travail et du repos (lit. b).
- Durée minimale des vacances (lit. c).
- Sécurité, santé et hygiène au travail (lit. d).
- Protection des femmes enceintes et des accouchées, des enfants et des jeunes (lit. e).
- Non-discrimination, notamment égalité de traitement entre femmes et hommes (lit. f).

4.3 Influence du droit de l'Union européenne

82. **Contexte.** Bien qu'elle se trouve au cœur du continent européen et que l'Union européenne et ses 28 Etats membres sont, de loin, ses principaux partenaires économiques, la Suisse n'est pas membre de l'Union européenne. Notre pays a même refusé, en 1992, d'entrer dans l'Espace économique européen (EEE). Depuis plusieurs décennies, il poursuit une politique européenne fondée sur la conclusion d'accords bilatéraux sectoriels, dont l'ALCP.

La Suisse n'étant pas membre de l'Union européenne, le droit européen n'a, en principe, pas de portée propre dans l'ordre juridique suisse. Nous allons toutefois relever, en prenant trois exemples, que le droit européen a une influence incontestable sur l'interprétation et l'évolution du droit suisse du travail.

83. **Le droit européen comme modèle.** Afin de prévenir d'éventuels obstacles à la conclusion d'accords de libéralisation et de réciprocité avec la Communauté européenne (Union européenne) et ses Etats membres, de moderniser son droit interne ou de renforcer les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, la Suisse s'est souvent inspirée, de manière libre et autonome, de normes européennes (en particulier de ses directives) pour adopter de nouvelles lois ou normes en droit du travail. En voici quelques exemples (dans l'ordre de l'adoption des lois ou normes) :

- Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (Loi sur la participation) du 17 décembre 1993, RS 822.14.
- Dispositions du code des obligations en matière de transfert des rapports de travail (art. 333 et 333a CO), adoptées le 17 décembre 1993, RS 220.
- Dispositions du code des obligations en matière de licenciement collectif (art. 335d à 335g CO), adoptées le 17 décembre 1993, RS 220.
- Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg) du 24 mars 1995, RS 151.1.
- La loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par

les contrats types de travail (Loi sur les travailleurs détachés, LDét) du 8 octobre 1999, RS 823.20.

· Disposition du code des obligations en matière d'obligation d'informer (art. 330b CO), adoptée le 17 décembre 2004, RS 220.

La reprise autonome de normes contenues dans des directives européennes comme modèle du droit suisse a une incidence réelle lorsqu'il s'agit d'interpréter les dispositions du droit suisse. En effet, le Tribunal fédéral n'hésite pas alors à prendre en considération le droit communautaire. Nous donnerons les exemples suivants (par ordre d'adoption des arrêts par le Tribunal fédéral) :

· Art. 333 CO. Transfert d'entreprise, acquisition d'une entreprise après la faillite du précédent propriétaire (ATF 129 III 335, consid. 5 et 6).

· Art. 333 CO. Notion de transfert d'entreprise (ATF 132 III 32, consid. 4).

· Art. 333 CO. Licenciement intervenant à l'occasion du transfert d'entreprise (ATF 136 III 552, consid. 3.3).

· Art. 335d CO. Licenciement collectif, entité concernée par la procédure de consultation obligatoire (ATF 137 III 27, consid. 3.2).

Cette influence se retrouve même parfois, quoique très rarement, dans l'interprétation de dispositions de droit suisse dont l'adoption n'a pas été dictée par le principe d'adaptation autonome.

> **Jurisprudence**. Dans le cadre de l'interprétation de l'art. 336 CO, le Tribunal fédéral doit déterminer si le licenciement d'un employé âgé de 70 ans parce qu'il a atteint l'âge de la retraite présente un caractère abusif. Ce faisant, il étaye son analyse en mentionnant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à la directive 2000/78 (TF, 4A_399/2013 du 17 février 2014, consid. 3.4).

84. **Interprétation de l'ALCP.** L'ALCP contient des règles explicites portant sur la référence au droit communautaire. Selon l'art. 16 al. 1 ALCP, pour atteindre les objectifs visés par l'Accord, les parties contractantes doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalant à ceux contenus dans les actes juridiques de la Communauté européenne auxquels il est fait référence trouvent application dans leurs relations. L'art. 16 al. 2 ALCP précise que dans la mesure où l'application de l'Accord implique des notions de droit communautaire, il sera tenu compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des

Communautés européennes antérieure à la date de sa signature, soit le 21 juin 1999. Selon ces dispositions, lorsqu'il interprète l'ALCP, le Tribunal fédéral doit donc tenir compte de la jurisprudence rendue jusqu'à cette date par la Cour de justice des Communautés européennes. Notre Cour a toutefois précisé que, dans le but d'assurer une situation juridique parallèle entre les Etats membres de la Communauté européenne, d'une part, et entre ceux-ci et la Suisse, d'autre part, il pouvait également s'inspirer des arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne après la date de signature de l'ALCP, pour autant que des motifs sérieux de ne s'y opposent pas (ATF 143 II 57, consid. 3.6 ; ATF 142 II 35, consid. 3.1 ; ATF 138 V 258, consid. 5.3.2).

Il n'est pas rare que le Tribunal fédéral se réfère à la jurisprudence de la Cour de justice et à la doctrine européenne pour interpréter l'ALCP. Sur la base d'un développement de la jurisprudence européenne, les juges de Mon-Repos ont, par exemple, modifié leur jurisprudence et considéré qu'il devait être renoncé à la condition voulant qu'une personne ayant la nationalité d'un Etat tiers ait préalablement déjà séjourné légalement en Suisse ou dans une autre partie contractante pour rejoindre un ressortissant de l'Union européenne en Suisse au titre du regroupement familial (ATF 136 II 5, consid. 3 ; pour d'autres exemples : ATF 140 II 447, consid. 4 ; ATF 140 II 112, consid. 3 ; ATF 139 II 393, consid. 4.2 ; ATF 136 II 65, consid. 3 et 4).

Un autre cas retiendra notre attention.

> **Jurisprudence**. Un frontalier de nationalité française a signé un avenant à son contrat de travail, également proposé à tous les travailleurs frontaliers, selon lequel son salaire ne serait plus payé en francs suisses mais en euros, à un cours bloqué. Se basant sur cet avenant, l'employeur lui a versé un salaire en euros, converti d'après un taux fictif défavorable. Après la fin du contrat de travail survenue trois ans plus tard, l'employé a réclamé la différence salariale due selon le taux de change réel. Le litige a notamment porté sur l'interprétation de l'art. 2 de l'ALCP (principe de non-discrimination) et de l'art. 9 annexe I ALCP selon lequel un travailleur salarié ressortissant d'une partie contractante ne peut, sur le territoire de l'autre partie contractante, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux salariés en ce qui concerne les conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération. Pour interpréter ces règles, le Tribunal fédéral a effectué une étude approfondie des normes, de la jurisprudence et de la doctrine européennes. Au terme de son analyse, il a toutefois conclu qu'il pouvait s'abstenir d'examiner si l'art. 9 al. 1 annexe I ALCP déployait un effet horizontal direct et s'appliquait dans des rapports de travail liant une entreprise privée et un employé. De même, a-t-il renoncé à déterminer si l'employeuse

privée pouvait invoquer des motifs justificatifs tels qu'une situation financière exceptionnelle. Notre Haute Cour a semble-t-il trouvé un artifice pour écarter le droit de l'Union européenne ! Elle a, en effet, considéré que, dans tous les cas, en contestant des années plus tard la validité de l'avenant qu'il avait signé, l'employé avait détourné de son but l'institution de l'interdiction de discriminer et commis un abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC (TF, 4A_215/2017 du 15 janvier 2019, consid. 5.3 et 6 ; voir aussi dans une cause parallèle similaire et avec une argumentation plus détaillée, TF, 4A_230/2018 du 15 janvier 2019, consid. 2 et 3) !

85. **Le règlement général sur la protection des données (RGPD).** Le Règlement (UE) 2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (RGPD) a été définitivement adopté par le Parlement européen le 27 avril 2016 et est entré en vigueur le 25 mai 2018. Ce règlement a ceci de particulier qu'il a une portée extraterritoriale, c'est-à-dire qu'il est susceptible d'avoir des effets au-delà des frontières de l'Union européenne, et donc en Suisse également ! Il couvre en effet le traitement des données personnelles concernant les personnes physiques quelle que soit la nationalité ou la résidence de ces personnes. Il est encore difficile d'évaluer la portée exacte de ce règlement pour les entreprises suisses, et en particulier les parties employeuses en Suisse. Quelques cas d'application ont été identifiés par le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) :

- Traitement des données personnelles qui a lieu dans le cadre des activités d'une succursale ou filiale européenne d'une entreprise suisse sur le territoire de l'Union.

- Traitement des données personnelles de résidents de l'Union effectué par une entreprise basée en Suisse dans la mesure où elle traite ces données pour leurs offres de biens et de services dans l'Union qu'un paiement soit exigé ou non.

- Traitement des données personnelles de résidents de l'Union effectué par une entreprise basée en Suisse dans la mesure où elle traite ces données pour le suivi du comportement des personnes concernées au sein de l'Union (PFPDT, Le RGPD et ses conséquences en Suisse, juillet 2018).

4.4 Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

86. **Contexte.** La CEDH garantit des droits fondamentaux classiques. Il est généralement admis qu'elle est directement applicable en Suisse, en tous cas ses art. 2 à 18. Les droits consacrés par cette convention sont protégés non seulement par les juridictions internes helvétiques, mais aussi par un mécanisme de contrôle international. En effet, la violation d'un droit protégé par la CEDH peut être invoquée devant la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg. Les arrêts de la Cour ont force obligatoire pour les Etats partie au litige (art. 46 CEDH). La Cour ne peut annuler une loi ou une décision nationale (pas d'effet cassatoire) ; en revanche, elle peut constater une violation de la Convention (effet constatatoire) et allouer une indemnité réparatrice. Il incombe aux Etats d'assurer l'exécution et le respect des arrêts de la Cour. Les Etats ont le choix des moyens. Ils peuvent, par exemple, modifier les lois en cause, accorder des dommages-intérêts aux victimes des violations ou encore prévoir la révision des arrêts de leurs instances internes.

87. **Portée en droit du travail.** Bien que la CEDH traite des droits civils et politiques et non des droits sociaux, elle a une portée non négligeable en droit du travail. En effet, la Cour a précisé qu'elle entendait interpréter et appliquer la convention d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives. Il s'agit notamment de tenir compte des conditions de vie actuelles et de l'évolution des normes de droit national et international, y compris les conventions de l'OIT. Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire que l'Etat défendeur ait ratifié l'ensemble des instruments existants ; il suffit à la Cour que les textes internationaux pertinents reflètent une évolution continue des normes et des principes appliqués dans le droit international ou dans le droit interne de la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe et attestent, sur un aspect précis, une communauté de vue dans les sociétés modernes (Arrêt de la Grande Chambre du 12 novembre 2008, affaire Demir et Baykara c. Turquie, requête n° 34503/97, §§ 66, 68 et 86).

Ainsi, de nombreux arrêts de la Cour tendent à une application des droits fondamentaux dans les relations de travail. Voici quelques questions concrètes qui sont couvertes par la jurisprudence de la Cour :

- Art. 4 CEDH (interdiction de l'esclavage et du travail forcé) = protection du personnel domestique à domicile.
- Art. 8 CEDH (droit au respect de la vie privée et familiale) = contrôle des moyens de communication (téléphone, courrier électronique, Internet, etc.) par la partie employeuse.
- Art. 9 CEDH (liberté de pensée, de conscience et de religion) = droit de porter des insignes religieux au travail.
- Art. 10 CEDH (liberté d'expression) = protection des lanceurs d'alerte.
- Art. 11 CEDH (liberté de réunion et d'association) = protection des représentants syndicaux contre le licenciement.

88. **Liberté de réunion et d'association.** Voici un premier exemple de jurisprudence, rendue en 2017.

> **Jurisprudence**. La première affaire (*Tek Gida Is Sendikasi c. Turquie*) a trait au licenciement de personnes employées en raison de leur adhésion à un syndicat. Dans sa requête devant la Cour, le syndicat s'est plaint de diverses violations de l'art. 11 CEDH. La Cour a admis partiellement la requête en ce sens qu'elle a conclu qu'en ne prenant pas les mesures nécessaires pour empêcher la partie employeuse d'exclure tous les salariés affiliés au syndicat par des licenciements abusifs, l'Etat turc avait commis une violation positive des obligations découlant de la Convention. La Cour a par ailleurs considéré qu'en permettant à l'employeur de verser des indemnités aux personnes licenciées plutôt que de les réintégrer, la législation turque n'imposait pas de sanctions suffisamment dissuasives. Par conséquent, ni le législateur, ni les juridictions n'ont rempli leur obligation positive d'assurer au syndicat la jouissance effective de son droit (Arrêt de la deuxième section de la Cour du 4 avril 2017, requête n° 35009/05) (N 457c).

89. **Droit au respect de la vie privée et familiale.**

Voici un second arrêt de jurisprudence, également rendue en 2017 (Barbulescu c. Roumanie).

> **Jurisprudence**. Cette affaire porte sur le cas d'un employé qui a été licencié après trois années d'activité, car il résultait d'une surveillance de son usage des moyens informatiques qu'il avait utilisé Internet à des fins privées, contrairement au règlement de l'entreprise. L'employé contesta son licenciement devant les juridictions roumaines, puis devant la Cour. Il allégua que la décision de son employeur de mettre fin à son contrat de

> travail reposait sur une violation à son égard du droit au respect de la vie privée et de la correspondance, garanti par l'art. 8 CEDH. La Cour lui a donné raison. En substance, elle a considéré que les juridictions nationales avaient manqué à leurs obligations, d'une part, en ne vérifiant pas si l'employé avait été préalablement averti par l'employeur de la possibilité que ses communications soient surveillées et, d'autre part, en ne tenant pas compte du fait qu'il n'avait été informé ni de la nature, ni de l'étendue de la surveillance dont il avait fait l'objet, pas plus que du degré d'intrusion dans sa vie privée et sa correspondance. Par ailleurs, les juridictions roumaines ont également failli à leurs obligations en ne déterminant pas quelles raisons concrètes avaient justifié la mise en place des mesures de surveillance et en n'examinant pas si l'employeur aurait pu faire usage de mesures moins intrusives pour la vie privée de l'employé (Arrêt de la Grande Chambre du 5 septembre 2017, requête n° 61496/08).

Les arrêts de la Cour doivent évidemment être considérés à la lumière des circonstances et des législations nationales applicables aux cas d'espèce. Il n'en demeure pas moins qu'ils ont une portée réelle pour les Etats liés par la CEDH et qu'ils sont susceptibles de faire évoluer la pratique judiciaire dans notre pays dans les domaines considérés.

4.5 Droit de l'Organisation internationale du travail

90. **Contexte.** La Suisse est membre de l'Organisation internationale du travail (OIT) depuis le 28 juin 1919. Notre pays a ratifié soixante conventions de l'OIT qui portent sur des sujets variés de droit du travail et de droit de la sécurité sociale (travail forcé, liberté syndicale, âge minimum, discriminations, chômage, protection de la maternité, travailleuses et travailleurs domestiques, etc. La liste complète des conventions ratifiées par la Suisse peut être consultée sur le site « Normlex » de l'Organisation à l'adresse suivante : www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f > Profil par pays > Suisse > Ratification > Donner toutes les ratifications).

91. **Adaptations du droit interne.** La plupart des conventions ratifiées ont exercé une influence substantielle sur le développement du droit social en Suisse. En effet, le droit de l'OIT a suscité de nombreuses adaptations du droit interne suisse, selon des modalités diverses, la forme la plus fréquente étant celle de la mise en conformité du droit interne avant la ratification d'une convention. Ainsi, la ratification par la Suisse en date

du 17 août 1999 de la convention de l'OIT n° 138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi du 26 juin 1973 a nécessité une révision législative, plus particulièrement l'adjonction d'un quatrième alinéa à l'art. 2 LTr (exceptions quant aux entreprises), adoptée par les Chambres fédérales le 19 mars 1999 (RO 2000 1568). Autre exemple, la ratification en date du 4 juin 2014 de la convention n° 183 sur la protection de la maternité du 15 juin 2000, a nécessité une modification de l'art. 60 al. 2 OLT 1 (rémunération du temps consacré à l'allaitement), approuvée par le Conseil fédéral le 30 avril 2014 (RO 2014 999).

92. **Caractère directement applicable.** Une autre question est de déterminer la portée des instruments de l'OIT dans l'ordre juridique suisse, et en particulier dans la pratique judiciaire. Le Tribunal fédéral y a répondu dans divers arrêts. Selon la conception moniste (avec primauté du droit international) privilégiée en Suisse, les traités internationaux valablement conclus par les autorités fédérales lient la Suisse dès l'échange des instruments de ratification. Ils acquièrent alors validité immédiate dans l'ordre juridique suisse et s'incorporent au droit fédéral (ATF 130 I 312, consid. 4.1). Il convient toutefois de distinguer la question de la validité immédiate du traité international de celle du caractère directement applicable de ses dispositions. Le problème de l'applicabilité directe d'une norme conventionnelle internationale, qui concerne le contenu de l'accord, apparaît lors de l'interprétation et de l'application de ce dernier *in concreto*. Il convient alors de se demander si l'accord ou certaines de ses dispositions sont directement applicables (*self-executing*) par les opérateurs juridiques internes, ou bien si une activité d'intégration dans le droit interne doit être déployée de la part des organes nationaux (TF, 4C.422/2004 du 13 septembre 2005, consid. 3, non publié in ATF 132 III 122). Un particulier n'est autorisé à invoquer en justice les dispositions d'un traité international que lorsqu'elles sont directement applicables, soit lorsqu'elles ont pour objet ses droits et obligations, qu'elles revêtent un contenu suffisamment clair et précis pour servir de fondement à un jugement et qu'elles aient pour destinataires les autorités chargées de l'application du droit (ATF 98 Ib 385, consid. 2a). Tel n'est pas le cas d'une disposition qui énonce un programme ou bien fixe les lignes directrices qui s'adressent au législateur et non aux autorités administratives et judiciaires. Il en va de même des normes qui se bornent à esquisser la réglementation d'une matière ou qui confèrent à l'Etat contractant un pouvoir d'appréciation considérable (ATF 126 I 240, consid. 2b).

Déterminer si une norme d'une convention de l'OIT est directement applicable est une question d'interprétation. Lorsqu'il publie un message en vue d'une ratification, le Conseil fédéral précise souvent si les dispositions lui paraissent directement applicables ou non. Notre Haute Cour s'est également prononcée à plusieurs reprises sur le caractère directement applicable d'une norme d'une convention de l'OIT à l'occasion des litiges qui lui ont été soumis.

Le Tribunal fédéral a, par exemple, considéré que l'art. 32, § 1, lit. e de la Convention OIT n° 128 concernant les prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants du 29 juin 1967, que la Suisse a ratifié le 13 septembre 1977 (RS 0.831.105), était directement applicable. Par conséquent, elle ne permettait pas la réduction d'une rente de l'assurance-invalidité en raison de la faute grave non intentionnelle commise par un assuré (ATF 119 V 171). Notons que le Parlement suisse a par la suite codifié le critère de la faute intentionnelle à l'art. 21 al. 1 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) du 6 octobre 2000 (RS 830.1).

93. **Approche restrictive.** D'une manière générale, il est plutôt rare que le Conseil fédéral ou le Tribunal fédéral reconnaissent le caractère directement applicable d'une disposition d'une convention de l'OIT. Ainsi, dans un arrêt de 2005, les juges de Mon-Repos ont-ils considéré que la Convention OIT n° 98 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective du 1er juillet 1949, dans son ensemble, n'était pas directement applicable (TF, 4C.422/2004 du 13 septembre 2005, consid. 3, non publié in ATF 132 III 122). Cette jurisprudence a été confirmée dans un arrêt de 2012, contenant le considérant suivant : « Les recourants invoquent comme critère d'interprétation de l'art. 28 Cst. les conventions de l'Organisation internationale du travail. Même ratifiées par la Suisse, de telles conventions ne sont cependant pas directement applicables et ne peuvent être invoquées directement par les particuliers » (TF, 6B_758/2011 du 24 septembre 2012, consid. 1.3.3) (N 461).

94. **Perspectives nouvelles.** Cette jurisprudence traditionnelle était très restrictive. Elle revenait à considérer que si une norme ou une convention étaient considérées comme n'étant pas directement applicables, il convenait de les écarter intégralement et de leur dénier toute portée, même interprétative. Dans un arrêt plus récent, rendu en 2017, le Tribunal fédéral paraît toutefois avoir réorienté sa jurisprudence (ATF 144 I 50). Il s'agissait d'une affaire portant sur le droit d'accès des syndicats aux locaux

d'une administration publique. Selon notre Haute Cour, il n'est pas nécessaire de revenir sur la question du caractère directement applicable des Conventions de l'OIT n° 87 (liberté syndicale et protection du droit syndical) et 98 (droit d'organisation et de négociation collective), puisque dans tous les cas, le Tribunal fédéral peut s'y référer de sa propre initiative en vue de concrétiser la portée de l'art. 28 Cst. (liberté syndicale). En effet, de nombreux droits fondamentaux protégés par les instruments de l'OIT, dont la Convention n° 87, se recouvrent partiellement avec des dispositions de la CEDH et du Pacte ONU II, dont le caractère directement applicable a été reconnu par le Tribunal fédéral, alors même que leur contenu n'est pas plus précis que celui des conventions pertinentes de l'OIT (ATF 144 I 50, consid. 5.3.3.1). Par ailleurs, la pratique des organes de contrôle de l'OIT (Comité de la liberté syndicale et Commission d'experts) fait partie du dénommé « matériau pertinent non conventionnel » auquel même la Cour européenne des droits de l'homme fait référence dans sa jurisprudence. Cette pratique doit donc être considérée comme une source importante d'information pour l'interprétation des conventions de l'OIT et du droit suisse (ATF 144 I 50, consid. 5.3.3.1) (N 455a, 461). Cet arrêt ouvre des perspectives intéressantes en vue d'une meilleure prise en compte des instruments de l'OIT dans la pratique juridique de notre pays.

Bibliographie thématique

BERSET BIRCHER/MEIER, L'impact du droit international en droit suisse du travail, in : Wyler (édit.), Panorama III en droit du travail, Berne 2017, pp. 579-637 ; DAGRON/DUPONT/LEMPEN (édit.), L'OIT et le droit social en Suisse : 100 ans et après ?, Genève 2019 ; DONATIELLO, Le droit applicable au contrat individuel de travail, in : Wyler (édit.), Panorama II en droit du travail, Berne 2012, pp. 109-129 ; DUNAND, La portée du droit de l'Organisation internationale du travail en Suisse (1919-2019), in : Dunand/Mahon (édit.), Les aspects internationaux du droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2019, pp. 57-104 ; GUILLAUME, Le contrat de travail international : règles de droit international privé et plateformes numériques, in : Dunand/Mahon (édit.), Les aspects internationaux du droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2019, pp. 193-257 ; MAHON, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit du travail, in : Dunand/Mahon (édit.), Les aspects internationaux du droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2019, pp. 105-128 ; MARTIN ANTIPAS, Droit suisse impératif du contrat de travail international, in : Wyler (édit.), Panorama III en droit du travail, Berne 2017, pp. 723-755 ; ORDOLLI, L'accès des ressortissants étrangers au marché du travail suisse, in : Dunand/Mahon (édit.), Les aspects internationaux du droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2019, pp. 1-30 ; WITZIG, Influences du droit de l'Union européenne sur le droit du travail suisse, in : Dunand/Mahon (édit.), Les aspects internationaux du droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2019, pp. 261-290.

Chapitre 5 Quelques repères historiques

95. **Plan.** Comparé à d'autres branches du droit, le droit du travail moderne est relativement récent. Si l'on doit au droit romain des principes et des passages entiers de nos codes (droit des biens, droit des obligations), si le droit commercial est né au Moyen Âge, les premières législations protectrices de droit du travail n'apparaissent qu'au XIX^{e} siècle. Nous proposerons ici un bref survol général (5.1), avant de consacrer quelques paragraphes au développement du droit du travail en Suisse (5.2).

5.1 Bref survol

96. **Contexte.** Ce bref survol historique nous mènera de l'Antiquité à nos jours. Au droit romain classique, on doit la définition d'un contrat de location dont la structure et les éléments caractéristiques se retrouvent dans notre contrat de travail. Plus tard, à l'époque médiévale, puis moderne, on voit se créer et se développer des associations de personnes employeuses et des associations de personnes employées qui négocient, dans le cadre de leurs corporations respectives, des règlements de travail qui préfigurent nos conventions collectives de travail. Quant au droit du travail moderne, il naît à l'avènement de l'époque contemporaine, à la suite d'une double révolution, la Révolution française et la première révolution industrielle, de par le besoin d'encadrer les relations de travail et de protéger les personnes employées. Enfin, nous sommes aujourd'hui plongés dans un contexte incertain, marqué par la mondialisation et la numérisation de l'économie. Les relations de travail y sont fortement réorganisées, ce qui nécessite une réflexion profonde sur le rôle et les contours du droit du travail. Il faut dire que nous sommes entrés dans l'ère de ce qu'il est commun d'appeler la quatrième révolution industrielle !

5.1.1 Contrat de louage à Rome

97. **Notion.** En droit romain, le contrat de louage (*locatio-conductio*) est une forme contractuelle générique qui englobait trois types principaux de louage, à savoir le louage de choses (*locatio rei*, contrat de bail),

d'ouvrages (*locatio operis*, contrat d'entreprise) et de services (*locatio operarum*, contrat de travail).

98. **Eléments caractéristiques du contrat de travail.** Le contrat de louage de services est un contrat consensuel bilatéral parfait par lequel le travailleur (le *locator*) s'engage à fournir son activité pendant un certain temps à l'employeur (le *conductor*) en échange d'une rémunération (*merces*). On trouve dans ce contrat les quatre éléments caractéristiques du contrat de travail du code des obligations, à savoir une prestation de travail, un élément de durée, un rapport de subordination et une rémunération sous forme de salaire (cf. art. 319 al. 1 CO, N 245).

Certaines sources attestent l'utilisation de contrats de travail écrits. Le salaire est souvent fixé globalement pour toute la durée du contrat de travail, mais il est d'usage de payer le travailleur par semaine ou par quinzaine. Ce dernier était souvent nourri par son patron.

99. **Faibles protections.** Pour le surplus, il serait hasardeux de comparer le régime juridique libéral et rudimentaire de l'époque romaine avec les réglementations actuelles détaillées des relations de travail. Globalement, le régime romain comporte peu de règles protectrices du travailleur. Ainsi, lorsque celui-ci est dans l'incapacité de travailler en raison d'une maladie, il perd tout droit à une rémunération, contrairement au régime applicable aujourd'hui en droit suisse (cf. art. 324a et 324b CO, N 325-335).

100. **Contrat peu utilisé.** On peut encore noter que le contrat de travail est peu utilisé à l'époque romaine, pour trois raisons au moins. Premièrement, la société romaine est structurée principalement autour de la famille, à l'intérieur de laquelle une grande partie des rapports de travail s'organise sans que des contrats entre les membres de la famille ne soient conclus. Deuxièmement, une grande partie des travaux matériels et certaines prestations intellectuelles sont réalisées par des femmes et des hommes esclaves. Or, considérés comme des choses, les esclaves n'ont pas la capacité civile et ne peuvent donc conclure des contrats de travail. Ils font l'objet de contrats de louage de choses (*locatio rei*), étant loués par leur maître à un locataire. Enfin, troisièmement, les Romains considèrent qu'il n'est pas digne d'un homme libre de fournir ses services contre un salaire. S'ils en ont la possibilité, ils préfèrent offrir leurs services en qualité d'indépendant, soit dans le cadre du contrat de location d'ouvrages

(*locatio operis*), soit, pour les prestations fondées sur un lien de confiance particulier, dans le cadre du contrat de mandat (*mandatum*).

Il résulte de ce qui précède que le statut juridique et social des travailleurs est faible. D'une manière générale, ces derniers sont des personnes peu formées, d'origine et de condition modestes. Lorsqu'ils travaillent dans des grands domaines agricoles, leur situation est des plus précaires. Elle est généralement un peu meilleure lorsqu'ils sont occupés à des emplois artisanaux dans les villes.

5.1.2 Régime des corporations

101. **Contexte.** L'effacement de la dynastie carolingienne et du pouvoir royal en France contribue au morcellement généralisé du droit, sur un plan territorial et socioprofessionnel. La production agricole est gérée dans le cadre des exploitations familiales et le travail n'y fait l'objet d'aucune réglementation. En revanche, s'agissant de la production artisanale, plusieurs professions s'organisent en corporations (communautés de métier). Se forment, par exemple, des corporations de la coutellerie, de la dentellerie ou encore de la ferronnerie.

102. **Fonctions des corporations.** Ces communautés ont des fonctions multiples. Elles défendent les intérêts des métiers et les protègent de la concurrence extérieure, fixent des normes de qualité et veillent à leur respect, organisent la formation professionnelle et les relations de travail. Chaque corporation, qui est strictement hiérarchisée (apprentis, compagnons et maîtres), jouit d'un monopole sur l'organisation et la réglementation de la profession. Les statuts de la corporation règlent les conditions générales des relations de travail ou des apprentissages (durée, procédure d'embauche et de renvoi, notamment), alors que les contrats individuels qui lient le maître à l'apprenti ou au compagnon précisent la durée de l'engagement, ainsi que les modalités de la rémunération.

103. **Evolutions.** A partir du XVI^{e} siècle, les compagnons qui n'ont plus guère de possibilité d'accéder au statut de maître, vont se regrouper dans des sortes d'associations appelées compagnonnages. Avec le temps, ils vont ainsi négocier avec les maîtres les conditions de travail et recourir au besoin à des actions collectives. On peut voir dans ces négociations entre groupements de personnes et le développement de réglementations

sectorielles négociées, aussi bien l'origine des associations patronales et des syndicats, que des conventions collectives de travail !

5.1.3 Impacts de la Révolution française et de la première révolution industrielle

104. **Contexte.** On peut affirmer que le droit du travail moderne est né par réaction aux effets négatifs de deux révolutions, la Révolution française et la révolution industrielle, qui ont eu pour conséquence de précariser les personnes employées.

105. **Révolution française.** Pour mettre fin à l'Ancien Régime, les révolutionnaires français considèrent qu'il faut en détruire tous les corps intermédiaires. C'est ainsi que la loi d'Allarde des 2-17 mars 1791 supprime les corporations. Cette loi est rapidement confirmée et complétée par la fameuse loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791, laquelle interdit les coalitions patronales et ouvrières. La loi Le Chapelier prévoit même des lourdes sanctions contre toute personne participant à un attroupement d'artisans et d'ouvriers destiné à faire obstacle au libre exercice du travail et de l'industrie. L'abolition des privilèges, des monopoles et des rentes de situation permet à chacun d'exercer sa liberté. Plutôt que de protéger les personnes employées, il est préférable de favoriser leur émancipation en leur donnant la possibilité d'entreprendre sans entrave ! En vertu du principe de l'autonomie de la volonté, les citoyens doivent pouvoir aménager librement leurs relations contractuelles, y compris dans le cadre des relations de travail.

106. **Première révolution industrielle.** Dans la première moitié du XIX^{e} siècle, le développement de machines, en particulier la machine à vapeur, et du capitalisme provoquent un basculement d'une société agricole et artisanale vers une société essentiellement industrielle et commerciale. L'industrialisation favorise l'essor des constructions, notamment des chemins de fer et des routes. Elle provoque un fort exode rural et une importante concentration urbaine. Les moyens de production et les pouvoirs de gestion sont concentrés entre les mains des propriétaires capitalistes.

Cette période se caractérise par une absence totale de protection des personnes employées, y compris les femmes et les enfants. Les conditions de travail sont draconiennes : salaire très bas, journée de travail de 14 à

15 heures, discipline rigoureuse sanctionnée par des amendes et retenues sur salaire. Par ailleurs, les personnes employées sont dépourvues de toute protection contre les aléas de l'existence (accident de travail, maladie, maternité, vieillesse, chômage, etc.). Les mouvements ouvriers se développent dans la seconde moitié du XIX^{e} siècle. Organisés en syndicats et partis politiques (socialistes et communistes), ils revendiquent des protections pour les personnes employées. Le droit du travail moderne constitue un cadre qui retreint le libéralisme sauvage et la liberté contractuelle.

5.1.4 Numérisation de l'économie et droit du travail

107. **Les quatre révolutions industrielles.** On dénombre au moins trois, et même quatre révolutions industrielles qui ont chacune eu un impact considérable sur la manière de travailler et d'organiser les relations de travail. La première révolution voit le jour lors du dernier quart du XVIII^{e} siècle. Comme nous l'avons vu, cette révolution est liée à l'invention de la machine à vapeur, laquelle peut fonctionner grâce à l'extraction massive du charbon. C'est le début du passage d'une économie agraire et artisanale (secteur primaire) à une économie commerciale et industrielle (secteur secondaire).

La deuxième révolution débute un siècle plus tard (vers 1870). Elle résulte de l'extraction du pétrole et du gaz et de l'invention de l'électricité. Cette révolution est aussi caractérisée par l'avènement des grandes usines qui fonctionnent avec des chaînes de production de masse et une organisation scientifique du travail (rationalisation du travail conçue par Frederick Winslow Taylor [d'où l'expression « taylorisme »] et Henry Ford [« fordisme »]).

La troisième révolution naît vers 1970. Elle est associée à l'utilisation de nouvelles formes d'énergie (nucléaire et solaire) et au développement de l'automation (électronique et informatique). Elle permet une automatisation et une robotisation de la production. Elle favorise une forte croissance du secteur tertiaire de l'économie.

Enfin, la quatrième révolution est très récente de sorte que ses contours et ses potentialités ne sont pas encore tous connus. Pour certaines personnes, il ne s'agirait que d'une extension de la troisième ; pour d'autres, elle présente bien les caractéristiques d'une nouvelle révolution industrielle. Cette quatrième révolution, parfois appelée « révolution 4.0 », ne résulte

pas, comme les trois précédentes, de l'utilisation d'une nouvelle énergie, mais d'une fusion des technologies (informatique, intelligence artificielle, imprimantes 3D, etc.), qui assure une convergence entre le monde virtuel (numérique) et réel (production des objets). L'ensemble des éléments concourant à la production communiquent en temps réel et sont capables de s'autoréguler au moyen de codes et d'algorithmes. L'usine 4.0 permet de produire des objets uniques à des coûts identiques à ceux d'une production en grande série, et avec un nombre réduit de personnes employées.

108. **Informatique et droit du travail.** L'informatique a permis dans de nombreux secteurs économiques d'augmenter l'interactivité, la productivité et la rentabilité. Elle a rendu les personnes employées plus autonomes et performantes. Dans le même temps cependant, l'utilisation des moyens informatiques génère des risques importants, autant pour les entreprises (vol ou destruction de données, atteinte à la réputation, etc.) que pour le personnel (absence de contrôle de l'horaire de travail, utilisation par la personne employée de ses propres appareils comme instruments de travail, surveillance abusive, intrusion dans la sphère privée, etc.).

Le développement fulgurant des moyens informatiques a contribué à transformer en profondeur les rapports de travail. En effet, les nouvelles technologies rendent moins certaines les notions de lieu et de temps de travail. Il est possible d'accéder aux ressources du réseau de l'entreprise en se connectant sur Internet depuis n'importe quel lieu (au moyen, par exemple, des réseaux privés virtuels, Virtual private Network, VPN). La prestation de travail peut ainsi s'effectuer dans un autre lieu que l'entreprise, par exemple au domicile de la personne employée (télétravail) ou dans différents lieux où elle se trouve (« bureau satellite » ; « travail nomade »).

L'horaire et le temps de travail deviennent eux aussi plus incertains, même pour les personnes employées travaillant principalement dans l'entreprise, car il est fréquent d'effectuer des prestations de travail en dehors de l'horaire initialement convenu en utilisant les moyens technologiques à disposition. Par ailleurs, de plus en plus de personnes employées bénéficient d'un horaire libre qui leur permet une grande souplesse dans l'organisation de leur travail, au risque d'un affaiblissement néfaste de la frontière entre sphère professionnelle et sphère privée.

109. **Robotisation et Ubérisation : la fin du travail ?** La troisième et la quatrième révolution industrielle ne nous mènent-elles pas à la disparition du travail ?

Le robot est un objet mécanique capable de percevoir le monde de manière automatique, d'analyser les données et d'agir en conséquence. Lorsqu'il reçoit une intelligence artificielle, il peut être doté de capacités de raisonnement, d'adaptation et d'apprentissage qui sont similaires aux capacités humaines. Le robot est aujourd'hui utilisé dans tous les secteurs économiques à un rythme exponentiel. De nombreuses tâches traditionnellement exécutées par des personnes employées sont désormais effectuées par des robots. Certains robots peuvent même prendre des décisions et donner des instructions à d'autres robots ou à des personnes employées. La pratique de l'embauche ou du moins de la présélection des personnes candidates par algorithmes est en pleine croissance. Des questions juridiques nouvelles naissent de ces évolutions. Il s'agit notamment d'assurer le respect des droits des personnes employées dans leurs interactions avec les robots (protection des données, protection de la santé, respect de l'égalité des chances, etc.).

Alors que la robotisation remplace les personnes employées par des objets, l'ubérisation prétend conduire à l'effacement de ces personnes au profit de pseudo personnes indépendantes.

L'ubérisation est un néologisme utilisé pour qualifier les plateformes numériques qui permettent une mise en relation directe, de manière quasi instantanée, des prestataires de service et des consommateurs. Le mot vient de la société Uber, l'un des premiers acteurs dans ce domaine. En favorisant l'auto-emploi et la pluriactivité, ces plateformes modifient le rapport à l'emploi. Partout dans le monde, des litiges portent sur la nature juridique de la relation qui unit les personnes proposant leur prestation, tel le « chauffeur Uber », aux sociétés propriétaires des plateformes numériques. Les prestataires agissent-ils en tant qu'auto-entrepreneurs indépendants, comme l'affirment lesdits propriétaires, ou en qualité de travailleurs dépendants ? A ce jour, il existe quelques décisions judiciaires en Suisse dans lesquelles les juridictions ont conclu, selon les circonstances du cas d'espèce, que le prestataire agissait en qualité de travailleur dépendant. Certaines procédures étant en cours, le régime juridique applicable aux plateformes n'est toutefois pas encore établi de manière certaine et définitive.

5.2 Développement du droit du travail en Suisse

110. **Contexte.** La Suisse est l'un des Etats pionniers en matière de protection des personnes employées. On y trouve en effet au XIX^e^ siècle des législations considérées comme avant-gardistes. Fédéralisme oblige, les premières initiatives sont prises au niveau cantonal. On peut citer dans ce contexte l'ordonnance du canton de Zurich de 1815 réglant le travail des enfants dans les fabriques ou l'ordonnance du canton de Glaris de 1846 qui régit le travail des enfants et des adultes dans l'industrie. La Confédération légifère quant à elle de manière croissante en se fondant sur les compétences qui lui sont progressivement dévolues dans la Constitution fédérale (en particulier les constitutions de 1874 et 2000). La loi fédérale sur les fabriques de 1877 constitue l'une des premières lois nationales protectrices des personnes employées dans le secteur industriel. Le rôle avant-gardiste de la Suisse, à l'époque, se manifeste également sur le plan international. C'est ainsi qu'au début du XX^e^ siècle, le Conseil fédéral organise plusieurs conférences internationales consacrées à la protection des personnes employées. La conférence de 1906 voit l'adoption des premiers instruments internationaux multilatéraux en la matière ; une convention portant sur l'interdiction du travail de nuit des femmes dans l'industrie et une convention portant sur l'interdiction de substances dangereuses dans la fabrication des allumettes.

Nous traiterons ici de manière succincte de la création et de l'évolution de la législation (de droit public) sur le travail et des dispositions (de droit privé) du code des obligations sur le contrat de travail.

5.2.1 Législation sur le travail

111. **Evolution de la législation sur le travail.** Le Parlement fédéral adopte en 1877 la loi fédérale sur le travail dans les fabriques. Cette loi fixe à 11 heures par jour, 10 le samedi, la durée maximale quotidienne de travail et à 14 ans l'âge minimal au travail. Elle interdit en principe le travail de nuit et prévoit une interdiction de travailler pour les femmes durant la grossesse et les 8 semaines suivant l'accouchement. De plus, la loi instaure le principe de la responsabilité causale (sans faute) de l'employeur pour les accidents de travail et les maladies professionnelles. En 1914, une nouvelle loi sur les fabriques voit son champ d'application élargi à l'ensemble des arts et métiers, c'est-à-dire également aux personnes employées dans des

entreprises non industrielles. Cela n'empêche pas le mouvement ouvrier de se structurer et d'organiser des grèves, dont celle de 1918 qui est violemment brisée par les autorités. En 1937, un accord entre les partenaires sociaux dans l'industrie des machines et des métaux ouvre une ère plus apaisée du partenariat social qui est basée sur la « paix du travail ». Une nouvelle étape importante est franchie en 1964 avec l'adoption de la loi sur le travail, laquelle regroupe plusieurs normes de protection des personnes employées qui étaient éparpillées dans diverses lois (FF 1960 II 885). La loi sur le travail fait l'objet de nombreuses révisions dont la plus importante, en 1998, introduit des modifications d'envergure : suppression de la réglementation spécifique du travail des femmes, introduction d'une flexibilisation du temps de travail, amélioration de la protection des personnes occupées la nuit ou encore amélioration de la protection de la maternité (RO 2000 1569 ; FF 1998 I 128).

5.2.2 Code des obligations

112. **Evolution des règles sur le contrat de travail.** Le premier code fédéral des obligations est adopté en 1881. Les rapports de travail font alors l'objet du « contrat de louage de services » (terminologie d'origine romaine) qui n'est alors régi que par 8 articles dont la plupart n'ont qu'un caractère dispositif. Dans le nouveau code des obligations de 1911, le chapitre consacré au « contrat de travail » (nouvelle dénomination) est profondément remanié. Le nombre d'articles passe de 12 à 44 et l'esprit de la réglementation a changé : tout en maintenant le principe de la liberté contractuelle, le législateur a introduit de nombreuses dispositions impératives. La loi contient désormais des règles sur la protection de la personnalité des personnes employées, l'obligation de communiquer un certificat de travail ou encore la protection de la personne employée en cas d'insolvabilité de la personne employeuse. Les dispositions du code des obligations sur le contrat de travail ont été modifiées fréquemment. Une révision totale est même adoptée en 1971, afin de regrouper de manière aussi complète et systématique que possible l'ensemble de la réglementation relative au contrat de travail et aussi de moderniser celle-ci (RO 1971 1461 ; FF 1967 II 249). Parmi diverses révisions partielles postérieures, nous mentionnerons la révision de 1988 du chapitre consacré à la fin du contrat de travail, qui a introduit les dispositions sur le congé abusif (RO 1988 1472 ; FF 1984 II 574), la révision de 1993, qui a introduit de nouvelles règles en matière de transfert des rapports de travail et de licenciement collectif (RO 1994 804 ; FF 1993 I 757), la révision de 2004,

qui a introduit des nouvelles dispositions sur l'obligation de l'employeur d'informer et les contrats types comportant des salaires minimaux obligatoires (RO 2003 1370 ; FF 1999 5440), et enfin une révision du CO de 2013, qui a introduit des dispositions sur le plan social (RO 2013 4111 ; FF 2010 5871).

Bibliographie thématique

AUBIN/BOUVERESSE, Introduction historique au droit du travail, Paris, 1995 ; DUNAND, Internet au travail : droits et obligations de l'employeur et du travailleur, in : Dunand/Mahon (édit.), Internet au travail, Genève/Zurich/Bâle 2014, pp. 33-72 ; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, Berne 2019, pp. 27-35 ; KOHLER/WEISZ, Industrie 4.0, une révolution industrielle et sociétale, in : Dunand/Mahon/Witzig (édit.), La révolution 4.0 au travail, Genève/Zurich/Bâle 2019, pp. 21-43 ; LEMPEN, Le devoir de fidélité de la personne salariée à l'ère numérique, in : RDS 138 (2019) I, pp. 11-36 ; PERRENOUD, L'évolution historique de la relation de travail, in : Dunand/Mahon/Perrenoud (édit.), Le droit à la croisée des chemins : Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, Genève/Zurich/Bâle 2016, pp. 1-222 ; WILDHABER, Répercussions juridiques de la robotique et de l'intelligence artificielle sur le lieu de travail, in : Dunand/Mahon/Witzig (édit.), La révolution 4.0 au travail, Genève/Zurich/Bâle 2019, pp. 201-241 ; WITZIG, L'ubérisation du monde du travail – Réponses juridiques à une évolution économique, in : RDS 135 (2016) I, pp. 457-483 ; WITZIG, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 19-45 ; WYLER/HEINZER, Droit du travail, Berne 2019, pp. 32-40.

Partie II Législations sur le travail et sur l'égalité

113. **Plan.** Avant de traiter de manière approfondie, dans la troisième partie de cet *Abrégé*, du contrat individuel de travail (art. 319 ss CO), nous souhaitons ici présenter de manière succincte deux législations importantes de droit du travail, celle sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (**chapitre 1**) et celle sur l'égalité entre femmes et hommes (**chapitre 2**).

Chapitre 1 Législation sur le travail

114. **Plan.** La législation sur le travail vise principalement à protéger la santé des personnes employées. Après une description sommaire des sources juridiques (1.1), nous présenterons les principales normes de la loi sur le travail, dans l'ordre de ses chapitres, à savoir, champ d'application (1.2), protection de la santé et approbation des plans (1.3), durée du travail et du repos (1.4), dispositions spéciales de protection (1.5), règlement d'entreprise (1.6) et exécution de la loi (1.7).

La matière est particulièrement technique et complexe. Il s'agira ici d'en présenter les aspects principaux en ayant conscience que presque toutes les règles exposées font l'objet dans les différents textes applicables de précisions, adaptations ou exceptions, qu'il ne sera guère possible de traiter. Dans un cas d'espèce, la prudence doit donc être de mise ; avant d'apporter une réponse concrète, il convient de s'assurer que l'on a bien pris en compte l'ensemble des dispositions applicables. Par ailleurs, certains thèmes seront repris ou approfondis dans d'autres chapitres de cet *Abrégé*. Comme nous le verrons, il existe par exemple plusieurs points de connexion entre la législation sur le travail et les dispositions du CO sur le contrat de travail.

1.1. Sources

115. **Contexte.** Il existe de nombreuses sources de droit international et de droit national qui contiennent des normes de protection de la santé des personnes employées. Sur le plan international, la Suisse a notamment ratifié plusieurs conventions de l'OIT qui poursuivent un tel objectif, dont les instruments suivants (par ordre de classement dans le RS) :

- Convention n° 81 sur l'inspection du travail du 11 juillet 1947 (RS 0.822.719.1).
- Convention n° 138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi du 26 juin 1973 (RS 0.822.723.8).
- Convention n° 182 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination du 17 juin 1999 (RS 0.822.728.2).
- Convention n° 183 sur la protection de la maternité du 15 juin 2000 (RS 0.822.728.3).

S'il n'est pas exclu que ces normes internationales puissent compléter le droit national ou servir à son interprétation, il faut reconnaître qu'elles sont rarement invoquées en pratique.

Dans le droit national, il existe également plusieurs sources, en sus de la législation sur le travail proprement dite, qui contiennent des normes de protection de la santé des personnes employées. On citera les textes suivants (par ordre dans le RS) :

- loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse (LNM) du 23 septembre 1953 (RS 747.30) ;
- ordonnance sur la navigation maritime du 20 novembre 1956 (RS 747.301) ;
- loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif du 3 octobre 2008 (RS 818.31) ;
- ordonnance sur la protection contre le tabagisme passif (OPTP) du 28 octobre 2009 (RS 818.311) ;

- ordonnance du DEFR sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité (ordonnance sur la protection de la maternité) du 20 mars 2001 (RS.822.111.52) ;
- loi fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics (loi sur la durée du travail, LDT) du 8 octobre 1971 (RS 822.21) ;
- ordonnance sur le travail dans les entreprises de transports publics (ordonnance relative à la loi sur la durée du travail, OLDT) du 29 août 2018 (RS 822.211) ;
- ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles (ordonnance sur les chauffeurs, OTR 1) du 19 juin 1995 (RS 822.221) ;
- ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules légers affectés au transport de personnes et voitures de tourisme lourdes (OTR 2) du 6 mai 1981 (RS 822.222) ;
- loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA) du 20 mars 1981 (RS 832.20) ;
- ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles (ordonnance sur la prévention des accidents, OPA) du 19 décembre 1983 (RS 832.30) ;
- ordonnance sur la sécurité et la protection de la santé des travailleurs dans les travaux de construction (ordonnance sur les travaux de construction, OTConst) du 29 juin 2005 (RS 832.311.141).

Nous nous concentrerons dans ce chapitre sur la loi fédérale sur le travail et ses cinq ordonnances d'application. L'ensemble de ces normes, de droit public, sont relativement impératives, dans le sens que les parties ne peuvent y déroger, même d'un commun accord, en défaveur des personnes employées (cf. art 342 al. 1 lit. b CO). En revanche, comme la loi sur le travail et ses ordonnances ont pour but d'assurer un standard minimum, il est possible d'étendre la protection, par accord individuel (contrat individuel de travail) ou collectif (convention collective de travail, contrat-type de travail) ou par la volonté unilatérale de la partie employeuse.

116. **Loi fédérale sur le travail.** Fondée sur plusieurs articles de la Constitution fédérale (art. 63, 87, 92, 95, 110, 117, 122, 177 al. 3, 188 al. 2, 189 al. 1, 190 al. 1, 191 al. 3 et 191a al. 2), la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr) a été adoptée

le 13 mars 1964 et est entrée en vigueur le 1er février 1966 (RS 822.11). La LTr porte à la fois sur la protection de la santé au sens large (avec des normes spéciales applicables aux jeunes travailleurs, aux femmes enceintes et aux femmes qui allaitent) ainsi que sur la durée du travail et du repos, dont l'aménagement vise à protéger la santé des atteintes imputables aux périodes de travail trop longues. Elle comprend les huit chapitres suivants :

I. Champ d'application (art. 1-5).

II. Protection de la santé et approbation des plans (art. 6-8).

III. Durée du travail et du repos (art. 9-28).

IV. Dispositions spéciales de protection (art. 29-36a).

V. Règlement d'entreprise (art. 37-39).

VI. Exécution de la loi (art. 40-62).

VII. Dispositions modifiant d'autres lois (art. 63-70) ; ce chapitre n'a plus de portée, car tous les articles le composant ont été abrogés.

VIII. Dispositions finales et transitoires (art. 71-74).

La compréhension de la LTr n'est pas aisée pour au moins deux raisons. Premièrement, elle est souvent rythmée par des principes et des exceptions, parfois même des contre-exceptions. Comme nous le verrons, il en va notamment ainsi des règles sur le champ d'application de la loi (cf. art. 1 à 5 LTr) (N 118-129). Autre exemple, il est en principe interdit d'occuper du personnel le dimanche (art. 18 al. 1 LTr). La législation sur le travail prévoit toutefois de nombreuses exceptions et dérogations (cf. art 19 LTr, notamment) (N 157). Deuxièmement, la loi sur le travail a été précisée et complétée par pas moins de cinq ordonnances du Conseil fédéral. Cette multiplicité des sources rend ardue l'intelligibilité du système. Il n'est pas rare, en effet, qu'une question soit traitée dans plusieurs de ces sources. Tel est en particulier le cas de la question de la durée du travail et du repos (N 143-160).

117. **Ordonnances du Conseil fédéral.** Entre 1964 et 2007, le gouvernement suisse a adopté les cinq ordonnances suivantes :

· L'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (OLT 1) du 10 mai 2000 (RS 822.111). Il s'agit d'une ordonnance « classique », fondée sur l'art. 40 LTr, qui vise à préciser ou à donner des définitions des termes ou notions contenus dans la LTr. Il faut noter que sur la base de l'art. 62

al. 4 OLT 1, le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) a adopté l'ordonnance sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité (ordonnance sur la protection de la maternité) du 20 mars 2001 (RS 822.111.52).

- L'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail (OLT 2) (Dispositions spéciales pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs) du 10 mai 2000 (RS 822.112). Fondée sur l'art. 27 LTr, cette ordonnance précise les possibilités de dérogations aux prescriptions légales en matière de durée du travail et du repos et désigne les catégories d'entreprises ou de groupes de travailleurs auxquels s'appliquent ces dérogations ; l'ordonnance définit aussi l'étendue des dérogations pour chaque catégorie d'entreprises ou groupe de travailleurs (art. 1 OLT 2). Cette ordonnance constitue une sorte de « loi parallèle » qui contient des règles en matière de durée du travail et du repos pour de nombreuses catégories d'entreprises et de personnes employées.

- L'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail (OLT 3) (Protection de la santé) du 18 août 1993 (RS 822.113). Fondée sur les art. 6 al. 4 et 40 LTr, cette ordonnance détermine les mesures de protection de la santé qui doivent être prises dans toutes les entreprises soumises à la loi (art. 1 al. 1 OLT 3). L'ordonnance contient notamment des règles sur les bâtiments et locaux, l'éclairage, bruits et vibrations, les postes de travail, les charges, la surveillance des personnes employées ou encore les équipements individuels de protection et vêtements de travail.

- L'ordonnance 4 relative à la loi sur le travail (OLT 4) (Entreprises industrielles, approbation des plans et autorisation d'exploiter) du 18 août 1993 (RS 822.114). Fondée sur les art. 8 et 40 LTr, cette ordonnance détermine les exigences particulières relatives à la construction et à l'aménagement des entreprises soumises à l'approbation des plans et à l'autorisation d'exploiter, la procédure d'assujettissement d'entreprises industrielles aux prescriptions spéciales, ainsi que la procédure d'approbation des plans et d'autorisation d'exploiter (art. 1 al. 1 OLT 4).

- L'ordonnance 5 relative à la loi sur le travail (ordonnance sur la protection des jeunes travailleurs, OLT 5) du 28 septembre 2007 (RS 822.115). Fondée sur l'art. 40 LTr, l'ordonnance règle la protection de la santé et de la sécurité des jeunes gens, soit « les travailleurs des deux sexes âgés de moins de 18 ans » (cf. art. 29 al. 1

LTr), ainsi que celle de leur développement physique et psychique (art. 1 OLT 5). Il faut noter que sur la base de l'art. 4 al. 3 OLT 5, le DEFR a adopté l'ordonnance sur les travaux dangereux pour les jeunes du 4 décembre 2007 (RS 822.115.2).

1.2 Champ d'application

118. **Généralités.** La loi sur le travail a un large champ d'application. Elle s'applique, en principe, à toutes les entreprises publiques et privées (art. 1 al. 1 LTr). Le nom de la loi est donc trop limitatif, car la LTr est également applicable à des entreprises qui ne relèvent pas de l'industrie, de l'artisanat ou du commerce (entreprises prestataires de services ou actives dans le domaine de la santé, par exemple).

La loi prévoit cependant de nombreuses exceptions à son champ d'application, autant quant aux entreprises (art. 2 LTr) que quant aux personnes (art. 3 LTr). Toutefois, par le biais d'une contre-exception prévue à l'art. 3a LTr, les dispositions de la loi sur le travail relatives à la protection de la santé (art. 6, 35 et 36a), y compris les dispositions des ordonnances d'application de la LTr qui les concrétisent (par exemple, art. 60 et 61 OLT 1) s'appliquent à certaines entreprises ou personnes qui sont pourtant exclues du champ d'application de la loi.

Lorsque les conditions d'application de la LTr ne sont remplies que pour certaines parties d'une entreprise, celles-ci sont seules soumises à la loi (art. 1 al. 2, 2^{e} phrase LTr). La LTr s'applique, dans la mesure où les circonstances le permettent, aux personnes employées qui sont occupées en Suisse par une entreprise sise à l'étranger (art. 1 al. 3 LTr). Elle ne s'applique en revanche pas aux personnes qui sont employées et occupées à l'étranger par une entreprise soumise au droit suisse (ATF 139 III 411).

Il faut préciser que le fait que des entreprises ou des personnes soient exclues du champ d'application de la LTr ne signifie pas que le personnel concerné est dépourvu de protection. En effet, ces entreprises et personnes sont souvent soumises à d'autres législations qui imposent la protection de la santé des personnes employées (cf., par exemple, les art. 6 à 9 de la loi fédérale sur le travail à domicile, LTrD, s'agissant des personnes employées à domicile).

Par ailleurs, l'art. 359 al. 2 CO impose aux cantons d'édicter des contrats-types pour les personnes employées par des entreprises agricoles et dans

les ménages privés (service de maison), entreprises qui sont exclues du champ d'application de la LTr (N 502). Ces contrats-types doivent notamment régler la durée du travail et du repos et les conditions de travail des travailleuses et des jeunes personnes employées (art. 359 al. 2 CO).

1.2.1 Quant aux entreprises

119. **Principes généraux.** Nous avons vu que la LTr s'applique, en principe, à toutes les entreprises publiques ou privées (art. 1 al. 1 LTr). Il y a entreprise, « lorsqu'un employeur occupe un ou plusieurs travailleurs de façon durable ou temporaire, même sans faire usage d'installations ou de locaux particuliers » (art. 1, al. 2, 1ère phrase LTr). Par « travailleur », on doit entendre « toute personne occupée dans une entreprise soumise à la loi, de manière durable ou temporaire, durant tout ou partie de l'horaire de travail » (art. 1 al. 1 OLT 1). Déterminer le champ d'application quant aux entreprises est toutefois complexe car il existe autant d'exceptions que de cas particuliers.

120. **Exceptions.** La LTr prévoit plusieurs exceptions à son champ d'application, quant aux entreprises. Ainsi, selon l'art. 2 LTr, la loi ne s'applique pas :

- Lettre a : aux administrations fédérales, cantonales et communales ; pour ces entités, il faut toutefois tenir compte des art. 2 al. 2, 3a LTr et 71 lit. b LTr (N 125).
- Lettre b : aux entreprises soumises à la législation fédérale dans les entreprises de transports publics.
- Lettre c : aux entreprises soumises à la législation fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse.
- Lettre d : aux entreprises agricoles (définies à l'art. 5 al. 1 OLT 1) ni aux services accessoires qui ont pour activité prépondérante de traiter ou d'utiliser les produits de l'exploitation principale (cf. art. 5 al. 3 OLT 1), ni aux offices locaux collecteurs de lait (définis à l'art. 5 al. 2 OLT 2), ni aux entreprises qui y sont rattachées et travaillent le lait.
- Lettre e : aux entreprises se livrant surtout à la production horticole de plantes (définies à l'art. 6 al. 1 OLT 1) ; toutefois, dans ces entreprises, la LTr est applicable aux jeunes qui suivent une formation

professionnelle initiale reconnue par la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur la formation professionnelle (art. 2 al. 3 LTr et art. 3 al. 1 OLT 5).

- Lettre f : à la pêche.
- Lettre g : aux ménages privés.

121. **Dispositions sur l'âge minimum.** Les dispositions de la LTr et de ses ordonnances relatives à l'âge minimum d'admission à l'emploi (art. 30 LTr, par exemple) s'appliquent aux entreprises au sens de l'art. 2, al. 1, lettres d à g LTr, à savoir les entreprises agricoles, les entreprises horticoles, la pêche et les ménages privés (art. 2 al. 4 LTr).

122. **Entreprises familiales.** La LTr ne s'applique pas aux entreprises dans lesquelles sont seuls occupés le conjoint ou le partenaire enregistré de la personne qui dirige l'entreprise, ses parents en ligne ascendante et descendante et leurs conjoints ou leurs partenaires enregistrés, ainsi que les enfants du conjoint ou du partenaire enregistré de la personne dirigeant l'entreprise (art. 4 al. 1 LTr). Lorsque d'autres personnes que celles mentionnées ci-dessus travaillent aussi dans l'entreprise, la LTr s'applique uniquement à elles (art. 4 al. 2 LTr). Enfin, la LTr est applicable aux jeunes qui sont membres de la famille de la personne qui dirige l'entreprise lorsqu'ils sont occupés conjointement à d'autres personnes employées (art. 4 al. 3 LTr et art. 3 al. 2 OLT 5).

123. **Entreprises industrielles.** Les prescriptions spéciales de la LTr relatives aux entreprises industrielles (définies à l'art. 5 al. 2 LTr) ne sont applicables à une entreprise ou à certaines parties d'une entreprise qu'en vertu d'une décision d'assujettissement rendue par l'autorité cantonale compétente (art. 5 al. 1 LTr).

124. **Entreprise poursuivant plusieurs activités.** Lorsque les conditions d'application de la loi ne sont remplies que pour certaines parties d'une entreprise, celles-ci sont seules soumises à la loi (art. 1 al. 2, 2^{e} phrase LTr). Par exemple, un café exploité dans le cadre d'une entreprise agricole est soumis au champ d'application de la LTr, si des personnes employées sont occupées dans cette partie de l'entreprise.

125. **Administrations et entreprises publiques.** Comme nous l'avons vu, la LTr ne s'applique en principe pas, sous réserve de l'art. 3a, aux

administrations fédérales, cantonales et communales (art. 2 al. 1 lit. a LTr). Il existe toutefois de nombreuses exceptions et règles spécifiques.

Ainsi, les entreprises publiques sont en principe soumises à la LTr (art. 1 al. 1 LTr). Selon les art. 2 al. 2 LTr et 4 OLT 1, la loi est en particulier applicable aux entreprises fédérales, cantonales et communales :

- qui produisent, transforment ou traitent des biens ou qui produisent ou transportent de l'énergie, sous réserve de l'art. 2 al. 1 lit. b LTr (lettre a) ;
- qui transportent des personnes ou des marchandises, sous réserve de l'art. 2 al. 1 lit. b LTr (lettre b) ; par exemple, s'agissant d'une entreprise cantonale de trolleybus concessionnaire, le personnel des services administratifs est soumis à la LTr, alors que le personnel des services d'exploitation est lui soumis à la LDT (cf. art. 2 al. 4 LDT et 2 OLDT) ;
- et qui évacuent, incinèrent ou transforment des ordures, ainsi qu'aux entreprises d'approvisionnement en eau et aux stations d'épuration des eaux (lettre c).

La LTr est par ailleurs applicable aux établissements de droit public dotés de la personnalité juridique, comme la Poste suisse, les CFF ou encore les universités cantonales et les banques cantonales (cf. art. 2 al. 2 LTr et 7 al. 1 OLT 1). Enfin, la LTr s'applique, selon l'art. 4a OLT 1, aux hôpitaux et cliniques publics dans le cadre des rapports de travail qui les lient à des médecins-assistants.

En revanche, les administrations de la Confédération, des cantons et des communes, ainsi que les établissements de droit public dépourvus de la personnalité juridique et les corporations de droit publiques sont exclus en principe du champ d'application de la LTr (art. 2 al. 1 lit. a et 2 al. 2 LTr ; art. 7 al. 1 OLT 1), à l'exception de ses dispositions sur la protection de la santé (art. 6, 35 et 36a LTr), y compris les dispositions des ordonnances d'application de la LTr qui les concrétisent, qui s'appliquent directement à ces catégories d'entreprises publiques (art. 3a lit. a LTr).

Enfin, il faut tenir compte de la réserve prévue à l'art. 71 lit. b LTr. Selon cette disposition, les dispositions fédérales, cantonales et communales sur les rapports de service de droit public sont réservées ; toutefois, les prescriptions en matière de protection de la santé (art. 6, 35 et 36a LTr), de temps de travail et de repos (art. 9 à 28 LTr) ne peuvent faire l'objet de dérogations qu'en faveur des personnes employées.

Pour comprendre la portée de cette réserve, il faut distinguer deux catégories de rapports de travail de droit public. Lorsque de tels rapports sont noués avec des entités publiques qui sont en principe soumises au champ d'application de la LTr (entreprises publiques ; établissements de droit public dotés de la personnalité juridique), aussi bien les dispositions en matière de protection de la santé (art. 6, 35 et 36a LTr) que celles relatives au temps de travail et de repos (art. 9 à 28 LTr) constituent un standard minimum que les dispositions sur les rapports de service de droit public peuvent améliorer mais non péjorer.

> **Jurisprudence**. Médecin-chef travaillant à l'Hôpital universitaire de Zurich dans un rapport de droit public. L'hôpital est soumis à la LTr. Selon la loi cantonale applicable, les honoraires perçus d'un pool peuvent servir à compenser le travail supplémentaire. Le TF relève toutefois que la réserve de l'art. 71 lit. b LTr ne permet pas de déroger en défaveur de la personne employée aux règles de la LTr sur le travail et le repos, en l'occurrence sur l'indemnité pour travail supplémentaire prévue à l'art. 13 LTr. En conséquence, le travail supplémentaire ne peut être compensé par des primes liées aux prestations (pools d'honoraires). Le médecin doit donc se voir verser l'indemnité pour travail supplémentaire, en plus de la somme obtenue du pool (ATF 138 I 356, consid. 5).

Lorsqu'il s'agit de rapports de travail de droit public noués avec des entités publiques qui échappent en principe au champ d'application de la LTr (administrations fédérales, cantonales et communales ; établissements de droit publis dépourvus de la personnalité juridique, corporations de droit public), seules les dispositions en matière de protection de la santé (art. 6, 35 et 36a LTr) constituent un standard minimum (cf. art. 3a lit. a LTr). Ces normes constituent également un standard minimum.

> **Exemple**. Le statut applicable aux personnes employées d'une administration publique communale ne prévoit aucune règle en matière de temps consacré à l'allaitement. L'art. 60 al. 2 OLT 1 lequel prévoit que les mères qui allaitent peuvent disposer des temps nécessaires pour allaiter (N 172, 341, 365) s'applique puisqu'il s'agit d'une norme qui concrétise l'art. 35 LTr.

126. **Art. 71 LTr.** Il faut relever que l'art. 71 LTr réserve encore l'application d'autres normes, d'une part la législation sur la formation professionnelle, sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles et sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles (lit. a), et d'autre part, les prescriptions de police fédérales, cantonales et communales, notamment celles qui concernent la police des constructions, la police du feu, la police

sanitaire et la police des eaux, ainsi que le repos dominical et les heures d'ouverture des entreprises de vente au détail, des restaurants et cafés et des entreprises de spectacle (lit. b). Cette dernière disposition vise notamment les prescriptions cantonales, par exemple celles destinées à assurer l'ordre et la tranquilité publics, relatives à la fermeture des magasins le soir, les dimanches et les jours fériés (ATF 140 II 46, consid. 2.5.1 ; ATF 97 I 499, consid. 3b).

1.2.2 Quant aux personnes

127. **Principes généraux.** Dans la règle, toute personne employée dans une entreprise soumise à la LTr est elle-même soumise au champ d'application de la loi et bénéficie de sa protection. On rappellera que l'on doit entendre par travailleur, « toute personne occupée dans une entreprise soumise à la loi, de manière durable ou temporaire, durant tout ou partie de l'horaire de travail » (art. 1 al.1 OLT 1). « Sont également réputés travailleurs les apprentis, stagiaires, volontaires et autres personnes qui travaillent dans l'entreprise principalement à des fins de formation ou pour se préparer au choix d'une profession » (art. 1 al. 2 OLT 1).

Par ailleurs, la loi s'applique, en principe, aux personnes employées qui sont occupées en Suisse par une entreprise sise à l'étranger (art. 1 al. 3 LTr). S'agissant des personnes employées détachées en Suisse (N 81), de nombreuses normes de la législation sur le travail (LTr et ordonnances d'application) leur sont applicables par le truchement de l'art. 2 al. 1 LDét : il en va ainsi des normes en matière de durée du travail et du repos (lit. b), de sécurité, de santé et d'hygiène au travail (lit. d) et de protection des femmes enceintes et des accouchées, des enfants et des jeunes (lit. e).

En revanche, le Tribunal fédéral a précisé que la LTr ne s'applique pas aux personnes employées à l'étranger par une entreprise suisse, même si le contrat de travail est soumis au droit suisse (ATF 139 III 411, consid. 2.4).

128. **Exceptions.** La LTr prévoit plusieurs exceptions à son champ d'application, quant aux personnes. Ainsi, selon l'art. 3 LTr, la loi ne s'applique pas :

- Lettre a : aux ecclésiastiques et autres personnes qui sont au service d'une église, ni aux membres des maisons professes, des maisons mères ou d'autres communautés religieuses.

- Lettre b : au personnel domicilié en Suisse de l'administration publique d'un Etat étranger ou d'une organisation internationale (personnel défini à l'art. 8 OLT 1).
- Lettre c : aux équipages des entreprises suisses de transport aérien.
- Lettre d : aux travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée (personnes définies à l'art. 9 OLT 1), une activité artistique indépendante (notion définie à l'art. 11 OLT 1) ou une activité scientifique (notion définie à l'art. 10 OLT 1) ; en revanche, les dispositions de la LTr relatives à la protection de la santé (art. 6, 35 et 36a LTr) leurs sont applicables (art. 3a lit. b LTr).
- Lettre e : aux enseignants des écoles privées, ni aux enseignants, assistants sociaux (définis à l'art. 12 al. 3 OLT 1), éducateurs (définis à l'art. 12 al.2 OLT 1) et surveillants occupés dans des établissements ; en revanche, les dispositions de la LTr relatives à la protection de la santé (art. 6, 35 et 36a LTr) leurs sont applicables (art. 3a lit. c LTr).
- Lettre f : aux travailleurs à domicile.
- Lettre g : aux voyageurs de commerce selon la législation fédérale.
- Lettre h : aux travailleurs soumis à l'accord du 21 mai 1954 concernant les conditions de travail des bateliers rhénans (cf. RS 0.747.224.022).

129. **Personnel exerçant une fonction dirigeante élevée.** Il n'est pas rare qu'une entreprise allègue qu'une ou un membre de son personnel exerce une fonction dirigeante élevée et n'entre donc pas dans le champ d'application de la LTr (art. 3 lit. d LTr). En vertu de l'art. 9 OLT 1, exerce « une fonction dirigeante élevée quiconque dispose, de par sa position et sa responsabilité et eu égard à la taille de l'entreprise, d'un pouvoir de décision important, ou est en mesure d'influencer fortement des décisions de portée majeure concernant notamment la structure, la marche des affaires et le développement d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise ». Selon la jurisprudence, cette disposition doit être interprétée de manière restrictive, de cas en cas, sans égard ni au titre ni à la formation reçue par la personne concernée, mais d'après la nature réelle de la fonction et en tenant compte des dimensions de l'entreprise. Le fait qu'une personne employée bénéficie d'une position de confiance au sein de l'entreprise ne permet pas à lui seul d'admettre que cette personne y exerce une fonction dirigeante. Ni la compétence d'engager l'entreprise par sa signature ou de

donner des instructions, ni l'ampleur du salaire ne constituent en soi des critères décisifs (ATF 126 III 337, consid. 5a).

> **Jurisprudences**. Employée responsable d'une division du département commercial de l'entreprise et des budgets de sa division, qui participait aux réunions de la direction élargie, et dont la tâche essentielle consistait à rechercher de nouveaux clients, de manière autonome. Selon le Tribunal fédéral, plus que les titres utilisés, ce sont les véritables responsabilités qui comptent. En l'espèce, rien ne permettait d'affirmer que l'employée jouissait d'un pouvoir de décision dans la marche des affaires ou ce qui concernait les affaires essentielles de l'entreprise. Au contraire, l'employée n'avait pas d'autonomie budgétaire, ni une quelconque compétence en matière d'engagement et de licenciement du personnel et elle n'était pas titulaire de la signature sociale. Elle ne pouvait donc pas être considérée comme ayant exercé une fonction dirigeante élevée (ATF 126 III 337, consid. 3b).
>
> La position de l'employé qui, à l'aide d'un subordonné engagé à temps partiel, se relaie avec l'administrateur de la société pour assurer l'exploitation d'un tabac ouvert 24 heures sur 24 ne correspond pas à celle d'une personne employée exerçant une fonction dirigeante élevée, même si, formellement, les tâches exercées de même que la rémunération perçue étaient identiques à celles de l'administrateur. En effet, une telle qualité implique une structure un tant soit peu complexe et hiérarchisée. La personne employée exerçant une fonction dirigeante élevée doit ainsi se trouver au sommet de la hiérarchie et bénéficier d'une position privilégiée au sein de personnel de l'entreprise (TF, 2C_745/2014 du 27 mars 2015, consid. 3).

1.3 Protection de la santé et approbation des plans

130. **Plan.** Le chapitre II de la LTr est consacré à la protection de la santé (art. 6), ainsi qu'à l'approbation des plans et à l'autorisation d'exploiter (art. 7 et 8). Nous traiterons ces deux thèmes dans l'ordre.

1.3.1 Protection de la santé

131. **Normes applicables.** L'art. 6 LTr porte sur les obligations des parties employeuses et des parties employées en matière de protection de la santé de ces dernières. Le but principal de la LTr étant précisément la protection de la santé du personnel, l'art. 6 en constitue l'une des normes fondamentales. Cela explique pourquoi la disposition est applicable à

certaines entreprises ou personnes qui sont pourtant exclues du champ d'application de la loi (cf. art. 3a LTr). L'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail précise les mesures de protection de la santé qui doivent être prises dans toutes les entreprises soumises à la loi (art. 1 al. 1 OLT 3).

Pour déterminer de manière concrète quelles mesures doit prendre la partie employeuse pour protéger la santé des personnes qu'elle emploie, il faut également tenir compte des différentes recommandations et normes techniques correspondant aux standards de protection (TF, 2C_462/2011 du 9 mai 2012, consid. 4.2). La partie employeuse doit ainsi respecter les dispositions spéciales de l'OPA (N 115) et prendre en considération les directives de la Commission fédérale de coordination pour la sécurité au travail (CFST), de même que les diverses publications de la Caisse nationale d'assurance en cas d'accidents (SUVA). Par ailleurs, les commentaires du SECO relatifs à la loi sur le travail et ses ordonnances ont valeur de directives (cf. art. 38 OLT 3).

132. **Art. 328 CO.** Comme nous le verrons dans la troisième partie de cet *Abrégé* (N 337-351), les dispositions du code des obligations sur le contrat de travail contiennent une disposition sur la protection de la personnalité des personnes employées qui vise également à la protection de leur santé. Ainsi, selon l'art. 328 al. 1 CO, la partie employeuse manifeste les égards voulus pour la santé des personnes employées. L'art. 328 al. 2 CO précise que l'employeur doit prendre, « pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui ». L'art. 6 LTr et l'art. 328 CO ont un contenu matériel identique en matière de protection de la santé et visent les mêmes finalités. Il convient en conséquence de retenir l'existence d'un concept unifié en la matière. On précisera aussi que l'art. 6 LTr impose une obligation de droit public dont il est possible d'obtenir l'exécution par une action civile (cf. art. 342 al. 2 CO), à l'instar des obligations fondées sur l'art. 328 CO.

133. **Obligations générales de la partie employeuse.** Pour protéger la santé du personnel, la partie employeuse est tenue de prendre toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise (art. 6 al. 1 LTr). Elle doit en outre prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle des personnes employées (art. 6 al. 1 LTr). La partie employeuse est tenue de

donner toutes les directives et de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer et d'améliorer la protection de la santé physique et psychique (art. 2 al. 1 OLT 3). Il s'agit non seulement de prévenir les accidents du travail, mais aussi, toutes les atteintes à la santé pouvant résulter de l'exécution du travail (ATF 132 III 257, consid. 5.2).

Les mesures appropriées, qui concernent autant les locaux, le matériel et l'organisation du travail, doivent répondre à un besoin pratique, correspondre à l'état de la technique et être proportionnées par rapport aux spécificités de l'entreprise. Elles doivent être régulièrement adaptées (art. 3 al. 1 OLT 3). Les mesures doivent cependant être économiquement supportables pour la partie employeuse et il doit exister un rapport raisonnable entre leur coût et leur efficacité (ATF 132 III 257, consid. 5.4.4). En d'autres termes, il faut que la mesure soit nécessaire, que l'état de la technique permette de l'appliquer et qu'elle soit adaptée aux conditions d'exploitation de l'entreprise (TF, 2C_462/2011 du 9 mai 2012, consid. 5.2).

134. **Aménagement des installations.** La partie employeuse doit aménager ses installations de manière à préserver autant que possible les travailleurs des dangers menaçant leur santé (art. 6 al. 2 LTr). Les installations et les dispositifs de sécurité devront correspondre à l'état de la technique. Toutes les nuisances potentielles seront prises en compte (cf. chapitre 2 de l'OLT 3 : bâtiments et locaux ; éclairage, climat des locaux, bruits et vibrations ; postes de travail ; charges ; surveillance des travailleurs ; équipements individuels de protection et vêtements de travail ; vestiaires, douches, lavabos, toilettes, réfectoires, locaux de séjour et premiers secours ; entretien et nettoyage). Le Tribunal fédéral a précisé que le devoir de la partie employeuse s'étendait aussi aux autres espaces que la partie employée peut fréquenter, tels que les accès au lieu de travail (corridors, escaliers, ascenseurs), les locaux de pause ou les vestiaires (ATF 132 III 257, consid. 5.2).

135. **Surveillance des personnes employées.** Selon l'art. 26 al. 1 OLT 3, il « est interdit d'utiliser des systèmes de surveillance ou de contrôle destinés à surveiller le comportement des travailleurs à leur poste de travail ». Ainsi que l'a énoncé le Tribunal fédéral, « même si leurs effets exacts sur la santé ne sont pas définitivement connus […], il est généralement admis que les systèmes de surveillance induisent le plus souvent chez les personnes observées des sentiments négatifs et détériorent le climat général de l'entreprise et que, par conséquent, ils nuisent au bien-

être, à la santé psychique et, finalement, à la capacité de rendement des travailleurs » (ATF 130 II 425, consid. 3.3).

L'art. 26 al. 2 OLT 3 précise que lorsque « des systèmes de surveillance ou de contrôle sont nécessaires pour d'autres raisons, ils doivent notamment être conçus et disposés de façon à ne pas porter atteinte à la santé et à la liberté de mouvement des travailleurs ». Relevons encore que cette matière relève aussi de la protection de la personnalité et des données des personnes employées (N 66, 358).

Un système de surveillance (par exemple, système de localisation satellite GPS ou surveillance vidéo) peut donc être licite lorsque les conditions suivantes sont remplies (cf. ATF 139 II 7 ; ATF 130 II 425 ; TF, 6B_536/2009 du 12 novembre 2009) :

- le système est justifié par « d'autres raisons » que la surveillance du comportement des personnes employées (art. 26 al. 2 OLT 3) ;
- il satisfait un intérêt prépondérant de la partie employeuse ;
- il est conçu et disposé de façon à ne pas porter atteinte à la santé et à la liberté de mouvement des personnes employées (art. 26 al. 2 OLT 3) ;
- la surveillance respecte les principes généraux qui sont énoncés aux art. 4 et 5 de la loi fédérale sur la protection des données (RS 235.1), notamment le principe de proportionnalité ;
- la partie employeuse informe les parties employées sur l'existence du système et ses modalités d'utilisation, la durée de conservation des données et leur destruction.

136. **Organisation du travail.** La partie employeuse doit « régler la marche du travail de manière à préserver autant que possible les travailleurs des dangers du surmenage » (art. 6 al. 2 LTr). Il lui incombe de veiller à ce que toutes les personnes qui sont occupées dans son entreprise soient informées de manière suffisante et appropriée des risques physiques et psychiques potentiels auxquelles elles sont exposées dans l'exercice de leur activité et instruites des mesures de protection de la santé (art. 5 al. 1 OLT 3). Le devoir de diligence de la partie employeuse comprend la prévention de tout accident qui n'est pas dû à un comportement imprévisible et constitutif d'une faute grave de la partie employée (ATF 112 II 138, consid. 3b).

Jurisprudence. Viole les règles élémentaires de précaution, l'employeuse qui demande à un employé engagé depuis peu d'aller travailler sur une machine dangereuse, sans l'avoir fait bénéficier d'une instruction préalable, alors que le mode de fonctionnement de l'engin n'était même pas apposé sur celui-ci et que le dispositif de sécurité était en panne (TF, 4A_132/2010 du 5 mai 2011, consid. 3.3).

137. **Prévention et gestion des conflits interpersonnels.** L'art. 2 al. 1 OLT 3 impose à la partie employeuse de prendre toutes les mesures nécessaires afin notamment de garantir la santé physique et psychique des personnes employées. Afin de préserver la santé au travail, il convient d'assurer un bon climat de travail, ainsi que de prévenir et/ou de bien gérer des conflits interpersonnels.

Jurisprudence. L'art. 6 LTr constitue une base légale suffisante pour imposer à une entreprise la désignation d'une personne de confiance dans le but de prévenir les conflits internes pouvant survenir en son sein. Il est toutefois nécessaire que cette personne garantisse la confidentialité des entretiens et, si elle se trouve dans une structure interne déjà existante, qu'elle n'ait pas de rapports hiérarchiques avec les personnes employées directement concernées (TF, 2C_462/2011 du 9 mai 2012, consid. 4.3) (Protection contre le harcèlement, dispositif de prévention, N 350).

138. **Préservation des substances psychotropes.** « L'employeur veille également à ce que le travailleur ne soit pas obligé de consommer des boissons alcooliques ou d'autres substances psychotropes dans l'exercice de son activité professionnelle » (art. 6 al. 2bis LTr). Il est précisé à l'art. 11 al. 3 OPA que la personne employée ne doit pas se mettre dans un tel état qu'elle expose sa personne ou d'autres membres du personnel à un danger ; cela vaut en particulier pour la consommation de boissons alcoolisées ou d'autres produits enivrants.

139. **Consultation du personnel.** « Les travailleurs, ou leurs représentants au sein de l'entreprise, doivent être consultés suffisamment tôt et de manière globale sur toutes les questions concernant la protection de santé » (art. 6 al. 1 OLT 3). Ils ont le droit de faire des propositions avant que la direction ne prenne une décision. « L'employeur doit justifier sa décision lorsqu'il ne tient pas compte ou ne tient compte qu'en partie des objections et propositions des travailleurs ou de leurs représentants dans l'entreprise » (art. 6 al. 2 OLT 3) (N 522, 531).

140. **Obligations du personnel.** La partie employeuse fait collaborer le personnel aux mesures de protection de la santé. Celui-ci doit la seconder dans l'application des prescriptions sur la protection de la santé (art. 6 al. 3 LTr). « L'employeur règle les compétences en matière de protection de la santé dans son entreprise. Il confie, si nécessaire, des tâches spécifiques en matière de protection de la santé à des travailleurs capables. Ces travailleurs ne doivent pas subir de préjudices dus aux activités concernées » (art. 7 al. 1 OLT 3).

Les personnes employées sont tenues de suivre les directives de la partie employeuse en matière de protection de la santé et d'observer les règles généralement reconnues. Elles doivent en particulier utiliser les équipements individuels de protection et s'abstenir de compromettre l'efficacité des moyens de protection (art. 10 al. 1 OLT 3). Lorsqu'une partie employée constate des défauts qui compromettent la protection de santé, elle doit immédiatement les éliminer. Si elle n'est pas en mesure de la faire ou si elle n'y est pas autorisée, elle doit aviser sans délai la partie employeuse (art. 10 al. 2 OLT 3).

1.3.2 Approbation des plans et autorisation d'exploiter

141. **Entreprises industrielles.** Sont réputées industrielles, selon l'art. 5 al. 2 LTr, les entreprises qui font usage d'installations fixes à caractère durable pour produire, transformer ou traiter des biens ou pour produire, transformer ou transporter de l'énergie, lorsque :

- l'emploi de machines ou d'autres installations techniques ou bien l'exécution d'opérations en série déterminent la manière de travailler ou l'organisation du travail et que le personnel d'exploitation comprend, pour ces activités, au moins six travailleurs (lit. a) ;
- ou lorsque des procédés automatiques exercent une influence déterminante sur la manière de travailler ou l'organisation du travail (lit. b) ;
- ou encore, lorsque la vie ou la santé des travailleurs sont exposés à des dangers particuliers (lit. c).

Quiconque « se propose de construire ou de transformer une entreprise industrielle doit soumettre ses plans à l'approbation de l'autorité cantonale compétente » (art. 7 al. 1 LTr). « L'autorité cantonale donne son approbation lorsque les plans sont conformes aux prescriptions ; au besoin,

elle la subordonne à la condition que l'employeur prenne des mesures de protection spéciale » (art. 7 al. 2 LTr). Par ailleurs, « l'employeur doit demander l'autorisation d'exploiter à l'autorité cantonale avant de commencer l'exploitation. Cette autorité donne l'autorisation d'exploiter si la construction et l'aménagement de l'entreprise sont conformes aux plans approuvés » (art. 7 al. 3 LTr).

L'ordonnance 4 relative à la loi sur le travail contient toutes les précisions nécessaires. Selon son art. 1 al. 1, l'ordonnance détermine :

- les exigences particulières relatives à la construction et à l'aménagement des entreprises soumises à l'approbation des plans et à l'autorisation d'exploiter (lit. a) ;
- la procédure d'assujettissement d'entreprises industrielles aux prescriptions spéciales (lit. b) ;
- la procédure d'approbation des plans et d'autorisation d'exploiter (lit. c).

142. **Entreprises non industrielles.** Selon l'art. 8 LTr, le Conseil fédéral peut déclarer l'art. 7 applicable « aux entreprises non industrielles qui sont exposées à des risques importants ». Notre gouvernement a utilisé cette compétence en déterminant de manière exhaustive les catégories d'entreprises non industrielles soumises à l'art. 7 LTr (art. 1 al. 2, lit. a à o OLT 4). Il s'agit, par exemple, des scieries (lit. a), des entreprises d'élimination et de recyclage des déchets (lit. b) ou des entreprises de production chimico-technique (lit. c).

1.4 Durée du travail et du repos

143. **Généralités.** Le chapitre III de la LTr est consacré à la durée du travail (art. 9 à 13) et du repos (art. 15 à 28). Tout comme l'art. 6 LTr, il vise à protéger la santé des personnes employées. Il a cependant également une autre fonction, celle de garantir les conditions nécessaires à la vie de famille et à l'épanouissement social, culturel et personnel. Les dispositions du chapitre III sont complétées par de nombreuses normes qui se trouvent principalement dans les ordonnances 1 (en particulier les chapitres 2 et 3) et 2 relatives à la loi sur le travail. L'ordonnance 2 précise notamment les possibilités de dérogations aux prescriptions légales en matière de durée

du travail et du repos en cas de situation particulière selon l'art. 27 al. 1 LTr.

1.4.1 Durée du travail

144. **Temps de travail.** Est réputée durée du travail le temps pendant lequel la personne employée doit se tenir à disposition de la partie employeuse ; le temps consacré au trajet pour se rendre sur son lieu de travail et en revenir n'est pas réputé durée du travail (art. 13 al. 1 OLT 1). En outre, lorsque la personne employée doit exercer son activité ailleurs que sur son lieu de travail habituel et que la durée ordinaire du trajet s'en trouve rallongée, le surplus de temps ainsi occasionné par rapport au trajet ordinaire est réputé temps de travail (art. 13 al. 2 OLT 1). Enfin, le temps qu'une personne employée consacre à une formation complémentaire ou continue, soit sur ordre de la partie employeuse, soit, en vertu de la loi, parce que son activité professionnelle l'exige, est réputé temps de travail (art. 13 al. 4 OLT 1).

145. **Service de piquet.** Est réputé service de piquet le temps pendant lequel la personne employée se tient, en sus du travail habituel, prête à intervenir, le cas échéant, pour remédier à des perturbations, porter secours en cas de situation d'urgence, effectuer des visites de contrôle ou faire face à d'autres situations particulières analogues (art. 14 al. 1 OLT 1). Le recours au service de piquet est limité par diverses prescriptions (art. 14 al. 2 à 4 OLT 1). L'intégralité du temps mis à disposition de la partie employeuse au cours d'un service de piquet effectué dans l'entreprise compte comme durée du travail (art. 15 al. 1 OLT 1). Quant au temps consacré à un service de piquet effectué en dehors de l'entreprise, il compte comme durée du travail dans la mesure de l'activité effectivement déployée par la partie employeuse. Dans ce cas, le trajet pour se rendre sur le lieu de travail et en revenir compte comme durée du travail (art. 15 al. 2 OLT 1). Toutefois, si le délai d'intervention dépasse 30 minutes, seul le temps de l'intervention (y compris le temps de trajet) est compté comme durée du travail (cf. art. 8 OLT 2).

Alors que la législation sur le travail traite de la notion et de la prise en compte comme durée du travail du service de piquet, il faut se référer aux règles du CO (cf. art. 322 CO) pour déterminer le droit à la rémunération.

> **Jurisprudence**. Lorsqu'une personne employée de piquet n'est pas tenue de rester dans l'entreprise, mais doit être prête à intervenir en cas de nécessité,

seul le temps d'intervention compte comme temps de travail et doit être rémunéré et/ou compensé. Toutefois, le temps d'attente doit aussi être rémunéré lorsque le service de piquet a pour conséquence d'entraver la personne employée dans la jouissance de son temps, ce qui sera notamment le cas si elle doit se tenir prête à intervenir à bref délai. L'indemnité pour le service de piquet peut être inférieure au taux de salaire de base et le contrat individuel de travail peut prévoir que ladite indemnité est intégrée dans le taux de salaire pour l'activité principale (TF, 4A_523/2010, 22 novembre 2010, consid. 5.1).

146. **Semaine de travail.** La semaine de travail commence le lundi, la nuit du dimanche au lundi pour les systèmes d'organisation du travail en plusieurs équipes, et se termine le dimanche (art. 16 al. 1 OLT 1). La semaine de travail n'excède pas, pour la personne employée, cinq jours et demi de travail. Elle peut être étendue à six jours, pour autant que le cumul des demi-journées de congé hebdomadaire s'effectue, pour quatre semaines au plus, avec le consentement de la personne employée (art. 16 al. 2 OLT 1). La durée hebdomadaire du travail peut être répartie uniformément ou différemment sur les jours de la semaine et entre personnes employées ou groupes de personnes employées (art. 16 al. 3 OLT 1).

147. **Durée maximale du travail.** Il n'existe pas en Suisse de durée légale du travail comme dans d'autres pays (cf. le régime des 35 heures en France). Ainsi, le nombre d'heures correspondant à un taux de 100% peut varier selon l'entité employeuse. L'art. 9 al. 1 LTr prévoit en revanche une durée maximale de la semaine de travail qui est de :

« 45 heures pour les travailleurs occupés dans les entreprises industrielles ainsi que pour le personnel de bureau, le personnel technique et les autres employés, y compris le personnel de vente des grandes entreprises de commerce de détail » (lit. a) ; « sont réputées grandes entreprises de commerce de détail les entreprises qui occupent plus de 50 travailleurs à la vente du détail, personnel de caisse compris, dans le même bâtiment ou dans des bâtiments voisins » (art. 2 OLT 1) ;

« 50 heures pour tous les autres travailleurs » (lit. b).

Jurisprudence. La distinction entre les « autres employés » au sens de l'art. 9 al. 1 lit. a LTr et les « autres travailleurs » au sens de l'art. 9 al. 1 lit. b LTr peut être malaisée. Il faut considérer que le personnel technique et les « autres employés » comprennent les personnes employées qui sont chargées pour l'essentiel de tâches dites cérébrales dans les bureaux ou des postes de travail similaires, par exemple des guichets, des ateliers d'essais, des laboratoires ou

des centres de développement de programmes informatiques. Quant aux « autres travailleurs », ils regroupent les personnes employées, dans des entreprises non industrielles, dont la tâche se compose principalement d'activités manuelles, tel que l'artisanat, le travail auxiliaire d'ordre manuel et la vente dans les petites et moyennes entreprises de vente au détail. En l'espèce, le travail de pâtissier-confiseur exercé par le demandeur correspond clairement à une activité manuelle de type artisanal visée par l'art. 9 al. 1 lit. b LTr (TF, 4C.310/2002 du 14 février 2003, consid. 5.5).

148. **Modification de la durée maximale de la semaine de travail.** Pour certaines catégories d'entreprises ou de personnes employées, la durée maximum de la semaine de travail peut, par ordonnance, être temporairement prolongée de quatre heures au plus, à la condition qu'elle ne soit pas dépassée en moyenne annuelle (art. 9 al. 3 LTr). Les cas d'application sont prévus à l'art. 22 OLT 1. Par ailleurs, « pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs ou pour certaines entreprises », le SECO peut accorder l'autorisation de prolonger la durée maximum de la semaine de travail de quatre heures au plus, sans réduction ultérieure de la durée de la semaine de travail, si des raisons impérieuses le justifient (art. 9 al. 4 LTr). Selon le SECO, les conséquences inattendues d'évènements naturels ou d'autres catastrophes peuvent constituer une raison impérative de prolonger la durée du travail sur une longue période, si le contingent de travail supplémentaire prévu à l'art. 12 LTr est insuffisant (SECO, ad art. 9 al. 4 LTr).

149. **Dépassement de la durée maximale de la semaine de travail.** La législation sur le travail prévoit plusieurs possibilités de dépassement de la durée maximale de la semaine à certaines conditions.

Travail compensatoire. Lorsque le travail est suspendu pour un temps relativement court, soit pour cause de perturbation dans l'entreprise, soit en cas de fermeture de l'entreprise pour cause de vacances, soit entre des jours chômés, soit dans d'autres circonstances analogues, ou lorsqu'une partie employée obtient des congés à sa demande, la partie employeuse peut faire compenser le temps perdu dans un délai convenable et, à cet effet, dépasser la durée maximum de la semaine de travail. Il est interdit de compenser plus de deux heures par jour et par personne employée, y compris le travail supplémentaire, sauf pendant les jours et demi journées ordinairement chômés (art. 11 LTr).

Travail supplémentaire. Il faut distinguer le régime des « heures de travail supplémentaires », ou « heures supplémentaires », qui est déterminé par l'art. 321c CO, de celui du « travail supplémentaire », qui découle

des art. 9, 12 et 13 LTr. Les heures supplémentaires sont les heures qui excèdent la durée du travail normalement convenue et qui sont nécessaires à l'accomplissement du travail demandé (art. 321c al. 1 CO). Alors que le travail supplémentaire est constitué par les heures de travail qui excèdent la durée maximale de la semaine de travail définie à l'art. 9 al. 1 LTr. La loi sur le travail précise les conditions qui doivent être remplies pour que la partie employeuse puisse exiger du travail supplémentaire (art. 12 al. 1 LTr ; cf. aussi art. 26 OLT 1), les durées maximales du travail supplémentaire (art. 12 al. 2 LTr), ainsi que les compensations auxquelles doit consentir la partie employeuse, en argent (art. 13 al. 1 LTr) ou en temps (art. 13 al. 2 LTr). Ces questions seront traitées dans la section de cet Abrégé consacrée aux heures supplémentaires (N 282-285).

Temps du trajet de retour. Le trajet de retour à partir d'un autre lieu de travail au sens de l'art. 13 al. 2 OLT 1 peut excéder les limites du travail quotidien ou la durée maximale du travail hebdomadaire (art. 13 al. 3 OLT 1).

Travail en continu. Selon l'art. 36 OLT 1, « est réputé travail continu tout système d'organisation du temps de travail qui repose, 24 heures sur 24, sept jours sur sept, sur le travail en équipes (lit. a) et qui fait intervenir plusieurs équipes à la totalité desquelles, en principe, chaque travailleur participe successivement (lit. b) ». En cas de travail continu, la durée maximale du travail hebdomadaire prescrite par l'art. 9 LTr est observée en moyenne sur seize semaines. Cette période peut, à titre exceptionnel, être étendue à 20 semaines (art. 24 al. 5 LTr et art. 38 al. 1 OLT 1).

150. **Durée maximale unique dans la même entreprise.** « Lorsque des employés de bureau, des techniciens ou d'autres employés, y compris le personnel de vente des grands établissements du commerce de détail, sont occupés dans la même entreprise ou partie d'entreprise avec des travailleurs pour lesquels la durée maximale de la semaine est plus longue, cette durée vaut pour les uns comme pour les autres » (art. 9 al. 5 LTr). En pratique, il est admis que cette prolongation n'est justifiée que si la majorité des personnes employées est subordonnée à la semaine des 50 heures.

151. **Travail de jour, travail du soir et travail de nuit.** En fonction du moment pendant lequel une prestation de travail est effectuée dans un jour de 24 heures, la législation sur le travail distingue trois périodes qui sont soumises à trois régimes juridiques différents :

Travail de jour. Il y a en principe travail de jour entre 6 heures et 20 heures (art. 10 al. 1 LTr). Le travail de jour n'est soumis ni à autorisation ni à des conditions spécifiques (art. 10 al. 1 LTr).

Travail du soir. Il y a en principe travail du soir entre 20 heures et 23 heures (art. 10 al. 1 LTr). Le travail du soir n'est pas non plus soumis à autorisation (art. 10 al. 1 LTr). En revanche, avant de l'introduire dans l'entreprise, la partie employeuse doit entendre la représentation du personnel dans l'entreprise ou, à défaut, les personnes employées concernées (N 522).

Travail de nuit. Il y a en principe travail de nuit entre 23 heures et 6 heures. Comme nous le verrons ci-dessous, il est en principe interdit d'occuper les personnes employées la nuit (art. 16 LTr). Mais il existe de nombreuses exceptions.

Avec l'accord de la représentation du personnel dans l'entreprise ou, à défaut, de la majorité des personnes employées concernées, le début et la fin du travail de jour et du soir dans l'entreprise peuvent être fixés différemment entre 5 heures et 24 heures. Dans ce cas également, le travail de jour et du soir doit être compris dans un espace de dix-sept heures (art. 10 al. 2 LTr).

1.4.2 Durée du repos

152. **Pauses.** Selon l'art. 15 al. 1 LTr, la partie employeuse doit accorder aux parties employées des pauses d'au moins :

- un quart d'heure, si la journée de travail dure plus de cinq heures et demie (lit. a) ;
- une demi-heure, si la journée de travail dure plus de sept heures (lit. b) ;
- une heure, si la journée de travail dure plus de neuf heures (lit. c).

Au sens de cette disposition, la « journée de travail » doit se comprendre comme le temps de travail effectif, soit le temps de présence moins le temps de pause inséré dans ce laps de temps.

> **Exemples** (tirés du site Internet du canton du Jura, ltr.jura.ch).
>
> X. a travaillé de 8h00 à 13h00 (durée effective de 5 heures). Son employeur n'était pas tenu de lui accorder une pause selon la LTr.

Y. a effectué une journée de travail de 7h00 à 16h15 (journée de travail brute de 9h15). Elle avait droit au minimum à une pause de 30 minutes pour 8h45 de travail effectif.

Z. a effectué une journée de travail de 8h00 à 18h00 (journée de travail de 10 heures). Elle avait droit au minimum à une heure de pause (ou deux fois 30 minutes) pour 9 heures de travail effectif.

« Les pauses peuvent être fixée uniformément ou différemment pour les travailleurs ou groupes de travailleurs » (art. 18 al. 1 OLT 1). Elles interrompent le travail en son milieu. « Une tranche de travail excédant 5 heures et demie avant ou après une pause donne droit à une pause supplémentaire, conformément à l'art. 15 LTr » (art. 18 al. 2 OLT 1). « Les pauses de plus d'une demi-heure peuvent être fractionnées » (art. 18 al. 3 OLT 1). « En cas d'horaire variable tel que l'horaire de travail mobile, la durée des pauses est déterminée sur la base de la durée moyenne du travail quotidien » (art. 18 al. 4 OLT 1).

Les pauses comptent comme travail lorsque la personne employée n'est pas autorisée à quitter sa place de travail (art. 15 al. 2 LTr). Est réputée place de travail dans ce contexte, tout endroit où la personne employée doit se tenir pour effectuer le travail qui lui est confié, que ce soit dans l'entreprise ou en dehors (art. 18 al. 5 OLT 1).

153. **Durée du repos quotidien.** La personne employée doit bénéficier d'une durée de repos quotidien d'au moins onze heures consécutives (art. 15a al. 1 LTr). Pour la personne employée adulte, la durée du repos peut être réduite à huit heures une fois par semaine, pour autant que la moyenne sur deux semaines atteigne onze heures (art. 15a al. 1 LTr).

154. **Dimanche libre et repos compensatoire.** La LTr accorde aux personnes employées un jour de repos hebdomadaire (cf. aussi art. 329 al. 1 CO, N 360-361) qui doit coïncider avec un dimanche complet, et suivre ou précéder immédiatement le temps de repos quotidien (art. 20 al. 1 LTr). L'art. 24 LTr, sur le travail continu (N 149), est réservé.

155. **Demi-journée de congé hebdomadaire.** Lorsque le travail hebdomadaire est réparti sur plus de cinq jours, la partie employeuse est tenue de donner à la partie employée, en sus du jour de repos hebdomadaire, une demi-journée de congé par semaine, sauf dans les semaines qui comprennent un jour chômé (art. 21 al. 1 LTr), soit un jour non travaillé (jour férié, jour de repos ou jour libéré de l'obligation de travailler sur la base du CO).

Une personne employée soumise à la LTr a donc droit à une journée et demi de repos hebdomadaire au total et sa semaine de travail comporte au maximum cinq jours et demi de travail (art. 16 al. 2 OLT 2). En revanche, les personnes non soumises à la LTr n'ont en principe droit qu'à un jour de repos hebdomadaire (art. 329 al. 1 CO). Les parties ont toutefois toujours la possibilité de convenir d'une durée hebdomadaire de repos plus importante que celle résultant des normes légales. Ainsi, la semaine de cinq jours qui comprend le dimanche comme jour de repos et le samedi comme jour ouvrable chômé est largement répandue.

156. **Travail de nuit.** La prestation de travail exécutée entre 23 heures et 6 heures constitue en principe du travail de nuit. Toutefois, vu les possibilités conférées par l'art. 10 al. 2 LTr de différer le début et la fin du travail de jour et du travail du soir, le temps de nuit peut débuter déjà à 22 heures (jusqu'à 5h00) ou seulement à 24h00 (jusqu'à 7h00).

En principe, il est interdit d'occuper des personnes en dehors des limites du travail de jour et de nuit (art. 16 LTr). Les dérogations et exceptions sont toutefois nombreuses.

Selon l'art. 17 al. 1 LTr, les dérogations à l'interdiction de travailleur la nuit sont soumises à autorisation. Les personnes employées ne peuvent être affectées au travail de nuit sans leur consentement (art. 17 al. 6 LTr). La durée du travail de nuit n'excédera pas, en principe, neuf heures, ou dix heures, pauses incluses (art. 17a al. 1 LTr). La personne employée qui effectue un travail de nuit pendant une longue période a droit à un examen de son état de santé, de même qu'à des conseils sur la façon de réduire ou de supprimer les problèmes de santé liés à son travail (art. 17c al. 1 LTr ; cf. aussi art. 43 à 45 OLT 1).

La loi distingue le travail de nuit régulier ou périodique (cf. art. 40 al. 1 OLT 1) et le travail de nuit effectué à titre temporaire, soit qui n'excède pas trois mois par année civile en cas d'intervention sporadique ou six mois en cas d'intervention exceptionnelle (cf. art. 40 al. 1 OLT 1). Le travail de nuit régulier ou périodique est autorisé lorsque des raisons techniques ou économiques le rendent indispensable (art. 17 al. 2 LTr ; voir aussi art. 28 OLT 1). Alors que le travail de nuit temporaire est autorisé en cas de besoin urgent dûment établi (art. 17 al. 3 LTr ; voir aussi art. 27 OLT 1), le travail de nuit régulier ou périodique est soumis à autorisation du SECO (art. 17 al. 5 LTr). Il ne donne en principe pas droit au versement d'un supplément de salaire, mais en principe à une compensation en temps de repos compensatoire équivalant à 10% de la durée de ce travail (art. 17b al. 2 LTr et art. 31 OLT 1). Alors que le travail de nuit temporaire est soumis à

l'autorisation des autorités cantonales (art. 17 al. 5 LTr). Il donne droit à une majoration de salaire de 25% au moins (art. 17b al. 1 LTr et art. 33 OLT 1).

En sus de ce régime dérogatoire, l'art. 27 LTr prévoit de nombreux cas dans lesquelles une partie employeuse peut occuper des personnes la nuit, sans autorisation. Ainsi, les petites entreprises artisanales sont exemptées de l'autorisation obligatoire pour le travail de nuit lorsque celui-ci est inhérent à leur activité (art. 27 al. 1bis LTr). De même, les magasins des stations-service qui sont situés sur les aires des autoroutes ou le long d'axes de circulation importants fortement fréquentés et dont les marchandises et les prestations répondent principalement aux besoins des voyageurs peuvent occuper des personnes la nuit (art. 27 al. 1^{quater}).

Par ailleurs, l'art. 27 al. 1 LTr prévoit que certaines catégories d'entreprises ou de personnes employées peuvent, dans la mesure où leur situation particulière le rend nécessaire, être soumises par voie d'ordonnance à des dispositions spéciales remplaçant en tout ou partie certaines dispositions légales, comme l'interdiction de travail la nuit prévue à l'art. 16 LTr. De telles dispositions peuvent notamment être édictées dans les différentes situations énumérées de manière exemplative à l'art. 27 al. 2 LTr. C'est ainsi que l'OLT prévoit de nombreux cas dans lesquels la partie employeuse peut, sans autorisation officielle, occuper des personnes pendant la totalité ou une partie de la nuit (cf. art. 4 al. 1 OLT 2).

> **Exemples**. Les cliniques et les hôpitaux peuvent occuper des personnes employées toute la nuit (art. 15 al. 1 OLT 2).
>
> Les hôtels, restaurants et cafés peuvent occuper toute la nuit des personnes qui sont au service de la clientèle (art. 23 al. 1 OLT 2).
>
> Les entreprises de transformation de la viande peuvent occuper la nuit les personnes qu'elles affectent à la transformation de la viande, à son emballage et à son entreposage, à partir de 2 heures pendant deux jours par semaine et à partir de 4 heures les autres jours (art. 27a al. 1 OLT 2).

On rappellera enfin la réserve de l'art. 71 lit. c LTr concernant les prescriptions de police en matière de repos dominical et les heures d'ouverture des entreprises actives dans la vente au détail, la restauration ou le spectacle.

157. **Travail le dimanche.** On trouve des similitudes entre le régime du travail le dimanche et le régime du travail de nuit : interdiction de principe, dérogations soumises à autorisation, exemptions de l'interdiction et réserve des prescriptions de police. Ainsi, il est en principe interdit d'occuper des

personnes employées le dimanche, soit du samedi 23 heures au dimanche 23 heures (art. 18 al. 1 LTr). Avec l'accord de la représentation du personnel dans l'entreprise ou, à défaut, de la majorité des personnes employées concernées, l'intervalle de 24 heures susmentionné peut être avancé ou retardé d'une heure au plus (art. 18 al. 2 LTr).

Selon l'art. 19 al. 1 LTr, les dérogations à l'interdiction de travailleur le dimanche sont en principe soumises à autorisation. Les personnes employées ne peuvent être affectées au travail dominical sans leur consentement (art. 19 al. 5 LTr). La loi distingue le travail dominical régulier ou périodique (cf. art. 40 al. 4 OLT 1) et le travail dominical temporaire, soit six dimanches maximum par année civile, y compris les jours fériés légaux, ou exceptionnellement sur une durée limitée qui n'excède pas trois mois (art. 40 al. 3 OLT 1).

Le travail dominical régulier ou périodique :

- doit être justifié par des raisons techniques ou économiques qui le rendent indispensables (art. 19 al.2 LTr ; cf. aussi art. 28 OLT 1) ;
- est soumis à autorisation du SECO (art. 19 al. 4 LTr) ;
- ne donne en principe pas droit au versement d'un supplément de salaire. Selon le Tribunal fédéral, la personne employée qui a été engagée pour un tel travail est présumée avoir donné son consentement à la conclusion du contrat, et le salaire proposé est censé répondre aux inconvénients résultant de ce régime (TF, 4A_515/2014, 26 février 2015, consid. 2.3).

Le travail dominical temporaire :

- est autorisé en cas de besoin urgent dûment établi (art. 19 al. 3 LTr ; cf. aussi art. 27 OLT 1) ;
- est autorisé par l'autorité cantonale compétente (art. 19 al. 4 LTr) ;
- donne droit à une majoration de salaire de 50% (art. 19 al. 3 LTr et art. 33 OLT 1).

En sus de ce régime dérogatoire, l'art. 27 LTr prévoit de nombreux cas dans lesquels une partie employeuse peut occuper des personnes le dimanche, sans autorisation. Ainsi, les petites entreprises artisanales sont exemptées de l'autorisation obligatoire pour le travail dominical lorsque celui-ci est inhérent à leur activité (art. 27 al. 1^{bis} LTr). De même, les magasins et entreprises de services situés dans les aéroports et dans les

gares à forte fréquentation considérées comme des centres de transports publics peuvent occuper du personnel le dimanche (art. 27 al. 1ter LTr). Enfin, les magasins des stations-service qui sont situés sur les aires des autoroutes ou le long d'axes de circulation importants fortement fréquentés et dont les marchandises et les prestations répondent principalement aux besoins des voyageurs peuvent occuper des personnes le dimanche (art. 27 al. 1quater).

Par ailleurs, l'art. 27 al. 1 LTr prévoit que certaines catégories d'entreprises ou de personnes employées peuvent, dans la mesure où leur situation particulière le rend nécessaire, être soumises par voie d'ordonnance à des dispositions spéciales remplaçant en tout ou partie certaines dispositions légales, comme l'interdiction de travail le dimanche qui est prévue à l'art. 18 LTr. C'est ainsi que l'OLT 2 prévoit de multiples cas dans lesquels la partie employeuse peut, sans autorisation officielle, occuper du personnel pendant la totalité ou une partie du dimanche (cf. art. 4 al. 2 OLT 2).

> **Exemples**. Les cliniques et les hôpitaux peuvent occuper des personnes employées tout le dimanche (art. 15 al. 1 OLT 2).
>
> Les entreprises livrant des mets prêts à être consommés peuvent occuper tout le dimanche des personnes qui sont au service de la clientèle (art. 23 al. 1 et 3 *in fine* OLT 2).
>
> Les magasins de fleurs du commerce de détail peuvent occuper des personnes employées tout le dimanche (art. 29 OLT 2).

On rappellera enfin la réserve de l'art. 71 lit. c LTr concernant les prescriptions de police en matière d'ouverture des entreprises actives dans la vente au détail, la restauration ou le spectacle (N 16). En outre, les cantons peuvent fixer au plus quatre dimanches par an pendant lesquels le personnel peut être employé dans les commerces sans qu'une autorisation soit nécessaire (art. 19 al. 6 LTr).

158. **Jours fériés et fêtes religieuses.** Le jour de la fête nationale (soit le 1er août) est assimilé au dimanche. Les cantons peuvent assimiler au dimanche huit autres jours fériés par an au plus et les fixer différemment selon les régions (art. 20a al. 1 LTr, voir aussi ATF 145 II 360, consid. 3, résumé au N 362). En principe, le fait de ne pas travailler durant ces autres jours fériés cantonaux n'entraîne aucune déduction sur le salaire mensuel (N 362). Le Tribunal fédéral a toutefois précisé qu'il n'existe aucune obligation pour la partie employeuse d'indemniser les jours fériés pour les personnes rémunérées à l'heure, sous réserve du 1er août donnant droit à un

salaire (art. 110 al. 3 Cst.), à la condition encore qu'il tombe sur un jour qui aurait été travaillé (ATF 136 I 290, consid. 2).

Par ailleurs, la personne employée est autorisée à interrompre son travail à l'occasion de fêtes religieuses autres que celles qui sont assimilées à des jours fériés par les cantons. Elle doit cependant en aviser la partie employeuse au plus tard trois jours à l'avance. L'art. 11, sur le travail compensatoire, est réservé (art. 20a al. 2 LTr). Enfin, à la demande de la partie employée, la partie employeuse lui accordera, si possible, le temps nécessaire pour assister à une fête religieuse (art. 20a al. 3 LTr). Sauf accord contraire, ces périodes non travaillées en raison de fêtes religieuses ne donnent pas droit à une rémunération. Il en résulte que la partie employeuse peut exiger la compensation des heures non travaillées ou opérer la retenue salariale correspondante.

159. **Interdiction de remplacer le temps de repos par d'autres prestations.** Dans la mesure où la loi prescrit des temps de repos, ceux-ci ne doivent pas être remplacés par des prestations en argent ou d'autres avantages, sauf à la cessation des rapports de travail (art. 22 LTr). Si une indemnité est due à la fin des rapports de travail en remplacement de repos ou périodes compensatoires de repos prévus par la loi, elle est calculée conformément aux art. 17 et 33 OLT 1.

160. **Légères dérogations.** Dans les permis concernant la durée du travail, l'autorité peut, à titre exceptionnel, apporter de minimes dérogations aux prescriptions de la loi et de l'ordonnance 1, lorsque l'application de ces normes entraîneraient des difficultés extraordinaires et que la majorité des personnes employées intéressées ou les personnes les représentant dans l'entreprise consentent à ces dérogations (art. 28 LTr). Cette possibilité concerne notamment les cas suivants :

- prolongation de la durée maximum de la semaine (art. 9 al. 4 LTr) ;
- travail de nuit régulier ou périodique (art. 17 al. 5 LTr) ;
- travail de nuit temporaire (art. 17 al. 5 LTr) ;
- travail dominical régulier ou périodique (art. 19 al. 4 LTr) ;
- travail dominical temporaire (art. 19 al. 4 LTr).

Jurisprudence. Travail le dimanche pour le personnel de l'Aéroport international de Genève. Les entreprises au bénéfice de dispositions spéciales au sens de l'art. 27 LTr ont le droit de se voir accorder une dérogation minime

au sens de l'art. 28 LTr. Une réduction de 26 à 20 du nombre des dimanches de congé ne peut être qualifiée de dérogation minime. Lorsqu'une branche entière rencontre des difficultés pour respecter les règles relatives au travail dominical, il s'agit d'un problème structurel qui doit être réglé par une modification de l'OLT 2 et non par des dérogations individuelles accordées à toutes les entreprises concernées (ATF 139 II 49).

1.5 Dispositions spéciales de protection

161. **Contexte.** Le chapitre IV de la loi sur le travail comprend des dispositions spéciales de protection qui s'appliquent principalement à trois catégories spécifiques de personnes employées : les « jeunes travailleurs » (art. 29 à 32), les « femmes enceintes et mères qui allaitent » (art. 35 à 35b) et les « travailleurs ayant des responsabilités familiales » (art. 36). Avant de présenter les dispositions principales applicables à ces trois catégories de personnes employées, il convient de relever que selon l'art. 36a LTr, le Conseil fédéral peut interdire par ordonnance, pour des raisons de santé, l'occupation d'autres catégories de personnes employées à des travaux pénibles ou dangereux, ou la faire dépendre de conditions particulières. Apparemment l'art. 66 OLT 1 qui interdit en principe d'occuper des femmes aux travaux souterrains dans les mines constitue l'unique cas d'application.

1.5.1 Jeunes gens

162. **Normes applicables.** Sont réputés « jeunes gens », soit jeunes personnes employées, celles qui sont âgées de moins de 18 ans (art. 29 al. 1 LTr). La loi sur le travail consacre quatre dispositions à leur protection qui fixent les prescriptions générales (art. 29), l'âge minimum (art. 30), la durée du travail et du repos (art. 31) et les autres soins incombant à la partie employeuse (art. 32). La loi est complétée par l'ordonnance 5 relative à la loi sur le travail qui contient de nombreuses précisions utiles (OLT 5).

Nous avons vu que certaines entreprises étaient exclues du champ d'application de la LTr (art. 2 al. 1 lit. a à g LTr) (N 120-121). Toutefois, les dispositions de la législation sur le travail, relatives à l'âge minimum d'admission à l'emploi, s'appliquent aux entreprises énumérées à l'art. 2 al. 1 lit. d à g LTr (art. 2 al. 4 LTr). A contrario, ces dispositions ne

s'appliquent pas aux administrations fédérales, cantonales et communales, aux entreprises soumises à la législation fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics et dans les entreprises soumises à la législation fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse. Toutefois, pour ces entreprises d'autres législations spéciales imposent un âge minimum d'admission à l'emploi. Ainsi, l'art. 16 al. 2 de l'ordonnance sur la navigation maritime précise que les personnes de moins de 16 ans ne peuvent pas être employées à bord d'un navire suisse. Autre exemple, pour les entreprises de transports publics, la législation spécifique renvoie à l'application de la législation sur le travail (cf. art.16 al. 1 LDT) !

163. **Principes généraux de protection.** La partie employeuse doit avoir les égards voulus pour la santé des jeunes personnes employées et veiller à la sauvegarde de leur moralité. Elle doit veiller notamment à ce qu'elles ne soient pas surmenées ni exposées à de mauvaises influences dans l'entreprise (art. 29 al. 2 LTr). Elle doit veiller également à ce que les jeunes gens occupés dans son entreprise soient suffisamment et convenablement informés et instruits par une ou un adulte expérimenté, notamment sur la sécurité et la protection de la santé au travail (art. 19 al. 1 OLT 5). La partie employeuse doit aussi informer les parents, ou la personne investie du droit d'éducation, des conditions de travail, des risques et des mesures prises pour protéger la santé et assurer la sécurité du ou de la jeune (art. 19 al. 2 OLT 5).

164. **Embauche des jeunes.** La partie employeuse qui engage des jeunes gens doit se faire présenter une attestation d'âge (art. 29 al. 4 LTr) et la tenir à disposition des autorités d'exécution et de surveillance de la législation (art. 74 al. 1 OLT 1). Dans certains cas, l'occupation de jeunes est subordonnée à la production d'un certificat médical (art. 29 al. 4 LTr) : jeunes de moins de 15 ans libérés de la scolarité obligatoire (art. 9 al. 2 OLT 5) et jeunes qui pratiquent périodiquement ou régulièrement le travail de nuit (art. 12 al. 3 OLT 5). Sont réservées les prescriptions cantonales plus strictes sur les certificats et les examens médicaux (art. 18 al. 2 OLT 5).

165. **Age minimum.** Il est en principe interdit d'engager des jeunes gens âgés de moins de 15 ans révolus (art. 30 al. 1 LTr). Toutefois, à certaines conditions, les jeunes de plus de treize ans peuvent être chargés d'effectuer des petites courses et des travaux légers (art. 30 al. 2 lit. a LTr et art. 8 OLT 5) et les jeunes gens de moins de quinze ans peuvent être affectés à un travail dans le cadre de manifestations culturelles, artistiques ou

sportives ainsi que dans la publicité (art. 30 al. 2 lit. b LTr et art. 7 OLT 5). Par ailleurs, il existe des règles spécifiques pour l'emploi de jeunes de moins de 15 ans qui ont été libérés de la scolarité obligatoire par le droit cantonal applicable (art. 30 al. 3 LTr et art. 9 OLT 5).

166. **Emploi à certains travaux.** Afin de protéger la vie ou la santé des jeunes gens ou de sauvegarder leur moralité, la LTr donne compétence au Conseil fédéral d'interdire ou de subordonner à des conditions spéciales leur emploi à certains travaux (art. 29 al. 3 LTr). En application de ces principes, le Conseil fédéral a prévu des règles spécifiques concernant les travaux dangereux (art. 4 OLT 5), le service à la clientèle dans les entreprises de divertissement, les hôtels, les restaurants et les cafés (art. 5 OLT 5), ainsi que le travail dans les entreprises cinématographiques, les cirques et les entreprises de spectacle (art. 6 OLT 5).

> **Exemples**. Il est en principe interdit d'employer des jeunes à des travaux dangereux (art. 4 al. 1 OLT 5), soit les travaux qui, de par leur nature ou les conditions dans lesquelles ils s'exercent, sont susceptibles de nuire à la santé, à la formation, à la sécurité des jeunes ou à leur développement physique et psychique (art. 4 al. 2 OLT 5). Des dérogations sont possibles (art. 4 al. 4-6 OLT 5).
>
> Il est en principe interdit d'employer des jeunes de moins de 16 ans au service de clients dans les hôtels, restaurants et cafés (art. 5 al. 2 OLT 5). S'agissant du travail au service de la clientèle dans les entreprises de divertissement telles que les cabarets, boîtes de nuit, dancings, discothèques et bars, l'âge minimum est fixé à 18 ans (art. 5 al. 1 OLT 5).
>
> Il est en principe interdit d'employer des jeunes de moins de 16 ans dans les entreprises cinématographiques, les cirques et les entreprises de spectacle (art. 6 OLT 5). Des exceptions sont toutefois prévues lorsque l'emploi s'inscrit dans le cadre d'activités culturelles, artistiques, sportives et publicitaires (art. 7 OLT 5).

167. **Durée du travail et du repos.** Pour les jeunes gens, la durée quotidienne de travail ne doit pas dépasser celle des autres personnes employées de la même entreprise ou, à défaut d'autres personnes employées, la durée admise par l'usage local, et elle n'excédera pas neuf heures. Cette durée comprend le travail supplémentaire et le temps consacré aux cours obligatoires (art. 31 al. 1 LTr). Il existe plusieurs règles complémentaires :

- le travail de jour des jeunes gens, pauses incluses, doit être compris dans un espace de douze heures (art. 31 al. 2 LTr) ;

- les jeunes de moins de 13 ans révolus peuvent travailler trois heures par jour et neuf heures par semaine (art. 10 OLT 5). Des règles spécifiques existent pour les jeunes de plus de 13 ans soumis à la scolarité obligatoire (art. 11 OLT 5) ;
- les jeunes de moins de seize ans révolus ne peuvent être occupés que jusqu'à 20 heures et ceux de plus de seize ans, jusqu'à 22 heures (art. 31 al. 2 LTr). Sont réservées les dispositions dérogatoires sur l'emploi des jeunes gens prévues à l'art. 30 al. 2 LTr ;
- les jeunes doivent disposer d'un repos quotidien d'au moins douze heures consécutives (art. 16 al. 1 OLT 5). Ils ne peuvent être occupés que jusqu'à 20 heures les veilles de cours donnés par l'école professionnelle ou de cours interentreprises (art. 16 al. 2 OLT 5) ;
- il est en outre interdit d'affecter à un travail supplémentaire les jeunes gens de moins de 16 ans révolus (art. 31 al. 3 LTr). Quant aux jeunes de plus de 16 ans, ils ne peuvent effectuer de travail supplémentaire que les jours ouvrables dans l'intervalle du travail de jour et du travail du soir jusqu'à 22 heures (art. 17 al. 1 OLT 5) ;
- enfin, la partie employeuse n'est en principe pas autorisée à occuper des jeunes ni la nuit, ni le dimanche (art. 31 al. 4 LTr). Il existe toutefois plusieurs exceptions (art. 31 al. 4 LTr et art.13 à 15 OLT 5).

168. **Autres soins incombant à la partie employeuse.** Lorsque le ou la jeune tombe malade, est victime d'un accident ou risque une atteinte à sa santé physique ou morale, la partie employeuse doit en aviser la personne détentrice de l'autorité parentale ou le tuteur. En attendant leurs instructions, elle doit prendre les mesures qui s'imposent (art. 32 al. 1 LTr). Lorsque le ou la jeune vit dans le ménage de la partie employeuse, celle-ci doit lui donner une nourriture suffisante et adaptée à son âge, et le loger conformément aux exigences de l'hygiène et de la moralité (art. 32 al. 2 LTr).

1.5.2 Femmes enceintes et mères qui allaitent

169. **Normes applicables.** La loi sur le travail consacre trois dispositions spécifiques à la protection des femmes enceintes et mères qui allaitent. Elles portent sur la protection de la santé durant la maternité (art. 35), l'occupation des femmes durant la maternité (art. 35a), ainsi que le

déplacement de l'horaire de travail et le paiement du salaire durant la maternité (art. 35b). La loi est complétée par le chapitre 5 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (art. 60 à 66 OLT 1), l'art. 34 OLT 3, ainsi que par l'ordonnance du DEFR sur la protection de la maternité.

170. **Protection de la santé durant la maternité.** La partie employeuse doit occuper les femmes enceintes et les mères qui allaitent de telle sorte que leur santé et la santé de l'enfant né ou à naître ne soient pas compromises et aménager leurs conditions de travail en conséquence (art. 35 al. 1 LTr). Ainsi, il est interdit de prolonger la durée ordinaire convenue de la journée de travail des femmes enceintes et des mères qui allaitent ; cette durée n'excède en aucun cas 9 heures (art. 60 al. 1 OLT 1). Par ailleurs, les femmes enceintes exerçant principalement leur activité en station debout bénéficient, à partir de leur quatrième mois de grossesse, d'un repos quotidien de 12 heures et, en sus des pauses prévues à l'art. 15 LTr, d'une courte pause de 10 minutes après chaque tranche de 2 heures de travail (art. 61 al. 1 OLT 1) ; les activités exercées en station debout n'excèdent pas un total de 4 heures par jour à partir du sixième mois de grossesse (art. 61 al. 2 OLT 1). Enfin, les femmes enceintes et les femmes allaitantes doivent notamment pouvoir s'allonger et se reposer dans des conditions adéquates (art. 34 OLT 3).

171. **Travaux pénibles et dangereux.** Selon l'art. 35 al. 2 LTr, l'ordonnance peut interdire, pour des raisons de santé, l'occupation des femmes enceintes et des mères qui allaitent à des travaux pénibles ou dangereux, ou l'assortir de conditions particulières. Cette disposition a été concrétisée par les art. 62 et 63 OLT 1, ainsi que par l'ordonnance du DEFR, laquelle définit les critères d'évaluation des activités dangereuses et pénibles, selon l'art. 62 al. 4 OLT 1).

Les femmes enceintes et les mères qui allaitent qui ne peuvent être occupées à certains travaux en vertu de l'art. 35 al. 2 LTr ont droit à 80% de leur salaire, y compris une indemnité équitable pour la perte du salaire en nature, lorsqu'aucun travail équivalent ne peut leur être proposé (art. 35 al. 3 LTr).

172. **Occupation durant la maternité.** Les femmes enceintes et les mères qui allaitent ne peuvent être occupées sans leur consentement (art. 35a al. 1 LTr). Sur simples avis, les femmes enceintes, les mères qui allaitent et les femmes accouchées (pour une période limitée de la neuvième à la seizième semaine) peuvent se dispenser d'aller au travail ou

le quitter (art. 35a al. 2 LTr). Durant les huit semaines qui précèdent l'accouchement, les femmes enceintes ne peuvent être occupées entre 20 heures et 6 heures (art. 35a al. 4 LTr). Cette interdiction d'occupation est absolument impérative. Les femmes accouchées ne peuvent être occupées durant les huit semaines qui suivent l'accouchement. Il s'agit également d'une interdiction absolument impérative. Ensuite, et jusqu'à la seizième semaine, elles ne peuvent l'être que si elles y consentent (art. 35a al. 3 LTr).

Les femmes enceintes et les mères qui allaitent sont dispensées, à leur demande, des travaux qui sont pénibles pour elles (art. 64 al. 1 OLT 1). Les femmes qui disposent d'un certificat médical attestant que leur capacité de travail n'est pas complètement rétablie au cours des premiers mois suivant l'accouchement ne peuvent être affectées à une activité outrepassant leurs moyens (art. 64 al. 2 OLT 1).

Dans certains cas, et notamment lorsque l'analyse de risque révèle un danger pour la sécurité ou la santé de la mère ou de l'enfant et qu'il est impossible d'appliquer les mesures de protection appropriées, la partie employeuse doit transférer toute femme enceinte ou mère qui allaite à un poste équivalent mais qui ne présente aucun danger pour elle (art. 64 al. 3 lit. a OLT 1). En cas d'impossibilité d'un transfert, toute affectation de l'intéressée dans l'entreprise ou la partie de l'entreprise comportant le risque en question est interdite (art. 65 OLT 1).

Les mères qui allaitent peuvent disposer des temps nécessaires pour allaiter ou tirer leur lait (art. 35a al. 2 LTr et 60 al. 2 OLT 1). Au cours de la première année de l'enfant, le temps pris pour allaiter ou tirer le lait est comptabilisé comme temps de travail rémunéré dans les limites suivantes (art. 60 al. 2 OLT 1) : pour une journée de travail jusqu'à 4 heures, 30 minutes au minimum (lit. a) ; pour une journée de travail de plus de 4 heures, 60 minutes au minimum (lit. b) et pour une journée de travail de plus de 7 heures, 90 minutes au minimum (lit. c).

173. **Occupation entre 20h00 et 6h00 durant la maternité.** Chaque fois que cela est réalisable, la partie employeuse est tenue de proposer aux femmes enceintes qui accomplissent un travail entre 20 heures et 6 heures un travail équivalent entre 6h00 et 20h00. Cette obligation vaut également pour la période entre la huitième et la seizième semaine (art. 35b al. 1 LTr).

Lorsqu'aucun travail équivalent ne peut leur être proposé, les femmes occupées entre 20h00 et 6 heures pendant les périodes fixées à l'art. 35b al. 1 LTr ont droit à 80% de leur salaire calculé sans d'éventuelles

majorations pour le travail de nuit, y compris une indemnité équitable pour la perte du salaire en nature (art. 35b al. 2 LTr).

174. **Coordination avec les règles du CO.** Comme nous l'avons vu, la LTr prévoit diverses protections des femmes enceintes et mères qui allaitent, dont parfois des interdictions ou restrictions d'occupation ou des dispenses de travailler. La LTr ne contient en revanche pas de règles sur la protection contre le licenciement, ni, sauf exception, sur le droit à la rémunération des personnes protégées. Ces questions sont réglées, s'agissant de la protection contre le licenciement, à l'art. 336c CO (N 428), et s'agissant du droit à une rémunération, aux art. 324a et 324b CO (N 330, 334, 336), ainsi que dans la LAPG (assurance-maternité). Il n'existe toutefois pas de coordination entre la LTr et ces autres règles, de sorte qu'il est possible qu'une période de protection de la LTr ne soit pas couplée par un droit au salaire. Par exemple, si une femme accouchée fait usage de son droit de ne pas être occupée pendant la quinzième et la seizième semaines qui suivent l'accouchement, pour prolonger le congé-maternité de 14 semaines (cf. art. 329f CO et art. 16a ss LAPG), elle ne pourra faire valoir de droit au salaire fondé sur l'art. 324a CO pendant ces deux semaines.

1.5.3 Personnel ayant des responsabilités familiales

175. **Normes applicables.** Dans son chapitre consacré aux dispositions spéciales de protection, le LTr comprend un article visant la protection des « travailleurs ayant des responsabilités familiales » (art. 36), soit des personnes salariées ayant des responsabilités dans l'éducation des enfants jusqu'à l'âge de quinze ans ainsi que dans la prise en charge de membres de la parenté ou de proches exigeant des soins (art. 36 al. 1, 2e phrase LTr). Des dispositions complémentaires se trouvent dans la LTr et l'OLT 1.

176. **Protections variées.** La législation sur le travail protège de diverses manières les personnes employées ayant des responsabilités familiales :

- Fixation de l'horaire de travail : lorsqu'il fixe les heures de travail et de repos, la partie employeuse doit tenir compte notamment des responsabilités familiales des personnes employées (art. 36 al. 1 LTr).
- Service de piquet : une modification à bref délai du plan ou de l'horaire du service de piquet et des interventions qui en découlent n'est possible

qu'avec le consentement des personnes employées concernées ayant des responsabilités familiales, et en l'absence de toute autre solution acceptable pour l'entreprise (art. 14 al. 4 OLT 1).

- Travail supplémentaire : ces personnes ne peuvent être affectées à un travail supplémentaire sans leur consentement (art. 36 al. 1, 1ère phrase LTr).
- Pause de midi : à leur demande, une pause de midi d'au moins une heure et demie doit leur être accordée (art. 36 al. 2, 2e phrase LTr).
- Temps nécessaire à la garde d'un enfant malade : la partie employeuse doit, sur présentation d'un certificat médical, donner congé aux « travailleurs ayant des responsabilités familiales », pour le temps nécessaire à la garde d'un enfant malade, jusqu'à concurrence de trois jours (art. 36 al. 3 LTr). Le droit au salaire de ces personnes se fonde alors sur l'art. 324a CO. Notons qu'un projet de loi fédérale du 20 décembre 2019 sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge des proches (FF 2019 8195) introduit un congé payé pour *proches* malades (art. 329g P-CO) et un congé payé pour la prise en charge d'un *enfant* gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident (art. 329h P-CO) (N 365).
- Travail de nuit : pour autant que les circonstances l'exigent, la partie employeuse qui occupe régulièrement des personnes employées la nuit doit prendre des mesures supplémentaires appropriées, destinées à la protection des personnes employées, notamment en ce qui concerne la prise en charge des enfants (art. 17e al. 2 LTr). Ces mesures doivent permettre aux personnes employées assumant des tâches d'éducation ou de prise en charge de leur permettre d'assumer elles-mêmes ces charges ou de les confier à des tiers (art. 46 lit. d OLT 1).

1.6 Règlement d'entreprise

177. **Normes applicables.** En son chapitre V, la LTr consacre trois dispositions au règlement d'entreprise : établissement (art. 37), contenu (art. 38) et contrôle/effets (art. 39) du règlement. On trouvera des normes complémentaires aux art. 67 et 68 OLT 1.

Comme nous l'avons vu (N 25-27), il faut clairement distinguer le règlement d'entreprise des art. 37 à 39 LTr, des règlements qui sont adoptés par la partie employeuse dans le cadre de son pouvoir de donner des directives (art. 321d CO) (sur le pouvoir de donner des directives, cf. aussi N 272).

178. **Etablissement du règlement.** Toute entreprise industrielle, au sens de l'art. 5 al. 2 LTr, est tenue d'avoir un règlement d'entreprise (art. 37 al. 1 LTr). Par ailleurs, la LTr donne la compétence au Conseil fédéral de prescrire l'établissement d'un règlement aux entreprises non industrielles, en tant que la nature de l'entreprise ou le nombre de travailleurs le justifient (art. 37 al. 2 LTr). Notre gouvernement n'a toutefois pas concrétisé cette norme. Il va cependant de soi que les entreprises non industrielles peuvent établir volontairement un règlement d'entreprise, en se conformant aux prescriptions du chapitre V de la loi (art. 37 al. 3 LTr).

S'agissant de la manière d'établir le règlement, la partie employeuse peut soit convenir par écrit du texte du règlement avec une délégation librement élue des personnes employées, soit l'établir seule après avoir entendu les personnes employées (art. 37 al. 4 LTr). Dans le premier cas, la délégation des personnes employées est réputée librement élue lorsque son élection a lieu conformément aux art. 5 à 7 de la loi sur la participation (art. 67 al. 1 OLT 1) (N 523-526). Dans le second cas, soit lorsque la partie employeuse établit elle-même le règlement, elle doit en afficher le projet dans l'entreprise, à un endroit bien en vue, ou le distribuer aux personnes employées. Elle est par ailleurs tenue d'entendre les parties employées dans les quatre semaines, à moins qu'elles ne lui aient communiqué leur avis par écrit (art. 67 al. 2 OLT 1).

179. **Contenu.** Lorsqu'il est obligatoire au sens de l'art. 37 LTr, le règlement d'entreprise doit impérativement contenir des dispositions sur la protection de la santé et la prévention des accidents (art. 38 al. 1, 1ère phrase LTr). Cela concerne toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise (cf. art. 6 al. 1 LTr ; art. 81 ss LAA ; OLT 3), et par exemple :

- équipements individuels de protection (cf. art. 27 OLT 3) ;
- vêtements de travail (art. 28 OLT 3) ;
- premiers secours (art. 36 OLT 3) ;

- prévention des atteintes à l'intégrité des personnes employées (harcèlements psychologique et sexuel, cf. N 341, 350).

Le règlement doit également contenir, en tant qu'il est nécessaire, des dispositions sur l'ordre intérieur et le comportement des personnes employées dans l'entreprise (art. 38 al. 1, 1ère phrase, LTr). Ces règles concerneront par exemple les horaires de travail, les pauses ou le travail par équipes.

Des sanctions disciplinaires ne peuvent être infligées qu'au cas et dans la mesure où le règlement le prévoit d'une manière convenable (art. 38 al. 1, 2e phrase LTr). Les sanctions disciplinaires sont destinées à assurer la discipline dans l'entreprise et le respect des normes sur la protection de la santé. Elles peuvent par exemple prendre la forme d'un blâme ou d'une amende. La clause du règlement doit décrire clairement les comportements qui sont visés et les sanctions qui leurs sont associées. Dans un cas concret, la sanction doit être proportionnée à la nature et à l'importance de la violation du règlement commise (cf. ATF 144 III 327, consid. 5.5, dans un cas de sanction disciplinaire prévue dans un contrat de travail).

Lorsque le règlement est établi par convention écrite avec une délégation librement élue des personnes employées, il peut aussi contenir d'autres dispositions concernant les rapports entre la partie employeuse et le personnel, pour autant que de telles dispositions ne portent pas sur des questions usuellement réglées dans la branche par convention collective de travail ou autre accord collectif (art. 38 al. 2 LTr). Il peut s'agir de clauses semi-normatives au sens de l'art. 356 al. 2 CO, soit de clauses qui concernent les rapports entre parties employeuses et parties employées mais qui ne visent pas la conclusion, l'objet et la fin du contrat de travail (sur les clauses des CCT, cf. N 481 ; sur le plan social sous forme d'un règlement d'entreprise, cf. N 546). En font partie, par exemple, les règles sur la représentation des personnes employées dans l'entreprise.

En tous les cas, le contenu du règlement ne doit pas être contraire au droit impératif ni aux conventions collectives de travail qui lient la partie employeuse (art. 38 al. 3 LTr).

180. **Contrôle et effets.** Le règlement d'entreprise doit être soumis à l'autorité cantonale ; lorsque l'autorité constate que les prescriptions du règlement ne sont pas compatibles avec la législation sur le travail (LTr et ordonnances d'application), la procédure prévue à l'art. 51 LTr (intervention préalable de l'autorité en cas d'infraction) est applicable (art. 39 al. 1 LTr).

La partie employeuse doit afficher le règlement à un endroit bien en vue ou le distribuer aux personnes employées (art. 68 al. 1 OLT 1). Le règlement lie la partie employeuse et les parties employées dès qu'il a été rendu public dans l'entreprise (art. 39 al. 2 LTr). Le règlement est remis à l'autorité cantonale (art. 68 al. 2 OLT 1).

1.7 Exécution de la loi

181. **Plan.** Le chapitre VI de la LTr traite des diverses modalités d'exécution de la loi (art. 40 à 62 LTr). Certaines normes sont précisées aux art. 69 à 90 OLT 1. Nous présenterons les autorités étatiques qui concourent à la mise en œuvre de la législation, les nombreuses obligations des personnes employeuses et quelques obligations des personnes employées, ainsi que les mesures administratives et sanctions pénales.

1.7.1 Attributions des autorités

182. **Conseil fédéral.** Selon l'art. 40 al. 1 LTr, le Conseil fédéral est compétent pour édicter : des dispositions par ordonnance dans les cas expressément prévus par la loi (lit. a), des dispositions d'exécution destinées à préciser des prescriptions de la loi (lit. b) et des dispositions administratives à l'intention des autorités d'exécution et des autorités de surveillance (lit. c). Se fondant sur cette disposition et sur les divers cas prévus par la LTr (cf., par exemple, l'art. 27), le Conseil fédéral a notamment adopté, comme nous l'avons vu, les cinq ordonnances relatives à la loi sur le travail. D'autres ordonnances telles que l'OPA se fondent aussi en partie sur l'art. 40 LTr.

Avant d'édicter les dispositions prévues à l'art. 40 al. 1 lit. a et b, le Conseil doit consulter les cantons, la Commission fédérale du travail (N 185) et les organisations économiques intéressées (art. 40 al. 2 LTr).

183. **Cantons.** Sous réserve de l'art. 42 LTr, l'exécution de la LTr et de ses ordonnances incombe aux cantons (les attributions sont détaillées à l'art. 79 OLT 1), qui désignent les autorités chargées de l'exécution, ainsi qu'une autorité de recours (art. 41 al. 1 LTr). Dans les cantons romands, les autorités suivantes ont été désignées :

- Canton de Berne : Service sécurité et santé au travail de l'Office de l'économie (art. 27 de la loi du 20 juin 1995 sur l'organisation du Conseil exécutif et de l'administration, RS/BE 152.01 et art. 10 al. 1 lit. f de l'ordonnance du 18 octobre 1995 sur l'organisation et les tâches de la direction de l'économie, de l'énergie et de l'environnement, RS 152.221.111). Voir aussi l'ordonnance du 31 août 2016 portant introduction de la législation fédérale sur le travail (RS/BE 832.011).

- Canton de Fribourg : Service public et l'emploi (art. 1 et 5 de l'ordonnance du 12 mars 2002 fixant les attributions des directions du Conseil d'Etat et de la chancellerie d'Etat, RS/FR 122.0.12). Voir aussi la loi du 6 octobre 2010 sur l'emploi et le marché du travail (RS/FR 866.1.1), ainsi que le règlement du 2 juillet 2012 sur l'emploi et le marché du travail (RS/FR 866.1.11).

- Canton de Genève : Office cantonal de l'inspection et des relations de travail (art. 1 et 5 al. 1 lit. g du règlement du 1er juin 2018 sur l'organisation de l'administration cantonale, RS/GE B 4 05.10). Voir aussi la loi du 12 mars 2004 sur l'inspection et les relations du travail (RS/GE J 1 01), ainsi que le règlement d'application du 23 février 2005 de la loi sur l'inspection et les relations de travail (RS/GE J 1 05.01).

- Canton du Jura : Service de l'économie et de l'emploi (art. 1 ch. 1 de l'arrêté du 18 décembre 2015 déterminant les départements et l'attribution des unités administratives pour la législature 2016-2020, RS/JU 172.111.1). Voir aussi la loi du 9 novembre 1978 portant introduction de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (RS/JU 822.11).

- Canton de Neuchâtel : Office des relations et des conditions de travail (art. 2 et 7 du règlement d'organisation du département de l'économie et de l'action sociale du 13 novembre 2013, RS/NE 152.100.02). Voir aussi la loi d'introduction du 22 février 1966 de la loi fédérale dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (RS/NE 811.10), ainsi que le règlement d'exécution du 16 février 1983 de la loi d'introduction de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (RS/NE 811.101).

- Canton de Vaud : Office du contrôle du marché du travail et protection des travailleurs (art. 1 et 9 du règlement du 5 juillet 2017 sur les départements de l'administration, RS/VD 172.215.1). Voir aussi la loi du 5 juillet 2005 sur l'emploi (RS/VD 822.11), ainsi que le règlement du 7 décembre 2005 d'application de la loi du 5 juillet 2005 sur l'emploi (RS/VD 822.11.1).

· Canton du Valais : Service de protection des travailleurs et des relations de travail (art. 1 et 4 al. 1 lit. b ch. 7 de l'ordonnance du 1er mai 2017 sur les attributions de la présidence et des départements, RS/VS 172.010). Voir aussi la loi cantonale du 12 mai 2016 sur le travail (RS/VS 822.1), ainsi que l'ordonnance cantonale du 14 septembre 2016 sur le travail (RS/VS 822.100).

  Les cantons doivent présenter tous les deux ans un rapport au Conseil fédéral sur l'exécution de la loi (art. 41 al. 2 LTr) dont le contenu est précisé à l'art. 80 OLT 1.

184. **Confédération.** La Confédération exerce la haute surveillance sur l'exécution de la législation sur le travail par les cantons. Elle peut donner des instructions aux autorités cantonales d'exécution (art. 42 al. 1 LTr).

C'est le SECO qui exerce en principe les attributions de la Confédération (art. 42 al. 3 LTr). Il est notamment chargé des tâches décrites aux art. 75 et 76 OLT 1. Dans l'exercice de ses attributions, il recourt aux inspections fédérales du travail et au service médical du travail (art. 42 al. 4 LTr).

185. **Commission du travail.** Le Conseil fédéral « nomme une commission fédérale du travail composée de représentants des cantons, d'hommes de science et de représentants, en nombre égal, des associations d'employeurs et de travailleurs, ainsi que de représentants d'autres organisations » (art. 43 al. 1 LTr et art. 81 OLT 1).

La Commission fédérale du travail donne son avis aux autorités fédérales sur des questions de législation et d'exécution. Elle peut faire des propositions de sa propre initiative (art. 43 al. 2 LTr).

1.7.2 Obligations de la partie employeuse (et du personnel)

186. **Obligation de renseigner.** La partie employeuse, les personnes qu'elle emploie et celles qu'elle charge de tâches prévues par la LTr (par exemple, les tiers qui fournissent des prestations en matière d'administration et de gestion du personnel, ainsi que les médecins du travail) sont tenues de donner aux autorités d'exécution et de surveillance tous les renseignements nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches (art. 45 al. 1 LTr). Ces instances sont, dans les limites de leurs attributions, autorisés à interroger la partie employeuse de même que, en dehors de la

présence de tiers, les personnes occupées dans l'entreprise, sur l'application de la loi, des ordonnances et des décisions officielles (art. 72 al. 1 OLT 1).

La partie employeuse est également tenue de permettre aux organes d'exécution et de surveillance de pénétrer dans l'entreprise, d'y faire des enquêtes et d'emporter des objets et des matériaux aux fins d'examen (art. 45 al. 2 LTr). L'accès doit être possible à tout local de l'entreprise, réfectoires et foyers compris (art. 72 al. 1 OLT 1).

187. **Participation des personnes employées.** Les parties employées ou les personnes qui les représentent dans l'entreprise doivent être informées à l'avance des visites des autorités d'exécution et si elles le souhaitent, invitées de façon appropriée à participer aux enquêtes ou visites de ces autorités dans l'entreprise. Il en va de même pour les visites effectuées à l'improviste (art. 71 OLT 1). La partie employeuse doit communiquer au personnel ou à sa représentation les instructions données par l'autorité d'exécution (art. 71 al. 2 OLT 1).

188. **Obligation de tenir des registres à disposition des autorités.** La partie employeuse doit tenir à la disposition des autorités d'exécution et de surveillance les registres ou autres pièces contenant les informations nécessaires à l'exécution de la LTr et de ses ordonnances (art. 46 LTr). Les registres et pièces comportent toutes les données qui sont nécessaires à l'exécution de la loi et qui sont notamment énumérées à l'art. 73 al. 1 lit. a à j OLT 1. Les organes d'exécution et de surveillance ont compétence, pour autant que l'accomplissement de leurs tâches l'exige, pour consulter des registres et pièces supplémentaires. L'autorité compétente en la matière peut en disposer si les besoins de l'enquête l'exigent (art. 73 al. 3 OLT 1). La partie employeuse doit aussi tenir une attestation d'âge à la disposition des autorités d'exécution et de surveillance pour chaque jeune à son service (art. 29 al. 4 LTr et art. 74 al. 1 OLT 1).

189. **Enregistrement de la durée du travail.** La partie employeuse doit en particulier tenir à la disposition des autorités compétentes les registres de la durée du travail des personnes qu'elle emploie. Les registres et autres pièces doivent être conservés pendant un minimum de cinq ans (art.73 al. 2 OLT 1). L'OLT 1 distingue trois régimes : l'enregistrement complet de la durée du travail (art. 73), l'enregistrement simplifié (art. 73b OLT 1) et la renonciation à l'enregistrement (art. 73a).

a) *Enregistrement complet*. En principe, et donc pour la majorité des personnes employées, l'enregistrement de la durée du travail de chaque membre du personnel doit être complet et comprendre, selon l'art. 73 al. 1 OLT 1, les éléments suivants :

· durées (quotidienne et hebdomadaire) du travail effectivement fourni, travail compensatoire et travail supplémentaire inclus, ainsi que ses coordonnées temporelles (lit. c) ;

· jours de repos ou de repos compensatoire hebdomadaire accordés, pour autant qu'ils ne tombent pas régulièrement un dimanche (lit. d) ;

· horaire et durée des pauses d'une durée égale ou supérieure à une demi-heure (lit. e) ;

· périodes de repos supplémentaire (lit. h).

b) *Enregistrement simplifié*. En vertu de l'art. 73b al. 1 OLT 1, la représentation du personnel au sein d'une entreprise ou d'une branche ou, à défaut, la majorité des personnes employées peuvent convenir avec la partie employeuse que seule la durée quotidienne du travail fourni sera enregistrée pour celles d'entre elles qui peuvent déterminer de façon autonome une part significative de leurs horaires de travail. Le début et la fin des plages de travail de nuit ou du dimanche doivent en outre être consignées. Selon l'art. 73b al. 2 OLT 1, l'accord doit prévoir : à quelles catégories de personnes employées l'enregistrement simplifié s'applique (lit. a) ; des dispositions particulières pour garantir le respect de la durée du travail et du repos (lit. b) ; une procédure paritaire permettant de vérifier le respect de l'accord (lit. c).

   En pratique, de nombreux accords existent notamment dans les secteurs bancaire, des télécommunications et de la grande distribution.

   Dans les entreprises qui occupent moins de 50 personnes, la partie employeuse peut conclure par écrit avec la personne employée un accord individuel prévoyant l'enregistrement simplifié. L'accord doit mentionner les dispositions en vigueur relatives à la durée du travail et du repos. Les entreprises sont en outre tenues de mener un entretien de fin d'année sur la charge de travail et d'en consigner le contenu (art. 73b al. 3 OLT 1).

   Même si un accord a été conclu, les personnes concernées sont libres d'enregistrer les données prévues par l'art. 73 al. 1 lit. c à e OLT 1. La partie employeuse est tenue de mettre à disposition un instrument approprié à cet effet (art. 73b al. 4 OLT 1).

c) *Renonciation à l'enregistrement*. Selon l'art. 73a al. 1 OLT 1, les partenaires sociaux peuvent, dans une convention collective de travail, prévoir que les registres et pièces ne contiennent pas les données relatives à l'enregistrement de la durée du travail, si les personnes employées concernées : disposent d'une grande autonomie dans leur travail et peuvent dans la majorité des cas fixer elles-mêmes leurs horaires de travail (lit. a), touchent un salaire annuel brut dépassant CHF 120'000.- (bonus compris) ou la part correspondante en cas de travail à temps partiel (lit. b), et ont convenu individuellement par écrit de renoncer à l'enregistrement (lit. c). Le montant du salaire annuel brut est adapté à l'évolution du montant maximum du gain assuré LAA (art. 73a al. 2 OLT 1). L'accord peut être révoqué chaque année par la personne employée ou par la partie employeuse (art. 73a al. 3 OLT 1).

En vertu de l'art. 73a al. 4 OLT 1, la CCT doit être signée par la majorité des organisations représentatives du personnel en particulier dans l'entreprise ou dans la branche, et doit prévoir : des mesures particulières pour garantir la protection de la santé et assurer le respect de la durée du repos fixée par la loi (lit. a), ainsi que l'obligation de la partie employeuse de désigner un service interne chargé des questions relatives à la durée du travail (lit.b).

La partie employeuse doit tenir à la disposition des organes d'exécution et de surveillance la CCT, les documents attestant les accords individuels de renonciation ainsi qu'un registre des personnes employées qui ont renoncé à l'enregistrement en indiquant leur salaire annuel brut (art. 73a al. 5 OLT 1).

Exemple. Parmi plusieurs conventions collectives de travail, nous citerons la CCT relative aux conditions de travail du personnel bancaire (CPB) du 1er janvier 2016 qui contient une disposition consacrée à la saisie des heures de travail : « La renonciation à la saisie des heures de travail selon l'Article 73a et de la saisie simplifiée des heures de travail selon l'Article 73b de l'Ordonnance 1 sur la loi sur le travail (OLT 1) est réglée à l'Annexe 1 à la présente convention » (art. 16). L'annexe I est intitulée « Convention sur la saisie du temps de travail ». Elle règlemente autant la renonciation à la saisie du temps de travail que la saisie simplifiée.

190. **Devoir d'affichage.** Selon l'art. 47 al. 1 LTr, la partie employeuse doit porter à la connaissance du personnel par voie d'affichage ou tout autre moyen approprié : l'horaire de travail et les autorisations de travail accordées (lit. a) et les dispositions de protection spéciales liées à l'horaire ou aux autorisations de travail (lit. b). Sont réputées dispositions spéciales de protection les prescriptions de la LTr et de l'OLT 1 sur la protection des

jeunes gens et sur la maternité, ainsi que la fixation des repos compensatoires pour le travail de nuit (art. 69 al. 2 OLT 1).

Par ailleurs, les parties employées doivent être entendues lors de la planification et de la modification des horaires de travail en vigueur dans l'entreprise. Les dates d'introduction des horaires de travail en vigueur doivent être communiquées aux personnes employées suffisamment tôt, en règle générale deux semaines au plus tard avant une intervention prévue sur la base de nouveaux horaires (art. 69 al. 1 OLT 1).

191. **Information et consultation des personnes employées.** En vertu de l'art. 48 al. 1 LTr, les personnes employées ou celles qui les représentent dans l'entreprise ont le droit d'être informées et consultées sur les affaires qui concernent : les questions relatives à la protection de la santé (lit. a), l'organisation du temps de travail et l'aménagement des horaires de travail (lit. b), ainsi que les mesures prévues à l'art. 17e LTr concernant le travail de nuit (lit. c). Il incombe à la partie employeuse de veiller à ce que toutes les personnes occupées dans son entreprise, de même que celles qui y sont affectées à une activité tout en étant occupées par une autre entreprise, bénéficient des informations et instructions adéquates concernant les affaires susmentionnées. Cette instruction doit être donnée au début des rapports de travail, de même qu'en cas d'une modification quelconque des conditions de travail ; elle doit être répétée si nécessaire (art. 70 al. 1 OLT 1). Ces informations et instructions doivent être transmises pendant les heures de travail et ne peuvent être mises à la charge des personnes employées (art. 70 al. 2 OLT 1). Sont en particulier interdits toute déduction de salaire ou obligation de compenser par des heures de travail le temps consacré à ces instructions.

Le droit d'être consulté comprend le droit d'être entendu sur ces affaires et d'en débattre avant que la partie employeuse ne prenne une décision, ainsi que le droit d'obtenir communication des motifs de la décision prise lorsque les objections soulevées n'ont pas été prises en considération, ou qu'elles ne l'ont été que partiellement (art. 48 al. 2 OLT 1) (sur les droits de participation, cf. N 522).

192. **Demandes de permis.** La partie employeuse doit présenter une requête motivée et accompagnée des pièces nécessaires pour obtenir un permis prévu par la loi (art. 49 al. 1 LTr). Un tel permis doit notamment être demandé pour obtenir :

- une autorisation de déroger aux normes relatives à la durée du travail ;
- une autorisation de déroger aux normes spéciales de protection des jeunes personnes employées ;
- une approbation des plans de construction et de transformation des entreprises industrielles ;
- une autorisation d'exploiter une entreprise industrielle.

1.7.3 Mesures administratives et sanctions pénales

193. **Contexte.** La LTr comprend un arsenal de mesures destinées à assurer le respect de la législation sur le travail et à sanctionner les personnes contrevenantes. La loi prévoit autant des sanctions administratives que des sanctions pénales. En principe, la contrainte pénale présente un caractère subsidiaire par rapport à la contrainte administrative. Suivant les circonstances, l'autorité cantonale compétente peut cependant suivre les deux voies en parallèle, voire recourir à la voie pénale seule, si les mesures administratives se révélaient d'emblée inopérantes (TF, 2A.423/2000, 22 mars 2001, consid. 2a).

Par ailleurs, on rappellera qu'il résulte de l'art. 342 al. 2 CO que les dispositions de la législation sur le travail susceptibles d'être l'objet d'un contrat individuel de travail peuvent être invoquées devant une juridiction civile (N 50-52). La violation d'une même norme peut donner lieu à deux sanctions complémentaires. Par exemple, une partie employeuse qui ne respecte pas les prescriptions en matière de travail supplémentaire (art. 12 et 13 LTr) est susceptible de faire l'objet de mesures administratives mises en œuvre par l'autorité cantonale compétente et dans le même temps d'une action civile intentée par la partie employée qui réclame le versement du salaire dû en cas de travail supplémentaire.

194. **Décisions administratives.** Les décisions fondées sur la législation sur le travail (LTr et ordonnances d'application) doivent être communiquées par écrit. Lorsqu'il s'agit d'un refus total ou partiel de donner suite à une requête, elles doivent être motivées et mentionner le droit, le délai et l'autorité de recours (art. 50 al. 1 LTr). Les décisions peuvent être modifiées ou rapportées en tout temps si les faits qui les ont motivées viennent à se modifier (art. 50 al. 2 LTr).

195. **Intervention préalable de l'autorité en cas d'infraction.** En cas d'infraction à la LTr, à une ordonnance ou à une décision, l'autorité cantonale, l'Inspection fédérale du travail ou le service médical du travail signale l'infraction à la personne contrevenante et l'invite à respecter la prescription ou décision qu'elle a enfreinte (art. 51 al. 1 LTr).

Si la personne contrevenante ne donne pas suite à cette intervention, l'autorité cantonale prend la décision voulue, sous menace de la peine prévue à l'art. 292 du code pénal suisse, relative à l'insoumission à une décision de l'autorité (art. 51 al. 2 LTr).

> **Jurisprudence**. Dans un cas avéré de multiples harcèlements psychologiques, le Tribunal administratif du canton de Genève confirme la décision de l'office cantonal genevois de l'inspection et des relations de travail invitant la partie employeuse, médecin exploitant un cabinet médical, de respecter avec effet immédiat la législation sur la protection de la santé des personnes employées (SJ 2006 I 75).

Lorsqu'une infraction, au sens de l'art. 51 al. 1 LTr, constitue en même temps une violation d'une convention collective de travail, l'autorité cantonale peut tenir compte, d'une manière appropriée, des mesures que les parties contractantes ont prises pour faire respecter la convention (art. 51 al. 3 LTr).

196. **Mesures de contrainte administrative.** Lorsqu'une décision rendue en vertu de l'art. 51 al. 2 LTr n'est pas observée, l'autorité cantonale prend les mesures nécessaires pour rétablir l'ordre légal (art. 52 al.1 LTr).

Lorsque l'inobservation d'une décision selon l'art. 51 al. 2 LTr met sérieusement en danger la vie ou la santé de personnes employées ou le voisinage de l'entreprise, l'autorité cantonale peut, après sommation écrite, s'opposer à l'utilisation de locaux ou d'installations, et, dans les cas particulièrement graves, fermer l'entreprise pour une période déterminée (art. 52 al. 2 LTr).

197. **Retrait et refus de permis concernant la durée du travail.** Lorsque la partie employeuse ne se conforme pas aux limites fixées dans un permis concernant la durée du travail, l'autorité peut, après sommation écrite et indépendamment de la procédure selon les art. 51 et 52 LTr, lui retirer ce permis, et, si les circonstances le justifient, décider de lui refuser toute autorisation pendant un temps déterminé (art. 53 al. 1 LTr).

« Lorsque l'employeur abuse de la faculté de prolonger la durée du travail de son propre chef, l'autorité cantonale peut la lui retirer pour un temps déterminé » (art. 53 al. 2 LTr).

198. **Dénonciations.** L'autorité compétente est tenue d'examiner les dénonciations pour inobservation de la LTr, d'une ordonnance ou d'une décision, et, lorsqu'une dénonciation se révèle fondée, de procéder conformément aux art. 51 à 53 de la loi (art. 54 al. 1 LTr). Si, en cas de dénonciation, l'autorité n'intervient pas ou ne prend que des mesures insuffisantes, l'autorité supérieure peut être saisie (art. 54 al. 2 LTr).

199. **Juridiction administrative.** Les décisions de l'autorité désignée par le canton (N 17, 183) peuvent être attaquées, dans les trente jours dès leur communication, devant l'autorité cantonale de recours (art. 56 al. 1 LTr). Dans les cantons romands, les autorités de recours suivantes sont compétentes :

- Canton de Berne : Direction de l'économie publique, puis Tribunal administratif (art. 60 al. 1, 62 al.1 et 74 al. 1 de la loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives [RS/BE 155.21]).
- Canton de Fribourg : Service public de l'emploi, puis Tribunal cantonal (art. 108 al. 1 et 2 de la loi du 6 octobre 2010 sur l'emploi et le marché du travail [RS/FR 866.1.1]).
- Canton de Genève : Chambre administrative de la Cour de justice (art. 47 al. 1 de la loi su 12 mars 2004 sur l'inspection et les relations de travail [RS/GE J 1 05]).
- Canton du Jura : Cour administrative du Tribunal cantonal (art. 4 al. 1 de la loi du 9 novembre 1978 portant introduction de la LTr [RS/JU 822.11] et art. 20 de la loi du 23 février 2000 d'organisation judiciaire [RS/JU 181.1]).
- Canton de Neuchâtel : Département de l'économie et de l'action sociale, puis Tribunal cantonal (art. 10 al. 1 et 2 du règlement d'exécution du 16 février 1983 de la LTr [RS/NE 811.101]).
- Canton du Valais : Service de protection des travailleurs et des relations de travail, puis Tribunal cantonal (art. 67 al. 1 et 2 de la loi cantonale du 12 mai 2016 sur le travail [RS/VS 822.1]).

· Canton de Vaud : Service de l'emploi, puis Tribunal cantonal (art. 84 al. 2 et 85 al. 1 de la loi du 5 juillet 2005 sur l'emploi [RS/VD 822.11]).

La décision de l'autorité de recours doit être motivée et communiquée par écrit, avec indication de la voie et du délai de recours, à la partie recourante et à l'autorité dont le prononcé a été attaqué. Pour le surplus, la procédure est soumise au droit cantonal (art. 56 al. 2 LTr).

Les associations patronales et syndicales intéressées ont également qualité pour recourir contre les décisions des autorités cantonales et fédérales (art. 58 LTr, N 580).

200. **Poursuite et sanctions pénales.** La LTr contient une disposition sur la responsabilité pénale de la partie employeuse (art. 59) et une disposition relative à la responsabilité pénale de la partie employée (art. 60). Les dispositions spéciales du code pénal suisse sont réservées (art. 62 al. 1 LTr). La poursuite pénale incombe aux cantons (art. 62 al. 2 LTr).

Selon l'art. 59 al. 1 LTr, est punissable la partie employeuse qui enfreint les prescriptions sur : la protection de la santé et l'approbation des plans, qu'elle agisse intentionnellement ou par négligence (lit. a) ; la durée du travail et du repos, si elle agit intentionnellement (lit. b) ; la protection spéciale des jeunes gens ou de la maternité, qu'elle agisse intentionnellement ou par négligence (lit. c). L'art. 6 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA, RS 313.0) est applicable (art. 59 al. 2 LTr). La partie employeuse est passible d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus (art. 61 al. 1 LTr).

Est punissable la partie employée qui enfreint intentionnellement les prescriptions sur la protection de la santé (art. 60 al. 1 LTr). L'infraction par négligence est également punissable si elle met gravement en danger d'autres personnes (art. 60 al. 2 LTr). La partie employée est passible de l'amende (art. 61 al. 2 LTr).

Bibliographie thématique

BLESI/PIETRUSZAK/WILDHABER (édit.), Kurzkommentar Arbeitsgesetz, Bâle 2018 ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2019 ; CS/CIT-DUNAND, *ad* art. 321c, 321d et 328 CO ; GEISER/VON KAENEL/WYLER (édit.), Commentaire de la loi sur le travail, Berne 2005 ; SECO, Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2, Berne, décembre 2019 ; SUBILIA, Les horaires de travail selon la LTr, Lausanne 2012 ; WITZIG, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018.

Chapitre 2 Législation sur l'égalité

201. **Plan.** Selon l'art. 8 al. 3 de la Constitution fédérale, « l'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de fait et de droit, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale ». Concrétisant le mandat constitutionnel, la législation sur l'égalité a pour but de promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes (art. 1 LEg).

Après une description sommaire des sources juridiques (2.1), nous présenterons les principales normes de la loi sur l'égalité, dans l'ordre suivant : buts et champ d'application (2.2), interdiction de discriminer (2.3), allègement du fardeau de la preuve (2.4), droit des personnes employées et des organisations (2.5), règles spécifiques de procédure (2.6) et analyse de l'égalité des salaires et vérification (2.7). Plusieurs questions seront reprises ou approfondies dans d'autres chapitres de cet Abrégé.

2.1 Sources

202. **Droit international.** Il existe plusieurs sources de droit international et de droit national qui contiennent des normes visant à promouvoir l'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail. Sur le plan international, nous citerons parmi divers instruments ratifiés par la Suisse les six conventions suivantes (par ordre de classement dans le RS) :

- Convention (du Conseil de l'Europe) européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 (RS 0.101). Est plus particulièrement pertinent l'art. 14 (interdiction de la discrimination).
- Pacte international (des Nations Unies) relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I) du 16 décembre 1966 (RS 0.103.1). Sont plus particulièrement pertinents les art. 3 (égalité entre femmes et hommes), 6 (droit au travail), 7 (conditions de travail justes et favorables).
- Convention (des Nations Unies) sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) du 18 décembre 1979 (RS 0.108). Sont plus particulièrement pertinents, les art. 4

(mesures positives), 5 (élimination des stéréotypes de genre) et 11 (élimination de toute discrimination dans le domaine de l'emploi).

- Convention (de l'OIT) n° 100 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale du 29 juin 1951 (RS 0.822.720.0).
- Convention (de l'OIT) n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession du 25 juin 1958 (RS 0.822.721.1).
- Convention (de l'OIT) n° 189 concernant le travail décent des travailleuses et travailleurs domestiques du 16 juin 2011 (RS 0.822.728.9).

Quant au droit de l'Union européenne, il comprend plusieurs directives en matière d'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail (cf., par exemple, la Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail [JOUE L 204/23 du 26 juillet 2006], ainsi que la Directive 2019/1158/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants [JOUE L 188/79 du 12 juillet 2019]). Certes, ces normes n'ont pas de valeur contraignante dans l'ordre juridique suisse. Elles peuvent toutefois constituer des sources d'inspiration pour l'interprétation du droit suisse. D'ailleurs, l'adoption de la loi fédérale sur l'égalité avait notamment comme objectif d'harmoniser ce droit avec le droit communautaire (cf. FF 1993 I 1163, 1205).

203. **Loi fédérale sur l'égalité entre hommes et femmes.** La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg) a été adoptée le 24 mars 1995 et est entrée en vigueur le 1er juillet 1996 (RS 151.1). Bien que son titre soit large, la loi concerne principalement l'égalité dans les rapports de travail. La LEg comprend les huit sections suivantes :

1. But (art. 1).
2. Egalité dans les rapports de travail (art. 2 à 7).
3. Dispositions spéciales relatives aux rapports de travail régis par le code des obligations (art. 8 à 10).
4. Voies de droit dans les rapports de travail de droit public (art. 13).

4a. Analyse de l'égalité des salaires et vérification (art. 13a à 13i).

5. Aides financières (art. 14 et 15).

6. Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (art. 16).

7. Dispositions finales.

204. **Ordonnance du Conseil fédéral.** La LEg est complétée par les trois ordonnances suivantes (par ordre d'adoption) :

- ordonnance relative aux aides financières prévues par la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 22 mai 1996 (RS 151.15) ;
- ordonnance concernant la commission de conciliation selon la loi sur l'égalité du 10 décembre 2004 (RS 172.327.1) ;
- ordonnance sur la vérification de l'analyse de l'égalité des salaires du 21 août 2019, entrée en vigueur en date du 1er juillet 2020 et avec effet jusqu'au 30 juin 2032 (RS 151.14).

205. **Procédure civile.** Le CPC contient des règles spécifiques pour les causes civiles relatives à l'application de la LEg qui concernent les questions suivantes :

- procédure de conciliation (art. 199 al. 2 lit. c, 200 al. 2 et 210 al. 1 lit. a CPC) ;
- procédure simplifiée (art. 243 al. 2 lit. a CPC) ;
- maxime inquisitoire (art. 247 al. 2 lit. a CPC) ;
- gratuité de la procédure (art. 113 al. 2 lit. a et 114 al. 1 lit. a CPC).

Nous reviendrons sur ces questions dans la cinquième partie de cet *Abrégé* qui est consacrée aux éléments de procédure civile (N 610-631).

2.2 Buts et champ d'application

206. **Egalité matérielle.** Selon son art. 1, la LEg a pour but de promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes. A l'égalité formelle (juridique), il s'agit d'associer l'égalité matérielle (dans les faits). En réalité, de manière sans doute plus restrictive que pourrait laisser penser

son titre ou son art. 1, la LEg est essentiellement consacrée à l'égalité dans les rapports de travail (sections 2 à 4a, art. 2 à 13i), ce qui en fait une législation importante et caractéristique du droit suisse du travail. La loi contient toutefois également des dispositions qui couvrent un spectre plus large que l'égalité entre femmes et hommes dans ses sections 5, relative aux aides financières (art. 14 et 15) et 6, relative au Bureau fédéral de l'égalité (art. 16).

207. **Aides financières.** La LEg prévoit tout d'abord des programmes d'encouragement dans le sens que la Confédération peut allouer des aides financières à des organisations publiques ou privées qui mettent sur pied des programmes visant à favoriser la réalisation de l'égalité entre femmes et hommes dans la vie professionnelle. Elle peut elle-même mettre sur pied de tels programmes (art. 14 al. 1 LEg). Les aides financières sont accordées en priorité pour des programmes ayant un caractère exemplaire ou novateur (art. 14 al. 3 LEg).

La LEg prévoit aussi que la Confédération peut allouer des aides financières à des organisations privées qui mettent sur pied des services de consultation dans le but d'informer et de conseiller les femmes dans la vie professionnelle, ainsi que d'assister, en matière de réinsertion professionnelle, les femmes et les hommes ayant interrompu leur activité lucrative pour se consacrer à des tâches familiales (art. 15 lit. a et b LEg).

Conformément à la loi fédérale sur les subventions du 5 octobre 1990 (LSu, RS 616.1), le Département fédéral de l'intérieur édicte un ordre de priorité en matière d'octroi des aides financières (art. 13 al. 2 LSu).

208. **Bureau fédéral de l'égalité.** La LEg institue le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes lequel « encourage la réalisation de l'égalité entre les sexes dans tous les domaines et s'emploie à éliminer toute forme de discrimination » (art. 16 al. 1 LEg). Le Bureau assume notamment les tâches suivantes (art. 16 al. 2 LEg) :

- informer la population (lit. a) ;
- conseiller les particuliers et les autorités (lit. b), notamment le Tribunal fédéral (invitation à se déterminer selon l'art. 102 LTF) ;
- procéder à des études et émettre des recommandations à l'intention des autorités et des particuliers (lit. c) ;
- participer, le cas échéant, à des projets d'intérêt national (lit. d) ;

- participer à l'élaboration des actes normatifs édictés par la Confédération, dans la mesure où ils sont pertinents pour la réalisation de l'égalité (lit. e) ;
- traiter des demandes d'aides financières visées aux art. 14 et 15 LEg et contrôler la mise en œuvre des programmes d'encouragement (lit. f).

En outre, le Bureau fédéral contrôle le respect du principe d'égalité salariale auprès des entreprises ayant obtenu un marché public de la Confédération, conformément à l'art. 4 al. 1 de l'Ordonnance sur les marchés publics du 12 février 2020 (OMP, RS 172.056.11, en vigueur le 1er janvier 2021, anciennement art. 6 al. 4 OMP).

209. **Promotion de l'égalité entre femmes et hommes.** Le but de la LEg est de parvenir à une égalité de fait entre femmes et hommes (ATF 145 II 153, consid. 4.3.4). Son champ d'application est toutefois plus large dans le sens qu'elle prohibe toute discrimination fondée sur le sexe. Est par exemple discriminatoire le refus d'embauche d'une femme enceinte (au profit d'une femme qui n'est plus en âge d'avoir des enfants).

La question s'est posée de savoir dans quelle mesure la LEg vise également l'élimination des discriminations fondées sur l'orientation ou les préférences sexuelles. En principe, de telles discriminations ne sont prohibées par la LEg que dans la mesure où elles mettent en évidence une différence injustifiée entre les femmes et les hommes.

Ainsi, dans une jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a précisé que constitue un comportement discriminatoire prohibé par l'art. 3 LEg le traitement différencié des travailleurs homosexuels de sexe féminin par rapport aux travailleurs homosexuels de sexe masculin, ou vice-versa (ATF 145 II 153, consid. 4.4.2).

> **Jurisprudence**. Un employé de la Confédération, dont le contrat de durée déterminée n'a pas été renouvelé, se plaint d'une discrimination à l'embauche qui serait liée à son homosexualité. Selon le TF, les discriminations à raison de l'orientation sexuelle ne sauraient être considérées comme des discriminations à raison du sexe au sens de l'art. 3 al. 1 LEg que si elles sont « sexospécifiques » c'est-à-dire qu'elles désavantagent les femmes homosexuelles ou les hommes homosexuels de manière exclusive ou prépondérante. Une telle discrimination n'a pas été invoquée par le recourant dont le recours en matière de droit public est rejeté (ATF 145 II 153).

La LEg ne régit pas d'autres motifs de discriminations tels que la nationalité, l'origine ethnique, le handicap ou l'âge. Concernant ce dernier critère, toutefois, l'art. 3 al. 1 LEg interdit les discriminations fondées sur

la grossesse ou la situation familiale, généralement liées au fait d'être une femme en âge d'être enceinte ou d'avoir de jeunes enfants.

210. **Rapports de travail régis par le droit privé et le droit public.** Dans les limites précisées ci-dessus, le champ d'application de la LEg est vaste puisque la loi s'applique tant aux rapports de travail régis par le CO qu'à ceux qui sont régis par le droit public fédéral, cantonal ou communal (art. 2 LEg). Plus précisément, cette loi hybride contient des règles qui s'appliquent, sous réserve de l'art. 5 al. 2, indistinctement aux secteurs privé et public (section 2), ainsi que des règles de procédure qui s'appliquent de manière distincte au secteur privé (section 3) et au secteur public (section 4). La nouvelle section relative à l'analyse des salaires (section 4a) prévoit des modalités de vérification (art. 13d LEg) et de publication des résultats (art. 13h et 13i LEg) qui diffèrent selon la nature des rapports de travail (N 241-242).

2.3 Interdiction de discriminer

211. **Principes.** La LEg prohibe toute discrimination fondée sur le sexe en matière d'emploi. En effet, selon l'art. 3 al. 1 LEg, il « est interdit de discriminer les travailleurs à raison du sexe, soit directement, soit indirectement, notamment en se fondant sur leur état civil ou leur situation familiale ou, s'agissant des femmes, leur grossesse ».

L'interdiction de discriminer présente un caractère objectif et absolument impératif. Toute disposition d'un contrat individuel de travail ou d'une convention collective de travail qui contreviendrait à cette interdiction serait nulle de plein droit. Il est sans importance que la partie employeuse allègue ou démontre avoir agi sans intention discriminatoire. En effet, l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe s'applique aussi bien aux discriminations non intentionnelles qu'aux discriminations intentionnelles (ATF 127 III 207, consid. 5b).

212. **Cas d'application.** L'interdiction de discriminer porte sur toute la relation d'emploi, de l'embauche à la résiliation des rapports de travail. On trouve à l'art. 3 al. 2 LEg une liste non exhaustive des cas d'application :

- embauche ;
- attribution des tâches ;
- aménagement des conditions de travail ;
- rémunération (N 310) ;
- formation et formation continue ;
- promotion ;
- résiliation des rapports de travail (N 408, 412, 418). La LEg prohibe deux types de licenciement : le congé discriminatoire et le congé représailles. Il y a licenciement discriminatoire lorsqu'une personne employée est licenciée pour une raison liée à son sexe (cf. art. 3 al. 2 LEg), par exemple parce qu'elle s'est mariée ou est devenue mère (cf. art. 3 al. 1 LEg). Alors qu'il y a congé représailles lorsqu'une personne est licenciée parce qu'elle s'est plainte sur son lieu de travail, devant un office de conciliation ou un tribunal, d'avoir subi une discrimination interdite par la loi sur l'égalité (cf. art. 10 al. 1 LEg), par exemple parce qu'elle demande à sa direction de mettre fin à une discrimination salariale (cf. art. 3 al. 2 et 5 LEg).

Le harcèlement sexuel constitue une forme particulière de discrimination qui fait l'objet d'une norme spécifique, l'art. 4 LEg (N 346).

213. **Notion de discrimination.** L'art. 3 LEg interdit tout traitement différencié qui est fondé sur le sexe de la personne employée, à moins que la partie employeuse puisse se prévaloir d'un motif justificatif. Une discrimination constitue donc un traitement différencié (fondé sur le sexe) qui ne repose pas sur un tel motif.

214. **Discrimination directe et indirecte.** Comme le précise l'art. 3 al. 1 LEg, une discrimination peut être directe ou indirecte. Nous expliquerons ces notions à l'aide d'exemples de discrimination à l'embauche. La discrimination est dite « directe » lorsqu'elle se fonde directement ou explicitement sur le critère du sexe ou sur un critère ne pouvant s'appliquer qu'à l'un des deux sexes (à savoir la grossesse) et qu'elle n'est pas justifiée objectivement (TF, 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, consid. 5.1). L'interdiction de la discrimination directe à l'embauche signifie qu'un refus d'embauche ne peut en principe se fonder explicitement sur le critère du sexe ou de la grossesse.

> **Exemple**. Il est discriminatoire de ne pas engager une femme parce qu'elle a indiqué ou déclaré, lors du processus de recrutement (dossier de candidature, conversation téléphonique, entretien d'embauche), être mère d'enfants en bas âge, enceinte, ou souhaiter avoir des enfants.

La discrimination est qualifiée d'« indirecte » lorsque le critère utilisé, qui s'applique apparemment de manière indifférente à l'un et l'autre sexe, a ou peut avoir pour effet de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans justification objective, de sorte qu'il n'est pas neutre s'agissant des effets de son application entre les groupes considérés (TF, 8C_605/2016 du 9 octobre 2017, consid. 6.1).

> **Exemples**. Constituent le plus souvent des critères de sélection (indirectement) discriminatoires, au détriment des femmes, les exigences de taille (les femmes sont en moyenne moins grandes que les hommes), d'âge limite (les femmes ont généralement besoin, pour des raisons familiales, de plus de temps que les hommes pour accomplir le même parcours d'études ou professionnel), ou relatives à la situation familiale (conception traditionnelle des rôles féminins et masculins, selon laquelle une femme qui a des enfants en bas âge est supposée par exemple ne pas être en mesure d'effectuer des heures supplémentaires).

215. **Motifs justificatifs.** La loi ne contient aucune énumération des motifs objectifs pertinents. La notion est donc ouverte et soumise à l'appréciation des tribunaux. Pour qu'une différence de traitement soit justifiée, il ne suffit évidemment pas que la partie employeuse invoque n'importe quel motif : elle doit au contraire démonter qu'elle poursuit un but objectif qui répond à un véritable besoin de l'entreprise et que le traitement différencié fondé sur le sexe est propre à atteindre le but recherché, sous l'angle du principe de la proportionnalité (ATF 130 III 145, consid. 5.2). En particulier, si la partie défenderesse apporte la preuve d'un facteur objectif justifiant une différence de traitement, l'ampleur de cette différence doit encore respecter le principe de la proportionnalité et ne pas apparaître inéquitable (TF, 4A_115/2011 du 28 avril 2011, consid. 5.1).

Constituent des motifs objectifs ceux qui peuvent influencer la valeur même du travail, comme la formation, l'ancienneté, la qualification, l'expérience, le domaine concret d'activité, les prestations effectuées, les risques encourus, le cahier des charges (ATF 130 III 145, consid. 5.2). Une différence de traitement peut aussi reposer sur des motifs qui ne se rapportent pas immédiatement à l'activité de la personne employée, mais qui découlent de préoccupations sociales, comme les charges familiales ou l'âge (ATF 127 III 207, consid. 3c).

En règle générale, des motifs objectifs ne peuvent légitimer une différence de rémunération que s'ils jouent un rôle véritablement important en regard de la prestation de travail et s'ils influent par conséquent sur les salaires versés par la même partie employeuse (ATF 125 III 368, consid. 5) (N 310 sur la discrimination salariale).

Dans certains cas, le sexe ou la grossesse sont susceptibles de constituer des critères déterminants pour l'exécution du travail et donc la sélection des candidatures lors de la procédure de recrutement. En effet, par leur nature et le contexte dans lequel ils s'exercent, certains emplois ne peuvent être occupés que par une personne d'un sexe donné.

> **Exemple**. Eu égard à la règle selon laquelle la victime d'une infraction contre l'intégrité sexuelle peut exiger d'être entendue par une personne du même sexe (cf. art. 153 al. 1 CPP), l'audition peut devoir être menée par une personne d'un sexe donné.

216. **Mesures positives.** En vertu de l'art. 3 al. 3 LEg, ne constituent pas une discrimination les mesures appropriées visant à promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes. Ces mesures de promotion, dites aussi « mesures positives » peuvent concerner différents aspects de la vie professionnelle (TF 8C_821/2016 du 26 janvier 2018, consid. 3.1).

En matière d'accès à l'emploi, une des mesures envisageables est celle des quotas.

> **Jurisprudence**. S'agissant de l'administration publique, le Tribunal fédéral a jugé que des règles de quotas, comme mesures de promotion des femmes, était admissibles, pour autant qu'elles reposent sur une base légale suffisante, en principe formelle, et respectent le principe de proportionnalité. Il convient toutefois de distinguer les quotas flexibles ou souples, qui donnent la préférence aux femmes à qualifications égales ou équivalentes à celles des hommes, des quotas fixes ou rigides, qui accordent la préférence aux femmes indépendamment de leurs qualifications, en raison du seul critère du sexe. Selon le Tribunal fédéral, alors que les quotas flexibles, qui prennent en considération les différences de qualification, sont en principe considérés comme conformes au principe de proportionnalité, il n'en va en principe pas de même s'agissant des quotas rigides (ATF 131 II 361, consid. 5 ; TF 8C_821/2016, consid. 3.1).

2.4 Allègement du fardeau de la preuve

217. **Contexte.** Comme nous le verrons, la loi sur l'égalité confère plusieurs possibilités d'agir en justice aux victimes d'une discrimination fondée sur le sexe (cf. notamment art. 5 LEg). Selon un principe général du droit, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 CC). Cette règle sur le fardeau de la preuve détermine qui doit supporter les conséquences de l'absence de preuve. En principe, la preuve doit être rapportée de manière à ce que le fait soit considéré comme certain, sans aucun doute possible (preuve stricte).

La loi sur l'égalité prévoit un allègement du fardeau de la preuve (N 620-622). Ainsi, selon l'art. 6 LEg, l'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable. Cette même disposition légale donne une liste exhaustive des cas de discriminations fondés sur le sexe pour lesquels le principe de l'allègement est applicable :

- attribution des tâches ;
- aménagement des conditions de travail ;
- rémunération ;
- formation et formation continue ;
- promotion ;
- résiliation des rapports de travail.

Il résulte de cette énumération exhaustive que le législateur n'a pas souhaité appliquer le principe de l'allègement du fardeau de la preuve en matière de discrimination à l'embauche et de harcèlement sexuel.

218. **Renversement du fardeau de la preuve.** L'art. 6 LEg est une règle spéciale par rapport au principe général de l'art. 8 CC. Il institue un allègement du fardeau de la preuve d'une discrimination à raison du sexe, en ce sens qu'il suffit à la partie demanderesse de rendre vraisemblable (simple vraisemblance) l'existence d'une discrimination pour engendrer un renversement du fardeau de la preuve. La règle tend à corriger l'inégalité de fait résultant de la concentration des moyens de preuve en main de la partie employeuse.

Pour que la vraisemblance d'une discrimination salariale soit admise, la comparaison doit intervenir entre des personnes de sexe opposé qui ont une position semblable dans une entreprise, avec un cahier des charges comparable (ATF 127 III 207, consid. 3b) (N 310, sur la discrimination salariale). Le tribunal n'a pas être convaincu du bien-fondé des arguments de la victime de la discrimination ; il doit simplement disposer d'indices objectifs suffisants pour que les faits allégués présentent une certaine vraisemblance, sans devoir exclure qu'il puisse en aller différemment (ATF 130 III 145, consid. 4.2).

> **Jurisprudences**. La vraisemblance d'une discrimination salariale a été admise dans le cas d'une employée dont le salaire était environ 15% à 25% inférieur à celui d'un collègue masculin qui accomplissait le même travail (ATF 126 III 395, consid. 3a).
>
> La comparaison avec la rémunération d'un seul collègue exerçant la même activité suffit à établir la vraisemblance d'une discrimination à l'encontre d'une employée (TF, 4A_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.2).
>
> Lorsqu'une femme, qui présente des qualifications équivalentes à son prédécesseur de sexe masculin, est engagée à un salaire moins élevé que lui, il est vraisemblable que cette différence de traitement constitue une discrimination à raison du sexe prohibée par l'art. 3 LEg (ATF 130 III 145, consid. 4.2).

Lorsqu'une discrimination de nature sexiste a été rendue vraisemblable, le fardeau de la preuve est inversé. Il appartient donc à la partie employeuse d'apporter la preuve stricte qu'il n'existe pas de différence de traitement ou, si celle-ci existe, qu'elle repose sur des facteurs objectifs (ATF 131 II 393, consid. 7.1). Si elle n'y parvient pas, l'existence d'une discrimination sera tenue pour établie (ATF 127 III 207, consid. 3b).

En matière de discrimination salariale, le tribunal doit vérifier si le travail effectué par la partie demanderesse équivaut à celui exercé par la personne employée de l'autre sexe. La jurisprudence lui impose d'ordonner une expertise dès que l'équivalence entre les fonctions prises comme référence n'est pas évidente, à moins que l'expertise apparaisse d'emblée inutile (ATF 133 III 545, consid. 4.2) (N 629).

219. **Discrimination à l'embauche.** La personne qui allègue une discrimination à l'embauche (fondée sur le sexe) ne bénéficie pas de l'allègement du fardeau de la preuve prévu à l'art. 6 LEg. Conformément aux principes généraux, elle doit donc établir le traitement discriminatoire dont elle se prévaut, plus précisément qu'elle n'a pas été engagée en raison

d'un motif discriminatoire. Il lui revient ainsi de prouver l'existence de ce motif et son caractère causal dans la décision du refus d'embauche.

Ces preuves sont difficiles à apporter puisque les éléments décisifs sont souvent exprimés de manière orale (conversation téléphonique, entretien d'embauche, discussion interne au sein du comité de recrutement). Aussi, le Tribunal fédéral a-t-il indiqué que vu l'extrême difficulté à rapporter la preuve d'une discrimination à l'embauche, le juge peut en principe se satisfaire d'une vraisemblance prépondérante (TF, 8C_821/2016 du 26 janvier 2018, consid. 3.3) (N 620-622).

220. **Harcèlement sexuel.** Le harcèlement sexuel a également été exclu par le législateur de la liste des motifs discriminatoires pour lesquels la loi prévoit un allègement du fardeau de la preuve. Selon les principes généraux, la personne qui allègue avoir été victime d'un tel harcèlement doit le prouver. Toutefois, vu la difficulté d'apporter la preuve absolue de ce type d'atteinte à la personnalité, la jurisprudence se contente le plus souvent d'indices convergents (vraisemblance prépondérante). Ainsi, dans la mesure où les témoins directs font généralement défaut, il est possible de tenir compte d'autres indices et notamment des déclarations de personnes auxquelles la victime s'est confiée (TF, 4P.214/2006, consid. 2.2) ; les déclarations de témoins indirects, tels un médecin de famille ou un expert peuvent être suffisantes pour prouver l'existence d'un harcèlement sexuel (TF 4A_544/2018 du 29 août 2019, consid. 7.2 ; TF, 8C_422/2013 du 9 avril 2014, consid. 7.5 ; TF, 1C_418/2008 du 27 mai 2009, consid. 2.2.4) (N 351, 620-622).

2.5 Droits des personnes employées et des organisations

221. **Généralités.** L'art. 5 LEg constitue une disposition centrale de la loi sur l'égalité puisqu'elle prévoit les diverses actions que peuvent faire valoir contre la partie employeuse les personnes employées qui sont victimes d'une discrimination fondée sur le sexe dans les rapports de travail (cf. art. 3 et 4 LEg). La disposition est de nature relativement impérative dans le sens que les parties peuvent prévoir des « dispositions contractuelles plus favorables aux travailleurs » (art. 5 al. 5 *in fine* LEg).

Sous réserve de son alinéa 2 (auquel renvoie toutefois l'art. 13 al. 2 LEg), l'art. 5 s'applique aux rapports de travail de droit privé et de droit public.

L'art. 5 distingue les actions en protection de la personnalité et les actions en paiement, et il réserve les actions du droit commun en dommages-intérêts et en réparation morale. La loi sur l'égalité prévoit aussi à certaines conditions la qualité pour agir des organisations (art. 7). Il n'existe en revanche pas de sanctions pénales propres à la LEg.

2.5.1 Actions en protection de la personnalité

222. **Principe.** Selon l'art. 5 al. 1 LEg, quiconque subit ou risque de subir une discrimination au sens des art. 3 et 4 LEg peut requérir le tribunal ou l'autorité administrative :

- d'interdire la discrimination ou, d'y renoncer, si elle est imminente (lit. a ; action en interdiction) ;
- de faire cesser la discrimination, si elle persiste (lit. b ; action en cessation) ;
- de constater l'existence de la discrimination, si le trouble qu'elle a créé subsiste (lit. c ; action en constatation).

223. **Potentiel sous-exploité.** Ces actions civiles correspondent à celles prévues dans le code civil en matière de protection de la personnalité (art. 28 ss CC), à l'exception de la publication des jugements qui n'est pas prévue à l'art. 5 al. 1 LEg, mais qui pourrait être requise sur la base des art. 28a al. 2 CC et 328 CO (cf. art. 5 al. 5 LEg).

En pratique, ces actions sont toutefois peu utilisées. L'action en cessation (art. 5 al. 1 let. b LEg) permet pourtant de demander au tribunal qu'il ordonne à la partie employeuse de mettre un terme à un harcèlement sexuel ou de remédier à une inégalité salariale injustifiée pour le futur (pour ce qui est du passé, cf. N 224). En cas de résiliation discriminatoire d'un rapport de travail soumis au droit public, l'action en cessation permet d'obtenir le maintien de la relation de travail et non pas seulement le versement d'une indemnité. L'action en cessation pourrait aussi être intéressante en cas de discrimination à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail ou à la formation, respectivement à la formation continue. Pour qu'elle soit efficace, la victime devrait

demander au juge d'interdire la discrimination, le cas échéant sous la menace de l'art. 292 CP. Quant à l'action en constatation de droit, on rappellera qu'elle a en principe un caractère subsidiaire dans le sens qu'elle ne peut être intentée que si la partie demanderesse n'est pas en mesure de prendre immédiatement des conclusions tendant à la réparation du préjudice.

2.5.2 Actions en paiement

224. **Paiement du salaire dû.** Selon l'art. 5 al. 1 lit. d LEg, quiconque subit ou risque de subir une discrimination (salariale) peut requérir le tribunal ou l'autorité administrative d'ordonner le paiement du salaire dû. La partie salariée qui a subi une discrimination salariale au sens de l'art. 3 al. 2 LEg a droit à la différence entre le salaire qu'elle a effectivement encaissé et celui qui aurait dû lui être versé pendant toute la durée des rapports de travail, sous réserve des délais de prescription (ATF 130 III 145, consid. 6.3) (N 310, 636). S'agissant de l'avenir, la partie employeuse est libre de choisir la manière de supprimer la discrimination salariale, par exemple en baissant ou en augmentant certains salaires (TF, 8C_696/2016 du 19 septembre 2017, consid. 1.5), en respectant les règles propres à la modification des salaires (N 312-313).

225. **Indemnité en cas de refus d'embauche.** En vertu de l'art. 5 al. 2 LEg, applicable seulement aux rapports de travail régis par le code des obligations (sous réserve de l'art. 13 al. 2 LEg, N 235), lorsque la discrimination porte sur un refus d'embauche, la personne non engagée peut solliciter le versement d'une indemnité par la partie employeuse. En revanche, principe de la liberté contractuelle oblige, la loi sur l'égalité ne prévoit pas de droit à être engagé et ne confère pas au tribunal le pouvoir d'ordonner l'engagement de la victime de la discrimination (ATF 131 II 361, consid. 4.5).

L'indemnité est fixée par le tribunal compte tenu de toutes les circonstances et calculée sur la base du salaire auquel la personne discriminée aurait eu droit (art. 5 al. 2, 2^{e} phrase LEg). Elle ne peut excéder le montant correspond à trois mois de ce salaire (art. 5 al. 4 LEg). Il s'agit d'une indemnité *sui generis*, de nature non salariale, qui revêt une double fonction, à la fois punitive et réparatrice (ATF 131 II 361, consid. 4.4). Selon l'art. 5 al. 4, 2^{e} phrase LEg, lorsque plusieurs personnes prétendent au versement d'une indemnité pour refus d'embauche à un même poste, la

somme totale des indemnités versées n'excèdera pas non plus ce montant de trois mois de salaire (plafond global).

226. **Indemnité en cas de harcèlement sexuel.** En vertu de l'art. 5 al. 3 LEg, lorsque la discrimination porte sur un cas de harcèlement sexuel, le tribunal ou l'autorité administrative peuvent condamner la partie employeuse à verser à la victime une indemnité, à moins que la partie employeuse ne prouve avoir pris les mesures que l'expérience commande, qui sont appropriées aux circonstances et que l'on peut équitablement exiger d'elle pour prévenir ces actes ou y mettre fin. L'indemnité, fixée compte tenu de toutes les circonstances, ne peut excéder le montant correspondant à six mois du salaire moyen suisse (art. 5 al. 3 et 4 LEg). Si la partie employeuse prouve qu'elle a rempli son devoir de diligence (preuves libératoires : mesures de prévention du harcèlement ou mesures pour y mettre fin), elle ne peut être condamnée au versement de ladite indemnité (ATF 126 III 395, consid. 7b.cc). Toutefois, lorsque la personne qui a commis le harcèlement est un organe de la la partie employeuse, celle-ci ne dispose pas de la preuve libératoire (TF, 4A_473/2013 du 2 décembre 2013, consid. 3.3) (N 349).

> **Jurisprudence**. Une employée a reçu sur son lieu de travail quatre courriels revêtant un caractère sexiste ou sexuel. Le premier contenait une citation de Flaubert selon laquelle « Les femmes des uns font le bonheur des autres » ; le deuxième contenait le texte suivant : « Ne soyez pas méchants avec les femmes… La nature s'en charge au fur et à mesure que le temps passe » ; le troisième contenait un dessin représentant un chef de personnel sur le point de regarder sous la minijupe d'une jeune employée ; le quatrième enfin contenait sous le titre « Fécondation in vitraux » une représentation caricaturale d'un vitrail où deux animaux s'accouplaient. Les juridictions ont considéré que la partie ne pouvait être condamnée à verser une indemnité dans la mesure où elle avait prouvé qu'elle avait pris les mesures utiles pour faire cesser la diffusion de courriels contrevenant à la loi sur légalité (TF, 4A_178/2010 du 14 mai 2010, consid. 4.2-3).

227. **Indemnité en cas de résiliation des rapports de travail.** En vertu de l'art. 5 al. 2 LEg, lorsque la discrimination porte sur la résiliation des rapports de travail régis par le code des obligations, la personne licenciée ne peut que solliciter le versement d'une indemnité par la partie employeuse. A l'instar de l'indemnité pour congés abusifs (art. 336a CO, N 419, 421), il s'agit d'une indemnité *sui generis*, fixée par le tribunal compte tenu de toutes les circonstances et calculée sur la base du salaire auquel la personne discriminée avait ou aurait eu droit (art. 5 al. 2,

2e phrase LEg). Elle ne peut excéder le montant correspond à six mois de ce salaire (art. 5 al. 4 LEg).

De cette hypothèse de congé discriminatoire, il faut distinguer le cas du licenciement représailles. Comme nous le verrons, dans ce cas l'art. 10 al. 1 LEg prévoit que la résiliation du contrat de travail peut être annulée à certaines conditions (N 233, 423).

2.5.3 Réserve des actions du droit commun

228. **Principes.** L'art. 5 al. 5 LEg réserve « les droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral ». La portée de cette disposition est incertaine. Le Tribunal fédéral a toutefois eu l'occasion de donner quelques précisions.

La réserve de l'art. 5 al. 5 LEg permet de rappeler qu'une discrimination au sens de la loi sur l'égalité constitue également une atteinte aux droits de la personnalité et que cette atteinte illicite peut donner droit à des dommages-intérêts ainsi qu'à une réparation du tort moral. Dès lors, même si les conditions de réalisation de ces dernières prétentions sont soumises aux principes généraux du droit de la responsabilité, elles ont le même fondement que tous les autres droits de la personne lésée énoncés à l'art. 5 al. 1 à 4 LEg, à savoir l'acte illicite que constitue la violation de la loi sur l'égalité. Pour autant que les conditions requises soient satisfaites, la personne lésée par une discrimination peut ainsi faire valoir les droits spécifiques de l'art. 5 al. 1 à 4 LEg et, cumulativement, les prétentions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral réservées à l'art. 5 al. 5 LEg (ATF 133 II 257, consid. 5.3).

Cependant, dans la mesure où la LEg constitue une loi spéciale par rapport aux dispositions du CO et où la réparation du même préjudice est prévue dans les deux lois, la personne employée n'aura droit qu'à une seule indemnité pour la même atteinte (ATF 126 III 395, consid. 7b.aa ; TF, 4C.289/2006 du 5 février 2007, consid. 6.1). La victime peut intenter cumulativement plusieurs actions, mais doit limiter ses conclusions à la couverture du préjudice subi.

> **Exemples**. Une employée a été harcelée sexuellement sur le lieu de travail avant d'être licenciée en raison de l'annonce de sa grossesse. Elle peut solliciter une indemnité pour harcèlement sexuel (art. 5 al. 3 LEg), ainsi qu'une indemnité pour congé discriminatoire (art. 5 al. 2 LEg).

Une employée a été harcelée sexuellement sur le lieu de travail avant d'être licenciée en raison de sa plainte pour harcèlement. Elle peut solliciter une indemnité pour harcèlement sexuel (art. 5 al. 3 LEg), ainsi qu'une indemnité pour congé représailles (art. 5 al. 2 LEg et 10 al. 4 LEg).

Une employée victime d'un harcèlement sexuel peut exceptionnellement réclamer une indemnité pour tort moral (art. 49 CO) en sus de l'indemnité prévue en cas de harcèlement sexuel (art. 5 al. 3 LEg) lorsque l'atteinte a été tellement intense et grave que l'indemnité *sui generis* et plafonnée prévue par la LEg ne permet pas suffisamment de réparer sa souffrance psychique.

Une employée victime d'un harcèlement sexuel sur le lieu de travail par un collègue peut demander à son employeuse l'indemnité prévue à l'art. 5 al. 3 LEg et agir en parallèle sur le plan civil contre l'auteur de l'atteinte en vue de l'obtention d'une réparation morale (art. 5 al. 5 LEg et art. 49 CO).

2.5.4 Qualité pour agir des associations

229. **Principes.** Selon l'art. 7 al. 1 LEg, les organisations qui sont constituées depuis deux ans au moins et qui ont pour tâche, en vertu de leurs statuts, de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes ou de défendre les intérêts du personnel ont qualité pour agir en leur propre nom en vue de faire constater une discrimination (au sens des art. 3 et 4 LEg), lorsqu'il paraît vraisemblable que l'issue du procès affectera un nombre considérable de rapports de travail (même si, en l'espèce, le litige ne concerne directement qu'une seule personne salariée). Cette disposition complète les règles générales concernant l'action des organisations qui sont contenues à l'art. 89 CPC (N 580).

Avant d'ouvrir la procédure de conciliation ou d'introduire action, ces organisations doivent donner à la partie employeuse concernée la possibilité de prendre position (art. 7 al. 1 *in fine* LEg). Pour le surplus, les dispositions régissant les actions intentées à titre individuel (cf. art. 5 LEg) sont applicables par analogie (art. 7 al. 2 et 10 al. 5 LEg).

Comme l'a précisé le Tribunal fédéral, l'ouverture d'une action par une organisation en vertu de l'art. 7 LEg n'interrompt pas la prescription du droit des personnes employées individuellement (ATF 138 II 1, consid. 4.3).

2.6 Règles spécifiques de procédure

230. **Généralités.** Nous avons vu que la loi sur l'égalité est une loi hybride qui contient des règles de droit matériel identiques pour les secteur privé et public (interdiction de la discrimination et droits des personnes discriminées). Il n'était en revanche guère possible de prévoir des règles de procédure unifiées puisqu'il existe des différences notables entre les principes de la procédure civile régissant les rapports de travail de droit privé, qui ont été codifiés et unifiés dans le CPC, et les principes de procédure administrative régissant les rapports de droit public, qui font l'objet de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA) et des diverses législations cantonales.

La LEg contient tout de même deux dispositions de nature procédurale qui s'appliquent tant au secteur privé qu'au secteur public : l'art. 6 (allègement du fardeau de la preuve) et l'art. 7 (qualité pour agir des organisations). Pour le surplus, la LEg contient des règles procédurales spécifiques qui s'appliquent de manière distincte aux rapports de travail de droit privé (section 3 : art. 8 à 10) ou aux rapports de travail de droit public (section 4 : art. 13). Dans ce deuxième cas, la règlementation répond dans une certaine mesure à une volonté d'unification de quelques règles de droit administratif.

2.6.1 Rapports de travail régis par le CO

231. **Discrimination à l'embauche.** La personne qui n'est pas engagée et qui se prévaut d'une discrimination à l'embauche peut exiger de la partie employeuse qu'elle motive sa décision par écrit (art. 8 al. 1 LEg).

La personne qui entend faire valoir son droit à une indemnité au sens de l'art. 5 al. 2 LEg, doit agir en justice dans un délai de trois mois à compter du moment où le refus d'embauche lui a été communiqué, sous peine de péremption (art. 8 al. 2 LEg).

232. **Discrimination dans la résiliation du contrat de travail.** Lors de discrimination dans la résiliation du contrat de travail, l'art. 336b CO est applicable (art. 9 LEg). La victime d'une telle résiliation qui entend demander l'indemnité fondée sur l'art. 5 al. 2 et 4 LEg doit donc faire

opposition au congé par écrit auprès de la partie employeuse au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé (cf. art. 336b al. 1 CO) (N 422).

Si l'opposition est valable et que les parties ne s'entendent pas pour maintenir les rapports de travail, la victime du congé discriminatoire peut faire valoir sa prétention à une indemnité. Elle doit agir par voie d'action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, sous peine de péremption (cf. art. 336b al. 2 CO) (N 422).

233. **Protection contre le congé représailles.** En vertu de l'art. 10 al. 1 LEg, la résiliation du contrat de travail par la partie employeuse est annulable lorsqu'elle ne repose pas sur un motif justifié et qu'elle fait suite à une réclamation portant sur une discrimination interdite par la loi sur l'égalité (N 212). La disposition est également applicable lorsque le congé a été donné à la suite d'une action judiciaire intentée par une organisation au sens de l'art 7 LEg (art. 10 al. 5 LEg).

Le mécanisme prévu à l'art. 10 al. 1 LEg est atypique en droit privé du travail, puisqu'il permet l'annulation du congé et la réintégration dans l'entreprise de la personne salariée qui a été victime d'un congé représailles. Cette possibilité a toutefois été rarement utilisée jusqu'ici, sans doute parce que la personne licenciée préfère opter pour la solution prévue à l'art. 10 al. 4 LEg qui lui permet de renoncer, au cours du procès, à poursuivre les rapports de travail et de demander une indemnité au sens de l'art. 336a CO (congé abusif) en lieu et place de l'annulation du congé (N 423).

2.6.2 Rapports de travail régis par le droit public

234. **Procédure administrative applicable.** Selon l'art. 13 al. 1 LEg, dans les rapports de travail de droit public, les voies de droit sont régies par les dispositions générales sur la procédure fédérale (PA, notamment). Cette norme est mal formulée car, en réalité, les dispositions générales de procédure fédérale ne sont applicables qu'aux rapports de travail du personnel fédéral. En effet, dans les rapports du personnel des cantons et des communes, ce sont les règles cantonales qui sont pertinentes.

S'agissant des recours contre les décisions portant sur les rapports de service du personnel fédéral, les art. 34 à 36a LPers sont applicables.

235. **Discrimination lors de la création des rapports de service.** Selon l'art. 13 al. 2 LEg, en cas de discrimination lors de la création des rapports de travail, l'art. 5 al. 2 LEg est applicable. En recourant directement contre la décision de refus d'embauche, les personnes dont la candidature n'a pas été retenue peuvent faire valoir leur droit à une indemnité. Il est ici clairement indiqué qu'un refus d'embauche discriminatoire constitue une décision sujette à recours au sens de l'art. 5 PA, quel que soit le mode de création des rapports de travail de la collectivité concernée.

236. **Procédure de conciliation pour le personnel de la Confédération.** Selon l'art. 13 al. 3 LEg, le personnel de la Confédération peut, dans le délai de recours prévu à l'art. 50 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA) du 20 décembre 1968 (RS 172-021), s'adresser à une commission de conciliation. En vertu de l'art. 2 de l'ordonnance concernant la commission de conciliation selon la loi sur l'égalité du 10 décembre 2004 (RS 172.327.1) cette commission :

- informe et conseille les parties en cas de litige entrant dans le champ d'application de la loi sur l'égalité ; elle tente de les amener à un accord (al. 1) ;
- fournit au personnel fédéral régulièrement, au moins une fois par an, des informations sur son offre (al. 2).

237. **Gratuité de la procédure.** Selon l'art. 13 al. 5 LEg, la procédure est gratuite, sauf en cas de témérité. Ce principe s'applique à toutes les procédures devant les autorités administratives, les autorités de conciliation et les autorités judiciaires cantonales, ainsi que devant le Tribunal administratif fédéral. La gratuité concerne tous les frais administratifs et les frais judiciaires, mais non les dépens.

Pour la procédure devant le Tribunal fédéral, les frais sont régis par la loi sur le Tribunal fédéral (LTF) du 17 juin 2005 (RS 173.110). La LTF prévoit le principe d'un émolument réduit pour les affaires concernant des discriminations à raison du sexe (art. 65 al. 4 lit. b LTF) (N 614-617).

2.7 Analyse de l'égalité des salaires et vérification

238. **Contexte.** En vue d'améliorer la mise en œuvre de l'égalité salariale entre femmes et hommes, le Parlement a adopté le 14 décembre 2018 une révision de la loi sur l'égalité qui comporte une nouvelle section 4a, intitulée « Analyse de l'égalité des salaires et vérification » (art. 13a à 13i LEg), ainsi que deux nouvelles dispositions transitoires (art. 17a et 17b LEg). Ces nouvelles normes sont entrées en vigueur le 1er juillet 2020, de même que l'ordonnance du Conseil fédéral sur la vérification de l'analyse de l'égalité des salaires du 21 août 2019 (RS 151.14).

Le mécanisme se déploie en trois étapes principales :

- une analyse de l'égalité des salaires ;
- une vérification de cette analyse par des tiers indépendants ;
- une information des personnes employées sur l'analyse.

Selon le principe de l'art. 2 LEg, ces nouvelles normes s'appliquent aussi bien au secteur privé qu'au secteur public, avec toutefois quelques règles spécifiques suivant la nature des rapports de travail.

Le Conseil fédéral veille à ce que l'efficacité des mesures prévues dans la loi fasse l'objet d'une évaluation (art. 17b al. 1 LEg). Il présente un rapport au Parlement après que la deuxième analyse de l'égalité des salaires ait été effectuée, mais au plus tard neuf ans après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, soit d'ici en 2029 (art. 17b al. 2 LEg).

L'efficacité du système est amoindrie du fait qu'il n'existe pas de sanctions directes pour les parties employeuses qui ne réaliseraient pas ou imparfaitement l'analyse de l'égalité des salaires prescrite, ni même pour les parties employeuses dont le résultat de l'analyse aurait démontré qu'elles ne respectent pas le principe de l'égalité salariale.

Notons encore que le Parlement a limité à douze ans la durée de la validité de l'obligation d'analyser les salaires (clause dite « sunset »). La modification de la loi sur l'égalité et l'ordonnance qui l'accompagne cesseront automatiquement de s'appliquer le 1er juillet 2032 (art. II, al. 2 de la modification de la LEg ; art. 11 de l'ordonnance).

239. **Obligation d'effectuer une analyse.** Les parties employeuses qui occupent un effectif d'au moins 100 personnes employées au début d'une

année effectuent à l'interne une analyse de l'égalité des salaires pour cette même année. Les personnes apprenties ne sont pas comptabilisées dans cet effectif (art. 13a al. 1 LEg).

Les premières analyses doivent avoir été effectuées le 30 juin 2021 au plus tard (art. 10 de l'ordonnance). L'analyse est répétée tous les quatre ans. Si le nombre des personnes employées passe sous le seuil des 100 pendant ce laps de temps, elle n'est répétée que lorsque le chiffre de 100 est de nouveau atteint (art. 13a al. 2 LEg). Si l'analyse démontre que l'égalité salariale est respectée, la partie employeuse est libérée de l'obligation de réitérer l'analyse (art. 13a al. 3 LEg).

Selon l'art. 13b LEg, est dispensé d'effectuer une analyse la partie employeuse :

- qui fait l'objet d'un contrôle du respect de l'égalité des salaires dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un marché public (lit. a) ;
- qui fait l'objet d'un tel contrôle dans le cadre d'une demande d'octroi de subventions, ou (lit. b) ;
- qui a déjà fait l'objet d'un tel contrôle et qui a démontré qu'il satisfaisait aux exigences, pour autant que le mois de référence dudit contrôle ne remonte pas à plus de quatre ans (lit. c).

240. **Méthode d'analyse.** L'analyse de l'égalité des salaires doit être effectuée selon une méthode scientifique et conforme au droit (art. 13c al. 1 LEg). On distingue notamment la méthode d'évaluation analytique fondée sur la science du travail et la méthode d'analyses statistiques des salaires fondée sur la théorie économique du capital humain.

La Confédération met gratuitement à la disposition des parties employeuses un outil d'analyse standard (art. 13c al. 2 LEg). Elle propose plus précisément un logiciel gratuit qui peut être facilement téléchargé sous forme de fichier Excel, appelé Logib, qui a été développé sur mandat du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes.

241. **Vérification de l'analyse.** La loi sur l'égalité distingue selon le statut de l'entité employeuse. Les parties employeuses soumises au CO doivent faire vérifier leur analyse de l'égalité des salaires par un organe indépendant (art. 13d al. 1 LEg). La partie employeuse peut choisir de faire appel à une entreprise de révision agréée au sens de la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (loi sur la surveillance de la

révision, LSR) du 16 décembre 2005 (RS 221.302). Elle doit alors communiquer à l'entreprise de révision toutes les pièces et informations dont elle a besoin pour procéder à la vérification (art. 13e al. 1 LEg ; art. 7 al. 1 de l'ordonnance). L'entreprise de révision vérifie que l'analyse a été effectuée correctement sur le plan formel (art. 13e al. 2 LEg et art. 7 al. 2 et al. 3 de l'ordonnance). Elle rédige un rapport portant sur l'exécution de l'analyse de l'égalité des salaires à l'intention de la direction de l'entreprise. La vérification s'opère dans l'année qui suit l'analyse art. 13e al. 3 LEg et art. 7 al. 4 de l'ordonnance). Le Conseil fédéral a fixé les critères qui régissent la formation des personnes qui dirigent la révision (art. 13d al. 2 LEg ; art. 1 ss de l'ordonnance).

Selon son article 1 al. 1, l'ordonnance sur la vérification de l'analyse de l'égalité des salaires du 21 août 2019 règle :

- la formation des personnes qui dirigent la révision et procèdent à la vérification de l'analyse de l'égalité des salaires au sens de l'art. 13e LEg (lettre a) ;

- la vérification de l'analyse de l'égalité des salaires au sein de l'administration fédérale centrale, des Services du Parlement, des tribunaux fédéraux, du Ministère public de la Confédération, des unités de l'administration fédérale décentralisée et des entreprises liées à la Confédération dès lors que les rapports de travail de leur personnel sont soumis au droit public (lettre b).

La partie employeuse soumise au CO peut préférer faire appel à une organisation au sens de l'art. 7 LEg ou à une représentation du personnel au sens de la loi sur la participation (RS 822.14). Elle conclut alors avec l'organisation ou la représentation une convention sur la marche à suivre pour la vérification et la remise du rapport à la direction de l'entreprise (art. 13f LEg).

L'analyse de l'égalité des salaires du personnel de la Confédération est soumise à des modalités spécifiques (art. 13d al. 3 LEg ; art. 8 et 9 de l'ordonnance).

Enfin, les cantons règlent les modalités de la vérification des analyses de l'égalité des salaires dans leur domaine de compétence (art. 13d al. 4 LEg).

Il faut relever que les administrations publiques (Confédération, cantons et communes importantes), ainsi que certaines entreprises privées ont procédé à des analyses de l'égalité des salaires avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions de la LEg.

Exemples. En septembre 2016, le conseiller fédéral Alain Berset a lancé une Charte pour l'égalité salariale dans le secteur public. En signant la Charte, les autorités appuient la mise en œuvre de l'égalité salariale dans leur champ d'influence, en tant que parties employeuses, lors d'appels d'offres publics ou en tant qu'organes attribuant des subventions. Début 2020, la Confédération, 16 cantons et 86 communes l'avaient signée.

En 2018, l'administration fédérale a contrôlé les salaires de tout son personnel, afin de déceler d'éventuelles différences salariales non justifiables entre femmes et hommes. Il ressort de ce contrôle que l'égalité salariale est garantie dans les départements et toutes les unités administratives (Office fédéral du personnel, Contrôle de l'égalité salariale au sein de l'administration fédérale, Résultats détaillés, Berne, 1er juin 2018).

242. **Information et publication.** La partie employeuse doit informer le personnel par écrit du résultat de l'analyse de l'égalité des salaires au plus tard un an après qu'elle a été vérifiée (art. 13g LEg). Les sociétés dont les actions sont cotées en bourse doivent par ailleurs publier le résultat de l'analyse dans l'annexe de leur rapport annuel (art. 13h LEg). Enfin, les entités employeuses du secteur public (et non celles du secteur privé) doivent publier les résultats détaillés de l'analyse de l'égalité des salaires et de la vérification (art. 13i LEg).

Bibliographie thématique :

AUBERT/LEMPEN (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 ; DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Bâle 2011, pp. 279-294 ; DUNAND/LEMPEN/MAHON (édit.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg, Genève/Zurich/Bâle 2016 ; KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2e éd., Bâle 2009 ; WYLER/HEINZER, Droit du travail, Berne 2019, pp. 1103-1140.

Partie III Contrat individuel de travail

243. **Plan.** La troisième partie de cet *Abrégé* est consacrée aux dispositions du code des obligations sur le contrat de travail et leur articulation avec celles qui se trouvent dans la loi sur l'égalité (LEg) et dans la loi sur le travail (LTr). Nous traiterons de la définition et formation du contrat de travail (**chapitre 1**), des devoirs de la personne salariée (**chapitre 2**), des devoirs de la partie employeuse (**chapitre 3**) et de la fin des rapports de travail (**chapitre 4**).

Chapitre 1 Définition et formation du contrat (art. 319 à 321 CO)

1.1 Définition

244. **Contrat synallagmatique (art. 319 CO).** Le contrat de travail lie une partie salariée et une partie employeuse. Si la première est nécessairement une personne physique (art. 321 CO), la seconde peut être une personne physique ou morale.

245. **Eléments caractéristiques.** On considère généralement que la conclusion du contrat de travail repose sur quatre critères cumulatifs : une durée déterminée ou indéterminée (a), pendant laquelle la partie salariée s'engage à réaliser une activité au service de la partie employeuse (b), dans un rapport de subordination (c), moyennant une rémunération (d). Les prestations principales échangées sont le salaire et l'activité.

a) *Durée (déterminée ou indéterminée)*. Contrairement à ce qui vaut dans un contrat d'entreprise (art. 363 CO), la prestation de la personne salariée consiste à mettre son temps à disposition de la partie employeuse pour réaliser l'activité convenue. L'échange de prestation n'est donc pas unique.

Le contrat est de durée déterminée lorsque son terme est fixé par les parties. Il s'éteindra alors automatiquement, sans résiliation, à l'échéance du terme. En revanche, une résiliation par l'une des parties sera nécessaire pour mettre fin à un contrat de durée indéterminée.

b) *Prestation de travail*. Elle inclut toute activité humaine comprenant une prestation positive déterminée, de nature physique ou intellectuelle, sans obligation de résultat, à la différence du contrat d'entreprise où un ouvrage est promis.

c) *Rapport de subordination*. Le rapport de subordination constitue le critère distinctif central du contrat de travail. Trois approches structurent son analyse, délicate (TF, 4A_592/2016 du 16 mars 2017, consid. 2.1).

aa) Définition fonctionnelle. La subordination signifie que la personne salariée se trouve dans un rapport de dépendance avec la partie employeuse. Sous un angle personnel et hiérarchique, la personne salariée reçoit les instructions et se soumet au contrôle de la partie employeuse. Cette dernière détermine en outre le lieu de travail (angle spatial) ainsi que les horaires (angle temporel). Une telle définition permet toutefois difficilement d'appréhender la réalité des personnes salariées bénéficiant d'une grande autonomie dans leur profession.

bb) Définition organisationnelle. Il s'agit ici d'apprécier la situation au regard de l'ensemble des circonstances, en examinant l'intégration de la personne dans l'entreprise ainsi que la dépendance économique vis-à-vis de celle-ci. A cet égard, certains éléments incitent à qualifier la relation juridique de contrat de travail : une rémunération fixe et périodique, le paiement de cotisations sociales, la mise à disposition d'une place de travail, la fourniture d'outils de travail et la prise en charge du risque d'entreprise par la partie employeuse.

> **Exemple**. La société Uber conteste l'existence d'un contrat de travail entre elle et les personnes qui utilisent son application pour transporter des passagers. Selon une expertise réalisée par PÄRLI en 2016 (pp. 4 à 6), les chauffeuses et les chauffeurs se trouvent dans un rapport de subordination avec la société, car si ces personnes ne se connectent pas et n'acceptent pas les courses, elles sont exclues de l'application Uber. En outre, elles ont l'obligation de suivre les exigences d'Uber et de donner aux passagers les informations dictées par la société. De telles informations sont qualifiables d'instructions au sens de l'art. 321d CO, typiques d'un rapport de subordination envers la partie employeuse.

cc) Dépendance économique. La jurisprudence semble accorder une importance croissante à la dépendance économique dans le cadre de la qualification en tant que contrat de travail (ATF 137 V 325, consid. 2).

d) *Rémunération (art. 322 CO)*.

aa) Le principe. Le salaire est, dans son principe, une composante essentielle du contrat. En l'absence d'un accord sur le principe de la rémunération, le salaire est néanmoins dû dès que la partie employeuse « accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire » (art. 320 al. 2 CO ; N 255).

bb) Le montant. Le montant du salaire n'est pas un élément objectivement essentiel, même s'il peut constituer un point subjectivement essentiel pour l'une des parties. Si rien n'a été prévu, la personne salariée doit recevoir le salaire usuel (cf. art. 322 al. 1 CO et N 299).

La rémunération du travail peut se déterminer sur la base du temps (à l'heure, à la journée, à la semaine ou au mois), à la pièce ou à la tâche (art. 326 et 326a CO) et doit respecter l'interdiction de discriminer en raison du sexe prévue par l'art. 8 al. 3 Cst. et la LEg (N 211-215, 299, 310).

246. **Enjeux de la qualification.** De nombreuses règles impératives et semi-impératives prévues par le CO (cf. notamment art. 361 et 362 CO) et d'autres lois (N 13, 29-30) régissent le contrat individuel de travail. La protection de la personne salariée est ainsi plus forte que celle conférée au mandataire (art. 394 ss CO) ou à l'entrepreneur (art. 363 ss CO). Par exemple, dans le contrat de travail, une rémunération est due en cas d'empêchement de travailler (art. 324a et 324b CO). En outre, le droit des assurances sociales accorde une couverture aux personnes salariées au sens de l'art. 5 LAVS. Enfin, des règles procédurales spécifiques gouvernent souvent la mise en oeuvre des droits découlant du contrat de travail, telles que des normes relatives au for (art. 34, art. 35 al. 1 let. d CPC), à la représentation (art. 68 al. 2 let. d CPC), à la conciliation (art. 113 al. 2 let. d CPC), aux frais judiciaires (art. 114 let. c CPC), à l'établissement des faits (art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC) à la procédure sommaire (art. 250 let. b ch. 1 à 3 CPC) ou au caractère exécutoire des titres (art. 348 let. d CPC). Dans certains cantons, les litiges relatifs au droit du travail sont traités par des instances spécialisées (tribunaux des prud'hommes, cf. N 595, 643).

Les règles sur le contrat de travail offrent ainsi une protection accrue à la partie économiquement la plus faible et les parties ne sauraient éluder cette

protection par une qualification erronée. Conformément à l'art. 18 CO, le tribunal doit rechercher la réelle et commune intention des parties et, s'il considère les quatre éléments constitutifs réunis, il soumettra la relation juridique aux art. 319 ss CO, quelle que soit la dénomination. Pour déterminer cette intention, le tribunal cherchera tout d'abord à établir la volonté subjective des parties, puis, si c'est impossible, il appliquera le principe de la confiance. Ce faisant, il déterminera le sens que les parties pouvaient et devaient donner à leurs manifestations de volonté réciproques selon les règles de la bonne foi. Cette interprétation objective prend en compte le texte du contrat (par exemple : clause prévoyant un délai de congé, des vacances, un salaire en cas de maladie, interdiction de faire concurrence, etc.), mais aussi l'ensemble des circonstances.

247. **Travail personnel (art. 321 CO).** Par dérogation à l'art. 68 CO, la personne salariée doit en principe effectuer l'activité personnellement et ne peut pas se faire assister d'un tiers, puisqu'elle a été engagée pour ses qualités individuelles. En contrepartie, la personne salariée incapable de travailler n'a pas à chercher quelqu'un pour la remplacer. L'art. 321 CO réserve toutefois les accords contraires et certaines situations atypiques : travail à domicile (art. 351 CO), contrat de conciergerie, etc. Les contrats dits « de groupe » constituent des cas particuliers, à l'instar du « jobsharing » ou du contrat de travail « en cascade ».

> **Jurisprudences**. Le Tribunal fédéral admet que le contrat de conciergerie conclu entre une partie employeuse et un couple de concierges est un cas de « jobsharing » (ATF 131 III 566).
>
> Par un contrat de travail « en cascade », une personne salariée principale s'engage à fournir sa propre prestation et celle d'autres personnes (auxiliaires) qu'elle dirige et rétribue sans spécifier leur identité. Le Tribunal fédéral a ainsi admis l'existence d'un tel contrat lorsqu'un établissement embauche un chef d'orchestre pour que ce dernier donne, avec son orchestre, un concert. Il existe alors un contrat de travail entre l'établissement et le chef d'orchestre d'une part, et un autre contrat de travail entre le chef d'orchestre et chacun des membres de l'orchestre d'autre part (ATF 112 II 41, JdT 1986 I 253). Le Tribunal fédéral reconnaît toutefois que cette qualification, controversée en doctrine, est exceptionnelle (TF, 4C_276/2006 du 25 janvier 2007, consid. 4.2).

248. **Temps partiel et temps plein.** Les mêmes règles légales régissent le contrat de travail à temps partiel et à temps plein. La personne salariée travaille à temps partiel lorsque son horaire est inférieur à l'horaire habituel des autres personnes occupées dans l'entreprise. Le taux d'occupation peut

s'exprimer en pour cent de cet horaire habituel, mais aussi en heures, jours ou demi-journées de travail. L'art. 319 al. 2 CO parle improprement de travail régulier (« travailler régulièrement »), mais la régularité de la prestation ne doit pas être considérée comme un critère de l'existence d'un contrat de travail à temps partiel.

Il convient de distinguer le contrat de travail à temps partiel régulier et irrégulier. Le premier signifie que la durée hebdomadaire, mensuelle ou annuelle du travail est stable et l'horaire de travail peut être stable ou variable. Dans le deuxième, la durée hebdomadaire, mensuelle ou annuelle du travail est variable, de même que l'horaire de travail.

249. **Le contrat de travail sur appel proprement dit.** Par travail sur appel, on entend le contrat de travail par lequel une personne s'engage à fournir ses prestations chaque fois que la partie employeuse le lui demande, selon les horaires et la durée précisés par cette dernière. La personne salariée n'est pas libre de refuser l'engagement. Lorsque les prestations successives s'inscrivent dans une continuité suffisante, compte tenu de leur fréquence et de leur durée, on se trouve en présence d'un contrat de travail sur appel unique (TF, 8C_318/2014 du 21 mai 2015). Il s'agit d'un contrat de travail de durée indéterminée pour lequel les délais de résiliation doivent être respectés (ATF 124 III 249 et 125 III 65).

> **Jurisprudence.** Une partie employeuse (E.) embauche un travailleur (A.), par ailleurs vendeur à taux fixe pour une autre entreprise, en tant que gardien de sécurité pour une vingtaine d'heures tous les mois moyennant un contrat de travail sur appel. Les horaires de travail ne sont pas fixes : E. appelle A. chaque fois que nécessaire (ATF 125 III 65).

Le Tribunal fédéral a confirmé la licéité de cette forme d'organisation du travail, pour autant qu'elle respecte le droit impératif (ATF 124 III 249).

La partie employeuse, qui supporte le risque d'entreprise, doit toutefois fournir à la personne salariée suffisamment de travail pour lui permettre de recevoir une rémunération convenable, compte tenu de toutes les activités exercées (art. 326 CO). Il s'ensuit que la personne qui travaille sur appel doit « pouvoir compter sur un certain taux d'activité pendant toute la durée des rapports de travail, sans être soumise au bon vouloir de l'employeur s'agissant de sa rémunération moyenne » (TF, 4A_534/2017 du 27 août 2018, consid. 4.3). Si la partie employeuse cesse momentanément de faire appel à la personne salariée, elle est en demeure de fournir du travail et elle doit verser le salaire correspondant à la moyenne des rémunérations perçues pendant une période déterminée équitablement. Si elle souhaite définitivement arrêter de faire appel à la personne salariée, la partie

employeuse doit résilier les rapports de travail en respectant le délai de congé (cf. ATF 125 III 65 et les règles sur le congé-modification, N 415-416).

> **Jurisprudence**. Ainsi, la partie employeuse ne peut pas, après plusieurs mois de travail quasiment à plein temps, réduire subitement l'horaire de travail le mois suivant à quelques heures seulement (ATF 124 III 249).

Le temps d'attente pendant lequel la personne salariée se tient à disposition de la partie employeuse constitue du service de piquet au sens de l'art. 14 OLT 1. Selon ce dernier, le service de piquet est constitué par des périodes où la personne salariée « se tient, en sus du travail habituel, prêt[e] à intervenir, le cas échéant, pour remédier à des perturbations, porter secours en cas de situation d'urgence, effectuer des visites de contrôle ou faire face à d'autres situations particulières analogues ». Le service de piquet doit donner lieu à une rémunération, laquelle peut toutefois être inférieure au salaire perçu en cas d'activité, voire incluse dans celui-ci. La personne salariée peut toutefois consacrer le service de piquet à une activité étrangère à son emploi.

> **Exemple**. Un week-end par mois, une électricienne doit se tenir à disposition pour assurer le service de dépannage d'urgence de la clientèle de son entreprise.

250. **Contrat de travail sur appel improprement dit.** La personne salariée engagée dans un tel contrat fournit également des prestations à la demande, sauf que, dans ce cas de figure, elle est libre de refuser la proposition d'engagement (TF, 8C_318/2014 du 21 mai 2015, consid. 5.1). Comme dans le travail sur appel proprement dit, les prestations sont successivement accomplies dans le cadre d'un seul rapport de travail.

251. **Contrat de travail occasionnel (ou auxiliaire).** On parle de travail occasionnel lorsque la partie employeuse requiert les services d'une personne salariée de temps en temps, notamment en cas de surcroît momentané de travail ou de remplacement.

Le travail auxiliaire ou occasionnel se distingue du travail sur appel improprement dit. En effet, dans ce second cas de figure, les missions sont accomplies dans le cadre d'un seul rapport de travail durable tandis que le travail auxiliaire repose sur la multiplication de contrats de travail de durée déterminée (TF, 8C_318/2014 du 21 mai 2015, consid. 5.1). En principe, la relation de travail prend fin lorsque la prestation a été réalisée. La partie employeuse n'est pas tenue de garantir un temps de travail minimum.

> **Exemple**. Une librairie occupe généralement quatre personnes. Lorsque des événements particuliers prennent place, tels que la parution de livres très prisés ou de séances de dédicaces, la direction engage A. et B., par ailleurs toutes deux journalistes indépendantes, qui arrondissent ainsi de temps en temps leurs fins de mois. Les demandes de la librairie oscillent entre 5 et 10 fois par année et ne suivent aucun calendrier précis. A. et B. n'ont aucune obligation d'accepter ces offres.

Le cas d'engagements occasionnels réguliers est particulier : si le travail à temps partiel se répète périodiquement, de façon régulière, on peut considérer qu'il s'agit d'un travail à temps partiel, sur appel, d'une durée indéterminée. En effet, même si les parties prévoient par écrit le terme des rapports de travail après chaque engagement, ces clauses sont nulles si le travail n'est pas véritablement occasionnel et si l'accord permet en réalité à la partie employeuse d'éluder les dispositions impératives du contrat de travail, en particulier celles sur les délais de congé.

252. **La location de services.** La location de services établit un rapport triangulaire entre une entreprise bailleresse de services, une personne salariée et une société locataire de services. D'une part, la bailleresse et la personne salariée sont liées par un contrat de travail. D'autre part, la bailleresse met du personnel à disposition de la locataire via un contrat de location de services, à savoir un contrat innommé *sui generis* comportant des aspects du mandat.

La personne salariée et la société locataire de services ne sont liées par aucun contrat de travail. Néanmoins, la seconde a le droit de donner des instructions (art. 26 al. 1 OSE) à la première (TF, 4C.245/2006 du 12 décembre 2006).

La location de services est régie par la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE, RS 823.11). Cette loi soumet l'activité de bailleurs de services à l'octroi d'une autorisation délivrée par l'office cantonal du travail, sous peine de nullité des contrats conclus. Elle prévoit en particulier des exigences minimales en matière de forme et de résiliation du contrat (art. 19 LSE). En outre, selon l'art. 20 LSE, les conditions de travail doivent respecter les CCT étendues (N 486) auxquelles sont soumises les entreprises locataires de services. On relèvera finalement qu'une CCT étendue pour la branche du travail temporaire est actuellement en vigueur.

1.2 Formation du contrat

253. **Forme du contrat (art. 320 al. 1 CO).** La conclusion du contrat de travail est en principe libre de toute exigence formelle (art. 11 CO). Il peut ainsi être conclu oralement. Il est aussi fréquent que le contrat soit conclu via, par exemple, des courriels ou par un simple échange de SMS, même sans signature, puisque les parties n'ont pas besoin de respecter les exigences de la forme écrite au sens des art. 12 à 15 CO. Sont en outre réservées les formes particulières prévues par les parties (art. 16 CO) ou par la loi (art. 344a et 347a al. 2 CO ou 8 et 19 LSE).

Par ailleurs, au plus tard un mois après le commencement de la relation contractuelle, la partie employeuse doit informer par écrit la personne salariée du nom des parties, de la date du début des rapports de travail, de la fonction de la personne salariée, de la rémunération et de la durée hebdomadaire du travail (art. 330b CO). La violation de cette prescription n'affecte pas la validité du contrat.

Enfin, le titre X du code des obligations assortit régulièrement les dérogations au système légal à l'exigence de la forme écrite (par exemple art. 321c al. 1, 324a al. 4, 335b al. 2 et 335c al. 2 CO).

254. **Accord de volonté des parties : le principe.** En principe, la conclusion du contrat de travail survient moyennant un échange de volontés réciproques et concordantes des parties, comme l'exige l'art. 1 CO et selon la méthode d'interprétation consacrée par l'art. 18 CO. L'accord des volontés peut survenir de manière expresse ou tacite et porte sur les quatre éléments constitutifs du contrat de travail. Il se détermine sur la base des pourparlers précontractuels. Certaines normes impératives limitent toutefois l'autonomie contractuelle, par exemple les art. 27 CC, 19/20, 361 et 362 CO, la LEg, la LTr ou encore les conventions collectives de travail (art. 357 CO).

255. **Contrat de travail de fait : l'exception.** L'art. 320 al. 2 CO prévoit que le contrat est réputé conclu, indépendamment de la volonté des parties, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- une partie employeuse, ses organes (art. 55 CO) ou une personne autorisée à la représenter (art. 32 CO) accepte, même tacitement,
- pour un temps donné,

· l'exécution d'un travail

· qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire.

Ainsi, lorsque la rémunération apparaît en réalité comme le seul ou principal motif du travail fourni, la loi instaure une présomption irréfragable de l'existence d'un contrat de travail.

> **Jurisprudences**. Un cabinet dentaire engage la concierge de l'immeuble pour le nettoyage de ses locaux. Le mari de cette femme l'aide régulièrement. Suite à un accident, la salariée devient incapable de travailler. Pendant cette période, le mari effectue les tâches de nettoyage. Le Tribunal fédéral a jugé que le mari a travaillé comme auxiliaire de la salariée avant l'incapacité de travail, sans que ne naisse aucun droit au salaire. En revanche, dès le moment où le mari a remplacé sa femme accidentée, un contrat de travail de fait est né. Sans le mari, le dentiste aurait dû engager une personne de remplacement, qu'il aurait fallu rémunérer (TF, 4P.87/2002 du 20 juin 2002).
>
> Une pharmacie conteste avoir engagé un ressortissant étranger et clandestin pour faire du nettoyage. La Cour de justice du canton de Genève, suivie par le Tribunal fédéral, constate que plusieurs témoins, sans lien familial ou d'amitié avec le travailleur, l'ont vu s'affairer à divers travaux dans l'officine. En outre, une photographie du personnel de la pharmacie montre, en arrière-plan, le plaignant qui dépose des objets sur des rayons. Enfin, le travailleur a échangé plusieurs SMS avec l'assistante et l'apprenti de la société, qui évoquent des problèmes de livraison et d'horaires de travail. Il s'agissait donc bien d'un contrat de travail de fait (TF, 4A_398/2014 du 21 novembre 2014).

Il n'existe pas de contrat de travail de fait lorsqu'un ami ne rend qu'un simple service à un autre, de manière gratuite et complaisante (TF, 4P.194/2004 du 24 novembre 2004), ni quand les parties sont expressément convenues du caractère bénévole de l'activité fournie (TF, 4A_398/2014 du 21 novembre 2014, consid. 2.2, qui renvoie à l'ATF 113 II 414).

Enfin, si la question de l'existence d'un contrat de travail de fait ne se pose qu'en l'absence d'accord des parties sur les quatre éléments caractéristiques du contrat de travail, lesdites caractéristiques doivent néanmoins être objectivement présentes. Il incombe à la partie qui se prévaut de l'existence d'un contrat de travail de prouver que ces éléments caractéristiques, notamment le rapport de subordination, sont réunis (TF, 4A_504/2015 du 26 janvier 2016, consid. 2.1.2). La loi présume alors de manière irréfragable l'existence du contrat de travail. Cas échéant, l'art. 322 CO énumère les critères de fixation du salaire (N 299).

Le travail dans l'entreprise du conjoint ou de la conjointe est en principe régi par l'art. 165 CC, qui prévoit le droit à une indemnité équitable si la collaboration a été notablement supérieure à ce qu'exige la contribution à l'entretien de la famille. En pareilles circonstances, il ne faut cependant pas exclure l'application de l'art. 320 al. 2 CO, bien que le Tribunal fédéral la restreigne aux cas exceptionnels (cf. ATF 113 II 414, rendu peu de temps avant l'entrée en vigueur de l'art. 165 CC). On pense par exemple aux cas où le versement d'une indemnité équitable au sens du droit de la famille ne suffirait pas à compenser une contribution décisive, sur plusieurs années, qui, si elle n'avait pas été apportée, aurait dû être fournie par une autre personne engagée à cet effet.

256. **Nullité du contrat de travail.** Il existe plusieurs causes de nullité relative ou absolue : l'absence de capacité civile de l'une des parties, l'existence d'un vice de volonté (erreur, dol, crainte fondée, cf. art. 23 ss CO) ou encore le non-respect d'une clause impérative ou semi-impérative.

> **Exemple**. Le contrat consistant à organiser de la traite d'êtres humains est nul (art. 182 CP).

257. **Effets de la nullité du contrat (art. 320 al. 3 CO).** Le droit des obligations prévoit généralement qu'un contrat nul produit des effets *ex tunc*, avec pour conséquence que les parties doivent être replacées dans la situation précédant la conclusion du contrat. Les prestations faites par les parties – en particulier la fourniture du travail et le versement du salaire – l'ont été sans cause et devraient être restituées selon les règles sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO). Afin d'atténuer les conséquences rigoureuses de l'application de ces règles générales au domaine particulier du contrat de travail, l'art. 320 al. 3 CO crée une fiction de validité du contrat jusqu'à son invalidation. L'invalidation a donc des effets *ex nunc*. Tant que les parties ne se prévalent pas de la nullité, elles doivent remplir leurs obligations, en particulier la fourniture du travail et le versement du salaire, comme si elles se trouvaient liées par un contrat valable. L'art. 320 al. 3 CO s'applique en présence de trois conditions.

a) *Une cause de nullité*. Il peut s'agir d'une nullité relative en raison, par exemple, d'un vice du consentement au sens des art. 23 ss CO. Il peut aussi s'agir d'une nullité absolue, par exemple, parce que la forme écrite exigée par la loi, notamment pour le contrat d'apprentissage, n'a pas été respectée.

b) *Entrée en fonction effective*. La personne salariée est effectivement entrée en fonction, sans quoi la restitution des prestations ne pose pas de problème de sorte que les effets se produisent *ex tunc*.

c) *Bonne foi*. La personne salariée doit être de bonne foi (art. 3 CC). Le Tribunal fédéral estime qu'il ne faut pas être trop sévère lors de l'examen de cette condition. Une personne salariée ne sera ainsi considérée de mauvaise foi que si la partie employeuse est en mesure de prouver, non seulement qu'elle connaissait le vice entachant le contrat, mais aussi les conséquences de ce vice, c'est-à-dire l'influence de dernier sur la nullité du contrat.

> **Jurisprudence**. Le Tribunal fédéral a ainsi admis l'application de l'art. 320 al. 3 CO dans le cas d'un contrat conclu avec un travailleur qui avait fourni un faux certificat de travail, rédigé par ses soins et signé par son épouse, faute pour cette personne d'avoir saisi les conséquences de sa manipulation (ATF 132 III 242 ; voir aussi ATF 137 IV 305).

1.3 Les contrats de travail individuels spéciaux

258. **Systématique.** Le chapitre II du Titre X prévoit, aux art. 344 à 355 CO, trois contrats de travail individuels à caractère spécial : le contrat d'apprentissage, le contrat d'engagement des voyageurs de commerce et le contrat de travail à domicile. En plus des règles spéciales qui les régissent, ces contrats obéissent aux règles générales du droit du travail (art. 319 ss CO) à titre supplétif (art. 355 CO).

259. **Contrat d'apprentissage (art. 344 à 346a CO).** Le maître d'apprentissage s'engage à former la personne apprentie à l'exercice d'une profession déterminée conformément aux règles du métier. En contrepartie, la personne apprentie s'engage à travailler au service du maître d'apprentissage pour acquérir cette formation (art. 344 CO). Alors que dans un contrat de travail ordinaire, le salaire constitue la contre-prestation principale de la partie employeuse, le contrat d'apprentissage porte avant tout sur l'acquisition d'une formation professionnelle, que le maître d'apprentissage s'engage à fournir en sus du salaire. Le contrat d'apprentissage est aussi soumis à des réglementations de droit public, telles que la loi fédérale sur la formation professionnelle du 13 décembre 2002 (LFPr, RS 412.10) et les lois cantonales sur la formation professionnelle.

Du contrat d'apprentissage, destiné à l'acquisition d'une formation et d'un certificat professionnels, fortement encadré par la loi, il faut distinguer le « stage » ou le « contrat de stage » qui peuvent prendre des formes

juridiques diverses. En l'absence d'une jurisprudence précise en la matière, on peut se référer aux critères proposés par la doctrine. Lorsque le stage est accompli dans l'intérêt exclusif de la personne stagiaire, en vue de l'acquisition d'une expérience pratique, il n'est en principe pas soumis aux dispositions du contrat de travail. Dans ces circonstances, le stage n'est donc pas obligatoirement rémunéré. En revanche, lorsque le maître de stage a un intérêt objectif à la prestation fournie par la personne stagiaire, il relève des dispositions sur le contrat de travail (art. 319 ss CO) et doit être rémunéré sous la forme d'un salaire (art. 320 al. 2 CO).

260. **Contrat de voyageur de commerce (art. 347 à 350a CO).** Par ce contrat, « le voyageur de commerce s'oblige, contre paiement d'un salaire, à négocier ou à conclure, pour le compte d'un commerçant, d'un industriel ou d'un autre chef d'entreprise exploitée en la forme commerciale, des affaires de n'importe quelle nature hors de l'établissement » (art. 347 CO).

Le but des art. 347 ss CO est de préciser les conditions d'emploi d'une profession dans laquelle il peut facilement y avoir confusion entre l'activité dépendante exercée par le voyageur de commerce et celle indépendante exercée par l'agent (art. 418 ss CO). La réglementation contient des obligations spéciales pour la partie employeuse afin que ne puisse être mis à la charge du voyageur de commerce tout ou partie du risque économique de l'entreprise.

L'activité des voyageurs de commerce est aussi soumise aux règles de droit public prescrites dans la loi fédérale du 23 mars 2001 sur le commerce itinérant (RS 943.1).

261. **Contrat de travail à domicile (art. 351 à 354 CO).** La personne salariée s'engage à exécuter, seule ou avec l'aide de membres de sa famille et contre salaire, du travail pour la partie employeuse dans son propre logement ou dans un autre local de son choix (art. 351 CO).

La singularité de ce contrat, comme son nom l'indique, consiste à réaliser l'activité salariée non pas dans les locaux de la partie employeuse, mais au domicile de la personne salariée ou dans un autre lieu indépendant de la partie employeuse, se soustrayant ainsi à la surveillance directe de celle-ci.

Lorsqu'il porte sur des travaux artisanaux et industriels accomplis à la main ou à la machine, le travail à domicile est également régi par la loi fédérale sur le travail à domicile du 20 mars 1981 (LTrD, RS 822.31), qui poursuit le but de protéger la santé et la vie familiale.

Il faut distinguer le travail à domicile au sens classique du télétravail. Le premier est apparu avant la révolution industrielle, à une époque où les entreprises chargeaient une main-d'oeuvre peu coûteuse, rurale et essentiellement féminine, de réaliser des travaux artisanaux en quantité. Le télétravail, lui, s'est développé grâce à l'intégration des outils informatiques et des moyens de télécommunication modernes dans l'organisation du travail. Il concerne donc essentiellement des activités exécutables à l'aide d'un ordinateur et donc une main-d'oeuvre généralement qualifiée (CONSEIL FEDERAL, *Conséquences juridiques du télétravail*, p. 8-9 et 12-14). Les mesures de distanciation sociale ordonnées par le Conseil fédéral au printemps 2020 afin de lutter contre la pandémie de Covid-19 ont accéléré la tendance à un recours accru au télétravail à domicile. En principe, les règles relatives au contrat de travail présentées dans cette partie de l'*Abrégé* s'appliquent à ce mode d'exécution du travail. En pratique, les entités employeuses se dotent de règles internes ou concluent des accords avec le personnel afin de préciser les conditions d'exercice du télétravail, notamment la question des horaires et du remboursement des frais (art. 327a CO, N 299g).

Bibliographie thématique

AUBERT, Contrat de travail et autorisation de travail, SJ 1988, pp. 619-624 ; CR/CO-AUBERT, *ad* art. 319, 320, 321 CO ; CS/CIT-DUNAND, *ad* art. 319 et 321 CO ; GEISER, Arbeitsvertrag unter Ehegatten oder eherechtliche Entschädigung nach Art. 165 ZGB ?, BJM 1990, pp. 57-83 ; CONSEIL FÉDÉRAL, Conséquences juridiques du télétravail, Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz du 16 novembre 2016 ; MEIER, L'engagement de musiciens : contrat de travail ou contrat d'entreprise ? Etude des contrats de service en droit suisse et américain, Thèse, Genève 2013 ; PÄRLI, Questions de droit du travail et des assurances sociales dans le cas des chauffeuses et chauffeurs de taxis Uber, Résumé de l'expertise du Prof. Kurt Pärli réalisé par Thomas Philip, Bâle/Berne 2016 ; VION, L'art. 320 al. 2 CO : une règle compatible avec les dispositions sur la conclusion des contrats ?, SJ 2013 II, pp. 29-62 ; WITZIG, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 79-97 ; CS/CIT-WYLER, *ad* art. 320 CO ; WYLER/HEINZER, Droit du travail, Berne 2019, pp. 21-57 ; ZEIN, Aménager la durée du travail, PJA 2017, pp. 524-538.

Chapitre 2 Devoirs de la personne salariée (art. 321 à 321e CO)

Nous commencerons par examiner le devoir de fidélité et de diligence, que ce soit sous un angle général ou sous celui, plus spécifique, des devoirs d'obéissance, de traiter le matériel avec soin, de s'abstenir de travailler pour un tiers, de garder le secret, ainsi que de rendre compte et de restituer. Nous examinerons ensuite le thème des heures supplémentaires et du travail supplémentaire dans un sous-chapitre distinct, puisque le devoir de fournir de telles heures implique en principe une obligation de compensation, en temps ou en argent, par la partie employeuse. Enfin, nous terminerons par l'analyse de la responsabilité de la personne salariée.

2.1 Devoir de fidélité et de diligence (art. 321a, 321b et 321d CO)

2.1.1 Devoir général

262. **Nature du devoir.** Le devoir de fidélité et de diligence est une obligation accessoire qui concrétise l'obligation principale de prester. Il s'agit d'un devoir relatif puisque son étendue dépend de l'activité et de la fonction assumée par la personne salariée (art. 321e al. 2 CO).

263. **Nature des dispositions.** Les art. 321a, 321b et 321d CO ne sont pas de nature impérative. Le devoir de fidélité et de diligence peut ainsi être étendu ou limité par une convention entre les parties. Toutefois, les parties doivent respecter les règles impératives qui limitent la liberté contractuelle, telles que l'art. 27 al. 2 CC (protection contre les engagements excessifs), l'art. 328 (protection de la personnalité) et l'art. 336 CO (protection contre les congés). En outre, l'art. 321e CO, en vertu duquel la personne salariée répond du dommage qu'elle cause à la partie employeuse intentionnellement ou par négligence, figure parmi les dispositions relativement impératives (art. 362 CO).

264. **Systématique.** L'art. 321a al. 1 CO consacre l'obligation générale de fidélité et de diligence, dont découle différents devoirs spécifiques prévus aux articles 321a, 321b et 321d CO (N 272-276). Le devoir d'effectuer des heures supplémentaires (art. 321c al. 1 CO) résulte aussi du devoir de fidélité. Il fait l'objet d'un chapitre distinct (N 277-290).

265. **Portée.** En théorie, on distingue fidélité et diligence, la première incluant la deuxième. En pratique, la délimitation s'avère souvent difficile. Par exemple, l'obligation de rendre des comptes et de restituer (art. 321b CO) est une émanation aussi bien de l'obligation de diligence que de celle de fidélité.

a) *Obligation de fidélité*. La personne salariée est tenue de sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de la partie employeuse (art. 321a al. 1 CO). Pour ce faire, elle doit exercer son activité en exploitant ses qualités et ses compétences de son mieux, selon ce que l'on peut attendre d'elle eu égard aux règles de la bonne foi. Elle peut devoir mettre au second plan ses propres intérêts si la sauvegarde des intérêts supérieurs de la partie employeuse l'exige.

La loi met l'accent sur deux aspects de ce devoir : l'interdiction de faire concurrence à la partie employeuse pendant les rapports de travail (art. 321a al. 3 CO) et le devoir de discrétion (art. 321a al. 4 CO).

b) *Obligation de diligence*. La personne salariée doit exécuter avec diligence le travail qui lui est confié (art. 321a al. 1 CO) et traiter avec soin le matériel mis à sa disposition (art. 321a al. 2 CO). Elle observe à cet effet les directives générales de la partie employeuse sur l'exécution du travail ainsi que les instructions particulières qui lui ont été données (art. 321d al. 1 CO).

Comme le contrat individuel de travail n'implique aucune obligation de résultat, la personne salariée ne viole pas son devoir de fidélité et de diligence si elle n'atteint pas le but fixé.

266. **Champ d'application.** Le devoir de fidélité et de diligence naît en principe avec le commencement de l'activité et prend fin en même temps que les rapports de travail. Il dure ainsi pendant tout le contrat, y compris, après une résiliation, pendant le délai de congé et même en cas de libération de l'obligation de travailler.

> **Jurisprudence**. Le cadre d'une entreprise est libéré de l'obligation de travailler avant la fin des rapports de travail. Durant cette période, des

> collègues, qui préparent la création de leur propre société, le contactent. Le cadre apprend ainsi que ces personnes consacrent une partie de leurs heures de travail à créer des machines pour leur compte. L'omission de signaler l'irrégularité engendre une violation du devoir de fidélité, alors même que l'employé était libéré de l'obligation de travailler (TF, 4A_297/2016 du 17 novembre 2016).

Exceptionnellement, le devoir de fidélité et de diligence naît avant la prise de fonction. Par exemple, la personne embauchée pour piloter des avions doit s'abstenir de boire de l'alcool déjà la veille de son premier jour de travail. Par ailleurs, le devoir de discrétion (art. 321a al. 4 CO) s'étend au-delà de la fin des rapports de travail (N 275c).

En principe, le devoir de fidélité et de diligence ne s'étend pas à la vie privée de la personne salariée. Le Tribunal fédéral a jugé, par exemple, que le personnel d'une caisse d'assurance sociale – fonction publique – n'est pas tenu de rapporter à la partie employeuse les fraudes dont il aurait connaissance dans le cadre de la vie privée.

> **Jurisprudence**. L'employée d'une caisse AVS apprend dans un contexte privé qu'un assuré continue à recevoir une rente de veuf, malgré son remariage dont il n'a pas informé la caisse. Celle-ci réclame la restitution des prestations et l'assuré objecte l'échéance du délai d'un an à partir de la connaissance du remariage (art. 25 LPGA). Le Tribunal fédéral rejette l'argument de l'assuré. La connaissance de l'employée ne pouvait être imputée à la caisse (TF, 9C_369/2013 du 2 septembre 2014).

Il existe toutefois des cas particuliers, qui concernent notamment les entreprises dites de conviction (a) et la fonction publique (b).

a) *Entreprises dites de conviction* (*Tendenzbetriebe*). Les entreprises dites de conviction sont celles dont le but n'est pas essentiellement lucratif et qui exercent une activité à caractère spirituel ou intellectuel, c'est-à-dire politique, confessionnel, syndical, scientifique, artistique, caritatif ou similaire (ATF 130 III 699, consid. 4 = JdT 2006 I 193). Les personnes employées par ce type d'entreprise assument un devoir de fidélité accru. Il leur appartient d'éviter tout comportement susceptible de nuire à l'image de l'employeuse et ce, même en dehors de l'activité professionnelle.

> **Jurisprudence**. Un syndicat licencie un juriste au motif qu'il appartient à une secte et fréquente les partis politiques d'extrême droite, soutenant ainsi des idées opposées à celles du syndicat, proche du parti socialiste. Dans une interview, le secrétaire général du syndicat reproche au juriste d'avoir cherché à « infiltrer un syndicat », dont il ne partageait pas les idées. En première instance, le tribunal des prud'hommes du canton de Genève a estimé que le syndicat peut légitimement s'opposer à ce que le personnel

occupant les postes relativement élevés entretienne des liens étroits avec des partis réputés à droite. En l'espèce, la responsabilité assumée par le juriste au sein d'un mouvement « très opposé aux systèmes communistes ou collectivistes et favorable aux idées capitalistes » était incompatible avec son emploi dans le syndicat. Le Tribunal fédéral a néanmoins octroyé une indemnité pour tort moral au juriste, en raison des circonstances stigmatisantes entourant le licenciement et portant atteinte à la personnalité. (ATF 130 III 699, consid. 4.1 = JdT 2006 I 193, N 340, 411).

b) *Fonction publique*. Les rapports de travail de droit public impliquent aussi un devoir de fidélité accru.

Jurisprudence. Un travailleur engagé par le Département de la défense (forces aériennes de l'Armée) se trouve en incapacité totale de travailler. Il recommence à faire du sport – de la chasse – pendant la convalescence. Il est licencié avec effet immédiat. L'art. 20 al. 1 LPers consacre un devoir de loyauté accrue – « *doppelte Loyalität* » –, y compris en dehors du service. Le personnel doit sauvegarder à la fois les intérêts de la partie employeuse et ceux de la Confédération. Or, le collaborateur en question est connu dans la commune où il vit. Son comportement a ainsi porté atteinte à la réputation de la Confédération et menacé la confiance des administrés, causant ainsi une rupture irrémédiable du rapport de confiance (TAF, A-73/2014 du 14 juillet 2014).

267. **Mesure de la diligence.** La mesure de la diligence et de la fidélité se détermine au regard du comportement qu'aurait adopté une « personne raisonnable » placée dans la même situation. Dans chaque cas d'espèce, en fonction de l'ensemble des circonstances, on tiendra compte du contenu du contrat, du risque professionnel (du type de travail à effectuer), des instructions générales et particulières données par la partie employeuse (321d CO), des aptitudes et qualités de la personne salariée que la partie employeuse connaissait ou aurait dû connaître, de l'usage propre à chaque profession et de la position hiérarchique occupée au sein de l'entreprise (cf. art. 321^{e} CO).

En raison du crédit particulier et de la responsabilité que lui confère sa fonction dans l'entreprise, le comportement du personnel d'encadrement sera apprécié avec une rigueur accrue.

Jurisprudence. Après quelques mois d'activité, une infirmière-cheffe occupée par un EMS fait état auprès de ses subordonnés de ses dissensions avec la nouvelle directrice et critique devant eux le style de gestion de la partie employeuse au lieu de défendre les choix de l'institution devant son équipe (fonction de représentation). Elle exprime son refus de travailler avec la nouvelle direction et son souhait de quitter l'EMS en l'absence de

changement. Une telle attitude de la part d'un membre du personnel d'encadrement constitue une violation de l'obligation de fidélité. Elle entraîne la rupture du lien de confiance. Par conséquent, le licenciement qui reposait sur ce motif n'était pas abusif (ATF 127 III 86, consid. 2c).

268. **Aspect négatif.** La partie salariée doit s'abstenir de tout comportement pouvant léser la partie employeuse, en particulier sur le plan économique (dommage économique, débauchage).

Jurisprudence. Une personne salariée a pour habitude de laisser son badge à une autre personne qu'elle charge de timbrer à sa place. Parfois, elle vient au travail, timbre, rentre chez elle et revient au travail plus tard. Elle manipule la timbreuse à son avantage et commet ainsi une violation grave du devoir de fidélité. La salariée invoque le caractère dérisoire des montants concernés. Or, l'élément déterminant est la rupture du rapport de confiance et non l'ampleur du dommage (TF, 4A_395/2015 du 2 novembre 2015).

Le fait de ridiculiser la partie employeuse est contraire au devoir de fidélité.

Jurisprudence. Un apprenti de 24 ans projette devant le personnel de l'entreprise un film décrivant son employeuse comme allant vers un naufrage, à l'instar du Titanic, à cause du départ d'une de ses directrices. Il s'est ainsi rendu coupable d'une satire ridiculisant son employeuse et, partant, a manqué à son devoir de fidélité au sens de l'art. 321a al. 1 CO (TF, 4D_56/2016 du 31 octobre 2016).

La personne salariée doit s'abstenir de porter atteinte à la personnalité de supérieurs hiérarchiques, de collègues ou de la clientèle. En effet, de telles atteintes sont susceptibles d'entraîner la responsabilité contractuelle de la partie employeuse et l'obligation, pour cette dernière, de verser une indemnité pour tort moral (art. 49 et 328 CO).

Jurisprudence. Un travailleur qui menace un collègue de « lui faire la peau » commet une grave violation de l'art. 321a CO, même en l'absence de dépôt de plainte. L'obligation de la partie employeuse de protéger la personnalité de son personnel justifie un licenciement avec effet immédiat (ATF 127 III 351).

En outre, la personne salariée qui commet des infractions pénales peut se voir reprocher une violation de son devoir de fidélité lorsque ses actes portent atteinte à la réputation de l'entreprise ou ont une incidence sur l'activité professionnelle.

Exemple. Le serveur d'une cafétéria ne viole pas son obligation de fidélité s'il a commis une entrave au service des chemins de fer (art. 238 CP) en dehors de ses heures de service.

269. **Aspect positif. Devoir d'informer.** La personne salariée doit avertir la partie employeuse de toute perturbation, dommage imminent, abus ou irrégularité dans l'entreprise afin de lui permettre de prendre les mesures nécessaires. Plus la personne salariée occupe une position hiérarchique élevée, plus ce devoir d'information – aussi appelé devoir de signalement – est important. Pareil *whistleblowing* à l'interne doit être distingué du *whistleblowing* externe à l'entreprise, dont il est question plus loin (N 275).

Par ailleurs, la personne salariée doit informer la partie employeuse de ses absences prévisibles, comme le service militaire ou les incapacités de travail agendées (par ex. opération). En cas d'incapacité de travail soudaine, elle doit rapidement informer la partie employeuse. En cas de grossesse, la travailleuse n'a pas l'obligation d'annoncer son état pour obtenir la protection de l'art. 336c CO (ATF 135 III 349), sous réserve d'un abus de droit (art. 2 al. 2 CC).

270. **Existence d'une violation.** La reconnaissance d'une violation du devoir de fidélité et de diligence n'est pas subordonnée à l'existence d'un dommage ; la simple probabilité de préjudice suffit.

> **Jurisprudence**. Le travailleur qui, en parallèle de son activité à temps plein, travaille comme directeur d'agence pour une entreprise concurrente, qui vise la même clientèle et propose les mêmes prestations que celles offertes par la partie employeuse, viole son devoir de fidélité, même en l'absence de dommage effectif (TF, 4C.221/2004 du 26 juillet 2004).

271. **Conséquences d'une violation.** En fonction du degré de gravité d'une violation commise par la personne salariée, la partie employeuse peut envisager plusieurs sanctions, en particulier le licenciement, parfois avec effet immédiat (art. 337 CO, N 442-444), voire la sanction disciplinaire, telle qu'une peine conventionnelle (art. 160 ss CO), pour autant que le contrat prévoie cette dernière. La partie employeuse peut aussi demander la réparation du dommage sur la base d'une action en responsabilité de la personne salariée (art. 321e CO, N 291-297). En cas de mauvaise exécution ou d'inexécution, elle peut également mettre formellement la personne salariée en demeure (art. 82 et 102 ss CO).

2.1.2 Devoirs spécifiques

272. Obligation d'observer les directives et instructions (art. 321d al. 2 CO).

a) *Portée*. Le pouvoir de directive de la partie employeuse constitue le corollaire de sa responsabilité pour le risque de l'entreprise. Il permet de mettre en oeuvre, moyennant les consignes adressées au personnel, le devoir de structurer l'organisation du travail, de veiller à la bonne intégration des personnes salariées, pour assurer tant le bon fonctionnement des processus de travail et que les conditions de travail optimales et respectueuses de la personnalité.

b) *Types de directives*. Il existe des directives générales et particulières. Dans le premier cas, elles peuvent figurer dans un règlement du personnel – qui complète le contrat individuel de travail – ou d'un règlement d'entreprise au sens des articles 37 ss LTr (N 177-180). Dans le second cas, la partie employeuse adresse des instructions particulières à une ou plusieurs personnes salariées déterminées, pour réglementer le quotidien de l'activité.

c) *Forme*. La loi ne prescrit aucune forme. Les directives peuvent être délivrées oralement ou par écrit (circulaire, code de conduite, règlement du personnel, lettre, note, courriel, SMS, inscription sur un tableau, etc.), du moment que leur communication est claire et, en principe, expresse. Il appartient à la partie employeuse de prouver la communication effective et le contenu des instructions (art. 8 CC).

d) *Respect de la personnalité*. Les directives doivent respecter la personnalité de la personne salariée (art. 328 CO). La partie employeuse ne peut imposer des changements incompatibles avec la situation personnelle, familiale ou sociale, ni « modifier ou restreindre le domaine d'activité d'un travailleur occupé depuis des années sans avoir recherché au préalable à en discuter avec lui » (TF, 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, consid. 4.2).

e) *Respect du contrat de travail*. Le droit de donner des instructions ne signifie pas que la partie employeuse est autorisée à modifier unilatéralement le contrat de travail. L'instruction qui outrepasse le cadre du contrat constitue une offre de modifier ce contrat, soumise à l'acceptation de la personne salariée. La distinction entre une directive légitime et l'offre de modification peut s'avérer délicate. Plus le contrat ou

le cahier des charges sont précis et moins la partie employeuse pourra réviser ce qui a été convenu au moyen de directives.

> **Jurisprudence**. La partie employeuse ne peut en principe pas imposer à la personne salariée d'effectuer d'autres tâches que celles prévues par le contrat individuel de travail (TF, 4C.155/2005 du 6 juillet 2005).

En principe, la partie employeuse fixe le lieu de travail. Elle peut changer ce dernier au titre de son pouvoir d'énoncer des directives et des instructions (art. 321d CO). Toutefois, lorsqu'il est déterminé par le contrat, le lieu de travail ne devrait pas être modifié sans l'accord de la personne salariée. Il faut réserver les circonstances exceptionnelles (comme la nécessité de freiner la propagation d'une épidémie) susceptibles de justifier un déplacement temporaire du lieu de travail (au domicile de la personne salariée, par exemple). En toutes hypothèses, la partie employeuse est tenue de s'assurer que le changement imposé n'entraîne aucune atteinte à la personnalité (art. 328 CO).

> **Jurisprudence**. La partie employeuse excède son pouvoir si elle veut imposer à son employée un déplacement important de son lieu de travail, empêchant celle-ci de rentrer chez elle à midi pour préparer le repas de sa famille (décision genevoise, in : JU-TRAV 1985 p. 12).

Par ailleurs, le contrat peut prévoir une clause de mobilité, grâce à laquelle la partie employeuse a le droit d'exiger un changement du lieu de travail dans le cadre de son pouvoir d'énoncer des directives. Toutefois, la partie employeuse ne peut jamais exiger de la personne salariée qu'elle change de lieu de travail pour n'importe quelle succursale du groupe, sans se préoccuper des circonstances (cf. art. 27 al. 2 CC).

f) *Devoir d'obéissance*. De son côté, la partie salariée, soumise au rapport de subordination (art. 319 CO), doit respecter les directives selon les règles de la bonne foi (art. 321d al. 2 CO). Toutefois, elle a le devoir de signaler toute directive susceptible de porter atteinte aux intérêts légitimes de la partie employeuse (N 269). En outre, la partie salariée a le droit de refuser d'exécuter des directives illicites ou contraires aux mœurs (art. 20 CO). Toute sanction prise à son encontre en raison de l'exercice de ce droit serait injustifiée.

273. Obligation de traiter avec soin le matériel (art. 321a al. 2 CO).

a) *Portée.* La personne salariée doit utiliser selon les règles et avec soin le matériel (téléphone, ordinateur, etc.) mis à sa disposition. Elle doit veiller au bon fonctionnement et signaler toute défectuosité. Sauf accord contraire de la partie employeuse, elle s'en servira pour l'exécution de son travail et

non à des fins personnelles. Une utilisation privée doit être expressément convenue.

> **Jurisprudence**. L'employé administrateur utilise l'avion de la société pour transporter des clients pour son propre compte. Il viole son devoir de fidélité, auquel il était tenu en tant qu'employé (art. 321a CO) et comme administrateur (art. 717 CO) (TF, 6B_984/2014 du 7 avril 2015).

b) *Usage privé du matériel informatique*. La gestion du matériel informatique pose des problèmes délicats. Il est courant que la partie employeuse offre un smartphone ou une tablette (Choose Your Own Device) ou demande à la personne salariée de travailler avec son matériel personnel (Bring Your Own Device), éventuellement contre dédommagement. Dans ces conditions, la frontière entre une utilisation professionnelle et privée s'efface.

En outre, l'utilisation du matériel informatique fourni par l'entreprise à des fins privées peut entraîner sa contamination par des virus susceptibles de causer des dommages, de porter atteinte à la sécurité du système et de révéler des secrets de l'entreprise.

L'usage privé de la messagerie électronique professionnelle et de l'Internet mis à disposition par l'entreprise est en principe admis, tant que cette utilisation n'a pas d'impact sur le bon accomplissement du travail et que la personne salariée n'exagère pas. Pour juger si un comportement viole l'obligation de fidélité, on peut se demander si la personne salariée est efficace malgré l'utilisation en cause, si celle-ci a occasionné des coûts ou des dommages et si elle a porté atteinte à la réputation de l'entreprise.

> **Jurisprudence**. Un employeur fait enlever des ordinateurs se trouvant dans l'entreprise les jeux livrés avec le programme standard. Un travailleur ayant une position hiérarchique élevée réinstalle et joue néanmoins à ces jeux, pendant ses heures de travail. En utilisant le matériel professionnel à des fins récréatives, il lèse les intérêts légitimes de la partie employeuse (TF, 4C.106/2001 du 14 février 2002).

> **Jurisprudence**. Le service informatique des CFF remarque une consultation très fréquente de sites pornographiques et, suite à ce constat, analyse les données de deux employés soupçonnés. Ces derniers ont consulté pendant plusieurs heures par jour des sites pornographiques (l'un pendant 2 heures par jour et l'autre pendant 5 heures par jour environ). Une telle utilisation du matériel informatique pendant les heures de travail porte atteinte à la réputation des CFF et justifie un licenciement avec effet immédiat. Un avertissement préalable aurait été inutile dès lors que les deux employés ont régulièrement ignoré les fenêtres informatiques avertissant qu'ils consultaient des sites interdits (ATF 143 II 443).

En théorie, il est possible d'interdire totalement un usage privé, mais la mise en œuvre et le contrôle de cette mesure sont difficiles. En pratique, de nombreuses entreprises ont adopté un règlement sur l'utilisation de la messagerie électronique et de l'Internet, qui précise les droits et obligations des personnes salariées, définit les moyens de surveillance et prévoit les sanctions applicables en cas de manquement.

Sur la surveillance électronique du personnel : voir N 358, protection de la personnalité.

274. Interdiction du travail rémunéré pour un tiers (art. 321a al. 3 CO).

En principe, le travail rémunéré pour un tiers est permis – pour autant que les maximas impératifs relatifs à la durée du travail ne soient pas dépassés (art. 9 LTr) (N 147, 283). Une interdiction totale serait difficilement compatible avec les art. 328 CO et 27 CC.

Toutefois, le travail rémunéré pour un tiers est interdit lorsqu'il entraîne une violation du devoir de fidélité à l'égard de la partie employeuse. Nous présentons plusieurs hypothèses qui illustrent une telle violation (a). Ensuite, nous détaillons deux thématiques particulières (b) : la préparation d'une activité future (aa) et le travail à temps partiel (bb).

a) *Illustrations*. Le travail rémunéré pour un tiers est interdit lorsque la partie salariée, par son activité, viole son devoir de fidélité, en particulier lorsqu'elle fait concurrence à la partie employeuse (N 274 a) aa), qu'elle nuit à son image (N 274 a) bb) ou travaille pendant les vacances (N 274 a) cc).

aa) Rapport de concurrence. Lorsque l'activité pour un tiers présente un rapport de concurrence avec celle réalisée auprès de la partie employeuse, la loi présume la violation de l'obligation de fidélité. Par conséquent, la personne salariée doit obtenir l'autorisation des parties employeuses, par exemple en cas d'activité multiple à temps partiel. Le risque n'est de loin pas théorique, puisque les personnes cumulant des contrats à temps partiel cherchent fréquemment à occuper la même fonction dans le même secteur d'activité.

bb) Atteinte à l'image de l'entreprise. Le devoir de fidélité peut également être violé lorsque l'activité porte préjudice à la réputation de l'entreprise.

> **Jurisprudence**. Un contrat de travail lie une fondation d'utilité publique (E.) et un magasinier (T.). Durant la soirée du personnel, T. se vante auprès de ses collègues d'exercer une activité parallèle sans l'avoir déclarée au

> fisc. Il a également commis, selon ses dires, des fraudes à l'assurance. E. licencie T. en raison de la rupture du lien de confiance, circonstance aggravée par sa position de cadre. Le TF reconnaît que T. a violé son devoir de fidélité pour plusieurs raisons. En particulier, T. a porté atteinte à l'image de la fondation en commettant une soustraction fiscale alors qu'il travaillait pour une fondation d'utilité publique subventionnée par l'Etat. Le licenciement n'est pas abusif (TF, 4A_138/2015 du 27 juillet 2015).

cc) Travail pendant les vacances. L'art. 321a al. 3 CO interdit le travail rémunéré pendant les vacances. Le travail non rémunéré n'est pas libre non plus, car il peut contrevenir à l'art. 321a al. 1 CO. En effet, pendant les vacances, le travail – rémunéré ou non –, peut poser deux problèmes.

Premièrement, l'activité déployée pendant les vacances peut violer l'obligation de fidélité, par exemple, si elle est concurrente à l'activité déployée pour la partie employeuse ou si elle porte atteinte à l'image de celle-ci.

Secondement, elle est contraire à l'objectif de repos des vacances. Or, pendant ces dernières, la partie employeuse verse un salaire à la personne salariée pour lui permettre de renouveler sa capacité de travail. Par conséquent, l'art. 329d al. 3 CO prévoit que la partie employeuse peut refuser de verser le salaire d'une personne qui travaille pendant ses vacances ou en exiger le remboursement (TF, 4C.68/1999 du 5 juillet 2000). Le travail réalisé pendant une incapacité de travail obéit à la même règle.

> **Exemple**. La personne engagée à temps plein auprès d'une étude d'avocats qui consacre ses vacances à travailler huit heures par jour au Salon de l'automobile viole son obligation de fidélité, bien que les deux postes ne présentent pas de rapport de concurrence.

b) *Thématiques particulières*.

aa) Préparation d'une activité future durant les rapports de travail. Lorsque la personne salariée est soumise à une clause valable d'interdiction de faire concurrence (art. 340 ss CO), elle ne doit ni déployer une activité concurrente après le terme des rapports de travail ni, *a fortiori*, préparer une telle activité pendant les rapports de travail.

En l'absence d'une telle clause, la personne salariée a le droit de préparer une activité ultérieure, même avant la résiliation du contrat de travail, pour autant qu'elle respecte les règles de la bonne foi. En principe, elle n'est pas tenue d'en informer la partie employeuse (TF, 13 septembre 1994, in : JAR 1995, p. 203).

Les préparatifs peuvent consister à créer et inscrire une entreprise concurrente au registre du commerce, tant que la personne salariée ne débute pas son activité avant l'écoulement du délai de congé. En revanche, la personne salariée ne peut pas compromettre l'exécution normale du travail qu'elle s'est obligée à fournir au service de la partie employeuse, ni lui faire concurrence avant la fin du délai de congé en recrutant du personnel ou en détournant de la clientèle (TF, 4A_22/2014 du 23 avril 2014).

La limite entre les préparatifs admissibles et un véritable détournement de la clientèle n'est pas toujours facile à tracer.

> **Jurisprudences**. Le simple fait d'informer la clientèle que l'activité de conseil sera poursuivie dans une autre structure ne constitue pas une violation du devoir de fidélité (ATF 138 III 67).
>
> Dans une autre affaire, A. et B. travaillent pour E., active dans un marché très fermé où peu de compagnies offrent des prestations similaires. B. détient une position de cadre, travaille à 100% et a signé une clause de prohibition de faire concurrence. Entre le 7 novembre et le 8 décembre 2006, A. et B. élaborent des « business plans » confidentiels pendant les heures de travail. De plus, B. encaisse des commissions pour son propre compte dans le cadre d'un contrat de commission conclu avec une compagnie d'assurance alors qu'il travaille encore pour E. En outre, A. et B. prennent les listes de clients de E. ainsi que celle du personnel. Ils ont donc cherché, en cours d'emploi, à détourner la clientèle et le personnel de E. Le 21 décembre 2006, A. et B. sont licenciés avec effet immédiat en raison de la préparation d'une société concurrente. Le TF confirme la violation grave de l'obligation de fidélité commise en préparant une activité concurrente future sans l'accord de la partie employeuse (TF, 4A_404/2014 et 4A_397/2014 du 17 décembre 2014 : affaires non jointes, mais faits similaires).

bb) Travail à temps partiel. L'art. 321a al. 3 CO s'applique de manière limitée aux personnes employées à temps partiel. L'activité multiple – le cumul d'emplois à temps partiel – est en principe permise, sauf si elle porte préjudice aux intérêts légitimes de l'une des parties employeuses. Le contrat de travail peut prévoir que la personne salariée a le devoir d'informer la partie employeuse avant de s'engager dans une activité multiple, voire de requérir son accord.

275. Obligation de garder le secret (art. 321a al. 4 CO).

a) *Portée*. Les secrets sont des faits que la partie employeuse a expressément qualifiés de secrets ou des faits accessibles à un nombre

limité de personnes, qui revêtent un caractère objectivement important et dont le caractère confidentiel ressort des circonstances, c'est-à-dire dont la partie employeuse préfère *a priori* garder la confidentialité. L'intérêt au maintien du secret est présumé. L'art. 321a al. 4 CO ne s'applique qu'aux secrets appris dans le contexte professionnel, à savoir ceux qui se situent dans la sphère de l'entreprise, peu importe qu'ils aient été confiés à la personne salariée ou que celle-ci les ait connus par hasard.

Quant aux secrets de fabrication (procédés de fabrication, plans de construction, etc.), ils touchent nécessairement à des questions techniques qualifiables de spécifiques et doivent se montrer dignes de protection eu égard à leur valeur économique. Il ne peut s'agir de connaissances qui peuvent être acquises dans toutes les entreprises de la même branche (ATF 138 III 67).

Enfin, les secrets d'affaires (prix, marge de bénéfice, fichiers Excel, listes de clients, etc.), sont ceux qui portent sur la pratique de l'entreprise, son organisation commerciale et ses créneaux économiques, tels que sa clientèle.

b) *Whistleblowing*. Le devoir de signaler les irrégularités (N 269 ; aspect positif) peut entrer en collision avec le devoir de discrétion (art. 321a al. 4 CO), lorsque la personne salariée doit dénoncer des faits susceptibles de porter préjudice à l'image de la partie employeuse – faits que celle-ci a souvent intérêt à connaître. La tension entre ces deux obligations se résout – non sans difficulté en pratique – moyennant le respect du principe de la proportionnalité. Ce dernier exige de signaler les irrégularités en suivant une cascade de responsables : commencer par avertir la partie employeuse (signalement interne), puis, en cas d'échec, s'adresser à l'autorité compétente et enfin, en l'absence d'effet de cette deuxième dénonciation, alerter l'opinion publique (signalement externe) (ATF 127 III 310).

> **Jurisprudence**. L'employée d'un EMS (T.), veilleuse de nuit, tourne un film à l'insu de la partie employeuse (E.) au sein de l'établissement afin de dénoncer les mauvais traitements réservés aux patients et les mauvaises conditions de travail du personnel. La travailleuse remet ensuite le film à la RTS (anciennement TSR), qui le diffuse, accompagné d'une interview de T. Par ailleurs, T. alerte un syndicat, qui organise une manifestation sur le lieu de travail, non annoncée à la partie employeuse. T. est licenciée avec effet immédiat. Quelque temps plus tard, l'autorité de surveillance refuse de renouveler l'autorisation d'exploiter l'EMS. Il n'en demeure pas moins qu'aux yeux du TF, T. a violé son obligation de discrétion. En effet, il existait certes en l'espèce un intérêt public prépondérant à la dénonciation des infractions pénales ou administratives commises par la partie

> employeuse. Il fallait toutefois respecter le principe de proportionnalité, de sorte que la travailleuse ne pouvait pas d'emblée s'adresser aux médias (ATF 127 III 310).

Un projet de révision tendant à inscrire cette procédure dans le Code des obligations a été définitivement refusé par le Conseil national le 5 mars 2020 (Objet n°1394).

c) *Durée de l'obligation*. L'obligation de garder le secret perdure, quoique dans une mesure atténuée, après le terme du contrat, « en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes » de la partie employeuse (art. 321a al. 4 *in fine* CO). Dans cette limite, la personne salariée reste libre d'utiliser les capacités et connaissances acquises chez la précédente partie employeuse, à défaut de quoi son avenir professionnel se trouverait compromis (TF, 4A_417/2008 du 3 décembre 2008). Si la partie employeuse souhaite réduire une telle marge de manoeuvre, il lui appartient de proposer la conclusion d'une clause d'interdiction de faire concurrence (art. 340 ss CO).

276. Obligation de rendre compte et de restituer (art. 321b CO).

a) *Portée*. Pendant le contrat, l'art. 321b CO prévoit que la personne salariée rend compte et remet immédiatement à la partie employeuse tout ce qu'elle reçoit pour cette dernière dans l'exercice de son activité contractuelle, notamment des sommes d'argent, et plus largement tout ce qui résulte de l'activité professionnelle exercée. Au moment de la fin des rapports de travail, l'art. 339a al. 1 CO dispose que « les parties se rendent tout ce qu'elles se sont remis pour la durée du contrat, de même que tout ce que l'une d'elles pourrait avoir reçu de tiers pour le compte de l'autre », sous réserve d'un droit de rétention exercé conformément à l'art. 395 CC.

> **Jurisprudence**. Les documents reçus par la personne salariée après la fin des rapports de travail ne sont pas couverts par l'obligation de restitution (ATF 141 III 23).

La personne salariée peut compenser sa dette en restitution avec les créances (p. ex. salaires) qu'elle détient vis-à-vis de la partie employeuse, à moins qu'elle n'ait renoncé à une telle option par avance (art. 126 CO).

b) *Sommes d'argent*. La personne salariée doit établir un décompte des sommes d'argent qu'elle encaisse pour la partie employeuse, avec les pièces justificatives correspondantes. La personne salariée doit les intérêts des sommes qu'elle restitue avec du retard, sans que la partie employeuse ne doive procéder à une mise en demeure (art. 400 al. 2 CO par analogie).

Le sort des pourboires et des pots-de-vin appelle quelques explications supplémentaires.

aa) Pourboires. Les pourboires sont des versements que la personne salariée reçoit pour son propre compte, à titre de complément de revenus, et non pour celui de la partie employeuse. Ces sommes sortent donc du champ d'application de l'art. 321b al. 1 CO. La réglementation du sort des pourboires est en principe pleinement soumise à la liberté contractuelle. La personne salariée peut généralement les garder pour elle, les partager avec ses collègues, ou devoir en restituer une partie à la partie employeuse. Toutefois, un accord prévoyant la restitution intégrale des pourboires à la personne salariée peut porter atteinte à sa personnalité (art. 328 CO) et constituer un engagement excessif (art. 27 CC).

> **Exemple**. La convention collective de travail pour l'hôtellerie-restauration suisse (CCNT 2017) précise que le système de rémunération choisi ne peut pas inclure les contributions spontanées de la clientèle (art. 9 al. 3).

bb) Pots-de-vin (corruption). La personne salariée qui accepte un pot-de-vin en échange de l'octroi d'une faveur risque de privilégier d'autres intérêts que ceux de la partie employeuse. Par conséquent, elle a le devoir de refuser un tel versement ou de retourner le cadeau au donateur. La violation de l'obligation prévue à l'art. 321b CO peut exister indépendamment de la survenance d'un dommage.

> **Jurisprudence**. Le Tribunal fédéral explique que le simple fait d'accepter un pot-de-vin est contraire au devoir de fidélité et ruine les rapports de confiance entre l'employeur et le salarié, même lorsqu'il n'en résulte aucun dommage matériel pour l'employeur. Il ne saurait en aller différemment de la sollicitation de pot-de-vin puisque dans un tel cas, l'initiative de la corruption provient du salarié lui-même (ATF 124 III 25).
>
> Un « cadeau » de CHF 55 000.- donné par un client à un directeur de banque à la conclusion d'une importante affaire constitue un pot-de-vin (décision zurichoise, in : ZR 87 (1988) N 72).

L'art. 4a LCD prohibe la corruption dans le secteur privé en tant que comportement déloyal et illicite au sens de l'art. 2 LCD. En cas de violation, l'art. 9 LCD rappelle l'accès de la partie lésée aux actions civiles défensives (art. 28 ss CC) et réparatrices (art. 41 ss, art. 97 ss CO).

En outre, le Code pénal érige la corruption privée active (art. 322^{octies} CP) et passive (art. 322^{novies} CP) au rang d'infractions, assorties de la peine plafond de trois ans d'emprisonnement. L'art. 322^{decies} CP permet l'acceptation d'avantages autorisés par un règlement de service ou

convenus par contrat, ainsi que ceux de faible importance, conformes aux usages sociaux.

cc) Cadeaux usuels. La limite entre les cadeaux usuels (échantillons, calendriers, bouteilles de vin, chocolat, etc.) et les pots-de-vin doit être déterminée en fonction des usages et des circonstances du cas d'espèce. En cas de doutes, il revient à la personne salariée d'informer et d'interpeller la partie employeuse.

> **Exemple**. Le code de comportement de l'administration fédérale concrétise l'art. 21 al. 3 LPers en fixant le montant maximum des avantages de faible importance à CHF 200.-. Les dons qui vont au-delà et qui, pour des raisons de politesse (p. ex affaires consulaires ou diplomatiques), ne peuvent être refusés, doivent être remis par le personnel à l'autorité compétente.

c) *Remise du résultat de l'activité*. Selon l'art. 321b al. 2 CO, la personne salariée doit remettre tout ce qu'elle produit dans le cadre de son travail (plans, calculs et esquisses) à la partie employeuse, à qui le résultat de l'activité professionnelle exercée appartient.

d) *Inventions et designs*. L'art. 332 CO contient des règles spécifiques qui régissent les inventions – brevetables ou non – et designs créés par la personne salariée dans l'exercice de son activité (voir aussi art. 17 LDA).

> **Jurisprudence**. Un œnologue élabore un assemblage de vin, lui trouve un nom et dépose une marque dans le cadre de son activité contractuelle. Ce faisant, il a réalisé une invention de service au sens de l'art. 332 al. 1 CO qui appartient à la partie employeuse (TF 6B_310/2014 du 23 novembre 2015).

2.2 Devoir de réaliser des heures supplémentaires, limites imposées par la LTr et compensation (art. 321c CO et art. 9 à 13 LTr)

277. **Système.** En matière de durée du travail, deux réglementations se superposent. L'art. 321c CO prévoit un régime de droit privé, alors que les art. 9, 12 et 13 LTr aménagent un cadre de droit public. Contrairement à la terminologie légale, il convient de parler d'« heures supplémentaires » dans le système de droit privé et de réserver l'expression « heures de travail supplémentaire » au contexte du droit public.

2.2.1 Régime de droit privé

278. **Définitions.** Il convient de distinguer les heures supplémentaires (a) du solde positif accumulé dans le cadre d'un horaire flexible (b) et de la modification du contrat de travail (c).

a) *Les heures supplémentaires*. L'art. 321c CO vise les heures qui excèdent le temps de travail normalement convenu (dans le contrat, une CCT ou un contrat-type) et qui sont nécessaires à l'accomplissement du travail demandé.

> **Exemple** : le contrat de travail prévoit un horaire hebdomadaire de 40 heures et la personne salariée doit travailler 42 heures durant une semaine. La personne salariée fournit 2 heures supplémentaires.

b) *Solde positif et horaire de travail flexible*. Il convient de distinguer les heures supplémentaires du solde positif accumulé dans le cadre d'un horaire de travail flexible (*gleitende Arbeitszeit*). En effet, les parties peuvent convenir que la personne salariée, dans un cadre prédéfini, détermine librement la durée de son temps de travail journalier, pourvu qu'à l'issue d'une période de référence, elle ait accompli le nombre d'heures contractuellement dues. Généralement, des heures de présence obligatoire (plages « bloquées ») doivent être respectées, la personne salariée pouvant s'organiser librement le reste du temps. En contrepartie de cette autonomie, celle-ci doit spontanément compenser par un congé le solde de travail excédentaire qu'elle a librement accumulé. Si elle laisse croître ce solde positif dans une mesure importante, elle assume le risque de ne pas pouvoir le compenser en cas de résiliation du contrat, laquelle peut survenir en tout temps. Une indemnisation du travail effectué en plus n'entre en considération que si les besoins de l'entreprise ou des directives de la partie employeuse empêchent la personne salariée de récupérer ses heures en dehors des plages bloquées, à l'intérieur de l'horaire de travail flexible ; il ne s'agit alors plus de solde positif dans l'horaire flexible, mais de véritables heures supplémentaires. S'il peut paraître délicat de délimiter les heures supplémentaires du solde bénéficiaire dans le cadre d'un horaire flexible, il faut garder à l'esprit que les premières sont imposées par les besoins de l'entreprise ou les instructions de la partie employeuse, tandis que le solde excédentaire est librement accumulé par la personne salariée (TF, 4A_227/2016 du 24 octobre 2016, consid. 4.2).

c) *Modification du contrat de travail*. Il convient également de se demander si la réalisation systématique et durable d'heures supplémentaires n'entraîne pas une modification tacite du contrat. Dans

l'affirmative, la personne salariée ne dispose pas de droit à la compensation au sens de l'art. 321c al. 2 et 3 CO. Une augmentation du salaire devrait cependant être négociée.

279. **Devoir d'effectuer des heures supplémentaires. Conditions.** L'art. 321c al. 1 CO est de nature absolument impérative (art. 361 al. 1 CO). Il constitue un cas d'application du devoir de fidélité et de diligence de la personne salariée, qui a l'obligation de réaliser des heures supplémentaires en présence de trois conditions : la nécessité des heures (a), la capacité de les fournir (b) et la bonne foi caractérisant la demande de la partie employeuse (c). L'évaluation de ces critères s'opère au moyen d'une pesée des intérêts en présence.

a) *Nécessité des heures*.

aa) Circonstances particulières. Le tribunal apprécie dans chaque cas si les circonstances exigeaient la réalisation d'heures supplémentaires (art. 4 CC). Il doit s'agir de circonstances momentanées dues à des évènements inhabituels (clôture de l'exercice comptable, remplacement d'un collègue momentanément absent, perturbation dans l'entreprise, nécessité de soigner un grand nombre de malades suite à une épidémie, etc.). Les critères de l'art. 12 LTr peuvent servir de référence (N 148, 284). Non seulement ces circonstances doivent exister, mais elles doivent de surcroît exiger des heures supplémentaires. Une mauvaise organisation du travail ou un manque chronique de personnel ne justifient pas le recours à des heures supplémentaires (décision lucernoise, in : JAR 1994 p.131).

bb) Qualité pour déterminer la nécessité. Il appartient en principe à la partie employeuse d'apprécier la nécessité et d'ordonner les heures supplémentaires.

Exceptionnellement, la personne salariée peut prendre l'initiative de les effectuer, par exemple si la partie employeuse absente ne peut donner les instructions à temps (inondation, commande urgente et inopinée, mais primordiale pour les affaires, etc.). Le droit à la compensation des heures spontanément accomplies dépend de l'existence d'une justification objective. Il s'agit pour la personne salariée de démontrer que la préservation des intérêts de la partie employeuse nécessitait l'accomplissement d'heures supplémentaires (ATF 129 III 171 ; cf. N 288).

La personne salariée doit alors annoncer celles-ci sans retard à la partie employeuse pour respecter son obligation de diligence.

Sont également nécessaires les heures réalisées spontanément mais dont la partie employeuse a ou devrait avoir connaissance (par exemple en présence d'indices que le temps de travail convenu ne suffit pas pour effectuer les tâches confiées) et au sujet desquelles elle n'émet aucune protestation. La personne salariée peut déduire d'un tel silence un accord qui l'exempte du devoir d'annonce (ATF 129 III 171, consid. 2.3 ; TF, 4A_484/2017 du 17 juillet 2018, consid. 2.3).

En revanche, les heures excédant l'horaire contractuel, accomplies spontanément par la personne salariée, sans consentement de la partie employeuse et sans nécessité ne méritent pas rémunération, faute de revêtir la qualité d'heures supplémentaires (ATF 86 II 155).

b) *Capacité de la personne salariée*. Sous réserve des cas d'urgence, la partie employeuse doit anticiper le besoin de réaliser des heures supplémentaires. A défaut, elle doit accepter qu'une personne salariée refuse d'accéder à une demande tardive eu égard à sa situation familiale (décision zurichoise, in : JAR 1990 p. 156).

c) *Bonne foi*. La partie employeuse doit fonder sa demande sur des besoins objectifs et s'abstenir de toute demande chicanière, tout en tenant compte de la situation personnelle de l'intéressé (responsabilités familiales, éloignement du domicile, âge, heures supplémentaires). Il lui appartient par conséquent d'organiser les heures avec un minimum de prévisibilité, sauf en cas d'urgence.

> **Exemples**. Sont en principe contraires à la bonne foi :
>
> aa) les heures supplémentaires ordonnées tardivement. La personne salariée peut refuser une demande effectuée en fin d'après-midi pour le soir même (décision zurichoise, in : JAR 1990 p 156) ;
>
> bb) les heures supplémentaires qui imposent de longs trajets en bus ou des déplacements en taxi couteux.

280. **Refus de réaliser les heures supplémentaires.** Si la personne salariée refuse de réaliser les heures supplémentaires alors que les trois conditions sont remplies, elle s'expose aux sanctions prévues en cas de violation du devoir de fidélité et de diligence (N 271).

En revanche, il suffit qu'une seule des trois conditions ci-dessus fasse défaut pour que la personne salariée soit en droit de refuser l'exécution des heures supplémentaires. Le licenciement qui serait prononcé suite à un tel refus serait abusif (art. 336 al. 1 let. d CO) et injustifié si la partie employeuse le prononce avec effet immédiat (art. 337c CO).

281. **Compensation.** La partie employeuse est tenue de compenser les heures supplémentaires. Eu égard aux articles 27 CC, 328 CO et 341 al. 1 CO (N 640-641), la jurisprudence a fortement limité la possibilité de supprimer toute compensation des heures supplémentaires. La formulation de l'art. 321c CO lui confère une nature impérative, même en l'absence de mention dans la liste non exhaustive des art. 361 et 362 CO (ATF 129 III 171). L'analyse des trois alinéas de l'art. 321c CO met en évidence le système suivant.

a) *Compensation en argent (le principe)*. Les heures supplémentaires sont rétribuées au moyen du salaire normal (y compris 13e salaire), majoré d'un quart (art. 321c al. 3 CO), soit 125%. Les parties peuvent modifier ce taux, mais seulement en la forme écrite. Le respect de la forme (art. 13 al. 1 CO) implique de passer l'accord par contrat individuel, CTT ou CCT. La dérogation est en principe valable lorsqu'elle figure dans le règlement d'entreprise, si les parties l'incorporent – donc le signent – dans le contrat individuel de travail, même par un renvoi général (TF, 4C.407/2004 du 7 janvier 2005). L'accord dérogatoire peut soustraire le 13e salaire de l'assiette de calcul, réduire la rémunération en-dessous de 125% (par exemple à 70% du taux horaire, à 100%, c'est-à-dire en supprimant le supplément de 25%), l'augmenter (par exemple, 150%) ou la supprimer en totalité. Sous peine de nullité, une exclusion totale de la rémunération doit expressément prévoir que les heures supplémentaires sont payées forfaitairement. Le salaire doit alors effectivement atteindre un montant suffisamment élevé pour constituer la contre-prestation du travail fourni (N 290, 641).

b) *Compensation en nature (l'exception)*. Avec l'accord de la personne salariée, les heures supplémentaires peuvent être compensées par un congé d'une durée au moins égale aux heures supplémentaires. La convention n'est soumise à aucune forme ; elle peut donc être tacite (TF, 4A_482/2017 du 17 juillet 2018, consid. 2.1). Pendant le délai de congé, la partie employeuse ne peut pas, en principe, contraindre la personne salariée à compenser ses heures supplémentaires en temps libre, contrairement à ce qui vaut en matière de vacances, en principe prises en nature (N 374). Toutefois, le refus de cette dernière de compenser en temps les heures supplémentaires pourrait être considéré abusif lorsque l'entreprise se trouve en proie à des difficultés financières après avoir dû cesser ou limiter ses activités suite à des circonstances externes et extraordinaires, telles que la survenance d'une pandémie. La compensation en nature doit s'effectuer au cours d'une période appropriée. Les parties peuvent librement fixer cette période du moment qu'elles sont d'accord. À titre de comparaison, l'art. 25 OLT 1 prévoit en principe un délai de 14 semaines après la

réalisation du travail supplémentaire (au sens des art. 12-13 LTr), dans la limite de 12 mois maximum (N 285, en particulier sur la rémunération du repos compensatoire). Les heures supplémentaires ne peuvent pas être compensées par un congé avant même d'avoir été effectuées. Selon l'art. 321c al. 3 CO, les parties peuvent supprimer toute compensation des heures supplémentaires, en espèces ou en nature, par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective de travail. Selon la jurisprudence, une telle exclusion n'est cependant possible qu'à des conditions restrictives (N 290).

2.2.2 Régime de droit public : le travail supplémentaire (art. 9 ss LTr)

282. **Champ d'application de la LTr.** (N 118-129).

283. **Définition.** Le travail supplémentaire existe lorsque le travail réalisé dépasse la durée maximum hebdomadaire (art. 9 al. 1 LTr), soit « 45 heures pour les travailleurs occupés dans les entreprises industrielles ainsi que pour le personnel de bureau, le personnel technique et les autres employés, y compris le personnel de vente des grandes entreprises de commerce de détail » (let. a) et « 50 heures pour tous les autres travailleurs » (let. b). Ainsi, lorsque des heures sont effectuées non seulement au-delà de l'horaire contractuel, mais aussi du maximum horaire hebdomadaire, elles constituent à la fois des heures supplémentaires et des heures de travail supplémentaire.

> **Exemple**. T., employé de bureau, est soumis au maximum hebdomadaire de 45 heures. Son horaire contractuel est de 42 heures hebdomadaires. Il travaille 49 heures pendant une semaine. Il a donc accompli 7 heures supplémentaires (art. 321c CO), dont 4 heures de travail supplémentaire (art. 9, 12 et 13 LTr).

284. **Conditions.** La loi caractérise l'accomplissement du travail supplémentaire comme une exception et soumet ce dernier à des conditions strictes (art. 12 LTr).

a) *Cas autorisés* :

· en cas d'urgence ou de surcroît extraordinaire de travail (let. a), par exemple dans les situations qui dépassent la capacité de production

d'une entreprise de façon inopinée et pour une durée limitée sans justifier l'engagement de personnel auxiliaire

- en cas d'inventaire, d'arrêt des comptes ou de liquidation (let. b)
- lorsque l'entreprise subit ou menace de subir des perturbations, si l'on ne peut attendre de la partie employeuse qu'elle emploie d'autres moyens (let. c)

b) *Limites liées à la protection de la santé de la personne salariée*. Le travail supplémentaire requiert le consentement de la personne salariée ayant des responsabilités familiales (art. 36 al. 2 LTr). Il se limite à deux heures par jour au maximum et à 170 heures par année civile (140 pour les personnes salariées dont la durée normale de travail est de 50 heures) (art. 12 al. 2 LTr).

285. **Compensation.** La personne salariée reçoit un salaire à 125% – et non 25% comme la loi pourrait le laisser croire (art. 13 al 1 LTr *cum* ATF 126 III 337, art. 33 OLT 1) – dans la mesure où le travail supplémentaire doit coûter plus cher que le travail normal. La loi prévoit cependant deux limites au devoir de rétribuer à 125% le travail supplémentaire.

Premièrement, pour les employés de bureau, les techniciens et les autres employés, notamment le personnel de vente des grands établissements du commerce de détail, la loi n'octroie le droit à la rémunération qu'à partir de la 61^{e} heure de travail supplémentaire accomplie dans l'année civile (art. 13 al. 1 LTr). Les employés visés sont les mêmes que ceux listés à l'art. 9 al. 1 let. a LTr. Pour ces personnes, les 60 premières heures sont donc exclues de l'obligation de compensation. Pour ces catégories de personnes salariées, il faut considérer que les soixante premières heures de travail supplémentaire sont régies, quant à l'obligation de les effectuer, par les art. 321c al. 1 CO et 12 LTr, et quant aux compensations à la charge de la partie employeuse, par le régime des heures supplémentaires de travail, au sens de l'art. 321c al. 2 et 3 CO. Finalement, la restriction prévue par l'art. 13 al. 1 LTr n'a de portée qu'en cas d'accord excluant ou limitant la rémunération des heures supplémentaires (TF, 4C.47/2007 du 8 mai 2007 ; N 281), comme l'indiquent les données en gras dans le tableau ci-dessous.

Exemples :

Rémunération prévue selon accord entre les parties (CO)	Rémunération des 60 premières heures de TS	Rémunération dès la 61e heure de TS
0%	0%	+ **125 %** = 125%
80%	80%	+ **45 %** = 125%
100%	100%	+ **25 %** = 125%
110%	110%	+ **15 %** = 125 %
125%	125%	+ 0% = 125%
150%	150%	+ 0 % = 150%

Deuxièmement, les parties au contrat peuvent convenir de compenser tout travail supplémentaire par un congé de même durée, dans un délai de 14 semaines qui peut être porté par accord entre les parties à 12 mois au maximum (art. 13 al. 2 LTr et 25 al. 2 OLT 1). Dans ce cas, l'heure compensée doit tout de même être rémunérée à 100%.

2.2.3 Règles de mise en oeuvre

286. **Effets civils du régime de droit public.** (Art. 342 al. 2 CO, N 50-52).

287. **Exigibilité.** Quel que soit le régime en cause – privé ou public –, les règles applicables à l'exigibilité du salaire (art. 323 CO) régissent le paiement des heures supplémentaires et du travail supplémentaire. La créance devient donc en principe exigible à la fin de chaque mois où survient le dépassement horaire (art. 323 al. 1 CO). Dès lors, les heures concernées doivent faire l'objet de décomptes réguliers et leur paiement doit intervenir simultanément à celui du salaire normal.

288. **Preuve.** La personne salariée supporte le fardeau de la preuve (art. 8 CC). Il lui appartient de prouver qu'elle a accompli des heures en sus de l'horaire contractuel et/ou du maximum légal.

La personne salariée doit démontrer que la partie employeuse a ordonné les heures ou, si elle en a pris l'initiative, que celles-ci s'avéraient nécessaires (au sens de l'art. 321c al. 1 CO et/ou de l'art. 12 al. 1 LTr). Dans cette deuxième hypothèse, la personne employée devra également prouver qu'elle a annoncé à la partie employeuse les heures supplémentaires effectuées ou que cette dernière en avait connaissance ou devait en avoir connaissance (N 279). A noter que la personne salariée ne peut se voir reprocher d'avoir effectué des heures ordonnées par la partie employeuse en contravention avec les conditions posées par l'art. 321c CO ou l'art. 12 LTr.

Par ailleurs, la preuve de l'exécution des heures est souvent difficile à apporter, en particulier si le litige intervient à la fin des rapports de travail ou en cas de télétravail. Lorsqu'une personne salariée prouve l'accomplissement d'heures supplémentaires et/ou de travail supplémentaire, mais qu'elle ne parvient pas à en établir le nombre exact, le tribunal procède à une estimation (art. 42 al. 2 CO par analogie) (N 622). Le système d'enregistrement du temps de travail prévu par la LTr (N 189, 341) est censé faciliter l'apport de la preuve.

289. **Prescription.** (Art. 341 al. 2, 128 ch. 3 CO). Le respect de la bonne foi n'impose pas aux personnes salariées de faire valoir immédiatement leur droit à la rémunération. Elles disposent pour ce faire de la totalité du délai de 5 ans. Un abus de droit ne sera admis que de manière très restrictive (ATF 129 III 171).

290. **Renonciation.** (Art. 341 al. 1 CO, N 632-636). La loi sur le travail prévoit une compensation impérative du travail supplémentaire, soit en argent, soit en congé. La personne salariée ne peut donc pas renoncer totalement à une compensation, même pour les heures futures. Ainsi, une éventuelle renonciation de la personne employée au paiement des heures supplémentaires, selon l'art. 321c al. 3 CO, ne peut valoir renonciation à la rémunération du travail supplémentaire fondée sur l'art. 13 LTr.

En droit privé, vu la teneur de l'art. 341 CO (N 640), la jurisprudence estime que la personne salariée ne peut renoncer qu'à la rémunération des heures supplémentaires futures, mais non aux heures supplémentaires déjà accomplies (ATF 124 III 469 = JdT 1999 I 354 ; N 281). En outre, la

renonciation peut intervenir après le mois qui suit le terme du contrat de travail (art. 341 al. 1 CO *a contrario*). Une partie de la doctrine estime cependant qu'une renonciation à toute compensation suppose une cause légitime, à savoir le fait que la personne salariée occupera un emploi impliquant de manière prévisible des heures supplémentaires régulières, compensées forfaitairement par un salaire plus élevé. A plus forte raison, une personne salariée recevant un salaire peu élevé ne devrait pas pouvoir renoncer à l'avance au paiement d'heures supplémentaires, dont elle ignore le nombre et le moment où elle devra les accomplir. Cas échéant, le tribunal pourrait revoir l'accord sous l'angle de la théorie de l'imprévision (TF, 4A_485/2019 du 4 février 2020, consid. 6.2.2).

2.3 Responsabilité de la personne salariée (art. 321e CO)

291. **Objet.** L'art. 321e CO concrétise, dans les rapports de travail, les principes généraux en matière de responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO). La violation du devoir de fidélité et de diligence peut entraîner la responsabilité de la personne salariée et son obligation de réparer le préjudice causé à la partie employeuse (art. 99 al. 3 CO et 42 ss).

292. **Nature.** L'art. 321e CO est une disposition relativement impérative (art. 362 al. 2 CO). Les accords qui aggravent l'étendue de la responsabilité de la personne salariée, par exemple en prévoyant une responsabilité sans faute, sont donc nuls.

> **Jurisprudence**. Un contrat de travail prévoit qu'en cas de contravention même non fautive, la partie salariée doit verser une peine conventionnelle de CHF 50'000.-. Le Tribunal fédéral rappelle que l'art. 321e CO présente un caractère semi-impératif (art. 362 CO) et qu'à ce titre, les parties ne peuvent pas convenir d'étendre la responsabilité de la personne salariée en supprimant la condition de la faute. *In casu*, la clause instaure, de manière illicite, une responsabilité objective de la personne salariée. L'accord est donc nul (ATF 144 III 327).

293. **Conditions d'application.**

a) *Dommage*. Le dommage peut provenir d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, de la non-augmentation de l'actif ou de la

non-diminution du passif. Le terme « dommage » employé par l'art. 321e al. 1 CO englobe en réalité tout préjudice, c'est-à-dire à la fois le dommage matériel et le tort moral (49 CO), tel qu'une atteinte à la réputation de la partie employeuse. En pratique, les dommages causés par les personnes salariées concernent souvent les instruments de travail ou le matériel endommagé (vaisselle, véhicule) ainsi que des manques ou des pertes dans la caisse. Le dommage peut aussi résulter de la perte financière liée au devoir, pour la partie employeuse, d'indemniser des tiers pour les actes commis par des membres de son personnel (cf. art 55 et 101 CO ; action récursoire). En l'absence de montant exact, le tribunal détermine le dommage « équitablement » (art. 42 al. 2 CO).

b) *Violation d'une obligation contractuelle*. La personne salariée viole une obligation contractuelle si elle n'a pas exécuté ou a exécuté de manière imparfaite le contrat de travail, par ses actes ou par omission. Il peut s'agir, par exemple, de la violation de l'obligation d'exécuter le travail personnellement (art. 321 CO), fidèlement, avec soin et diligence (art. 321a CO) ou encore conformément aux directives (art. 321d CO).

> **Jurisprudence**. Après la découverte d'une différence de comptabilité, une entreprise embauche une comptable pour chiffrer précisément l'écart, qui s'élève finalement à CHF 125'000.-. L'entreprise licencie avec effet immédiat son chef comptable. Le Tribunal fédéral retient qu'un éventuel manquement du chef comptable n'est pas démontré et que, compte tenu de la gestion de l'entreprise, diverses hypothèses pouvaient expliquer la perte financière. En pareilles circonstances, il ne se justifiait pas d'admettre la responsabilité de l'employé (TF, 4P.61/2004 du 9 septembre 2004).

La partie employeuse doit alléguer des reproches précis : il ne suffit pas de critiquer l'activité de la personne salariée de manière globale ou de lui reprocher une marche des affaires insuffisante. Le fait que le travail de la personne salariée n'apporte pas satisfaction ne constitue pas la violation d'une obligation contractuelle. En effet, le contrat de travail engage la personne salariée à fournir une obligation de moyen et non de résultat. Aussi, l'action de la partie employeuse ne peut avoir pour objet la non réalisation d'un but fixé, tel que l'assainissement ou la restructuration d'une entreprise déficitaire dans un certain délai (TF, 4C.71/2002 du 31 juillet 2002, consid. 5.1).

La violation d'une obligation contractuelle se détermine en fonction de la mesure de la diligence que l'on pouvait attendre de la personne salariée (N 267). A cet effet, l'art. 321e al. 2 CO cite les éléments suivants (art. 4 CC), non exhaustifs :

- le contrat ;

- le risque professionnel (critère objectif), c'est-à-dire le risque inhérent à chaque activité qui incombe en principe à la partie employeuse ;

  Jurisprudence. Lorsque l'activité d'un travailleur exige de nombreux calculs, fondés partiellement sur des appréciations, le travailleur est exposé à commettre occasionnellement des erreurs, lesquelles réalisent en partie un risque professionnel (TF, 4C.155/2006 du 23 octobre 2006).

- les instructions ou connaissances techniques nécessaires (critère objectif) ;

- les aptitudes et qualités de la personne salariée que la partie employeuse connaissait ou aurait dû connaître (critère subjectif). La loi attribue une part de responsabilité à la partie employeuse qui engage une personne insuffisamment qualifiée pour le travail demandé, qui ne s'est pas préoccupée de savoir si cette personne disposait des qualifications nécessaires ou qui savait la personne peu fiable et ne l'a pas correctement surveillée.

c) *Lien de causalité*. La partie employeuse doit démontrer l'existence d'un lien de causalité naturelle et adéquate entre le dommage et la violation de l'obligation contractuelle. L'existence d'un rapport de causalité adéquate est une question de droit, examinée par le tribunal. Elle suppose que la violation était propre, dans le cours ordinaire des choses et selon l'expérience générale de la vie, à entraîner le dommage survenu. Il appartient en revanche à la partie employeuse de prouver la causalité naturelle puisqu'elle découle du fait (ATF 123 III 110).

d) *Faute (intention ou négligence)*. Pour que la personne employée soit rendue personnellement responsable du dommage, il faut que l'on puisse lui reprocher une faute, soit un manquement aux devoirs imposés par l'ordre juridique. La notion de faute est la même que celle résultant de l'art. 97 CO. Vu le caractère relativement impératif de l'art. 321e CO, les parties peuvent valablement restreindre la responsabilité de la personne salariée à la survenance d'une faute grave.

294. **Preuve.** Selon la règle générale en matière de fardeau de la preuve (art. 8 CC), la partie employeuse doit apporter la preuve de la violation contractuelle, du dommage (art. 42 al. 1 CO) et du lien de causalité. En revanche, la faute est présumée (art. 97 al. 1 CO, par analogie). Il revient donc à la personne salariée d'apporter la preuve libératoire de son absence de faute.

295. **Indemnité.** Le tribunal détermine l'étendue de la réparation d'après les circonstances et la gravité de la faute. Il tient généralement compte :

- du niveau de salaire : plus il est élevé, plus la personne salariée supporte une part du risque professionnel ;
- de la gravité de la faute (art. 43 al. 1 CO) : un dommage intentionnel constitue en principe une faute grave. Le tribunal dispose d'un large pouvoir d'appréciation (art. 4 CC) et il renonce généralement à exiger le versement d'une indemnité de la personne qui n'a commis qu'une faute légère ;
- de la mesure de la diligence, en particulier le risque professionnel.

> **Jurisprudence**. Un tribunal bâlois a réduit le montant du dommage de CHF 8'261.50 à une indemnité de CHF 500.- pour tenir compte du fait que les mécaniciens doivent souvent effectuer des manœuvres dans un espace réduit et que des fautes légères peuvent produire de gros dommages avec les véhicules se trouvant dans le garage (décision bâloise, in : JAR 1993, p. 129).
>
> **Jurisprudence**. Une retenue de CHF 50.- opérée sur le salaire d'une employée de buffet qui avait endommagé pour CHF 300.- de vaisselle en cinq mois d'activité a été jugée inadmissible, la quote-part de vaisselle brisée n'étant pas excessive par rapport à ce qui est usuel dans la branche (décision bâloise, in : BJM 1981, p. 294).

La responsabilité de la personne salariée est réduite lorsque la partie employeuse n'a pas contrôlé de manière adéquate l'exécution du travail ou qu'elle a commis une faute concomitante (art. 44 CO), par exemple lorsqu'elle a mal organisé le travail, a embauché une personne salariée sans formation, ne lui a pas donné les instructions utiles ou a fourni des instruments défectueux à la personne salariée.

296. **Compensation.** La partie employeuse peut compenser l'indemnité qui lui est due par le salaire de la personne salariée, mais uniquement dans la mesure où celui-ci est saisissable (cf. 93 LP), à moins que le dommage n'ait été causé de manière intentionnelle (art. 323b al. 2 CO).

297. **Prescription.** Le délai pour intenter l'action en responsabilité est de 10 ans (art. 127 CO). En principe, la partie employeuse peut tarder à faire valoir ses prétentions dans le délai de 10 ans sans que cela ne constitue un abus de droit. La loi ne contient aucune règle relative à la péremption

de la créance de la partie employeuse (contrairement à l'art. 337d al. 3 CO en cas d'abandon d'emploi). Une renonciation est cependant susceptible d'être admise si l'on peut interpréter l'attitude des parties, au regard du principe confiance, comme une remise de dette conventionnelle (art. 115 CO) (ATF 110 II 344). Ainsi, le silence de la partie employeuse à la fin des relations de travail peut être compris comme une renonciation, sauf pour les créances résultant de dommages dont elle n'avait pas encore connaissance (TF, 4C.155/2006 du 23.10.2006). En effet, la personne salariée qui arrive au terme de son contrat peut partir de l'idée que, si la partie employeuse a des prétentions connues – dans leur quotité ou leur principe – à faire valoir contre elle, elle les formulera « avant d'accomplir les actes accompagnant la fin des relations de travail, tels que paiement du dernier salaire ou autre règlement de compte, formalités éventuelles relatives aux prestations de prévoyance, établissement d'un certificat de travail, cérémonie d'adieu. En règle générale, le silence de l'employeur à ce sujet peut être compris par le travailleur comme une renonciation à une telle prétention, exprimée par actes concluants ; l'acceptation d'une telle offre par le travailleur se présume (art. 6 CO) » (ATF 110 II 344, consid. 2b).

> **Jurisprudence**. T. est employé comme chauffeur puis comme machiniste auprès de E. A deux reprises, il cause un accident de la route au volant du véhicule professionnel et pendant son temps de travail. Chaque fois, il présente une alcoolémie positive. La deuxième fois, la partie employeuse menace de résilier son contrat avec effet immédiat en cas de nouvelle consommation d'alcool. Quelques mois plus tard, T. est licencié avec effet immédiat. Lors de chaque accident, E. s'est réservé la possibilité de faire valoir les créances consécutives aux accidents causés par T. E. a renouvelé cette réserve lors de la notification du licenciement. Toutefois, E. n'a pas rappelé cette réserve lors du versement du dernier salaire. Le Tribunal fédéral considère que cette omission de la partie employeuse équivaut à une renonciation par acte concluant à invoquer la responsabilité de T. pour les dommages consécutifs aux accidents. Ainsi, des réserves formulées avant la fin des rapports de travail, exprimées par exemple, au moment de la notification du congé, peuvent perdre leur effet si elles ne sont pas renouvelées à l'occasion du versement du dernier salaire (TF, 4A_351/2011 du 5.9.2011, consid. 2.4).

Notons encore que selon certaines décisions cantonales, la partie employeuse serait tenue de faire valoir sa créance ou d'exprimer des réserves lors du premier décompte de salaire suivant la survenance du dommage dont elle a connaissance, sous peine de se voir opposer qu'elle y a renoncé.

Bibliographie thématique

CR/CO-AUBERT, *ad* art. 321a-321e CO ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, *ad* art. 321a-321e CO ; DANTHE, Les limites qu'instaure l'article 328 CO au droit de l'employeur de donner des directives et de contrôler l'activité du travailleur, in : Wyler (édit.), Panorma en droit du travail, Berne 2009, pp. 163-180 ; CS/CIT-DUNAND, *ad* art. 321a-321e CO ; DUNAND, Internet au travail : droits et obligations de l'employeur et du travailleur, in : Dunand/Mahon (édit.), Internet au travail, 2014, pp. 33-72 ; DUNAND/WYLER, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, Newsletter DroitDuTravail.ch du 9 avril 2020 ; GEISER, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Shranken, Thèse, Berne 1983 ; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, Jusletter, 23 mars 2020 ; LEMPEN, Le devoir de fidélité de la personne salariée à l'ère numérique, RDS 138 (2019) I, pp. 11-36 ; MAHON/MATTHEY, La liberté d'expression et la liberté syndicale des fonctionnaires, notamment des fonctionnaires de police, en particulier sous l'angle du droit à la critique, ASDPO 2008, Berne 2009, pp. 205-240 ; WILDHABER/HÄNSENBERGER, Internet am Arbeitsplatz, Ausgewählte arbeitsrechtliche Fragestellungen, RJB 152 (2016) V, pp. 307–341 ; RIEDER, Whistleblowing als interne Risikokommunikation, Zurich/Saint-Gall 2013 ; VON KAENEL, Whistleblowing, RSJ 103 (2007) XIII, pp. 309 ss ; WITZIG, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 367-412 ; WYLER/HEINZER, Droit du travail, Berne 2019, pp. 101-179.

Chapitre 3 Devoirs de la partie employeuse (art. 322 à 330a CO)

3.1 Rémunération (art. 322 à 322d CO)

298. **Définition de la rémunération.** La rémunération englobe toutes les prestations, en nature ou en espèces, que la partie employeuse verse à la personne salariée au titre du contrat de travail, qu'elles soient obligatoires ou facultatives. La loi prévoit quatre types de rémunérations : le salaire fixe (art. 322 CO), le salaire variable, qui peut prendre la forme d'une participation au résultat (art. 322a CO) ou d'une provision (art. 322b et 322c CO), et la gratification (art. 322d CO).

Avant de livrer les explications générales, qui concernent ces quatre formes de rémunération (N 312-318), nous présenterons leurs spécificités (N 299-302), ainsi que la distinction entre le salaire et la gratification (N 303-309). Pour finir, nous étudierons la protection contre la discrimination salariale (N 310).

3.1.1 Quatre formes légales de rémunération

299. **Le salaire de base.** L'art. 322 CO dispose que la partie employeuse verse à la personne salariée un salaire de base (en espèce ou en nature, au temps ou à la pièce) en contrepartie du travail fourni.

Le législateur a réglementé certaines situations exceptionnelles, telles que le contrat de travail de fait et le contrat de travail nul. Ainsi, même en l'absence d'accord entre les parties sur les éléments caractéristiques du contrat de travail, un salaire est dû dès lors que la partie employeuse accepte l'exécution d'un travail qui usuellement ne doit être fourni que contre un salaire (art. 320 al. 2 CO, N 255). Des règles spécifiques ont également été prévues dans les cas de contrats de travail qui se révèlent ultérieurement nuls (art. 320 al. 3 CO, N 256).

Selon la loi, le versement du salaire s'effectue en principe de main à main pendant les heures de travail (art. 323b al. 1 CO). En pratique, le salaire de base est versé sur un compte bancaire ou postal. L'exigibilité naît au plus

tard le dernier jour du mois durant lequel le travail a été accompli (art. 323 al. 1 CO ; TF, 4A_192/2008 du 9 octobre 2008). La partie employeuse doit remettre à la personne salariée, pour chaque salaire versé, un décompte détaillé permettant de comprendre et de vérifier tous les éléments formant le salaire brut, ainsi que toutes les déductions déterminant le salaire net.

a) *Montant : principe de la liberté*. Le montant du salaire est celui fixé dans le contrat, la convention collective de travail ou le contrat-type de travail (art. 322 al. 1 CO). Le principe est donc la liberté contractuelle. Si rien n'a été prévu, la personne salariée doit recevoir le salaire usuel, que le tribunal peut déterminer en se référant aux salaires prévus par les CCT de branche (N 20, 473) ou, à défaut, par référence aux salaires versés pour le même type d'activité, dans le même secteur économique et dans la même région.

b) *Montant* : *limites*. Plusieurs dispositions de droit impératif restreignent la liberté contractuelle des parties lors de la fixation du salaire :

- l'art. 27 CC et l'art. 328 CO prohibent les engagements excessifs et les atteintes à la personnalité ;
- le principe d'égalité entre femmes et hommes interdit la discrimination salariale (art. 8 al. 3 Cst., art. 3 LEg, N 310) ;
- les dispositions des CCT (art. 356 ss CO, N 480) et des CTT (art. 360 ss CO, N 509-514) applicables peuvent prévoir un salaire minimum plus élevé que la rémunération convenue par les parties (art. 322 al. 1 CO *cum* 357 al. 2 CO) (N 490) ;
- lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une CCT étendue, l'art. 20 LSE impose à la partie bailleresse de service d'appliquer à la personne salariée les dispositions de la CCT concernant le salaire et la durée du travail (N 252, 486) ;
- l'art. 2 LDét règle les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux personnes détachées en Suisse, pendant une période limitée, par une partie employeuse ayant son domicile ou son siège à l'étranger (N 81) (voir aussi art. 22 LEI et 22 OASA, N 73) ;
- la LTr prévoit des suppléments de salaire obligatoires en cas de travail supplémentaire (25%, art. 13 al. 1, N 285), de travail de nuit effectué à titre temporaire (25%, art. 17b al. 1) et de travail du dimanche (50%, art. 19 al. 3) ;
- à Genève : les entreprises non liées par une CCT, qui souhaitent engager de la main-d'oeuvre étrangère, soumissionner des marchés

publics ou obtenir des commandes de services publics doivent s'engager à respecter les usages – notamment le salaire – en vigueur dans la branche ou la profession (art. 25 LIRT).

c) *Salaire minimum*. Le droit suisse n'instaure pas de salaire minimum fédéral et le peuple a refusé plusieurs initiatives fédérales allant dans ce sens.

> **Initiative « pour un revenu de base inconditionnel »**. Ce texte proposait de verser à chaque personne une rente mensuelle, suffisante pour vivre, versée individuellement de la naissance à la mort, quels que soient les autres revenus ou la fortune. Il a été refusé le 5 juin 2016.
>
> **« Initiative sur les salaires minimums »**. L'USS proposait de donner à la Confédération la compétence de fixer un salaire minimum légal, fixé, pour 2011, à CHF 22.- de l'heure. Le texte a été refusé le 18 mai 2014.

En revanche, sur le plan cantonal, plusieurs constitutions (cf. Jura, Tessin et Neuchâtel) prévoient l'instauration d'un salaire minimum pour assurer un niveau de vie décent. Si la politique économique relève de la compétence exclusive de l'Etat fédéral (art. 94 Cst.), il en va autrement de la politique sociale (cf. notamment l'art. 41 al. 1 let. d Cst. et ATF 143 I 403).

> **Exemples**. Le peuple neuchâtelois a accepté en novembre 2011 une révision partielle de sa Constitution instaurant un salaire minimum. En juillet 2017, le Tribunal fédéral a confirmé la validité de la loi concrétisant cette base constitutionnelle, dans la mesure où le salaire minimum qu'elle prévoit poursuit un but de politique sociale, à savoir lutter contre la pauvreté (ATF 143 I 403 ; Loi sur l'emploi et l'assurance-chômage (LEmpl) du 25 mai 2004, RS/NE 813.10). Depuis, le droit neuchâtelois impose à toutes les parties employeuses de verser au moins un salaire de CHF 20.- de l'heure, indexé sur l'indice suisse des prix à la consommation, sous réserve de quelques exceptions, notamment à l'égard du secteur agricole, viticole et horticole.
>
> A Genève, une initiative cantonale tendant à introduire un salaire minimum de CHF 23.- de l'heure a été déposée le 1er mai 2018. Ce montant dépasse celui prévu à Neuchâtel, car le coût de la vie est plus élevé à Genève. Or, la poursuite d'un but de politique sociale implique de se référer au montant du revenu permettant de vivre décemment, tel que déterminé par les autorités dans le cadre des prestations complémentaires AVS et AI.
>
> De même, à Bâle-Ville, une initiative demande l'introduction d'un salaire minimum cantonal de CHF 23.-.

d) *Très hauts revenus*. Parallèlement aux évolutions relatives au salaire minimum, plusieurs initiatives visent à plafonner les très hautes rémunérations (cf. aussi gratification, N 308).

> **Initiative « 1 :12 pour des salaires équitables »**. Le texte proposait de limiter le plus élevé des salaires d'une entreprise à maximum douze fois son salaire le plus bas. Il a été refusé le 24 novembre 2013.
>
> **Initiative « contre les rémunérations abusives » (Initiative Minder)**. Le texte soumet la rémunération des membres dirigeants des sociétés anonymes suisses cotées en bourse au vote de l'assemblée générale. Il a été accepté par le peuple et les cantons le 3 mars 2013.
>
> Cette initiative a donné lieu à l'adoption de l'art. 95 al. 3 Cst., mis en oeuvre par l'Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb), entrée en vigueur le 1er janvier 2014.

e) *Salaire au temps, aux pièces ou à la tâche*. Selon l'art. 319 CO, le salaire se fixe d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche).

aa) Le salaire au temps. Il s'agit de la forme la plus courante de calcul du salaire de base. Il se détermine d'après une base horaire, journalière, hebdomadaire, mensuelle ou annuelle. Dans ce cas, la rémunération ne dépend ni de la quantité, ni de la qualité du travail fourni.

bb) Le salaire à la tâche ou aux pièces. Le salaire peut aussi se déterminer en fonction de la quantité de travail fourni, sans pour autant entraîner l'existence d'un contrat d'entreprise, car la personne salariée promet une prestation de travail et non un résultat. Ce procédé peut entraîner une certaine précarité, de sorte que l'art. 326 al. 1 CO consacre notamment le devoir de la partie employeuse de fournir du travail en quantité suffisante à la personne qu'elle rémunère aux pièces ou à la tâche. Il s'agit de l'une des rares hypothèses où le droit du travail consacre un droit de la personne salariée d'être occupée. En vertu de l'art. 326a al. 1 CO, la partie employeuse doit également indiquer le montant du salaire à l'unité avant le début de chaque travail.

> **Exemple**. La personne engagée pour dactylographier des enregistrements sonores est payée CHF 10.- par page.

Cette méthode de fixation du salaire se rencontre toutefois peu de nos jours.

f) *Types de rémunération : en espèces ou en nature*. La rémunération peut être versée en espèces ou en nature. La partie employeuse verse un salaire en nature lorsqu'elle fournit à la personne salariée, à ses frais, nourriture,

logement ou véhicule (art. 327b al. 1 CO). La rémunération en nature peut aussi prendre, partiellement, la forme d'une remise d'action ou d'option dans le cadre d'un plan d'intéressement. En cas de communauté domestique (art. 328a CO), l'art. 322 al. 2 CO prévoit expressément que l'entretien et le logement font partie du salaire, sauf accord ou usage contraire.

g) *Frais professionnels*. A l'inverse, lorsque la personne salariée utilise durablement une pièce de son propre domicile à des fins professionnelles (télétravail) au motif que la partie employeuse n'est pas en mesure de lui offrir une place de travail appropriée, cette dernière peut être tenue de payer, en sus du salaire mensuel, une contribution aux frais de location du logement privé (TF 4A_533/2018 du 23 avril 2019, consid. 6). En effet, la partie employeuse doit rembourser tous les frais imposés par l'exécution du travail (art. 327a CO) en même temps qu'elle verse le salaire de base (art. 327c CO). Il peut s'agir de frais liés à l'utilisation, à des fins professionnelles, d'un véhicule mis à disposition par la partie employeuse ou appartenant à la personne salariée (art. 327b CO). Si, d'entente avec la première, la seconde fournit elle-même des instruments de travail, une indemnisation lui est due, sauf accord contraire (art. 327 CO).

300. **La participation au résultat de l'exploitation.** L'art. 322a CO consacre une forme de salaire par définition variable, en ce sens que la participation au résultat de l'exploitation dépend du bénéfice ou du chiffre d'affaire de l'entreprise. Elle récompense la personne salariée pour sa participation à l'effort collectif, par opposition à la performance individuelle que rétribue la provision (art. 322c CO). En général, la participation au résultat complète le salaire de base. Le versement peut survenir en espèce ou en nature, via la remise d'actions. Les parties peuvent convenir qu'elle formera la rémunération principale ou exclusive de la personne salariée, si cet accord assure une rémunération convenable. La créance devient exigible au moment où le résultat est constaté ou, au plus tard, à l'issue des six mois qui suivent la fin d'un exercice (art. 323 al. 3 CO).

301. **La provision.** Cette forme de participation est largement utilisée dans les branches où le développement des affaires de l'entreprise dépend avant tout de l'investissement de la personne salariée, par exemple dans le secteur de vente ou des assurances. La provision est fixée proportionnellement aux affaires personnellement conclues par la personne salariée. Les art. 322b et 322c CO lui réservent un régime spécifique. La créance devient exigible à chaque fin de mois (art. 323 al. 2 CO).

302. **La gratification.** Régie par l'art. 322d CO, elle constitue une « rétribution spéciale » accordée, en sus du salaire, à certaines occasions comme Noël ou la fin de l'exercice annuel. Elle peut prendre la forme d'une remise d'action ou d'option (TF, 4A_463/2017 du 4 mai 2018). La gratification a pour objectif de récompenser la personne salariée de ses prestations passées et de la fidéliser pour le futur. L'art. 323 CO ne règle pas son exigibilité. Son paiement peut être différé dans le temps jusqu'à 5 ans (art. 128 ch. 3 CO) ; un tel délai n'est pas contraire à l'art. 27 CC (ATF 130 III 495, consid. 5). La gratification est en principe facultative, parce que la partie employeuse reste libre de la verser, ou à tout le moins d'en déterminer le montant (N 303).

3.1.2 Distinction entre salaire et gratification

303. **Spécificités de chaque régime.** Le versement d'un salaire est obligatoire, car il s'agit d'un élément essentiel du contrat de travail auquel la personne salariée ne peut pas renoncer totalement (art. 319 *cum* 341 CO). En outre, la personne salariée en tire généralement les moyens de subvenir à ses besoins ainsi qu'à ceux des personnes à sa charge, ce qui renforce la nécessité d'un caractère impératif. Le salaire ne peut pas être assujetti à une condition, telle que la présence de la personne salariée dans l'entreprise.

> **Exemple**. Le 13e salaire constitue un élément du salaire annuel dont l'échéance est simplement différée, que son montant atteigne ou non celui d'un salaire mensuel. Il est versé sans condition, il ne dépend pas du résultat de l'exploitation, du comportement de la personne salariée ou encore de la continuation des rapports de travail. Il est calculé *pro rata temporis* lorsque les rapports de travail durent moins d'une année complète.

Au contraire, la gratification obéit à un régime juridique plus flexible. En principe, elle est accessoire au salaire de base (cf. N 308). Sous réserve du cas de la gratification convenue (N 303b, 307), elle revêt un caractère discrétionnaire. Elle peut être subordonnée à des conditions, telles que l'absence de résiliation du contrat de travail. Si les rapports de travail prennent fin avant l'occasion qui donne lieu à la rétribution spéciale, la personne salariée n'a droit à un paiement *pro rata temporis* que si ce dernier a été convenu par les parties (art. 322d al. 2 CO). Il existe deux types de gratification.

a) *Gratification proprement dite (ou facultative)*. Lorsque le versement de la gratification ne fait l'objet d'aucun accord, ni sur son principe, ni sur son

montant, que ce soit de manière expresse ou tacite, elle est purement facultative.

b) *Gratification improprement dite (ou convenue)*. La gratification peut faire l'objet d'un accord sur le principe de son versement, soit expressément (par contrat, oral ou écrit), soit par acte concluant (N 307). La partie employeuse est alors tenue de la verser, mais elle conserve néanmoins une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer.

304. **Importance et portée de la distinction.** La distinction entre la gratification et le salaire s'avère donc capitale. Or, elle pose des problèmes fréquents. En effet, les art. 322 à 322d CO sont entrés en vigueur en 1972, à une époque où les pratiques salariales étaient beaucoup moins complexes qu'aujourd'hui. Entre temps, de nouvelles formes de rémunération, souvent de tradition anglo-saxonne, sont apparues. Les entreprises recourent par exemple au versement d'un « bonus », que la loi ne définit pas. Cas échéant, il convient de déterminer si le « bonus », selon ses caractéristiques, constitue une gratification au sens de l'art. 322d CO ou un élément du salaire (art. 322 CO) pouvant revêtir, selon les cas, une forme variable, comme la participation au résultat de l'exploitation (art. 322a CO). A cet effet, le Tribunal fédéral déploie des efforts importants pour clarifier une matière complexe et sa jurisprudence est susceptible d'évoluer encore dans les années à venir.

305. **Méthode de qualification.** Au fil de ses arrêts, le Tribunal fédéral a dégagé une véritable méthode d'analyse pour déterminer si, à la lumière de la volonté des parties (lors de la conclusion du contrat ou au regard de leur comportement ultérieur), un « bonus » doit être qualifié de salaire (art. 322 CO) ou de gratification (art. 322d CO) (cf. en particulier TF, 4A_714/2016 du 29 août 2017, TF, 4A_290/2017 du 12 mars 2018, TF, 4A_463/2017 du 4 mai 2018 et TF, 4A_78/2018 du 10 octobre 2018).

Le raisonnement contient trois étapes principales, que nous décrirons dans un premier temps de manière sommaire, avant de développer :

- Etape 1 : déterminer si le bonus est un salaire ou une gratification en examinant si le montant du bonus est déterminé ou objectivement déterminable. Dans la positive, le bonus est un élément de salaire et l'analyse s'arrête. Dans la négative, le bonus est *a priori* une gratification et le raisonnement continue (N 306).

- Etape 2 : déterminer si la gratification est convenue ou facultative. L'accord peut survenir de manière expresse ou par actes concluants.

Lorsque la gratification est convenue, l'examen s'achève à cette étape. Lorsque la gratification est facultative, il convient de procéder à la troisième étape (N 307).

· Etape 3 : déterminer si le montant de la gratification est effectivement accessoire par rapport au salaire. Cas échéant, il s'agit bel et bien d'une gratification facultative. Dans le cas contraire, le bonus est requalifiable en salaire (N 308).

306. **Etape 1 : caractère déterminé ou objectivement déterminable ?** Un bonus est objectivement déterminable lorsqu'il a été promis par contrat dans son principe et que son montant est déterminé ou doit l'être sur la base de critères objectifs prédéterminés comme le bénéfice, le chiffre d'affaires ou une participation au résultat de l'exploitation, et qu'il ne dépend pas de l'appréciation de la partie employeuse.

> **Exemples**. Dans les clauses suivantes, les parties ont prévu un bonus dont le montant est déterminé ou objectivement déterminable. Ainsi, le bonus doit être qualifié de salaire (fixe ou variable) :
>
> « La partie employeuse verse un montant de CHF 10'000.- à chaque fin d'année ».
>
> « La partie employeuse verse un treizième mois de salaire à chaque fin d'année ».
>
> « La partie employeuse verse 2% de son chiffre d'affaires au mois de mars de chaque fin d'année ».
>
> « La partie employeuse verse 2% de son chiffre d'affaires au mois de mars de chaque fin d'année si la personne salariée a atteint les objectifs chiffrés qui lui ont préalablement été fixés ».

Au contraire, un bonus présente un caractère indéterminé ou objectivement indéterminable lorsque son versement et son montant dépendent du bon vouloir de la partie employeuse.

> **Jurisprudence**. Il en va ainsi lorsqu'une clause contractuelle prévoit que la personne salariée reçoit un bonus de CHF 10'000.-, dont le versement est conditionné à l'atteinte des objectifs fixés chaque année par la partie employeuse. Selon cette disposition, l'employeuse se réserve alors une marge d'appréciation, tant en ce qui concerne les objectifs à atteindre que leur évaluation, de sorte qu'il est alors question d'un montant indéterminé ou objectivement indéterminable (TF, 4A_378/2017 du 27 novembre 2017, en particulier consid. 3.3.3).

Exemples. Dans les clauses suivantes, les parties ont prévu le versement d'un bonus dont le montant n'est ni déterminé ni objectivement déterminable. Par conséquent, ces *boni* sont des gratifications.

« Au mois d'avril, la partie employeuse peut verser un bonus à la personne salariée si elle se montre satisfaite des prestations fournies par celle-ci » (gratification *a priori* facultative, cf. TF, 4A_378/2017 du 27 novembre 2017 *supra*).

« Au mois de mai, la partie employeuse peut verser un bonus à la personne salariée. Les éventuels versements ne créent aucun droit pour l'avenir » (gratification *a priori* facultative).

« Au mois de mars, la partie employeuse peut verser un bonus qui dépend de la performance et de la rentabilité de l'entreprise, ainsi que de la performance individuelle de la personne salariée » (gratification *a priori* facultative).

« Au mois de février, la partie employeuse s'engage à verser un bonus qui dépend de la performance et de la rentabilité de l'entreprise, ainsi que de la performance individuelle de la personne salariée » (gratification convenue).

307. **Etape 2. Gratification convenue ou facultative ?** Si la gratification est convenue, la personne salariée y a droit. La gratification est convenue dans trois hypothèses.

a) *Accord exprès*. Les parties ont passé un accord prévoyant expressément le droit à une gratification dont le montant reste à la libre appréciation de la partie employeuse.

Exemple. « Au mois de février, la partie employeuse s'engage à verser un bonus qui dépend de la performance et de la rentabilité de l'entreprise, ainsi que de la performance individuelle de la personne salariée » (gratification convenue).

b) *Versement trois années consécutives sans mention du caractère facultatif lors des versements du bonus*. Si un bonus est versé régulièrement pendant au moins trois années consécutives sans réserve attirant l'attention de la personne salariée sur le caractère facultatif du versement, un accord naît par actes concluants (tacitement) en vertu du principe de la confiance (TF, 4A_ 463/2017 du 4 mai 2018, consid. 3.1.3.1).

c) *Accord malgré le rappel du caractère facultatif lors des versements du bonus*. Un accord sur le principe d'une gratification peut également

apparaître malgré le rappel systématique du caractère facultatif de la gratification dans deux situations.

aa) Versement durant des décennies malgré un motif de refus. Dans ce cas de figure, un accord existe en présence de deux conditions. Premièrement, les versements interviennent pendant des décennies (*jahrzehntelang*). Secondement, la partie employeuse ne fait jamais usage de la possibilité de ne pas verser le bonus, réservée lors de chaque versement, alors même qu'elle aurait eu des motifs de le faire, tels qu'une mauvaise marche des affaires ou les mauvaises prestations de la personne salariée.

> **Jurisprudence**. La jurisprudence exige une durée « bien plus longue » qu'un versement répété pendant neuf années (TF, 4A_714/2016 du 29 août 2017).

bb) Formule vide de sens. Il en va de même lorsque la réserve du caractère facultatif n'est qu'une formule vide de sens (c'est-à-dire une clause de style sans portée) et qu'en vertu du principe de la confiance, il y a lieu d'admettre que la partie employeuse montre par son comportement qu'elle se sent obligée de verser un bonus.

d) *Dans tous les autres cas*. Si la partie employeuse a réservé le caractère facultatif du bonus lors de son versement, il s'agit en principe d'une gratification proprement dite, à laquelle la personne salariée n'a en principe pas droit, sous réserve de l'analyse de la troisième étape.

308. **Etape 3 : caractère accessoire.** Lorsqu'une personne touche une gratification *a priori* facultative (TF, 4A_290/2017 du 12 mars 2018), il faut encore examiner si le bonus présente bien un caractère accessoire par rapport au salaire de base. Dans le cas contraire, la gratification sera requalifiée en salaire, car elle ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution de la personne salariée. La gratification ne peut aller au-delà d'un certain pourcentage du salaire de base, pourcentage qui évolue, comme nous le verrons, en fonction du niveau du salaire.

La requalification en salaire peut avoir lieu dans la plupart des cas, soit lorsque le salaire est modeste, moyen ou supérieur. En revanche, le principe de l'accessoriété ne s'applique pas aux très hauts revenus, car le Tribunal fédéral estime à juste titre que les personnes concernées ont moins besoin d'être protégées (ATF 141 III 407).

Par conséquent, il s'avère capital de commencer l'analyse en déterminant le niveau de revenu (a) puis, lorsque le critère de l'accessoriété s'applique, d'examiner si la gratification est effectivement accessoire (b).

a) *Déterminer le niveau de revenu*. On classifie généralement les revenus dans trois catégories : les très hauts revenus (aa), les revenus modestes (bb) et les revenus moyens et supérieurs (cc).

aa) Très hauts revenus. Le Tribunal fédéral a fixé le seuil du très haut revenu à un montant équivalent à cinq fois (5x) le salaire médian suisse du secteur privé (CHF 6'500.-), soit, pour l'année 2016 (à titre d'exemple), un montant de CHF 390'000.- (6'500 x 12 x 5) (formule tirée de l'ATF 141 III 407).

bb) Revenus modestes. Le salaire modeste est celui dont le montant reste en deçà du salaire médian suisse, soit, pour l'année 2016, un montant de CHF 78'000.-.

cc) Revenus moyens et supérieurs. Les revenus moyens et supérieurs sont constitués des montants situés entre les revenus modestes et les très hauts revenus, soit entre CHF 78'000.- et CHF 390'000.-.

Pour déterminer le niveau du revenu dans un cas concret, le Tribunal fédéral tient compte de tous les éléments de rémunération (salaire et gratification) effectivement perçus par la personne salariée au cours d'une année. Toutefois, il se peut qu'une autre durée soit plus appropriée. En effet, « il s'impose de tenir compte de la rémunération (effective) [...] qui est représentative des revenus [...] régulièrement perçus » (ATF 142 III 456, consid. 3.2).

> **Jurisprudence**. La prise en considération d'une autre durée que celle d'une année est en particulier plus adaptée lorsque la personne salariée a exercé son activité professionnelle seulement pendant quelques mois durant la dernière année des rapports de travail. Par exemple, une employée de banque travaille pendant toute l'année 2011 et seulement 5 mois l'année suivante, le contrat de travail ayant pris fin en mai 2012. N'ayant pas reçu de bonus en 2012, elle intente une action en justice pour l'obtenir et fonde sa requête, notamment, sur l'existence d'une gratification requalifiable en salaire en application du principe d'accessoriété. A cet égard, la salariée prétend toucher un revenu supérieur et non un très haut revenu, car elle se fonde uniquement sur la rémunération perçue en 2012 (CHF 125'000.-). Pourtant, selon le Tribunal fédéral, elle a touché de nombreux bonus durant l'année 2011 (CHF 200'000.- et CHF 264'665.-, en plus du salaire de CHF 300'000.-, soit CHF 764'665.- au total). Il convient donc de cumuler la rémunération relative à l'année 2011 et celle de l'année 2012 pour avoir une représentation plus fidèle des revenus habituels de la plaignante. Le résultat s'élève à CHF 889'665.-. Il dépasse largement le seuil des très hauts revenus calculé sur une base de 17 mois, à savoir CHF 512'230.-. La gratification facultative n'est donc pas requalifiable en salaire (ATF 142 III 456, consid. 3.3).

b) *Analyse du caractère accessoire*. Si la rémunération totale atteint ou dépasse le seuil du très haut revenu (CHF 390'000.-), un bonus constituant une gratification facultative n'est jamais requalifiable en salaire.

Pour des salaires moyens et supérieurs, un bonus régulièrement très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier, perd son caractère accessoire et doit être requalifié en salaire. En revanche, pour des salaires modestes, un bonus proportionnellement moins élevé peut déjà devoir être requalifié en salaire. Le Tribunal fédéral renonce toutefois à chiffrer de manière générale la proportion entre salaire de base et bonus versé par la partie employeuse. Les circonstances du cas particulier seront toujours déterminantes.

La comparaison doit se faire entre le salaire et le bonus versés durant la même année, respectivement durant la même période.

309. Exemple d'analyse.

Jurisprudence. Un employé de banque reçoit un salaire annuel de CHF 100'000.-. Son contrat prévoit la possibilité de verser un bonus au titre de « rétribution spéciale variable et facultative au sens de l'art. 322d CO, sans pour autant que l'on puisse y prétendre », versé à la condition que le contrat de travail ne soit pas résilié au moment du versement. Entre 2006 et 2014 (neuf années consécutives), la partie employeuse verse systématiquement un bonus oscillant entre 16,94% et 45% du salaire de base, en réservant expressément le caractère facultatif à chaque fois.

Première étape (caractère déterminé ou déterminable). Selon le TF, la formulation du contrat ne permet pas de déterminer le montant du bonus par avance.

Deuxième étape (gratification convenue ou facultative ?). Les contrats successifs et les réserves émises mettent en évidence le caractère facultatif du paiement d'un bonus. Les documents contiennent même une référence à l'art. 322d CO, que le travailleur pouvait comprendre grâce à sa formation d'avocat. Aucune des exceptions conduisant à admettre l'existence d'une gratification convenue n'est remplie. En particulier, le versement, neuf années consécutives, d'un bonus ne présente pas une durée suffisante pour entraîner un accord par actes concluants. En outre, les réserves successives ne forment pas une clause de style, vide de sens. En effet, en 2008, dans un moment critique, la banque a certes versé un bonus, mais elle a réduit le montant de ce dernier, par ailleurs maintenu pour fidéliser un employé dont la perte aurait été problématique alors que l'entreprise traversait des difficultés. Le bonus versé par la partie employeuse était donc purement facultatif, pour autant que l'absence de versement ne porte pas atteinte au principe d'égalité de traitement (N 311).

Troisième étape (caractère accessoire). L'employé touchant un salaire de CHF 100'000.-, il recevait un salaire qualifiable de moyen à supérieur. Dans ce cas, une gratification perd son caractère accessoire lorsque son montant est régulièrement très élevé en comparaison du salaire annuel. *In casu*, le bonus a oscillé entre 16,94 et 60,60% du salaire. Il a dépassé 50% en 2011 et 2012, puis est retombé à 45% en 2013. Pour le Tribunal fédéral, ces proportions ne remettent pas en cause le caractère accessoire de la gratification, qui reste donc facultative. La partie employeuse pouvait donc valablement renoncer à la verser (TF, 4A_714/2016 du 29 août 2017).

3.1.3 Protection de la personnalité et contre la discrimination

310. **Interdiction de la discrimination salariale entre femmes et hommes.** L'art. 8 al. 3 Cst. consacre le droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale. Pour concrétiser cette disposition constitutionnelle, le législateur a adopté la LEg, qui condamne la discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe, notamment en matière de rémunération (art. 3 al. 2 LEg). Cette prohibition vaut pour les rapports de travail salariés soumis au droit privé ou au droit public (art. 2 LEg) et s'applique à tous les éléments de la rémunération, qu'ils relèvent du salaire ou d'une gratification. Il n'est pas nécessaire que la discrimination soit intentionnelle (N 210-211).

a) *Définition*. Il y a discrimination salariale lorsqu'en présence d'un travail de valeur égale, la rémunération n'est pas égale et que cette différence de rémunération ne se justifie pas objectivement. Une discrimination « peut résulter dans la fixation du salaire d'une personne déterminée lorsqu'il est comparé à celui d'autres personnes du sexe opposé ayant une position semblable dans l'entreprise » (ATF 130 III 145, consid. 4.2). En outre, dans le secteur public, la discrimination peut découler de la façon dont une profession identifiée comme « typiquement féminine » ou « typiquement masculine » est classée par rapport à une profession typiquement attribuée au sexe opposé ou à une profession considérée comme « neutre ».

b) *Profession sexospécifique*. Pour savoir si une profession est typiquement féminine, masculine ou neutre, les tribunaux se basent en premier lieu sur des données statistiques. En principe, une profession est dite « typiquement féminine » lorsque la proportion de femmes en son sein est supérieure à 70% (ATF 125 II 530, consid. 2b).

Jurisprudence. L'enseignement au primaire ne constitue plus un secteur professionnel neutre mais doit être qualifié de profession « typiquement

féminine », eu égard à la proportion de femmes toujours plus élevée dans ce métier. A titre d'exemple, dans le canton d'Argovie, plus de 80% du personnel enseignant au primaire se compose de femmes (ATF 141 II 411, en particulier consid. 6.1.3).

c) *Valeur égale*. Le travail de valeur égale doit donner lieu à un salaire égal. La comparaison doit se faire entre des personnes employées auprès d'une même personne ou entité employeuse. L'expertise judiciaire joue un rôle central pour déterminer si deux ou plusieurs professions différentes sont de valeur égale. Le Tribunal fédéral a défini les conditions auxquelles un tribunal cantonal est tenu d'ordonner une telle expertise (cf. ATF 133 III 545).

d) *Motifs objectifs*. Une différence de rémunération peut être justifiée par trois types de motifs objectifs : les motifs susceptibles d'influencer la valeur même du travail (la formation, l'expérience, la qualification, etc.), les motifs de politique sociale (charges familiales, âge, encouragement à la formation, etc.) et les motifs économiques (position de force dans la négociation, conjoncture économique, etc.). Selon le Tribunal fédéral, « pour qu'un motif puisse légitimer une différence de salaire, il faut qu'il influe véritablement de manière importante sur la prestation de travail et sa rémunération par l'employeur » (TF, 4A_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.2).

Jurisprudence. Une employée touche CHF 6'000.- douze fois par an, pour un taux d'activité de 90%, soit CHF 6'666.- à temps plein, alors que son homologue masculin touche CHF 10'000.- bruts douze fois par an. Les deux collègues occupent la même fonction. Plusieurs raisons sont invoquées par l'employeuse pour justifier une telle différence de traitement. Le Tribunal ne retient que deux motifs justificatifs : les connaissances techniques de l'employé et sa maîtrise de l'allemand, utile pour la partie employeuse qui souhaite étendre son activité sur le marché suisse alémanique. En revanche, la collaboratrice dispose d'une formation supérieure à celle de son collègue masculin. Dans ce contexte, la différence salariale de CHF 3'000.- mensuels n'est qu'en partie justifiée (TF, 4A_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.2.).

e) *Proportionnalité*. Lorsque l'existence d'un motif objectif a été établie, il s'agira encore de savoir si ce motif justifie la différence salariale entièrement ou seulement en partie. Le Tribunal fédéral applique le principe de proportionnalité pour déterminer la part discriminatoire de l'écart de rémunération.

Jurisprudence. Le TF a jugé que le bilinguisme, dans un canton bilingue (Fribourg) doit être considéré comme un aspect de la prestation de travail méritant une reconnaissance au niveau salarial. Toutefois, sous l'angle du

> principe de la proportionnalité, l'ancienneté et l'expérience professionnelle, même associées au bilinguisme, ne justifient pas une différence de salaire de 16% en moyenne au détriment d'une travailleuse. Compte tenu des facteurs en jeu dans le cas d'espèce, il a été ordonné le paiement de la différence de salaire sur la base d'une différence de 8,5% par rapport au collègue masculin (TF, 4A_449/2008 du 25 février 2009).

f) *Actions fondées sur la LEg*. La personne salariée peut demander au tribunal qu'il ordonne la cessation de la discrimination pour le futur (art. 5 al. 1, let. b) ou qu'il constate son existence (art. 5 al. 1 let. c). L'action en constatation (art. 5 al. 1 let. c) peut aussi être intentée par une organisation au sens de l'art. 7 LEg. Par ailleurs, l'art. 5 al. 1 let. d LEg permet à la personne salariée de demander au tribunal qu'il condamne la partie employeuse à payer le salaire dû, c'est-à-dire la différence entre le salaire effectif et celui qui aurait été versé en l'absence d'une discrimination, sur une période rétroactive de cinq ans (art. 128 ch. 3 CO).

g) *Allègement du fardeau de la preuve.* L'allègement du fardeau de la preuve prévu par l'art. 6 LEg s'applique en cas de plainte pour discrimination salariale. Dans un premier temps, il suffit ainsi à la personne salariée de rendre vraisemblable la discrimination (N 217-218, 622). La comparaison avec un seul ou une seule collègue du sexe opposé exerçant la même activité peut suffire à rendre vraisemblable la discrimination (TF, 4A_449/2008 du 25 février 2009, consid. 3). Une fois cette première étape franchie, il appartient à la partie employeuse d'apporter la preuve complète que la différence de traitement est justifiée par un motif objectif et qu'il n'y a dès lors pas discrimination.

311. **Egalité de traitement.** (N 344). Le devoir de protéger la personnalité, prévu à l'art. 328 CO, peut aussi limiter la possibilité de la partie employeuse d'établir des différences de rémunération parmi les membres de son personnel, quel que soit le sexe des personnes concernées. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, « [u]ne décision subjective de l'employeur [...] contrevient à l'interdiction de discriminer [...] dans la mesure où elle exprime une dépréciation de la personnalité de la personne salariée et lui porte ainsi atteinte. Une telle situation n'est réalisée que si l'employé est placé dans une situation clairement moins avantageuse qu'un grand nombre d'autres employés ; tel n'est en revanche pas le cas lorsque l'employeur favorise simplement quelques employés » (TF, 4A_651/2017 du 4 avril 2018).

> **Jurisprudence.** Le TF a jugé que le travailleur qui, avant son licenciement, ne reçoit pas de bonus, alors que tous les collègues de son département en

ont perçu un, subit une inégalité de traitement injustifiée qui lui confère un droit à la gratification (TF, 4A_651/2017 du 4 avril 2018).

3.1.4 Modification de la rémunération

312. **Principe.** Les parties peuvent convenir, expressément ou tacitement, de diminuer le salaire en cours de contrat, mais cet accord ne vaudra que pour le futur. Les prestations déjà fournies doivent donner lieu à la rémunération prévue à la date de leur réalisation.

L'absence d'échange de volonté à l'égard de la réduction du salaire empêche la naissance d'un accord. Si la partie employeuse procède néanmoins à une baisse du revenu, cette réduction unilatérale constitue une inexécution partielle de l'obligation de payer le salaire (TF, 4A_608/2009 du 25 février 2010). Notons toutefois que dans certaines circonstances, le Tribunal fédéral admet l'existence d'un accord tacite donné par la personne salariée à une réduction du salaire.

> **Jurisprudence**. « En principe, le silence du travailleur ne vaut pas acceptation de la réduction du salaire proposée par l'employeur. Une acceptation tacite ne peut être admise que dans des circonstances où, selon les règles de la bonne foi, on doit attendre une réaction du travailleur en cas de désaccord de sa part […]. Il appartient à l'employeur d'établir ces circonstances. Si, conformément à ce qu'il a annoncé au travailleur, l'employeur paie un salaire réduit, il est en règle générale reconnaissable pour le travailleur que l'employeur part d'une acceptation tacite de la réduction. Il est aussi admis que, si le travailleur a encaissé pendant au moins trois mois un salaire réduit par rapport à celui convenu initialement, sans formuler de réserve, il y a présomption de fait […] qu'il a accepté tacitement la baisse de salaire. Si, par la suite, le travailleur entend réclamer une créance de salaire en raison de cette réduction, il lui incombe de renverser cette présomption en établissant des circonstances particulières sur la base desquelles l'employeur n'aurait pas dû déduire, malgré son long silence, un accord de sa part avec cette réduction […] » (TF, 4A_404/2014 du 17 décembre 2014, consid. 5.1).

> **Jurisprudence**. Une réduction de 15% à laquelle la personne salariée ne s'oppose pas durant 10 mois fait l'objet d'un accord tacite, faute pour elle d'avoir protesté durant toute la durée du contrat (TF, 4C.242/2005 du 9 novembre 2005).

313. **Critiques.** Cette jurisprudence a été critiquée, car il est contestable d'admettre un accord tacite de la personne salariée à une réduction de son

salaire du seul fait de l'écoulement du temps. Il ne faut pas oublier que la partie employeuse a toujours la possibilité de notifier à la personne employée un congé-modification pour obtenir cette réduction (N 415-416).

3.1.5 Utilisation du salaire

Plusieurs utilisations du salaire sont encadrées ou interdites par la loi.

314. **Retenue et compensation.** A certaines conditions, la partie employeuse peut retenir une partie du salaire (art. 323a CO).

Quant à la compensation des créances de la partie employeuse avec le salaire de la personne employée, elle n'est possible que dans les limites de la part saisissable du salaire (art. 323b al. 2 CO, N 296).

Enfin, l'art. 323b al. 3 CO interdit les accords sur l'utilisation du salaire dans l'intérêt de la partie employeuse. Cette dernière ne peut pas imposer à la personne salariée l'acquisition de biens ou de services qu'elle, ou une entreprise proche d'elle, produit.

> **Exemple**. Contreviennent à l'art. 323b CO l'obligation de manger dans le restaurant de l'entreprise.

315. **Cession et mise en gage.** Sont également nuls les accords de cession (la personne salariée autorise l'un de ses créanciers à faire valoir des droits directement auprès de la partie employeuse) et de mise en gage (la personne salariée offre une partie de sa rémunération en garantie d'une dette) sur les salaires futurs (art. 325 al. 2 CO). Cette règle a pour but d'éviter l'endettement de la personne salariée que permettrait la cession ou la mise en gage du salaire futur, en particulier à l'égard des institutions bancaires qui pratiquent le crédit à la consommation.

En revanche, la cession des salaires dus est valable lorsqu'elle garantit une créance générée par une obligation d'entretien. Cas échéant, les créanciers privilégiés, c'est-à-dire les services cantonaux d'avance de recouvrement des pensions alimentaires, peuvent percevoir directement les droits cédés auprès de la partie employeuse sur la part saisissable du salaire (art. 93 LP), à savoir la différence entre le revenu net et le minimum vital.

3.1.6 Moyens d'action en cas d'inexécution

316. **Demeure.** Si la partie employeuse est en retard dans le versement du salaire échu, la personne salariée peut suspendre sa prestation de travail tant que le salaire n'est pas versé (ATF 120 II 209, JdT 1995 I 367, N 320-324).

317. **Démission avec effet immédiat.** Elle peut également, en cas de retard important, résilier le contrat avec effet immédiat aux conditions de l'art. 337 CO.

318. **Actions fondées sur la LEg.** En cas de discrimination salariale fondée sur la LEg, les actions décrites plus haut sont ouvertes (N 222-224, 310f).

3.2 Salaire en cas d'empêchement de travailler (art. 324 à 324b CO)

319. **Systématique légale.** Il existe deux hypothèses où la partie employeuse doit verser le salaire alors que la personne salariée ne travaille pas : le cas où la partie employeuse est elle-même responsable de l'empêchement de travailler, c'est-à-dire qu'elle se trouve en demeure (art. 324 CO ; 3.2.1) et celui où l'impossibilité de travailler provient d'une cause inhérente à la personne salariée (art. 324a et 324b CO ; 3.2.2).

3.2.1 Demeure de la partie employeuse

320. **Nature.** L'art. 324 CO est une règle relativement impérative qui prime les règles générales sur la demeure (art. 95, 107-108 CO) et sur l'extinction des obligations dont l'exécution s'avère impossible (art. 119 CO).

321. **Définition.** L'art. 324 al. 1 CO mentionne deux hypothèses.

Premièrement, la partie employeuse se trouve en demeure lorsqu'elle « empêche par sa faute l'exécution du travail ». Tel peut être le cas si elle refuse, sans motifs légitimes, le travail offert par la personne salariée, ou si elle omet de procéder à certaines démarches préalables indispensables à l'exécution du travail (transmission des instructions nécessaires, mise à disposition des instruments et du matériel adéquats, obtention d'une autorisation administrative pour le personnel étranger, mise en place et l'application des règles d'hygiène et de sécurité ou d'un dispositif de protection de la personnalité, N 350).

Secondement, la partie employeuse peut être en demeure d'accepter le travail sans faute de sa part, « pour d'autres motifs », notamment économiques.

322. **Risque d'entreprise et risque économique.** La partie employeuse supporte le risque d'entreprise et le risque économique. A ce titre, elle assume les conséquences de l'impossibilité d'exécuter la prestation de travail pour des motifs inhérents à l'entreprise. Est notamment à sa charge le risque lié à :

- une péjoration de sa situation économique (p. ex. baisse des commandes due à l'arrivée de la concurrence sur le marché) ;
- des perturbations techniques, telles que les interruptions de courant, les pannes de machines, les accidents ou le défaut d'approvisionnement ;
- des catastrophes naturelles (incendies, inondations, secousses sismiques).

> **Exemple.** Une avalanche engloutit un magasin d'habits de sport. Le local et la marchandise sont inaccessibles. La patronne est en demeure d'accepter le travail du personnel de vente.

Le Tribunal fédéral n'a pas encore tranché la question de savoir si une catastrophe naturelle, une épidémie ou des décisions d'autorités (p. ex. l'ordre de fermer la plupart des entreprises pour des motifs de santé publique) affectant l'ensemble d'une région, ou d'un pays, représentent un risque devant être mis à charge de la partie employeuse lorsque de telles circonstances externes entraînent une impossibilité de travailler. Dans l'affirmative, la partie employeuse se trouve en demeure et reste ainsi tenue de payer le salaire (art. 324 al. 1 CO, N 324), malgré les difficultés financières auxquelles elle se trouve vraisemblablement confrontée suite à

de tels événements. En revanche, dans la négative, les obligations réciproques des parties sont suspendues, et chacune d'elles est libérée (art. 119 al. 1 et 2 CO). La partie employeuse n'est donc pas tenue de verser le salaire et il convient de recourir à d'autres moyens, comme les indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (art. 31 ss LACI), pour pallier le manque de rémunération.

323. **Modalités.** Il ne peut y avoir demeure de la partie employeuse que si la personne salariée manifeste clairement sa volonté de fournir la prestation et se trouve effectivement en mesure de travailler (TF, 4A_464/2018 du 18 avril 2019). En pratique, la personne salariée doit offrir sa prestation en se présentant à sa place de travail, par écrit ou de toute autre manière appropriée. En effet, l'offre doit être sérieuse mais n'est soumise à aucune exigence formelle et peut découler des circonstances. En particulier, l'interpellation ou la fixation d'un délai n'est pas indispensable s'il apparaît qu'elle serait inutile dans le cas d'espèce (art. 108 ch. 1 CO). Sous peine de voir son comportement interprété comme un abandon d'emploi (art. 337d CO), la personne salariée veillera néanmoins à garder des traces tangibles (art. 8 CC) de ses offres de service.

En principe, les grévistes ne peuvent pas bénéficier de la protection offerte par l'art. 324 CO puisque ces personnes n'offrent pas leurs services pendant la grève (N 467).

324. **Effets.** Lors d'une résiliation du contrat de travail, les parties sont tenues, quelles que soient les circonstances, de respecter les délais de congé légaux et contractuels et, en cas de licenciement collectif, les règles prévues aux art. 335d ss CO. Etant donné que le risque économique est à la charge de la partie employeuse, sa survenance ne constitue jamais pour cette dernière un juste motif de résiliation du contrat avec effet immédiat.

Après sa mise en demeure, tant qu'elle ne prend pas les mesures nécessaires ou qu'elle n'accepte pas la prestation de travail offerte, la personne salariée a droit à son salaire bien qu'elle ne travaille pas. La personne salariée n'a pas à prouver un dommage pour justifier son droit à la rémunération. En effet, elle dispose d'une créance en paiement du salaire et non pas en dommages-intérêts. Ainsi, la partie employeuse ne peut pas réduire la créance en invoquant l'art. 44 al. 1 CO en lien avec l'art. 99 al. 3 CO.

La personne salariée ne peut toutefois pas s'enrichir grâce à la demeure. Dès lors, en vertu de l'art. 324 al. 2 CO, il convient d'imputer sur le salaire ce qu'elle a épargné du fait de l'empêchement de travailler (dépenses non encourues) ainsi que les revenus obtenus en exécutant une autre activité, soit pour une autre partie employeuse, soit en qualité d'indépendante.

L'art. 324 al. 2 CO prévoit également l'imputation du gain auquel la personne salariée a intentionnellement renoncé. Cette règle l'oblige à prendre toute mesure utile propre à limiter les conséquences de la demeure de la partie employeuse. Toutefois, cette dernière ne pourrait reprocher à la personne salariée de ne pas avoir cherché un autre travail. En effet, selon l'art. 321a al. 3 CO, la personne salariée est tenue à une obligation de diligence et de fidélité qui l'empêche, pendant la durée du contrat, d'accomplir un travail rémunéré pour un tiers (N 274). En pratique l'art. 324 al. 2 CO ne peut donc trouver application que lorsque la personne salariée refuse une activité de remplacement proposée par la partie employeuse (même auprès d'un tiers), qui aurait été acceptable au vu de ses capacités, de son expérience, de sa position sociale et de sa situation personnelle et familiale.

3.2.2 Salaire en cas d'empêchement de travailler pour une cause inhérente à la personne (art. 324a/324b CO)

325. **Système.** Si la personne salariée est empêchée de travailler par sa faute, elle n'a droit à aucun salaire et peut même devoir réparer le dommage causé à la partie employeuse (art. 321e CO).

En revanche, la personne salariée empêchée de travailler sans sa faute reçoit une protection spéciale. Selon le régime général, lorsque la personne salariée est empêchée de travailler, elle est libérée de son obligation de travailler (art. 119 al. 1 CO) et la partie employeuse devrait en principe être libérée à son tour de l'obligation de verser le salaire (art. 119 al. 2 CO). Toutefois, les 324a et 324b CO instaurent un régime différent. A certaines conditions, ils mettent en tout ou partie le risque d'une incapacité de travail causée par une raison inhérente à la personne à charge de la partie employeuse (exception réservée par l'art. 119 al. 3 CO).

Les art. 324a et 324b CO aménagent trois régimes : le régime de base (art. 324a al. 1 à 3 CO), le régime conventionnel (art. 324a al. 2 et 4 CO) et le régime de l'assurance obligatoire (art. 324b CO). Le régime de base

s'applique subsidiairement, en l'absence d'assurance obligatoire ou de régime conventionnel.

3.2.2.1 Régime de base (art. 324 al. 1 à 3 CO)

326. **Nature juridique.** L'art. 324a al. 1 à 3 CO, de nature relativement impérative, instaure un seuil minimal de protection auquel il n'est pas possible de déroger au détriment de la personne salariée. Par conséquent, les régimes conventionnels présentés plus loin (N 333) ne permettent pas de prévoir des prestations globalement inférieures au régime de base.

327. **Conditions d'application.** Quatre conditions doivent être réunies pour fonder un droit au salaire selon le régime de base : une durée minimale des rapports de travail de trois mois (N 328) ; un empêchement de travailler (N 329) ; une cause inhérente à la personne (N 330) ; une absence de faute (N 331).

328. **Durée minimum des rapports de travail.** La partie employeuse n'est tenue de verser le salaire que si les rapports de travail ont duré plus de 3 mois ou ont été conclus pour plus de 3 mois (ATF 131 III 623).

- Rapports de travail ayant duré plus de 3 mois : le *dies a quo* est le jour de la prise d'emploi. Le terme du délai est le quantième correspondant au premier jour d'emploi dans le troisième mois civil qui suit le mois où les rapports de travail ont commencé (art. 77 al. 1 CO). Le droit au salaire naît le lendemain du jour où la durée des rapports de travail atteint trois mois. Pour calculer la durée, il faut tenir compte de toutes les périodes de service auprès de la même partie employeuse qui satisfont le critère de continuité, même si la personne salariée a changé de fonction au sein de l'entreprise et qu'un nouveau contrat a été conclu. Doivent par exemple être incluses dans le calcul de la durée des rapports de travail, la période d'apprentissage (décision genevoise, in : JAR 1998 149) ainsi que la durée d'un stage effectué avec l'aide des services du chômage.

  Exemple. Pour une prise de fonction le 15 janvier, le terme du délai de 3 mois est le 15 avril. La partie employeuse doit alors verser le salaire dès le 16 avril, s'il existe à cette date une incapacité de travail. Si une incapacité de travail a commencé avant cette date et se poursuit au-delà, par exemple du 1er au 30 avril, elle donne droit à un salaire du 16 au 30 avril.

· Rapports de travail conclus pour plus de 3 mois. Ce cas de figure concerne les contrats de durée déterminée de plus de 3 mois ou les contrats de durée indéterminée prévoyant un délai de congé supérieur à 3 mois, puisque les rapports de travail sont alors d'emblée conclus pour une durée supérieure à 3 mois. Dans ces hypothèses, le droit au salaire naît dès le jour de l'entrée en service. En revanche, si un contrat de durée déterminée est conclu pour une durée égale ou inférieure à 3 mois, le droit au salaire ne naît que le premier jour du quatrième mois des rapports de travail.

> **Exemple**. T. et E. concluent un contrat de travail pour une durée de 4 mois, de mars à juin. T. entre en fonction le 1er mars. Elle tombe malade et se trouve incapable de travailler du 10 au 18 mars. Elle a droit à son salaire pour cette période.

329. **Empêchement de travailler.** Le droit au salaire prévu par l'art. 324a CO n'est dû qu'en présence d'un empêchement de travailler, qu'il soit total ou partiel et qui se définit en fonction de la nature du travail accompli par la personne salariée. La même maladie ou le même accident n'entraînera pas des empêchements de travailler identiques selon l'activité exercée.

> **Exemple**. Un doigt cassé affecte différemment une guide touristique et une pianiste !

Il appartient à la personne salariée de prouver son incapacité de travail (art. 8 CC ; TF, 8C_760/2012 du 4 septembre 2013), généralement au moyen d'un certificat médical dont l'exactitude est présumée (N 627-628).

330. **Cause inhérente à la personne.** La doctrine distingue les causes objectives et les causes subjectives d'empêchement de travailler. Les causes objectives ne constituent pas un empêchement de travailler au sens de l'art. 324a CO et la partie employeuse n'a aucune obligation de verser le salaire à la personne salariée sur cette base. Il s'agit, par exemple, des embouteillages, des paralysies de transports dues à des grèves, à des chutes de neige ou à des inondations. Il faudra alors déterminer si la cause en question relève du risque de l'entreprise et entre dans le champ d'application de l'art. 324 CO (N 322).

L'art. 324a CO protège ainsi contre les seules incapacités de travail dues à une cause subjective, inhérente à la personne salariée, qui rendent l'exécution de la prestation impossible. Cette disposition légale en donne plusieurs exemples. Les cas les plus fréquents sont les accidents non

couverts par la LAA, la maladie, la grossesse (N 334a) et l'accomplissement d'une fonction publique ou d'une obligation légale découlant par exemple du droit de la famille.

· *La maladie*. Elle est définie par l'art. 3 LPGA comme toute atteinte à la santé physique, mentale ou psychique qui n'est pas due à un accident et qui exige un examen ou un traitement médical ou provoque une incapacité de travail. En ce qui concerne les visites médicales, les consultations urgentes doivent être considérées comme couvertes par l'art. 324a CO. Par ailleurs, l'incapacité de travail due aux éventuelles complications consécutives à l'allaitement du nourrisson sont considérées comme des maladies.

  Jurisprudence. Le Tribunal fédéral reconnaît, ensuite d'un revirement de jurisprudence, que la toxicomanie constitue une maladie susceptible de porter atteinte à la capacité de travail (ATF 145 V 215).

· *L'accident*. Il est défini par l'art. 4 LPGA comme toute atteinte dommageable, soudaine et involontaire, portée au corps humain par une cause extérieure extraordinaire qui compromet la santé physique, mentale ou psychique ou qui entraîne la mort. En principe, les conséquences des accidents sont couvertes par les indemnités journalières versées au titre de la LAA et les compléments dus par la partie employeuse en vertu de l'art. 324b CO. Toutefois, lorsque la personne salariée travaille moins de 8 heures par semaine, l'assurance-accidents ne couvre pas les accidents non professionnels (art. 13 OLAA). L'art. 324a CO trouve alors subsidiairement application.

· *Les obligations légales*. Elles englobent le service militaire (suisse ou étranger), y compris le service féminin de l'armée et le service de protection civile, et les obligations familiales. Par exemple, l'obligation légale de pourvoir à l'entretien de l'enfant (art. 276 et 301 CC), y compris adopté (art. 267 CC), impose aux parents de s'en occuper lorsque celui-ci est malade ou incapable de rester seul en raison de son très jeune âge ou d'un handicap et que personne d'autre n'est en mesure de l'assister (p. ex. parce que les structures d'accueil sont fermées et que les proches n'ont pas le droit de s'en approcher). Notons qu'un projet de loi fédérale sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge des proches du 22 mai 2019 (FF 2019 4005) introduit notamment un congé payé (maximum 3 jours par cas et 10 jours par an au total) pour la prise en charge d'un membre de la famille ou d'un partenaire atteint dans sa santé. (Sur l'articulation entre l'art. 329g P-CO et l'art. 324a CO, voir Message CF FF 2019 3980. Voir aussi N 176, 365).

- *Les fonctions publiques*. Elles concernent par exemple l'exercice d'un mandat de député au parlement cantonal ou fédéral.
- *La grossesse*. Elle est mentionnée à l'art. 324a al. 3 CO, qui renvoie au système du régime de base des alinéas 1 et 2. En plus du droit de s'absenter sur simple avis, du moins lorsque la LTr s'applique (art. 35a al. 2 LTr), la travailleuse enceinte a ainsi droit à son salaire si la grossesse l'empêche de travailler et qu'elle peut le prouver, généralement grâce à un certificat médical (TF, 4C.36/2007 du 26 mars 2007).
- La liste dressée à l'art. 324a al. 1 *cum* al. 3 CO n'est pas exhaustive. D'autres causes inhérentes à la personne peuvent entrer en considération, en particulier les congés usuels prévus par l'art. 329 al. 3 CO (N 363). Les CCT réglementent souvent les autres causes d'empêchement en déterminant les cas d'application et dans quelle mesure et à quel titre ces empêchements doivent être pris en charge par la partie employeuse.

331. **Absence de faute.** Enfin, l'incapacité de travail doit être non fautive. Ainsi, la survenance ou la prolongation de cet état ne doit pas résulter d'un manque de diligence (art. 321a CO).

Les tribunaux font preuve de retenue lorsqu'il s'agit de décider si l'incapacité de travail est due à une faute de la personne salariée. Il faut tenir compte des deux éléments suivants. Premièrement, la personne salariée est protégée dans l'exercice de ses droits constitutionnels, notamment celui d'organiser librement sa vie et ses loisirs, même s'il s'agit d'activités comportant un risque accru d'accident, telles que la varappe, le ski, la plongée ou l'équitation (ATF 122 III 268). Deuxièmement, une faute légère demeure en principe sans conséquence sur le droit au salaire. En revanche, si l'incapacité de travail est consécutive à une faute intentionnelle ou à une négligence grave, elle éteindra le droit au salaire. Il en va ainsi, d'après la doctrine, de la violation des prescriptions de sécurité au travail, de la participation volontaire à des rixes, du ski hors-piste. Si elle n'est pas suffisamment grave pour exclure le droit au salaire, la faute de la personne salariée pourra compter parmi les circonstances particulières que le tribunal prendra en considération pour fixer la durée de ce droit (art. 324a al. 2 CO). En revanche, une interruption légale de la grossesse (119 CP) ne constitue pas un comportement fautif ; elle est couverte par l'art. 324a al. 3 CO.

332. **Effets.** Dès le jour où les quatre conditions d'application sont réunies, la partie employeuse doit payer le salaire à 100 % pendant un temps limité (art. 324a al. 1 CO), c'est-à-dire le salaire de 3 semaines pendant la première année de service et, ensuite, le salaire « pour une période plus longue fixée équitablement, compte tenu des rapports de travail et des circonstances particulières » (art. 324a al. 2 CO *cum* 4 CC).

La large marge d'appréciation ménagée par l'art. 324a al. 2 CO entraîne un risque d'inégalité de traitement. Pour pallier cet écueil, les CCT précisent parfois le droit au salaire en établissant des barèmes en fonction des années de service. A Bâle, Berne et Zurich, pour éviter de tomber dans l'arbitraire, les tribunaux ont fixé des barèmes en fonction de l'ancienneté de la personne salariée dans l'entreprise. En pratique, la jurisprudence s'écarte rarement de ces solutions.

Le principe même de ces échelles est discutable, car la matière, réglée par le droit fédéral, ne devrait pas aboutir à des solutions différentes d'un canton à l'autre. L'échelle bernoise est la plus appliquée en Suisse romande.

Echelle de Berne

Durant la 1ère année de service	3 semaines de salaire
Durant la 2e année de service	1 mois de salaire
De la 3e à la 4e année de service	2 mois de salaire
De la 5e à la 9e année de service	3 mois de salaire
De la 10e à la 14e année de service	4 mois de salaire
Tous les cinq ans	1 mois supplémentaire

L'année de service se compte à partir de la date d'entrée effective au service de la partie employeuse et non dès la conclusion du contrat de travail. Le temps d'essai est inclus dans le calcul de l'année de service.

Peu importe qu'au moment où survient l'incapacité de travail, l'année de service soit incomplète.

> **Exemple**. Durant la 1ère année de service, si la personne salariée tombe malade pendant 4 semaines, elle a droit à un montant correspondant à 3 semaines de salaire, qu'elle ait déjà travaillé 5 ou 11 mois.

Un nouveau crédit de salaire naît à chaque nouvelle année de service. En revanche, il vaut pour l'ensemble des causes d'empêchement survenant durant la même année de service (ATF 124 V 291), y compris les montants dus en raison d'une grossesse sur la base de 324a al. 3 CO.

Le crédit inutilisé une année ne peut pas être reporté sur la suivante. Par ailleurs, la partie employeuse est libérée lorsque le crédit afférent à une année est totalement épuisé. Elle devra à nouveau verser le salaire l'année de service suivante, si la personne salariée se trouve en incapacité de travail.

Il existe deux possibilités de calculer le droit au salaire. On parle de « crédit en argent » lorsque le droit au salaire s'épuise à mesure qu'une somme est entamée, à la manière d'un porte-monnaie que la partie employeuse viderait lorsqu'elle verse des sommes à la personne salariée. Cette méthode doit être employée pour calculer le droit au salaire dans le cadre du régime de base (cf. également N 335).

Au contraire, le « crédit en temps » désigne le droit au salaire qui s'épuise à mesure que le temps passe, en écoulant un calendrier. Bien qu'au final, le résultat de ce calcul aboutisse à un montant chiffré de salaire, le critère pertinent est le temps pendant lequel la personne salariée touche un salaire et non le montant de celui-ci. Cette manière de calculer est employée dans le cadre du régime de l'assurance obligatoire que nous examinerons plus loin (N 334).

> **Exemple**. A. touche un salaire de CHF 4'330.-. Elle est incapable de travailler en raison d'une maladie non professionnelle à 50% pendant 6 semaines. Elle se trouve dans sa première année de service. Son crédit est donc de CHF 3'000.- (CHF 4'330.- / 4.33 (nombre moyen de semaines par mois) * 3 semaines). Pour chaque semaine, T. a droit à CHF 500.- de salaire en lien avec l'incapacité de travail (CHF 4'330.- / 4.33 * 50%, soit CHF 1'000.- * 50%). Le crédit de CHF 3'000.- couvre donc la totalité de l'incapacité de travail de 6 semaines (CHF 3'000.- – 6 * CHF 500.-).
>
> Si A. recevait un « crédit en temps », elle ne percevrait son salaire que pendant 3 semaines, c'est-à-dire CHF 1'500.-. En retenant l'application du crédit en temps, la salariée serait donc mieux traitée si son incapacité de travail était totale pendant 6 semaines (elle utiliserait alors la totalité des CHF 3'000.-), que si elle continuait à travailler à 50% pendant 6 semaines.

Lorsqu'une incapacité de travail chevauche deux années de service, c'est-à-dire qu'elle commence pendant une année de service et se déploie jusque dans l'année de service suivante, le Tribunal fédéral estime qu'il faut cumuler les crédits afférents à chaque année (TF, 4A_215/2011 du 2 novembre 2011). Cette solution s'explique par le fait qu'un nouveau crédit naît pour chaque nouvelle année de service. Le système se distingue donc de la solution retenue en matière de congé donné en temps inopportun, où le Tribunal fédéral rejette un tel cumul (N 428c/dd).

> **Exemple**. Une incapacité de travail dure deux semaines pendant la première année de service et continue encore pendant deux mois lors de la seconde année de service. Le crédit de trois semaines de la première année de service est utilisé à concurrence de deux semaines. La troisième semaine de crédit, non utilisée, est perdue. Pour la deuxième année de service, le crédit d'un mois applicable ne suffit pas à couvrir les deux mois d'incapacité de travail. Au total, la personne salariée a donc droit a deux semaines puis à un mois de salaire.

Lorsque la personne salariée a commis une faute concomitante et a ainsi contribué à la survenance de l'incapacité de travail, la partie employeuse peut réduire la durée du droit au salaire.

3.3.2.2 Régime conventionnel (art. 324 al. 2 et 4 CO)

333. **Deux types de régime conventionnel.** La détermination du droit au salaire en cas d'empêchement de travailler exige de s'interroger sur l'existence d'un régime conventionnel. En effet, il est possible de convenir ou de prévoir, par un accord entre la partie employeuse et la personne salariée, ou dans une convention collective de travail ou un contrat-type de travail, qu'en cas d'incapacité de travail, le droit au salaire sera pris en charge selon des modalités différentes, mais en tout cas équivalentes, au régime de base.

Le régime conventionnel peut être complémentaire (art. 324a al. 2 CO) ou dérogatoire (art. 324a al. 4 CO).

Les accords passés dans le cadre du régime conventionnel impliquent souvent l'intervention d'une assurance. Lorsque la partie employeuse a conclu une assurance collective perte de gain soumise à la LCA, la personne salariée dispose d'un droit propre contre la compagnie d'assurance pour le paiement des indemnités. La partie employeuse est alors libérée de ses obligations.

a) *Le régime conventionnel complémentaire (art. 324a al. 2 CO)*. Ce régime englobe tous les accords prévoyant des prestations plus favorables que le régime de base, par exemple en prolongeant la durée du droit au salaire ou en prévoyant des crédits séparés pour différents types d'incapacité. Puisqu'il ne confère que des avantages à la partie salariée, ce régime n'est soumis à aucune exigence de forme.

b) *Le régime dérogatoire (art. 324a al. 4 CO).* Le régime dérogatoire consiste à déroger, par un accord écrit, une convention collective ou un contrat-type de travail, à certaines modalités du régime de base, souvent au détriment de la personne employée (par exemple, en prévoyant un délai d'attente) à condition d'accorder à celle-ci des avantages compensatoires (par exemple, en prévoyant que les prestations seront versées sur une plus longue période). La loi soumet un tel régime à la réalisation de deux conditions cumulatives.

Premièrement, l'exigence de la forme écrite signifie que le contrat, la convention collective ou le contrat-type de travail (ou l'annexe à laquelle il est fait référence) doit mentionner les points essentiels du régime conventionnel, c'est-à-dire le montant des cotisations (en pourcentage du salaire), les risques couverts, la durée des prestations, les modalités de financement des primes, et, cas échéant, la durée du délai de carence (ATF 131 II 623).

Secondement, les prestations doivent être « au moins équivalentes » à celles prévues par le régime de base. L'équivalence s'apprécie globalement, de manière abstraite, indépendamment de la solution obtenue dans un cas d'espèce.

> **Exemple**. La condition de l'équivalence est généralement respectée lorsque l'accord prévoit un versement du salaire à l'issue d'un délai de carence de 3 jours, à hauteur de 80% pour une durée, par exemple, de 720 jours par période de 900 jours. Il existe alors deux inconvénients : le droit au salaire naît le troisième jour de l'incapacité de travail (et non le premier jour) et le droit n'est pas de 100%, mais de 80%. Un avantage compense toutefois ces réductions : le droit au salaire s'étend sur une période plus longue, du moins en comparaison de ce que prévoit le régime légal de base.

Compte tenu de la jurisprudence du Tribunal fédéral, de l'évolution de la doctrine et de la pratique, la notion d'équivalence repose sur cinq critères cumulatifs (TF, 4C.275/2002 du 5 décembre 2002) :

- la participation de la partie employeuse aux primes d'assurance, qui implique la prise en charge de la moitié au moins de la cotisation (art. 331 al. 2 et 3 CO) ;
- la part de salaire couverte par les indemnités journalières. On exige aujourd'hui une couverture minimale de 80% du salaire ;
- la durée de l'indemnisation. La doctrine et la jurisprudence affirment que la durée minimale d'indemnisation doit être de 720 jours sur une période de 900 jours consécutifs ;
- le délai de carence (temps d'attente). Un délai de carence de trois jours est usuel. L'équivalence avec le régime légal est pratiquement exclue lorsqu'un délai supérieur à trois jours est prévu. En effet, les maladies les plus courtes sont les plus fréquentes ;
- la couverture de l'incapacité en cause. Le contrat d'assurance peut en effet limiter les éventualités couvertes, en excluant par exemple les accidents non professionnels (pour lesquels les personnes salariées actives moins de 8 heures par semaine ne sont pas assurées). Cas échéant, en dépit de l'accord dérogatoire, la personne salariée peut tout de même prétendre au paiement de son salaire conformément à l'art. 324a CO, à condition que l'empêchement de travailler ne soit pas dû à sa faute.

Si l'une ou l'autre des deux conditions de validité du régime dérogatoire fait défaut, le Tribunal fédéral estime que le régime de base s'applique en tant que minimum impératif.

La partie employeuse a certains devoirs d'information envers la partie salariée (cf. art. 331 al. 4 CO). En outre, si le régime dérogatoire est valablement conclu, mais que la partie employeuse l'exécute mal ou ne l'exécute pas, celle-ci est responsable du dommage (art. 97 CO ; ATF 124 III 126 et ATF 127 III 318).

> **Jurisprudence**. Si l'employeur « ne satisfait pas aux obligations à lui imposées par la convention dérogatoire écrite, par exemple s'il ne conclut pas le contrat d'assurance prévu ou n'acquitte pas les primes dues à l'assureur, ou, en cas de maladie d'une personne salariée, ne fait pas à temps l'annonce exigée par les conditions d'assurance, il doit réparation du dommage subi par la personne, et le dommage correspond aux prestations d'assurance perdues. Sa propre prestation a alors pour objet des dommages-intérêts pour cause de mauvaise exécution de la convention, et elle est due sur la base de l'art. 97 al. 1 CO » (ATF 141 III 112).

3.2.2.3 Régime de l'assurance obligatoire (art. 324b CO)

334. **L'assurance obligatoire (art. 324b CO).** Lorsqu'une personne salariée est empêchée de travailler pour une cause inhérente à sa personne, il convient en premier lieu d'étudier si son incapacité est couverte par une assurance obligatoire. Les assurances obligatoires prévoient en effet que la personne salariée a droit à des prestations, lesquelles réduisent voire suppriment le devoir de la partie employeuse de verser un salaire en cas d'empêchement de travailler. C'est le cas de l'assurance-accidents (LAA), de l'assurance perte de gain (LAPG) ou encore de l'assurance militaire (LAM).

Lorsqu'une de ces lois est applicable, il convient tout d'abord de déterminer les prestations que devra l'assurance concernée, puis celles dues par la partie employeuse sur la base de l'art. 324b CO. Nous examinerons d'abord les éventualités couvertes par une assurance obligatoire (a), puis les conditions d'application du régime de l'assurance obligatoire (b) et enfin les effets de ce dernier (c).

a) *Les éventualités couvertes par une assurance obligatoire.*

- *Les accidents*. La LAA prévoit le versement d'une indemnité journalière en cas de perte de gain résultant d'un accident, qu'il soit professionnel (art. 1a et 16 LAA) ou non. La couverture des accidents non professionnels est toutefois soumise à la condition que la personne salariée travaille au moins 8 heures par semaine (art. 13 OLAA). Si la personne salariée est occupée par plusieurs employeurs, la limite des huit heures par semaine s'apprécie individuellement pour chaque partie employeuse (TF, 8C_328/2008 du 24 octobre 2008). Si l'accident survient pendant une période de service militaire ou de protection civile, les prestations seront versées par l'assurance militaire (art. 1a et 4 LAM).

- *Les maladies*. En principe, la perte de gain résultant d'une maladie ne fait pas l'objet d'une indemnité journalière prévue par une assurance obligatoire en Suisse. Il s'agit d'une lacune importante pour les personnes souffrant de malades chroniques et/ou de handicap causant des atteintes régulières à leur capacité de travail. Il existe toutefois deux exceptions. La LAA couvre la perte de gain résultant d'une maladie professionnelle (art. 6 al. 1 et 9 LAA) et la LAM celle liée à l'accomplissement du service militaire ou de protection civile (art. 8 et 28 LAM). En cas d'invalidité, l'intéressé peut toucher des indemnités de l'assurance invalidité (AI).

- *Le service obligatoire ou volontaire*. La perte de gain résultant de la participation à un service obligatoire ou volontaire, y compris le service féminin de l'armée et le service à la Croix-Rouge, fait l'objet d'une indemnité journalière prévue par les art. 1a ss LAPG.

- *La maternité*. La perte de gain résultant de la maternité est réglée par les art. 16b ss LAPG, qui octroient aux femmes exerçant une activité lucrative salariée ou indépendante depuis au moins cinq mois une allocation de maternité versée sous la forme d'indemnités journalières. Selon les art. 16c à 16f LAPG, le droit à des indemnités journalières existe pendant les 14 semaines qui suivent l'accouchement, à hauteur de 80 % du gain assuré ; il s'élève à 196 francs par jour depuis 2015. Les cantons peuvent prévoir une allocation de maternité plus élevée et/ou de plus longue durée (art. 16h LAPG, art. 5 et 10 LAMat/GE), ainsi qu'un plafond plus élevé quant au gain assuré (à Genève il s'élève à 406 fr., cf. art. 10 al. 3 LAMat et l'art. 22 OLAA).

b) *Conditions d'application de l'art. 324b CO*. L'application du régime de l'assurance obligatoire est soumise aux mêmes conditions que le régime de base, à savoir : un empêchement de travailler, pour une cause inhérente à la personne, une durée minimum des rapports de travail de trois mois et l'absence de faute (N 327-331).

c) *Prestations de la partie employeuse*. Selon l'art. 324b al. 1 CO, la partie employeuse est libérée lorsque les versements de l'assurance obligatoire couvrent au moins quatre cinquièmes (ou 80%) du salaire effectif ou réel. Il ne faut pas confondre le salaire effectif ou réel et le salaire assuré. En effet, les assurances limitent le montant du salaire qu'elles assurent et les lois fixent un gain maximum assuré, par exemple 406 francs par jour en cas d'accident selon les art. 15 LAA et 22 OLAA ou encore 196 francs par jour en cas de maternité selon l'art. 16f LAPG. Ainsi, les indemnités dues par les assurances ne représentent pas toujours 80% du salaire réel, même quand leur pourcentage s'élève à 80% du salaire assuré. Compte tenu de ce système, l'art. 324b al. 2 et 3 CO prévoit deux cas de figure où la partie employeuse n'est pas libérée :

- si les prestations d'assurance sont inférieures aux 80% du salaire réel, la partie employeuse doit la différence (art. 324b al. 2 CO) ;

- si les prestations d'assurance ne sont versées qu'après un délai d'attente (par exemple, le délai de carence prévu à l'art. 16 al. 2 LAA), la partie employeuse doit verser pendant cette période 80% au moins du salaire réel (art. 324a al. 3 CO).

> **Exemple.** A. commence à travailler pour E. le 1er octobre 2019. Elle se trouve incapable de travailler pendant 6 semaines en raison d'un accident professionnel survenu le lundi 6 avril 2020 au soir. Elle touche un salaire mensuel de CHF 20'000.-, soit un salaire journalier de CHF 655.74 (CHF 20'000.- * 12 / 366 [2020 est une année bissextile]), largement supérieur au gain maximum assuré en cas d'accident de CHF 406.- (art. 22 OLAA). Elle se trouve dans sa première année de service et son droit au salaire est de 3 semaines. E. devra verser 80% du salaire réel pendant le délai de carence, soit le salaire à 80% le mardi 7 avril et le mercredi 8 avril (80% * CHF 655.74 = CHF 524.59, qui, multipliés par deux jours, donnent CHF 1'049.18). Ensuite, la partie employeuse doit, du jeudi 9 (à savoir le « troisième jour qui suit celui de l'accident » selon l'art. 16 al. 2 LAA) au lundi 27 avril 2020, soit pour 19 jours, la différence entre 80% du gain maximum assuré (80% * CHF 406.- = CHF 324.80) et 80% du salaire réel (CHF 524.59), soit CHF 3'796.01 (CHF 524.59 – CH 324.80 = CHF 199.79 ; CHF 199.79 * 19 = CHF 3'796.01).

Les prestations versées par la partie employeuse sont dues pour un « temps limité » (art. 324b al. 1 CO), notion qui renvoie à l'art. 324a al. 1 et 2 CO (N 332). Selon la doctrine majoritaire, les termes de la loi signifient que le crédit prévu à l'art. 324b al. 1 CO est un crédit en temps (*contra*, PERRENOUD, p. 821 et 825). L'obligation de la partie employeuse porte ainsi sur une durée et non sur un montant.

> **Exemple**. Si le droit au salaire est de 1 mois, la partie employeuse complètera les versements de l'assurance obligatoire pendant 1 mois, même si le montant ainsi perçu n'équivaut pas à 1 mois de salaire assuré.

> **Exemple.** A. accomplit pendant la 1ère année de service son école de recrue pendant 18 semaines. Durant ces 18 semaines il touche 25% de son salaire au titre d'allocation pour perte de gain en cas de service militaire. En vertu de l'art. 324b CO, durant les 3 première semaines de son école de recrue, la partie employeuse versera la différence entre les allocations pour perte de gain (25% selon l'art. 9 LAPG) et 80% (4/5e selon 324b al. 2 CO) du salaire. Autrement dit, la partie employeuse versera 55% du salaire pour la période limitée de 3 semaines.

3.2.2.4 Coordination entre les régimes

335. **Coordination des art. 324a et 324b CO.** Lorsqu'une personne salariée subit des empêchements de travailler relevant de l'art. 324a et 324b CO durant une même année de service, elle ne bénéficie pas de deux crédits distincts. Il convient au contraire de coordonner les deux régimes. Dans un premier temps, la coordination se fait en argent : il faut déterminer la

somme totale à laquelle la personne salariée a droit pendant l'année de service. Puis, il convient d'utiliser ce montant en respectant le système prévu pour chacun des art. 324a et 324b CO (N 332).

> **Exemple.** A. touche CHF 15'000.- par mois. Pendant sa quatrième année de service, A. subit un accident professionnel au tout début de sa journée de travail, ce qui entraîne une incapacité de travail de trois mois en février, mars et avril 2020, puis une maladie non professionnelle l'empêchant de travailler en juin 2020. Selon l'échelle bernoise, dans la quatrième année de service, elle a droit à 2 mois de salaire, soit *in casu* CHF 30'000.- (CHF 15'000.- * 2). Il faut distribuer ces CHF 30'000.- au fur et à mesure que surviennent les incapacités selon les règles qui les régissent.
>
> Concernant l'accident, le salaire quotidien de A. dépasse le gain maximum assuré par la LAA, à savoir CHF 406.-, puisqu'il s'élève à CHF 491.80 (CHF 15'000.- * 12 / 366). L'assurance-accidents versera donc CHF 324.80 (= 80% * CHF 406.-) dès le troisième jour suivant l'accident et jusqu'au terme de l'incapacité. Quant à la partie employeuse (E.), elle doit verser des prestations pendant un « temps limité », en l'occurrence deux mois, même si l'empêchement résultant de l'accident dure plus longtemps. E. doit tout d'abord verser le salaire à 80% les trois premiers jours, soit CHF 1'180.32 (3 * (80% * CHF 491.80 = CHF 393.44)), puis la différence entre les indemnités journalières et 80% du salaire réel, soit CHF 68.64 (CHF 393.44 – CHF 324.80) pendant 57 jours (février et mars 2020 = 60 jours ; 60 - 3 = 57), c'est-à-dire CHF 3'912.48. Au total, la partie employeuse doit verser CHF 5'092.80 pour l'accident (CHF 1'180.32 + CHF 3'912.48). Il reste CHF 24'907.20.
>
> Concernant la maladie, elle dure un mois. Le salaire d'un mois représente CHF 15'000.-. Le crédit restant permet donc de couvrir l'incapacité résultant de la maladie. Il restera encore CHF 9'907.20 (CHF 24'907.20 – CHF 15'000.-) pour d'éventuelles autres incapacités de travail survenant dans la même année de service.

3.2.2.5 Règles spéciales (art. 35 et 35b LTr)

336. **Protection spéciale des femmes enceintes et accouchées.** L'art. 35 al. 2 LTr interdit l'occupation des femmes enceintes au travail pénible ou dangereux. Dans le même sens, l'art. 35b al. 1 LTr interdit l'occupation entre 20h et 6h des femmes enceintes ou des femmes qui se trouvent entre la neuvième et la seizième semaine après l'accouchement. Lorsqu'un poste respectueux de ces conditions ne peut être attribué à la travailleuse, la partie employeuse doit verser 80% du salaire malgré l'inactivité (art. 35 al. 3 et 35b al. 2 LTr) (N 169-174).

3.3 Protection de la personnalité et de la santé (art. 328, 328b CO, art. 6 LTr et LEg)

3.3.1 Généralités

337. **Droit applicable.** L'article 328 CO est une norme générale qui concrétise en droit du travail le principe de protection de la personnalité énoncé par l'art. 28 al. 1 CC. Son alinéa premier dispose que « l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur ; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité ». Deux normes spéciales précisent de surcroît l'obligation de protéger la personnalité en ce qui concerne la communauté domestique (art. 328a CO) et le traitement des données personnelles (art. 328b CO). Ces trois normes sont relativement impératives ; il n'est possible d'y déroger qu'en faveur de la personne salariée (art. 362 CO). En outre, la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes prévoit une interdiction spécifique du harcèlement sexuel ou fondé sur le sexe dans les rapports de travail de droit privé ou public (art. 4 LEg). Enfin, une série de dispositions de droit public concrétise l'obligation de protection de la santé, à l'instar de l'art. 6 alinéa 1, 1re phrase LTr, complété par l'art. 2 OLT 3. La LTr porte à la fois sur la protection de la santé au sens large ainsi que sur la durée du travail et du repos, dont l'aménagement vise à éviter des périodes de travail trop longues, susceptibles d'entraîner des troubles physiques ou psychiques. La LTr consacre aussi une protection spéciale des jeunes gens, des femmes enceintes, accouchées et allaitantes ainsi que du personnel assumant des responsabilités familiales (art. 35-36 LTr, N 169-176). L'art. 328 CO impose à la partie employeuse d'avoir des égards particuliers pour ces catégories de personnes ainsi que pour celles dites « vulnérables » en raison de leur état de santé ou de leur âge avancé (à propos du devoir de diligence accru à l'égard des personnes âgées au bénéfice d'une longue ancienneté, voir TF, 4A_384/2014 du 12 novembre 2014, N 67, 411).

338. **Composante centrale des rapports de travail.** La protection de la personnalité et de la santé constitue une composante centrale des rapports de travail. En effet, la dépendance économique de la personne salariée à la partie employeuse, toutes deux unies par un contrat qui impose par ailleurs un devoir d'obéissance de la première vis-à-vis de la seconde (art. 321d CO), appelle un garde-fou. Ce besoin d'équilibrer le rapport des

forces en présence s'exprime à travers diverses normes de droit du travail, telles que celle relative à la protection contre les licenciements abusifs (art. 336 al. 1 lit. a CO).

339. **Champ d'application temporel.** Les droits et obligations relatifs à la protection de la personnalité et de la santé s'appliquent non seulement pendant la relation de travail, mais également lors des pourparlers précontractuels (TF, 2C_103/2008 du 30 juin 2008).

En outre, ces devoirs perdurent dans une certaine mesure après la fin des rapports de travail (ATF 131 V 298), notamment dans le cas où la partie employeuse serait appelée à donner des renseignements sur un ancien membre du personnel.

> **Jurisprudence**. En violation de l'art. 328b CO, un employeur a découragé une entreprise d'engager son ancien employé en fournissant de faux renseignements dépréciatifs au sujet de celui-ci et a donc été tenu de verser des dommages-intérêts pour réparer le préjudice subi par l'ancien employé en raison d'une période de chômage (TF, 4C.379/2002 du 22 avril 2003).

340. **Objet.** La protection vise l'ensemble des valeurs, physiques, affectives et sociales, essentielles à la personne humaine, et plus précisément :

- l'intégrité et la santé physique (vie et corps humain) ;
- l'intégrité et la santé psychique ;

  > **Exemple**. Le *stress*, le *burn out* et le *mobbing* entraînent des atteintes à la personnalité.

- l'intégrité morale et la considération sociale (sentiments, honneur personnel et professionnel, dignité, réputation économique) ;

  > **Jurisprudence**. L'entreprise qui licencie un collaborateur porte atteinte à sa personnalité lorsqu'elle communique les motifs de la résiliation de façon stigmatisante aux collègues (ATF 130 III 699).

- les libertés individuelles (notamment liberté d'expression, liberté de conscience,) dans la mesure des intérêts légitimes de la partie employeuse ;

  > **Jurisprudence**. Une blanchisserie porte atteinte à la personnalité de son employée musulmane qui refuse d'ôter son foulard si elle la licencie pour cette raison, alors qu'aucun motif d'hygiène ou de sécurité ne justifie

l'interdiction de porter un voile (Tribunal de la région de Bern-Mitteland, CIV 16 1317 du 8 septembre 2016).

· la sphère privée, c'est-à-dire la vie intime (faits et gestes que chacun veut garder pour soi-même) et vie privée (événements que chacun choisit de partager avec un cercle plus ou moins étroit de personnes).

Jurisprudence. Les questions relatives à la vie intime et amoureuse posées dans le cadre du recrutement à une jeune apprentie portent atteinte à sa personnalité, faute de « rapport avec les besoins de l'entreprise » (TF, 2C_103/2008 du 30 juin 2008, consid. 6.2).

341. **Obligation de diligence.** Tout d'abord, la partie employeuse doit s'abstenir de porter atteinte aux droits de la personnalité des membres de son personnel (art. 328 al. 1 CO). Ensuite, elle assume une obligation de protection, qui implique non seulement de mettre fin à un cas concret dont elle a, ou aurait dû, avoir connaissance, mais aussi de prendre des mesures pour prévenir les atteintes de manière générale. A cet égard, l'art. 328 al. 2 CO, par une formulation très proche de celle employée à l'art. 6 al. 1 LTr, impose de prendre « toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui ».

Les mesures à prendre ont pour objet la gestion des risques psychosociaux (p. ex. mise en œuvre d'un dispositif de gestion des cas de harcèlement, N 350), la prévention des accidents et des maladies (p. ex. application d'un plan de protection visant à réduire le risque de transmission d'un virus en période d'épidémie) ou encore l'aménagement des installations et locaux de travail, qui doivent répondre aux exigences en matière d'ergonomie et d'hygiène (p. ex. mise en place d'une ventilation suffisante, art. 16-17 OLT 3). Les mesures doivent respecter le principe de proportionnalité de sorte que leur coût peut être pris en compte au regard de la taille des entreprises (ATF 132 III 257).

Une omission de prendre de telles mesures constitue une violation du devoir de diligence. En particulier, la partie employeuse ne doit pas créer un état de fait dangereux. Il lui incombe de prendre toutes les précautions propres à empêcher un dommage prévisible de se produire.

Exemple. La présence d'une ou plusieurs armes chargées dans la salle à manger, lesquelles ont été nettoyées par le personnel de maison, engage la responsabilité de la partie employeuse, lorsqu'un coup part de manière

involontaire, alors que l'employé de maison invitait son amie à regarder par la lunette de l'arme. Dans le cas d'espèce, l'employé de maison ne savait pas que l'arme exposée était chargée (ATF 112 II 138).

A des fins de protection de la santé, la loi instaure en outre une obligation de la partie employeuse de contrôler la durée du travail moyennant un enregistrement (art. 46 LTr et 73 al. 1 let. c, d, e, OLT 1), quelle que soit par ailleurs la forme d'aménagement de la durée du travail (horaire libre, mensualisation, annualisation). Toutefois, les parties au contrat de travail peuvent exceptionnellement simplifier l'enregistrement ou y renoncer complètement aux conditions prévues aux art. 73a et 73b OLT 1.

La loi prévoit par ailleurs une protection spéciale de la maternité. L'art. 35 al. 1 LTr indique que la partie employeuse doit protéger la santé des femmes enceintes et qui allaitent. Les travaux dangereux ou pénibles sont interdits (art. 35 al. 2 LTr), sauf si une analyse de risques a établi qu'il n'existe pas de menace pour la santé de la mère ou de l'enfant ou que des mesures de protection adéquates ont été prises (art. 62 OLT 1). Voici des exemples de travaux dangereux ou pénibles : le déplacement manuel de charges (régulièrement plus de 5 kg, occasionnellement plus de 10 kg), les mouvements ou postures fatigantes (se courber, position accroupie), les travaux avec chocs, secousses ou vibrations, les travaux au froid (en dessous de -5 °C), à la chaleur (+28 °C) ou à l'humidité (cf. OProMa). Les travaux du soir et de nuit font également l'objet d'une réglementation spécifique pendant la grossesse (art. 35b LTr et 35a al. 4 LTr). A leur demande, les femmes enceintes sont dispensées d'exécuter des travaux qui sont pénibles pour elles (art. 64, al. 1, OLT 1). Elles doivent pouvoir s'allonger et se reposer dans des conditions adaptées (couchette confortable dans un local séparé par exemple ; art. 34 OLT 3). Sur le congé maternité et les pauses d'allaitement, cf. N 365b).

342. **Responsabilité.** La partie employeuse est susceptible de répondre d'une atteinte à la personnalité pour son propre fait et pour celui d'autrui.

Premièrement, elle peut se voir reprocher la violation de sa propre obligation de diligence, par ses actions ou par ses omissions. Il en va de même si ces dernières proviennent de ses organes (art. 55 al. 2 et 3 CC ; par ex. les membres de la direction). Ainsi, lorsqu'elle ou l'un de ses organes n'a pas pris les mesures de prévention et/ou de sanction qui s'imposaient et qu'il en résulte une atteinte à la personnalité, la partie employeuse sera tenue responsable, quel que soit l'auteur de l'atteinte (supérieurs hiérarchiques, collègues, voire clients de l'entreprise, etc.).

> **Jurisprudence**. Au cours d'une énième altercation, particulièrement violente cette fois-là, un employé adresse des menaces de mort à l'un de ses collègues. La partie employeuse licencie alors l'auteur avec effet immédiat, avec raison nous dit le TF, au titre « de son obligation de protéger ses autres travailleurs, sous peine d'engager sa propre responsabilité » (ATF 127 III 351, JdT 2001 I 369, consid. 4. b. dd).

Deuxièmement, la partie employeuse peut devoir répondre des atteintes commises par ses auxiliaires (art. 55 CO, responsabilité délictuelle, et art. 101 CO, responsabilité contractuelle ; par ex. les supérieurs hiérarchiques).

> **Jurisprudence**. La notion d'auxiliaire au sens de l'art. 101 CO doit être interprétée de manière large et s'appliquer à toute personne à qui la partie employeuse confie une de ses obligations (TF, 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, consid. 4.1).

343. **Moyens d'action.** En cas d'atteinte à la personnalité, la personne salariée peut envisager plusieurs options.

Lorsque la partie employeuse viole une de ses obligations, par exemple lorsqu'elle ne prend pas les mesures nécessaires pour éviter un grave danger, la victime de l'atteinte peut la mettre en demeure, puis cesser son activité jusqu'au rétablissement d'une situation de travail appropriée (art. 82 et 324 CO). Il découlera d'une violation du devoir de diligence de la partie employeuse une obligation de réparer le préjudice causé à la personne employée, fondée sur une responsabilité contractuelle (art. 97 CO) qui se prescrit par dix ans. La faute concurrente de la personne salariée peut entraîner une diminution, voire une suppression de l'indemnité (renvoi aux art. 44 et 99 CO).

La personne salariée peut également démissionner avec effet immédiat (art. 337 et 337b CO) et/ou dénoncer la partie employeuse à l'inspection cantonale du travail (art. 54 LTr). La démission avec effet immédiat ne doit toutefois être utilisée qu'en dernier recours, notamment pour ne pas risquer de se voir pénaliser par l'assureur-chômage.

Diverses actions judiciaires peuvent être engagées par la personne employée. On songera tout d'abord aux actions prévues dans le code civil : actions en prévention, en cessation et en constatation des atteintes (art. 28a CC). En pratique, ce sont toutefois les actions en dommage-intérêts (art. 41 et 99 al. 3 CO) et en réparation du tort moral (art. 49 et 99 al. 3 CO) qui sont utilisées, car elles sont considérées comme plus efficaces. Dans cette dernière hypothèse, la reconnaissance d'une atteinte

à la personnalité n'engendre pas automatiquement l'allocation d'une indemnité pour tort moral. En effet, un tel octroi implique que l'atteinte à la personnalité présente une certaine gravité (critère objectif) et affecte la victime avec intensité (critère subjectif) (TF, 4A_128/2007 du 9 juillet 2007).

> **Exemple**. Selon la jurisprudence, il résulte de l'expérience courante de la vie qu'un employé soumis durant des années à une surcharge de travail et maintenu dans l'incertitude quant à son avenir professionnel est susceptible de subir une dépression. Une atteinte de cette nature à la santé correspond à la notion de « tort considérable » donnant droit à une indemnité pour tort moral (décision genevoise, in : JAR 2009 p. 507).

En cas de harcèlement sexuel, la partie salariée peut en outre demander le versement d'une indemnité spécifique prévue par la LEg (N 226, 349).

3.3.2 Egalité de traitement

344. **Une portée relative.** Le principe général de protection de la personnalité en droit du travail prend une importance sans cesse croissante. Toutefois, il voit sa portée limitée par un autre pilier du droit civil suisse : la liberté contractuelle. Ainsi, l'art. 328 CO ne fonde qu'un droit relatif à l'égalité de traitement. Une « décision subjective de l'employeur ne contrevient à l'interdiction de discriminer que dans la mesure où elle exprime une dépréciation de la personnalité du travailleur et lui porte ainsi atteinte. Une telle situation n'est réalisée que si l'employé est placé dans une situation clairement moins avantageuse qu'un grand nombre d'autres employés ; tel n'est en revanche pas le cas lorsque l'employeur favorise simplement quelques employés » (TF, 4A_651/2017 du 4 avril 2018, consid. 3.3 ; ATF 129 III 276). Une atteinte à l'égalité de traitement peut notamment se produire lors de l'attribution d'une gratification (N 311).

> **Exemple**. Il est contraire à l'égalité de traitement que la partie employeuse demande systématiquement aux mêmes membres du personnel d'accomplir des heures supplémentaires, alors que d'autres personnes pourraient aussi s'en charger.

3.3.3 Protection contre le harcèlement psychologique ou sexuel

345. **Harcèlement psychologique ou mobbing (art. 328 al. 1 CO, 1re phrase et 6 LTr).** En l'absence d'une norme légale spécifique, la définition du mobbing résulte de la jurisprudence : « le harcèlement psychologique, appelé aussi mobbing, se définit comme un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne de son lieu de travail » (TF, 4C.343/2003 du 13 octobre 2004 ; TF, 4D_72/2017 du 19 mars 2018). On peut extraire les éléments suivants de cette définition :

a) Hostilité : les propos et agissements doivent véhiculer une certaine hostilité. La difficulté vient de ce que le mobbing découle souvent d'attitudes en apparence normales qui, prises isolément, peuvent paraître anodines. Les attaques sont dans la plupart des cas de faible intensité, parfois même discrètes. Toute la sournoiserie du mobbing réside dans la répétition de telles attaques.

b) Répétition et durée : ces propos et/ou agissements hostiles doivent se répéter de manière fréquente et durable.

c) Effets sur la personnalité et la santé : la formulation selon laquelle un auteur harcèle lorsqu'il « cherche à isoler » une personne semble exiger une volonté de nuire. La jurisprudence fédérale a récemment relativisé cette condition : « plus que l'intention subjective du harceleur, c'est finalement l'effet de ses agissements sur la personnalité et la santé de la victime qui est déterminant » (TF, 8C_41/2017 du 21 décembre 2017, consid. 3.6.2, confirmé par TF, 4D_72/2017 du 19 mars 2018, consid. 8.3).

Le mobbing peut être le fait d'une seule personne ou d'un groupe de personnes. Au sens strict, on considère que le mobbing ne peut être que le fruit de plusieurs personnes. Le plus souvent, toutefois, le terme de mobbing est utilisé pour définir le harcèlement d'une personne par une autre personne.

Il n'y a pas harcèlement psychologique du seul fait d'un conflit dans les relations professionnelles ou d'une mauvaise ambiance de travail (TF, 4D_72/2017 du 19 mars 2018, consid. 8.2). Un conflit non constitutif de mobbing peut néanmoins entraîner une atteinte à la personnalité impliquant le devoir de la partie employeuse de mettre sur pied un dispositif de prévention (N 350).

346. **Harcèlement sexuel (art. 328 al. 1, 2e phrase CO, 6 LTr et 4 LEg).** L'adoption de la LEg a donné lieu à une modification de l'art. 328 alinéa 1 CO, complété ainsi : « [l'employeur] veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes ».

Le harcèlement sexuel forme donc un cas particulier d'atteinte à la personnalité, que l'art. 4 LEg définit comme :

a) « tout comportement discriminatoire ».

b) « importun ». Le caractère harcelant doit être établi en tenant compte du ressenti de la personne qui se plaint (Tribunal administratif fédéral, 25 octobre 2010, A-6910/2009, consid. 6.3), au regard de la sensibilité de la personne atteinte elle-même (élément subjectif) et d'une « personne raisonnable du même sexe » (élément objectif).

c) « de caractère sexuel ou tout autre comportement ou fondé sur l'appartenance sexuelle » (c'est-à-dire de caractère sexuel ou sexiste). Notre Haute Cour explique que le harcèlement sexuel « n'est pas forcément en rapport avec la sexualité » (TF, 4A_544/2018 du 29 août 2019, consid. 3.1). La doctrine et la jurisprudence s'accordent sur le fait que la teneur de l'art. 4 LEg couvre deux formes principales de harcèlement. Il s'agit, d'une part, du harcèlement basé sur un abus d'autorité, appelé aussi « harcèlement *quid pro quo* » (donnant-donnant), qui fait l'objet des exemples mentionnés à l'art. 4 LEg. Il prend alors la forme de menaces de préjudices ou de promesses de privilèges professionnels destinés à amener la victime à adopter le comportement désiré (chantage sexuel). Il s'agit, d'autre part, d'une forme de harcèlement sexiste, consistant à créer un « climat de travail hostile » (« hostile environment », selon une terminologie adoptée par la Cour suprême des Etats-Unis). A cet égard, le Tribunal fédéral précise la portée de l'art. 4 LEg : « bien que les exemples cités dans cette disposition ne se réfèrent qu'à des cas d'abus d'autorité, la définition n'exclut pas d'autres actes portant atteinte à la dignité du travailleur et ne relevant pas d'un abus d'autorité, mais contribuant à rendre le climat de travail hostile, par exemple des plaisanteries déplacées ou l'affichage de photos indécentes », auxquels s'ajoutent les remarques sexistes, les commentaires grossiers ou embarrassants (ATF 126 III 395, JdT 2001 298). Dans cette deuxième hypothèse, ce sont les effets (et non l'intention) discriminatoires du comportement hostile qui sont décisifs pour admettre l'existence d'un harcèlement sexuel.

> **Jurisprudence**. « Il n'est pas nécessaire que l'intimé ait voulu obtenir des faveurs sexuelles pour que son comportement soit inclus dans la définition du harcèlement sexuel (…) Le fait que l'intimé n'ait pas voulu empoisonner les rapports de travail, ni même envisagé un tel résultat n'est pas déterminant » (Tribunal administratif fédéral, 25 octobre 2010, A-6910/2009, consid. 9.3).

d) « qui porte atteinte à la dignité ».

e) « de la personne ». L'article 4 LEg se réfère à la dignité de la « personne ». Le harcèlement sexuel peut être le fait d'un individu ou d'un groupe. Il peut avoir lieu entre femmes et hommes ou entre personnes du même sexe.

f) « sur son lieu de travail ». La jurisprudence interprète cette notion au sens large. Elle y englobe tous les locaux à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise qui servent à l'accomplissement de l'activité professionnelle proprement dite ou qui, de façon plus générale, sont en lien avec le travail. Cette définition inclut par exemple les lieux de pause. Le TF n'a pas encore clairement tranché la question de la protection contre les actes survenus hors de l'entreprise pendant le temps libre (voir TF, 4A_124/2017 du 31 janvier 2018, pt. B et consid. 4.3). Le TF a toutefois reconnu l'existence d'un harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg dans une affaire où un directeur importunait sa subordonnée à distance, notamment via des appels téléphoniques et des messages SMS, alors que celle-ci se trouvait chez elle en incapacité de travailler (TF, 4A_544/2018 du 29 août 2019). Le Tribunal administratif fédéral et certains tribunaux cantonaux estiment qu'un comportement contrevient à l'art. 4 LEg s'il a « pour effet de rendre l'exécution du travail plus difficile pour la personne harcelée ». Tel est en particulier le cas lorsque l'atteinte provient du supérieur hiérarchique ou d'un collègue avec qui la personne harcelée doit étroitement collaborer (TAF, A-6910/2009 du 25 octobre 2010, consid. 6.1 ; Tribunal cantonal vaudois, Chambre des recours, 19 septembre 2012, consid. 6.1.3).

g) « en particulier le fait de proférer des menaces, de promettre des avantages, d'imposer des contraintes ou d'exercer des pressions de toute nature sur une personne en vue d'obtenir d'elle des faveurs de nature sexuelle ». La liste des exemples n'est pas exhaustive (« en particulier ») ; seules sont mentionnées des formes particulièrement graves de harcèlement sexuel, constitutives d'infractions pénales (menace, contrainte, etc.).

Les comportements suivants sont notamment constitutifs de harcèlement sexuel :

a) remarques non souhaitées (« importunes », N 346b) sur l'apparence physique, le comportement sexuel ou l'orientation sexuelle ; commentaires (oraux ou écrits) sexistes ;

> **Exemples**. Harcèlement sexuel admis par le TF : dire, dans un bistrot de quartier « toutes des salopes » (TF, 4C.187/2000 du 6 avril 2001) ; dire, dans un évêché : « les femmes des uns font le bonheur des autres », « ne soyez pas méchants avec les femmes … la nature s'en charge au fur et à mesure que le temps passe » (TF, 4A_178/2010 du 14 mai 2010).

b) fait de dévisager, siffler, présenter du matériel pornographique, exhiber les parties sexuelles ;

c) contact physique, attouchement, proposition d'acte sexuel ou autre invitation importune ;

d) agression sexuelle, contrainte sexuelle, tentative de viol ou viol.

347. **Distinction.** Contrairement au harcèlement psychologique qui nécessite une répétition d'actes dans la durée, un harcèlement sexuel peut être retenu même en présence d'un acte unique, du moment qu'il revêt un caractère sexuel ou sexiste (« fondé[s] sur l'appartenance sexuelle ») et qu'il est ressenti comme « importun » par la victime selon l'appréciation subjective et objective.

348. **Devoir de diligence.** L'obligation de veiller à ce que les personnes employées ne subissent pas de harcèlement incombe à la partie employeuse, qu'elle soit l'auteure du comportement discriminatoire ou non (ATF 126 III 395, JdT 2001 298). Ainsi, un cas de harcèlement peut engendrer plusieurs responsabilités :

a) celle de la partie employeuse fondée sur l'art. 328 al. 1 et 2 C, ainsi que, en cas de harcèlement sexuel, 4 et 5 LEg (N 342) ;

b) celle des personnes à l'origine du harcèlement, qui peuvent répondre sur la base des art. 41 ss CO, voire des normes pénales.

349. **Indemnité spécifique.** En plus des actions mentionnées *supra* (N 343), la victime de harcèlement sexuel peut prétendre à une indemnité *sui generis* fondée sur l'art. 5 al. 3 et 4 LEg (plafond de six mois de salaire moyen suisse). Le tribunal peut allouer cette indemnité, à moins que la

partie employeuse ait démontré avoir pris toutes les mesures commandées par l'expérience, appropriées aux circonstances et que l'on pouvait équitablement exiger d'elle pour prévenir les actes ou y mettre fin. Si la partie employeuse est l'auteure de l'atteinte, elle ne sera pas en mesure de fournir la preuve libératoire (TF, 4A_330/2007 du 17 janvier 2008).

En outre, l'art. 5 al. 5 LEg réserve les droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, notamment. En cas de harcèlement sexuel, les premiers ont en particulier vocation à compenser le préjudice financier survenu en raison de dépenses médicales, tandis que l'indemnité pour tort moral (art. 49 CO) sera accordée exceptionnellement, en présence d'une atteinte tellement intense et grave, que l'indemnité *sui generis* (art. 5 al. 3 LEg) ne permet pas suffisamment de réparer la souffrance psychique causée à la victime.

> **Jurisprudence**. Un maître de stage viole son apprentie (TF, 4A_330/2007 du 17 janvier 2008). L'apprentie reçoit une indemnité pour harcèlement sexuel (art. 5 al. 3 LEg) ainsi qu'une indemnité pour tort moral (art. 49 CO) pour réparer l'atteinte à sa personnalité particulièrement grave.

350. **Dispositif de prévention.** La partie employeuse doit prendre les mesures pour éviter que le personnel subisse des actes de harcèlement, ce qui implique de les sanctionner, mais aussi de les prévenir. En la matière, une déclaration de principe interdisant les atteintes à la personnalité est nécessaire, mais ne suffit pas. L'entreprise doit démontrer sa réelle motivation à lutter contre de telles atteintes. Elle doit donc informer son personnel sur ce que signifient et comment se manifestent le harcèlement psychologique, le harcèlement sexuel, la discrimination fondée sur le sexe, la race et la religion, ainsi que les sanctions consécutives aux manquements avérés. Elle doit en outre indiquer la procédure à suivre en cas d'atteinte à la personnalité, désigner une personne de confiance, disposant de la formation nécessaire et hors hiérarchie, chargée de conseiller et de soutenir les personnes qui s'en plaindraient, ou du moins doit-elle instaurer un « système de gestion des conflits équivalent qui assure le même niveau de protection » (TF, 2C_462/2011 du 9 mai 2012, consid. 5.3).

351. **Fardeau de la preuve.** Le harcèlement, qu'il soit psychologique ou sexuel, se caractérise par la difficulté de démontrer son existence. De surcroît, la gravité du harcèlement psychologique peut se diluer dans le caractère a priori anodin des actes qui le composent, pris isolément. Pour ce qui est du harcèlement sexuel, le caractère illicite de certains

comportements, considérés comme « normaux » dans certains milieux professionnels, peine parfois à être reconnu.

Les tribunaux admettent par conséquent l'existence du harcèlement sur la base d'un faisceau d'indices (« vraisemblance prépondérante », à distinguer de la « simple vraisemblance » au sens de l'art. 6 LEg, N 621-622).

> **Jurisprudence.** Selon le Tribunal fédéral, « il résulte des particularités du mobbing que ce dernier est généralement difficile à prouver, si bien qu'il faut éventuellement admettre son existence sur la base d'un faisceau d'indices convergents, mais aussi garder à l'esprit qu'il peut n'être qu'imaginaire ou même être allégué abusivement pour tenter de se protéger contre des remarques et mesures pourtant justifiées […] » (TF, 4A_128/2007 du 9 juillet 2007).

3.3.4 Protection des données

352. **Norme spécifique.** L'art. 328b CO a été introduit simultanément à la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD), pour tenir compte des spécificités du traitement des données personnelles dans le contrat de travail. Cet article mentionne les deux types de données personnelles que la partie employeuse est en principe autorisée à traiter, sous réserve du respect des principes généraux énoncés par la LPD. L'art. 26 OLT 3 régit l'utilisation de systèmes destinés à surveiller le comportement des membres du personnel sur le lieu de travail. Par ailleurs, certaines conventions collectives contiennent des règles sur la protection des données.

353. **Evolution.** La question de la protection des données acquiert une importance croissante, en raison notamment du développement constant des nouvelles technologies d'information et de communication (NTIC). Une révision de la LPD est actuellement en cours. La réforme vise avant tout à renforcer la protection, eu égard au développement technologique, ainsi qu'à assurer la conformité du droit suisse au droit européen.

354. **Etapes dans l'analyse.** L'art. 328b CO impose tout d'abord d'identifier l'objet du traitement effectué par la partie employeuse (N 355). Il faut ensuite vérifier l'existence d'un motif justificatif (N 356) ainsi que le respect des règles générales, en particulier du principe de la proportionnalité (N 357).

355. **Quelques définitions.**

a) *Traitement*. Selon l'art. 4 let. e LPD, la notion de « traitement » couvre toutes les opérations relatives à des données personnelles, quels que soient les moyens et procédés utilisés : collecte, conservation, utilisation, modification, communication, archivage ou destruction de données. En principe, il n'est pas nécessaire que le contenu de la donnée personnelle ait été retranscrit pour parler de traitement. Il suffit qu'elle ait été communiquée oralement ou simplement utilisée. Le support accueillant l'information peut être manuel ou informatique. Enfin, peu importe que les données aient été traitées directement par la partie employeuse ou par un tiers à qui cette première aurait confié cette tâche.

b) *Données personnelles*. Ce terme désigne toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable (art. 3 let. a LPD). On entend par là, dans le cadre des relations de travail, tous renseignements, indications ou notes se rapportant à une personne salariée et qui concernent aussi bien sa vie privée que professionnelle.

c) *Données sensibles*. L'art. 3 let. c LPD offre une liste exhaustive des « données sensibles » : les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales, la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une « race », les mesures d'aide sociale, les poursuites ou les sanctions pénales et administratives.

356. **Existence d'un motif justificatif.** D'après l'art. 13 alinéa 1er LPD, un tel motif peut résulter de la loi, soit en particulier de l'art. 328b CO (a), d'un intérêt prépondérant privé ou public (b), ou du consentement de la victime (c).

a) *Norme spéciale*. L'art. 328b CO constitue une *lex specialis* par rapport aux art. 12 et 13 LPD. Il prévoit deux hypothèses dans lesquelles le traitement de données personnelles est présumé licite (ATF 130 II 425).

aa) Aptitude à remplir son emploi. Ces données, dont la collecte valable peut intervenir avant la conclusion du contrat comme durant son exécution, concernent toutes les informations permettant de déterminer si la personne salariée possède les capacités professionnelles et personnelles objectivement requises pour remplir ses obligations contractuelles. On entend par là : les diplômes, les certificats de travail, etc. Les personnes qui mènent un entretien d'embauche ne peuvent poser que des questions permettant de déterminer l'aptitude de la personne candidate à exercer l'emploi convoité, ce qui exclut *a priori* les sujets relatifs à la sphère

privée, tels que l'origine ethnique, l'orientation sexuelle ou la grossesse (explicitement visée par l'art. 3 LEg). De même, les questions relatives à une maladie ou à un handicap sans effet sur l'aptitude au travail sont illicites. En cas de violation, la doctrine estime que la personne candidate a le droit de refuser de répondre ou de mentir. Le Tribunal fédéral semble ne pas contester une telle analyse (ATF 144 II 345, JdT 2019 II 316, consid. 5.3.3). En revanche, la personne candidate doit répondre honnêtement aux questions légitimes et informer spontanément de tous les faits susceptibles de rendre l'exécution du contrat de travail d'emblée impossible (art. 321a al. 1 CO).

bb) Données nécessaires à l'exécution du travail. Cette catégorie englobe toutes les données permettant à la partie employeuse de remplir ses obligations légales et conventionnelles, par exemple l'état civil, la date de naissance, la nationalité ou encore le numéro d'AVS. Le recueillement de telles informations ne devrait intervenir qu'après la conclusion du contrat de travail.

b) *Intérêt privé ou public prépondérant*. L'intérêt à examiner est celui de la personne qui traite les données, généralement la partie employeuse. Celle-ci peut par exemple avoir un intérêt privé prépondérant à archiver intégralement ses courriels pour s'épargner un tri fastidieux.

En outre, un intérêt public ne justifie une entorse au principe de protection des données que s'il est prépondérant.

> **Jurisprudence**. Le service informatique des CFF remarque une consultation très fréquente de sites pornographiques et, suite à ce constat, analyse les données de deux employés soupçonnés. Il est constaté une consultation, pour l'un, d'environ 2 heures par jour, et, pour l'autre, d'environ 5 heures par jours. Les CFF les licencient avec effet immédiat. L'article 57o al. 2 let. b LOGA non respecté en l'espèce puisque les travailleurs n'avaient pas été informés par écrit au préalable du fait qu'ils allaient être contrôlés. Cependant, cette carence n'était pas d'une gravité telle que le rapport de contrôle ne doive pas être utilisé. Les preuves récoltées de manière illicite ont donc été retenues par le tribunal, car l'intérêt des CFF à sauvegarder leur réputation auprès de leurs usagers a été jugé prépondérant. A cet effet, il importait que l'entreprise ait respecté le principe de la proportionnalité, ce qui peut par exemple survenir de la façon suivante : informer le personnel des règles à observer, procéder à des contrôles aléatoires et anonymes, diffuser des avertissements automatiques en cas de consultation de sites internet interdits et, en cas de fraude, notifier l'infraction constatée (ATF 143 II 443, JdT 2018 I 50).

c) *Consentement de la personne salariée*. Compte tenu du rapport de subordination qui caractérise les relations de travail, l'existence d'un consentement doit être admise de manière restrictive. Le consentement doit résulter d'une volonté librement exprimée, après avoir reçu les informations nécessaires (consentement libre et éclairé). A l'égard des données sensibles et des profils de personnalité, il doit revêtir une forme explicite (art. 4 al. 5 LPD). Il découle de la nature semi-impérative de l'art. 328b CO que le consentement à un traitement sans rapport avec les aptitudes professionnelles ne vaut que si ce dernier est dans l'intérêt de la personne salariée.

> **Exemple**. L'administration fédérale préconise de prendre en considération les expériences extra-professionnelles dans le cadre du recrutement. Une personne candidate assumant des responsabilités familiales peut donc avoir avantage à l'indiquer si elle postule auprès de la Confédération.

357. **Respect des principes généraux.** En plus de l'existence d'un juste motif, le traitement des données doit intervenir en respectant les principes généraux, à savoir la licéité (a), la bonne foi (b), la proportionnalité (c), la finalité et la reconnaissable (d) et enfin l'exactitude ou la qualité (e).

a) *Licéité*. En vertu de l'art. 4 alinéa 1er LPD, un traitement de données doit être licite, ce qui exclut les comportements délictueux tels que l'enregistrement non autorisé de conversation (art. 179ter CP).

b) *Bonne foi*. Au sens de l'art. 4 alinéa 2 LPD, un traitement de données ne doit par exemple pas « conduire à la conservation de renseignements dont l'employeur avait garanti l'élimination ».

c) *Proportionnalité*. En vertu de l'art. 4 alinéa 2 *in fine* LPD, la partie employeuse ne doit traiter « que les données strictement nécessaires et de la manière la moins intrusive possible ».

d) *Finalité et reconnaissabilité*. D'après l'art. 4 alinéas 3 et 4 LPD, « tout traitement de données doit être opéré dans le respect du but qui a présidé à la collecte et qui était reconnaissable par la personne concernée ».

e) *Exactitude ou qualité*. L'art. 5 alinéa 1er LPD précise que « tout traitement doit porter sur les données actualisées et conformes à la réalité ».

358. **Surveillance électronique du personnel.** Au regard des art. 8 CEDH (N 89) et 26 OLT 3 (N 135), la surveillance est illicite lorsqu'elle porte uniquement ou essentiellement sur le comportement du personnel, sans justification objective. En particulier, l'analyse de données permettant

d'identifier une personne est autorisée s'il existe un soupçon concret d'abus. En pareille hypothèse, il faut examiner si le but poursuivi aurait pu être atteint avec un moyen moins incisif (respect du principe de proportionnalité ; cf. jurisprudence N 273b).

> **Jurisprudence**. Une société emploie du personnel chargé d'installer, d'entretenir et de réparer des extincteurs incendie. Les personnes qu'elle occupe se rendent très rarement dans les locaux de l'entreprise, car leur activité se déploie essentiellement auprès de la clientèle et implique de nombreux trajets en voiture. Un jour, l'entreprise équipe les véhicules automobiles utilisés par le personnel de GPS. Une personne se plaint auprès de l'inspection cantonale du travail, laquelle considère le dispositif attentatoire à la santé psychique des personnes salariées, car il permet « une surveillance systématique, durable, ciblée et préventive de[s] comportements ». Selon le Tribunal fédéral, l'art. 26 OLT 3 n'interdit pas de prendre les mesures nécessaires pour prévenir des accidents, protéger des personnes et des biens ou contrôler la qualité des prestations. *In casu*, la partie employeuse pouvait recourir auxdits GPS pour contrôler le travail fourni, en particulier la qualité des prestations et le rendement. En effet, son pouvoir de directive (art. 321d al. 1 CO) a pour corollaire la possibilité de contrôler que le personnel respecte bel et bien les instructions reçues (ATF 130 II 425, consid. 4.2).

3.4 Congés et vacances (art. 329 à 329f CO)

3.4.1 Congés

359. **Notions et délimitations.** Il est possible de distinguer différents types de congés selon que leur objectif consiste à protéger :

- la santé (congé hebdomadaire, art. 329 al. 1 CO, art. 18 ss LTr) ;
- la vie sociale (interdiction du travail du dimanche et des jours fériés, art. 18 ss LTr, congés usuels, art. 329 al. 3 CO) ;
- l'avenir économique de la personne salariée (temps nécessaire pour rechercher un emploi, art. 329 al. 3 CO).

360. **Santé.** Selon l'art. 329 al. 1 CO, la partie employeuse accorde à la personne salariée « un jour de congé par semaine, en règle générale le dimanche ou, si les circonstances ne le permettent pas, un jour ouvrable

entier ». Il s'agit d'une disposition de nature semi-impérative, à laquelle il n'est possible de déroger qu'en faveur de la personne salariée, notamment en lui octroyant plusieurs jours de congés hebdomadaires. La LTr aménage également un cadre destiné à protéger la santé de la personne salariée en imposant des jours de congé hebdomadaires. Elle part ainsi du postulat que la semaine de travail se déroule sur cinq jours (art. 21 LTr).

361. **Vie sociale. Travail du dimanche.** L'art. 18 LTr interdit le travail dominical, sous réserve des dérogations et exceptions prévues aux art. 19 et 27 LTr. L'art. 20 al. 1 LTr exige en toutes hypothèses qu'une fois toutes les deux semaines au moins, le jour de repos hebdomadaire coïncide avec un dimanche complet, et suive ou précède immédiatement le temps de repos quotidien. Durant son ou ses jours de congé hebdomadaires, la personne salariée doit pouvoir disposer librement de son temps, sans se tenir à disposition de la partie employeuse et n'est, en principe, pas payée. A cet égard, le congé hebdomadaire diffère des vacances (sur le salaire afférent aux vacances cf. N 374).

362. **Vie sociale. Jour férié.** Les jours fériés au sens de l'art. 20a al. 1 LTr sont assimilés au dimanche. Il est donc interdit de travailler un jour férié (sous réserve des dérogations et exceptions prévues aux art. 19 et 27 LTr).

> **Jurisprudence**. Selon le Tribunal fédéral, « [i]l est unanimement admis qu[e l']interdiction de travailler les jours fériés, qui avait au départ une justification religieuse, répond désormais également – voire prioritairement – à un but de politique sociale. […] [L]es jours fériés ne sont pas seulement des jours "analogues" aux dimanches, censés être fêtés, mais bien des jours "identiques" à ceux-ci qui visent aussi à accorder aux travailleurs un temps libre supplémentaire » (TF, 2C_70/2019 du 16 septembre 2019, consid. 3.1).

Au niveau fédéral, le seul jour férié est celui de la fête nationale, à savoir le 1er août, au sujet duquel l'art. 110 al. 3 Cst. précise qu'il doit être rémunéré. L'art. 20a al. 1 LTr autorise les cantons à assimiler au dimanche huit autres jours fériés par an. En principe, le fait de ne pas travailler durant ces autres jours fériés cantonaux n'entraîne aucune déduction sur le salaire mensuel.

> **Jurisprudence**. Une association fribourgeoise de commerçants demande une autorisation de travailler le samedi 8 décembre 2018, à savoir le jour de la fête de l'Immaculée-Conception, qui est férié à Fribourg, afin de permettre l'ouverture des magasins situés à proximité du marché de Noël. Le Tribunal fédéral rappelle que « les dérogations au principe général de

> l'interdiction de travailler les dimanches et les jours fériés doivent en toute hypothèse être interprétées restrictivement et non pas extensivement, quand bien même les habitudes des consommateurs auraient subi une certaine évolution depuis l'adoption de la règle. Il n'appartient en effet pas au juge d'interpréter de manière large et contraire à l'esprit de la loi les exceptions au travail dominical, car cela reviendrait à vider de sa substance le principe de l'interdiction de travailler le dimanche expressément inscrit à l'art. 18 LTr […]. La même circonspection doit prévaloir s'agissant des dérogations à l'interdiction de travailler un jour férié qui, comme exposé, équivaut en tout point à un dimanche au sens de la LTr (TF, 2C_70/2019 du 16 septembre 2019, consid. 3.4).

Par ailleurs, l'art. 20a al. 2 LTr autorise la personne salariée à interrompre son travail à l'occasion de fêtes religieuses autres que celles qui sont assimilées à des jours fériés par les cantons (art. 20a al. 1 LTr), moyennant annonce préalable au plus tard trois jours à l'avance. Dans ce cas, la partie employeuse peut exiger la compensation des heures non travaillées ou opérer la retenue salariale correspondante.

363. **Vie sociale. Congés usuels.** L'art. 329 al. 3 CO oblige la partie employeuse à accorder à la partie salariée qui en fait la demande « les jours de congés usuels » lors d'événements personnels ou familiaux tels que le mariage, la naissance d'un enfant, l'adoption, le déménagement, la maladie d'un enfant ou d'un parent, le décès, le congé paternité, etc., ainsi qu'en cas d'obligations personnelles urgentes qui ne peuvent pas être assumées en dehors des heures de travail – consultations médicales, démarches administratives, etc. En principe, un congé au sens de l'art. 329 al. 3 CO ne génère pas de droit au salaire, à moins qu'un tel droit résulte d'un accord ou de l'usage (art. 322 CO). Notons toutefois que la rémunération lors d'absences liées à une cause inhérente à la personne qui empêche cette dernière de travailler, telles que la maladie ou la mort d'un parent proche, est régie par l'art. 324a/b CO (N 330).

364. **Avenir économique.** L'art. 329 al. 3 CO *in fine* prévoit qu'en cas de licenciement ou de démission, la personne salariée a le droit d'être libérée pour rechercher un emploi, dans une mesure à déterminer selon les circonstances, par exemple en fonction du temps nécessaire pour se rendre à un entretien d'embauche (N 374).

365. **Cas particuliers.**

a) *Grossesse*. Les femmes enceintes et accouchées ne peuvent être occupées sans leur consentement (art. 35a al. 1 et 3 LTr) et les femmes

enceintes peuvent se dispenser d'aller au travail, sur simple avis (art. 35a al. 2 LTr), ce qui ne préjuge pas encore d'un droit à la rémunération (N 169-174, 336). Le droit suisse ne prévoit pas de congé prénatal (art. 10 § 2 Pacte ONU I).

b) *Maternité*. Selon l'art. 329 f CO, la travailleuse accouchée bénéficie d'un congé de 14 semaines ensuite de la naissance de son enfant. Cette disposition fut introduite parallèlement à l'adoption des art. 16b ss LAPG (N 334a). L'art. 35a al. 3 LTr interdit par ailleurs le travail pendant les 8 semaines qui suivent l'accouchement et ne l'autorise jusqu'à la seizième semaine que moyennant le consentement de la travailleuse. En outre, au cours de la première année de vie de l'enfant, le temps pris pour allaiter ou tirer le lait est compté comme temps de travail pour un temps variable en fonction de la durée de la journée de travail, allant jusqu'à 90 minutes pour une journée de 7 heures (art. 35a al. 2, 2e phrase et 60 OLT 1).

c) *Paternité*. Un nouvel art. 329g CO prévoit un congé paternité de deux semaines. Une allocation de paternité est introduite aux art. 16i ss LAPG (Modification du 27 septembre 2019, FF 2019 6501). Un référendum lancé contre ce projet a abouti en janvier 2020. Une votation populaire est prévue le 27 septembre 2020.

d) *Adoption*. Une initiative parlementaire (objet 13.478) soutenue par le Conseil fédéral propose d'introduire un congé et une allocation d'adoption pour une durée similaire à celle du congé paternité de deux semaines.

e) *Enfant malade*. Sur présentation d'un certificat médical, les personnes salariées ayant des responsabilités familiales ont droit à un congé pour organiser la garde de leur enfant malade, jusqu'à concurrence de trois jours par événement (art. 36 LTr, *lex specialis* par rapport à l'art. 329 al. 3 CO).

f) *Prise en charge d'un proche*. Un projet de loi fédérale sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge des proches du 22 mai 2019 (FF 2019 4005) introduit un congé payé (maximum 3 jours par cas et 10 jours par an au total) pour la prise en charge d'un membre de la famille ou d'un partenaire atteint dans sa santé ainsi qu'un congé payé (maximum 14 semaines) pour la prise en charge d'un enfant gravement malade (objet 19.027).

3.4.2 Vacances

366. **Définition.** Les vacances sont une période où la personne salariée interrompt son travail, tout en ayant le droit de percevoir un salaire afférent à cette période (ATF 136 III 94, 95). En cela les vacances diffèrent des congés hebdomadaires (art. 329 al. 1 CO, N 361).

367. **But des vacances et ses conséquences.** L'objectif des vacances consiste à permettre à la personne salariée de se reposer pour renouveler sa capacité de travail. En principe, les vacances doivent donc se déployer sur plusieurs jours ou semaines consécutifs, des pauses journalières se prêtant mal à dissiper la fatigue accumulée.

La partie employeuse, du fait de son devoir d'assistance (art. 328 CO), doit veiller à ce que les membres de son personnel prennent des vacances (TF, 4C.84/2005 du 16 juin 2005, consid. 4.a.aa). Elle ne dipose d'aucun droit à ce la personne salariée revienne à son poste de travail complètement reposée. Toutefois, si cette dernière est inapte au travail en raison des activités menées pendant les vacances, elle risque de se voir reprocher une violation de son obligation de fidélité (art. 321a al. 1 CO). En outre, l'art. 329d al. 3 CO prévoit la perte du droit à la rémunération lorsque la personne salariée exécute pendant ses vacances un travail rémunéré au mépris des intérêts légitimes de la partie employeuse (N 274). Ainsi, pendant les vacances, la personne salariée dispose librement de son temps dans la limite et le respect de son devoir de fidélité.

Si la personne salariée est empêchée de se reposer pendant ses vacances, notamment en raison d'une maladie, d'un accident ou de la nécessité d'assister au quotidien un parent proche soudainement hospitalisé ou dans une autre situation d'urgence, les vacances doivent être prises à un autre moment, car l'objectif de repos n'est pas atteint.

368. **Durée.** L'art. 329a al. 1 CO prévoit que dans une année complète, la personne salariée bénéficie de quatre semaines de vacances par an au moins, voire de cinq semaines au minimum si elle a moins de vingt et un an (cf. l'art. 345a al. 3 CO qui rappelle ce système pour le contrat d'apprentissage). L'art. 362 al. 1 CO confère un caractère semi-impératif à ce régime ; seuls les accords dérogatoires favorables à la partie salariée sont valables.

369. **Calcul.** En pratique, le calcul de la durée des vacances peut s'avérer complexe. Nous proposons une méthode de calcul qui comporte trois étapes. Premièrement, il convient de dater la période de référence et, deuxièmement, de la convertir en semaines. Troisièmement, il faut déterminer la proportion applicable [(nous verrons plus loin (N 372) que les vacances peuvent se calculer « dans » ou « après la période de référence »)], et enfin réaliser le calcul. Nous présenterons ces différents stades de l'analyse tout en livrant la marche à suivre pour la conversion de certaines unités de temps (jours, semaines, mois).

Nous précisons d'emblée qu'un mois compte en moyenne 4.33 semaines, car, dans une année, il y a 52 semaines et 12 mois : 52/12 = 4.33 semaines.

1 mois = 4.33 semaines ; 2 mois = 8.66 semaines ; 3 mois = 12.99 semaines, etc.

Les calculs et les exemples se fondent sur une semaine de travail habituelle de 5 jours, du lundi au vendredi.

370. **Etape 1 : la période de référence.** Il faut premièrement dater la période de référence, c'est-à-dire la période qui ouvre le droit aux vacances.

Concrètement, lorsqu'il s'agit de déterminer la période de référence, deux cas de figure peuvent se présenter : la situation où la totalité de la période qui ouvre le droit est prise en compte (a) et celle où, en raison d'une interruption du travail, la partie employeuse peut opérer une réduction de cette période (b).

a) *En général.* La période de référence correspond en principe à l'exercice-vacances et dure 12 mois. En effet, la loi se réfère à l'année de service, mais, en pratique, la partie employeuse qui organise les vacances de plusieurs membres de son personnel préfère appliquer une référence commune pour la totalité des effectifs (appelé « exercice-vacances »), comme par exemple l'année civile. Une telle pratique n'est pas moins favorable que le régime légal, semi-impératif (art. 361 al. 1 CO) et est donc compatible avec ce dernier.

Dans certains cas, la période de référence dure moins d'une année, en particulier lorsque le contrat de travail a pris fin ou lorsqu'il a commencé au cours de l'exercice-vacances. L'art. 329a al. 3 CO précise qu'en cas d'année incomplète, les vacances sont fixées proportionnellement à la durée des rapports de travail. Par ailleurs, si les vacances n'ont pas été prises depuis plusieurs années (ce qui peut arriver en pratique malgré le

régime juridique applicable), la période de référence peut comprendre une période supérieure à une année, le maximum étant fixé à cinq ans (N 376, 636).

> **Exemple 1**. A. entre en fonction le 1er octobre 2018. Elle est licenciée avec effet au 30 juin 2020. Elle n'a jamais pris de vacances. Il convient donc de prendre en compte la durée totale du contrat et la période de référence dure du 1er octobre 2018 au 30 juin 2020, soit 21 mois.

> **Exemple 2**. A. entre en fonction le 1er octobre 2018. Elle a épuisé son droit aux vacances au 28 février 2019, c'est-à-dire qu'elle a pris toutes les vacances auxquelles elle avait droit pour la période allant du 1er octobre 2018 au 28 février 2019. Elle est licenciée avec effet au 31 mai 2020. Elle n'a pris aucune vacance après février 2019. La nouvelle période de référence commence le 1er mars 2019 et s'achève le 31 mai 2020, soit une durée de 15 mois.

b) *En cas de réduction*. Les vacances ont pour but de reposer la personne salariée des fatigues causées par son travail. Lorsque celle-ci n'a pas fourni sa prestation, elle n'a donc pas accumulé de fatigue en raison de son travail, de sorte que le législateur accorde à la partie employeuse la possibilité de réduire la période de référence – et, indirectement, le droit aux vacances – par mois entier d'empêchement (les fractions de mois ne seront pas prises en compte dans le calcul de la réduction) (art. 329b CO).

La réduction s'opère séparément pour chaque année de service, et non pas par année civile. Le regroupement de plusieurs années dans la période de référence est ici exclu. Il faut en outre distinguer les cas fautifs et les cas non fautifs.

aa) Les cas fautifs (art. 329b al. 1 CO). L'empêchement, quelle que soit sa cause, entraîne la réduction de la période de référence dès qu'il dépasse un mois entier.

> **Exemple**. L'année de service dure du 1er avril 2019 au 31 mars 2020 (12 mois). Le 1er février 2020, A. se jette du haut des escaliers dans l'espoir de se blesser et d'éviter une séance d'évaluation qui s'annonce désagréable, ce qui constitue un comportement fautif. Elle subit une incapacité de travail de 6 semaines, inférieure à 2 mois (8.66 semaines) mais supérieure à 1 mois (4.33 semaines). Eu égard à l'existence d'une faute, la période de référence peut être réduite de chaque mois complet d'absence. *In casu*, un mois de réduction peut être déduit. La période de référence dure alors 11 mois (12 - 1).

bb) Les cas non fautifs (art. 329b al. 2 CO). La loi limite les causes d'empêchement admissibles à certaines causes inhérentes à la personne

salariée, telles que la maladie et l'accident. Dans ces hypothèses, en l'absence de faute, la personne salariée bénéficie d'un mois de grâce, c'est-à-dire que le premier mois d'empêchement ne réduira pas la période de référence.

> **Exemple**. L'année de service dure du 1er avril 2019 au 31 mars 2020 (12 mois). Le 1er février 2020, A. tombe malade et subit une incapacité de travail de 10 semaines, inférieure à 3 mois (12.99 semaines) mais supérieure à 2 mois (8.66 semaines). Comme les fractions de mois ne comptent pas, seules les 8.66 semaines qui équivalent à 2 mois complets sont pertinentes (12.99 > 10 > 8.66). En l'absence de faute, il convient de tenir compte d'un mois de grâce, la période de référence ne peut être réduite que d'un mois et dure donc 11 mois (12 - (2 mois d'empêchement de travailler - 1 mois de grâce)).

Si la cause de l'empêchement est la grossesse, le délai de grâce sera de deux mois (art. 329b al. 3 CO). Les absences liées à un congé-maternité (art. 329f CO) n'entraînent pas de réduction.

cc) Cumul. Dans une même année de service, les éventuels empêchements successifs sont cumulables.

> **Exemple**. Dans la même année de service, A. a subi plusieurs empêchements non fautifs de 3 semaines en avril, 1 semaine en juillet, 5 semaines en septembre, soit une durée totale de 9 semaines (12,99 > 9 > 8.66 = 2 mois pris en compte). Après déduction d'un mois de grâce, la période de référence peut être réduite d'un mois et dure 11 mois (12 – (2 – 1)).

371. **Etape 2 : conversion en semaines.** Deuxièmement, il faut convertir la période de référence en unités temporelles (année, mois, semaines, jours). La conversion en semaines constitue la méthode la plus adaptée, car la loi accorde le droit en vacances en semaines (art. 329a al. 1 CO).

> **Marche à suivre**. Conversion de mois en semaines : il faut multiplier les mois obtenus par 4.33. Par exemple, la période de référence dure 4 mois et 3 semaines. Pour convertir les 4 mois en semaines, on multipliera 4 par 4.33, ce qui donne 17.32 semaines, soit une période de référence de 20.32 semaines au total (17.32 + 3).
>
> Conversion de jours en semaines : il faut diviser le nombre de jours par le nombre de jours de travail dans la semaine (souvent, 5 jours). Par exemple, la période de référence dure 4 semaines et 3 jours. Les 3 jours correspondant à 0.6 semaines (3/5), soit une période de référence de 4.6 semaines au total.

Exemple 1. Une période de référence qui dure 21 mois correspond à 90.93 semaines (21 * 4.33).

Exemple 2. Une période de référence dure 16 mois 2 semaines et 3 jours. Les 16 mois équivalent à 69.28 semaines (16 * 4.33). Les 3 jours correspondent à 0.60 semaine (3/5), soit un total de 71.88 semaines (69.28 + 2 + 0.60).

372. **Etape 3 : proportion applicable et calcul.** Troisièmement, il s'agira de choisir la proportion pertinente parmi les deux options ci-dessous. A cet égard, peu importe que la personne salariée travaille à temps partiel ou à temps plein. Une fois la proportion applicable identifiée, il convient de la multiplier avec le nombre de semaines comprises dans la période de référence (cf. exemples ci-dessous).

a) *La proportion « dans »*. Elle permet de calculer les vacances qui seront prises « dans » la période de référence. L'emploi de la proportion « dans » signifie que la période de référence se compose à la fois d'une période de travail et d'une période de repos.

Dans un exercice-vacances de 12 mois, la période de référence de 52 semaines comporte 48 semaines de travail pour 4 semaines de vacances, comme le prévoit le système légal général.

Traduite sous forme de fraction, cette répartition se présente ainsi : 4/52 (soit 4 semaines de vacances pour 48 semaines travaillées sur une période de référence de 52 semaines), ce qui équivaut à 1/13 ou 7.69%.

Si la personne salariée a droit à plus de vacances, il faut augmenter la proportion en fonction du nombre de semaines dues par année : 5/52 pour un droit à 5 semaines de vacances annuelles, 6/52 pour 6 semaines, etc.

Lorsque la période de référence est plus courte ou plus longue qu'une année, il suffit d'appliquer la proportion, « dans » ou « après » à la durée de la période de référence convertie en semaine. Exemple avec la proportion « dans » : prenons une période de référence qui dure 9 mois, soit 39 semaines (9 * 4.33). Le droit aux vacances est de : 39/4/52 (ou 39/13 ou 39 * 7.69%) = 3 semaines.

Exemple. Un contrat de travail, en cours, a débuté le 1er septembre 2019. La personne salariée n'a encore jamais pris de vacances. Si la partie employeuse s'interroge en janvier 2020 sur le droit aux vacances à prendre d'ici au 31 juillet 2020, la période de référence dure du 1er septembre 2019 au 31 juillet 2020, soit 23 mois ou 99.59 semaines (23 * 4.33). En application de la proportion « dans », le droit aux vacances est environ de

> 7.66 semaines (99.59 / 13). La 0.66 semaine représente environ 3.3 jours (0.66 * 5 ; cf. « marche à suivre » ci-dessous), soit 3 jours. Les vacances peuvent, par exemple, être prises du 10 juin au 31 juillet 2020 (3 jours de travail habituels et 7 semaines). Elles ne doivent pas nécessairement venir à la fin de la période de référence, ni même en une seule fois. Par exemple, elles peuvent d'abord survenir pour 3 semaines en février 2020, puis 4 semaines et 3 jours en avril 2020.
>
> **Marche à suivre**. Si le résultat du calcul du droit aux vacances comporte une décimale, voici comment convertir des semaines en jours : multiplier la fraction de semaine obtenue par le nombre de jours de travail dans la semaine (souvent, 5 jours). Si T. a droit à 2.5 semaines de vacances, cela équivaut à 2 semaines et 0.5 semaine. Pour la demi-semaine, multiplier 0.5 par 5, ce qui fait 2.5 jours. T. a donc droit à 2 semaines et 2.5 jours de vacances. Un résultat contenant un nombre décimal de jours peut être arrondi à l'unité supérieure ou inférieure selon la règle habituelle (0.1 à 0.49 = 0 ; 0.50 à 0.99 = 1).

b) *La proportion « après »*. Elle permet de calculer les vacances qui n'interviennent pas « dans » la période de référence. Dans ce cas-là, la période de référence se compose uniquement de semaines de travail. La proportion « après » peut être employée dans différentes situations, en particulier, mais pas exclusivement, dans le cas où les vacances ne peuvent plus être prises en nature parce que le contrat a pris fin ou qu'il a été résilié et que le délai de congé est trop court (N 374).

Si le droit aux vacances est de 4 semaines par an, alors la proportion est de 4/48 (car 52 semaines par an moins 4 semaines de vacances annuelles = 48 semaines de travail), soit 1/12 ou 8.33%.

Si le droit aux vacances est de 5 semaines par an, alors il faut réduire d'autant le nombre de semaines travaillées pour obtenir la bonne proportion : 52-5 = 47, donc la proportion est de 5/47. Pour 6 semaines de vacances, la proportion est de 6/46, etc.

> **Exemple**. Imaginons une période de référence qui court du 1er septembre 2018 au 31 mai 2020, date du terme du contrat. Les vacances ne peuvent pas être prises avant la fin du contrat (N 374). L'application de la proportion « après » permet de calculer la durée du droit aux vacances après le 31 mai 2020.

c) *Le choix de la proportion*. L'application de la proportion « dans » signifie que la période de référence se compose à la fois de travail et de vacances. En revanche, l'application de la proportion « après » implique que la période de référence se compose exclusivement de travail, les vacances suivront en dehors de cette période.

Par les termes de son article 329a al. 1 CO, la loi consacre le principe de la proportion « dans ». Toutefois, le calcul peut souvent s'opérer indifféremment avec une proportion ou l'autre. Libre à chaque personne d'appliquer celle qu'elle souhaite, tant que le calcul est possible (tel n'est pas le cas lorsque le contrat a déjà pris fin et que les vacances ne peuvent plus être prises en nature : seule la proportion « après » est alors envisageable). Le choix doit simplement être cohérent avec la composition de la période de référence (travail + vacances ou seulement travail). Le fait que le contrat de travail a été résilié ou a pris fin n'est pas nécessairement un critère pertinent.

> **Exemple**. Un contrat commencé le 1er septembre 2018 est en cours et ne fait l'objet d'aucune résiliation. La personne salariée n'a encore jamais pris de vacances. La période de référence commence donc le 1er septembre 2018. Le 15 mai 2020, la partie employeuse calcule le droit aux vacances, qu'elle veut octroyer durant l'été 2020. Elle dispose de deux options.
>
> *Application de la proportion « dans »* : le terme de la période de référence peut être fixé le 30 septembre 2020 (afin de couvrir l'été 2020), soit pour une durée totale de 25 mois ou 108,25 semaines. Le droit aux vacances est environ de 8,33 semaines (108,25 / 13), soit 8 semaines et 1,65 jours ((8,33 – 8 = 0,33) * 5), soit 8 semaines et environ deux jours. Il peut par exemple être pris, dans la période de référence, du 3 juillet au 31 août 2020 inclus.
>
> La période de référence suivante commencera le 1er octobre 2018.
>
> *Application de la proportion « après »* : le terme de la période de référence peut être fixé le 30 juin 2020, soit pour une durée totale de 22 mois ou 95,26 semaines. Le droit aux vacances est environ de 7.94 semaines (95,26 / 12), soit 7 semaines et 4,7 jours (0,94 * 5), soit environ 5 jours. Les vacances peuvent être prises du 1er juillet au 24 août 2020.
>
> La nouvelle période de référence commencera le 25 août 2020 (et pas avant, sauf à calculer des vacances sur des vacances).

373. **Date des vacances.** La partie employeuse doit en principe accorder les vacances, d'au moins deux semaines consécutives, dans l'année correspondante (art. 329a al. 1 CO). Tant que ce *minima* est respecté, les vacances peuvent être prises en plusieurs fois.

La partie employeuse « fixe la date des vacances en tenant compte des désirs du travailleur dans la mesure compatible avec les intérêts de l'entreprise ou du ménage » (art. 329c al. 2 CO). Les personnes salariées ont le droit d'être consultées avant la fixation de la date des vacances. La partie employeuse doit tenir compte des responsabilités familiales

assumées par les membres de son personnel. La doctrine majoritaire estime que la date des vacances doit, en principe, être communiquée au moins trois mois à l'avance afin de permettre à la personne salariée de s'organiser. Une fois fixée, la date des vacances ne peut être modifiée que d'un commun accord entre les parties, sous réserve de circonstances exceptionnelles. Il appartient à la partie employeuse de veiller à ce que les vacances soient prises au fur et à mesure, sous peine de violer son obligation de protection de la santé (art. 328 CO, 6 LTr).

374. **Salaire pendant les vacances.** Durant ses vacances, la personne salariée doit recevoir la même rémunération que si elle travaillait (art. 329d al. 1 CO). Le salaire se calcule sur la base de la rémunération annuelle totale.

Tant que durent les rapports de travail, le remplacement des vacances par de l'argent est interdit (art. 329d al. 2 CO). Une prétention pécuniaire en remplacement de vacances non prises ne peut donc en principe naître qu'à la fin des rapports de travail.

> **Jurisprudence**. En règle générale, le versement du salaire relatif aux vacances doit survenir au moment où celles-ci sont prises. La jurisprudence prohibe en principe l'inclusion de l'indemnité de vacances dans le salaire total, sauf dans des situations particulières, par exemple lorsque la personne salariée occupe un poste à temps partiel très irrégulier. Le Tribunal fédéral, laissant ouverte la question de la justification de ce système, exige que le contrat de travail – s'il est conclu par écrit – et les décomptes de salaires périodiques mentionnent clairement et expressément la part du salaire global indemnisant les vacances. Cette dernière doit figurer en pourcentage ou en chiffres tant dans le contrat de travail que dans les décomptes de salaire (TF, 4A_561/2017 du 19 mars 2018, consid. 3).

Lorsqu'une résiliation du contrat de travail a été notifiée et que le délai de congé court encore, l'interdiction de remplacer les vacances par des prestations en argent subsiste en principe. Une exception ne se justifie que si les vacances ne peuvent être prises avant la fin des rapports de travail ou lorsqu'on ne peut pas attendre qu'elles le soient. Il conviendra alors de soupeser les différents intérêts en présence, parmi lesquels celui de la personne salariée à rechercher un emploi (art. 329 al. 3 CO), un droit qui prime celui à prendre des vacances (TF, 4C.84/2005 du 16 juin 2005 et ATF 128 III 271). Lors de l'examen des circonstances pertinentes, le tribunal tiendra compte d'une éventuelle libération de l'obligation de travailler durant le délai de congé, une situation qui favorise la possibilité de prendre les vacances durant le délai de congé. Toutefois, il faut garder à l'esprit que la personne sur le point de perdre son travail doit effectuer

des recherches d'emploi, sous peine de subir une suspension de son droit à des indemnités journalières en cas de chômage (art. 30 LACI). Or, le temps consacré aux recherches ne peut pas constituer des vacances, compte tenu de l'investissement nécessaire. Il convient alors de s'intéresser à la proportion entre la durée du délai de congé et celle du droit aux vacances, pour déterminer si les vacances peuvent effectivement être prises – ou être considérées comme telles en cas de libération de l'obligation de travailler – pendant le délai de congé.

375. **Interdiction de travailler pour un tiers durant les vacances.** Les vacances poursuivent un objectif de repos et non d'enrichissement. La loi interdit donc le travail pour un tiers durant les vacances (N 274). Cas échéant, la personne salariée lèse les intérêts légitimes de la partie employeuse, car le travail requiert une attention et une discipline incompatibles avec le repos, sauf rares exceptions, par exemple si un employé de bureau taille la haie de son voisin contre rémunération (CR/CO-AUBERT, *ad* 329d N 6).

376. **Exigibilité et prescription du droit aux vacances.** (N 634, 636). Le droit de la personne salariée aux vacances se prescrit séparément pour chaque année de service moyennant un délai de cinq ans. Le droit aux vacances est exigible à la date des vacances prévue dans le contrat de travail ou fixée par la partie employeuse (art. 329c al. 2 CO). A défaut, il faut admettre qu'il devient exigible le dernier jour permettant encore de prendre l'entier des vacances durant l'année de service en cours (ATF 136 III 94). Ainsi, les 4 semaines de vacances sont exigibles en nature dès que la personne salariée a travaillé 48 semaines. Cette règle s'applique tant aux vacances prises en nature qu'à l'indemnité remplaçant les vacances.

Les arriérés de vacances non prises sont payés à 100%. Comme il ne s'agit pas d'heures supplémentaires (ATF 128 III 271), aucune majoration n'est due.

3.5 Certificat de travail (art. 330a CO)

377. **Nature.** Selon l'art. 330a al. 1 CO, la partie employeuse a l'obligation d'établir et de remettre un certificat de travail chaque fois que la personne salariée le lui demande (« en tout temps »). Cette norme est relativement impérative. Les parties peuvent convenir d'un régime plus

favorable à la personne salariée, par exemple un système où le certificat serait automatiquement établi à intervalles réguliers, sans que cette dernière n'ait à le demander.

378. **But.** L'établissement d'un certificat de travail permet aux tiers d'obtenir une appréciation conforme à la réalité de la qualité des prestations de la personne salariée.

379. **Enjeux.** Lorsque la partie employeuse rédige le certificat de travail, elle doit protéger l'avenir économique de la personne salariée tout en informant fidèlement les potentielles futures parties employeuses.

380. **Moment de la demande.** La personne salariée peut demander un certificat de travail pendant toute la durée des rapports de travail, à la fin de ceux-ci et même au-delà.

381. **Types de certificat.** La loi distingue deux types de certificats de travail : d'une part, la version complète (certificat de travail qualifié) qui constitue la règle et indique la nature, la durée, la qualité du travail ainsi que la conduite de la personne salariée et d'autre part, l'attestation de travail (ou certificat simple), l'exception, qui se limite à préciser la nature et la durée des prestations de travail (TF, 4A_601/2008 du 26 janvier 2009). Le choix appartient à la personne salariée et n'est pas définitif (TF, 4A_455/2007 du 12 décembre 2008 et ATF 129 III 177). Ainsi, après avoir sollicité un certificat de travail complet (certificat détaillé ou qualifié), la personne salariée peut demander un certificat simple, et inversement (ATF 129 III 177, JdT 2003 I 342).

382. **Référence.** Si une personne cite son employeur ou son employeuse comme référence, elle l'autorise à fournir des renseignements oraux, qui approfondissent et détaillent les observations contenues dans le certificat de travail. La partie employeuse ne peut donner ce genre d'informations orales sur la (l'ancienne) personne salariée qu'avec l'accord (même tacite) de celle-ci.

383. **Forme.** Le certificat de travail doit se présenter sous la forme écrite et contenir la mention « certificat de travail ». Il doit indiquer clairement sa provenance (papier à en-tête, nom et raison sociale de la partie employeuse), l'identité de la personne salariée, la langue usuelle du lieu de travail si elle diffère de la langue employée dans le certificat

(TF, 4A_117/2007 du 13 septembre 2007 et TF, 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, consid. 6.1), le lieu et la date de son établissement ainsi que la signature de la partie employeuse ou une personne autorisée à la représenter (arrêt non publié du Tribunal fédéral du 24 avril 1997, in : JAR 1998 167). La présentation doit être irréprochable, exempte de faute d'orthographe et de grammaire. La partie employeuse dispose en principe du choix de la formulation.

384. **Principes régissant la rédaction.** La partie employeuse doit rédiger le certificat de travail de bonne foi, de manière bienveillante, complète et exacte. A ce titre, « le certificat peut et doit contenir des faits et appréciations défavorables, pour autant que ces éléments soient pertinents et fondés » (TF, 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, consid. 6.1).

Si le choix de la formulation lui appartient en principe (TF, 4A_117/2007 du 13.09.2007, consid. 7.1), la partie employeuse doit s'exprimer clairement et éviter les expressions ambiguës, les termes péjoratifs, les allusions dissimulées ou inutilement dépréciatives. Selon la jurisprudence, « l'employeur doit s'en tenir au sens premier des mots qu'il utilise dans le certificat de travail, sans chercher à y dissimuler un message qui puisse être compris différemment […]. Par conséquent, il n'y a pas lieu de chercher un hypothétique sens caché dans le libellé d'un certificat (TF, 4A_137/2014 du 10.06.2014, consid. 4) ». Toutefois, une partie de la doctrine a recensé certaines formulations, dont le contenu a priori positif implique en réalité une appréciation négative. En voici des exemples.

> **Exemples**. La formule : « Il convient de mettre en avant sa prédisposition à déléguer les tâches avec succès » signifie que la personne salariée se décharge de ses responsabilités sur ses collègues ; « Il s'est exécuté dans les limites de ses compétences » signifie que les compétences sont limitées ; « Il faisait preuve d'une grande sensibilité vis-à-vis de ses collègues féminines » est de nature à susciter des soupçons de harcèlement (COLLE, MEYER, p. 81-87).

Enfin, le certificat doit refléter l'ensemble de la relation de travail. En fonction des circonstances du cas d'espèce, des événements isolés ou sans incidence ne doivent pas être mentionnés. En revanche, il convient d'indiquer les absences (p. ex. congé maladie ou maternité) qui ont eu des conséquences significatives sur le travail, en particulier lorsque la durée des absences apparaît considérable par rapport à celle de la relation contractuelle (ATF 144 II 345, consid. 5.2, 5.3, en l'espèce l'employée avait été absente près de la moitié du temps).

385. **Contenu.** Le certificat de travail doit porter sur la nature des rapports de travail (fonctions, tâches, responsabilités) et sur les activités effectivement réalisées (TF, 4A_432/2009 du 10 novembre 2009). Il doit indiquer la durée des rapports (la date d'entrée en fonction et d'échéance du contrat). Dans la version qualifiée du certificat de travail, la partie employeuse doit également livrer son appréciation qualitative et quantitative du travail fourni ainsi que de la conduite de la personne salariée (relations avec la hiérarchie, les collègues et la clientèle).

Il est d'usage que la partie employeuse exprime la qualité du travail fourni par l'une des mentions suivantes : « la personne salariée a accompli ses tâches à notre satisfaction/à notre entière satisfaction/à notre pleine et entière satisfaction ». La première et la deuxième de ces options sont équivalentes (TF, 4A_137/2014 du 10 juin 2014). La troisième suppose une prestation supérieure à la moyenne (TF, 4A_60/2014 du 22 juillet 2014).

La personne salariée ne dispose pas de droit à ce que la partie employeuse indique systématiquement des remerciements et des voeux (TF, 4C.36/2004 du 8 avril 2004).

Le certificat de travail ne doit en principe pas mentionner les circonstances ayant motivé la résiliation des rapports de travail ni la partie qui en a pris l'initiative, sauf si l'information diligente des tiers le requiert de bonne foi ou si la personne salariée le demande (décision genevoise, in : JAR 2009 p. 511).

386. **Moyens d'action.** La personne salariée qui n'obtient pas un certificat de travail malgré sa demande peut intenter une action en exécution, par laquelle un tribunal peut condamner la partie employeuse à délivrer un certificat de travail (ATF 129 III 177, consid. 3.3 ; TF, 4A_270/2014 du 18 septembre 2014, consid. 3.2.1). Elle ne peut conclure qu'à la délivrance d'un certificat conforme à la vérité.

La personne qui a obtenu un certificat, mais n'est pas satisfaite de son contenu a le droit d'en demander la rectification (ATF 129 III 177, consid. 3.3) à la partie employeuse et, en cas de refus, au tribunal. Cas échéant, elle doit formuler elle-même le texte requis « de manière à ce que le tribunal puisse le reprendre sans modification dans son jugement ». En outre, il lui appartient de prouver les faits justifiant l'établissement d'un certificat de travail différent de celui qui lui a été remis (art. 8 CC ; TF, 4A_270/2014 du 18 septembre 2014, consid. 3.2.1).

Selon le Tribunal fédéral, l'action judiciaire tendant à la remise ou à la rectification du certificat de travail est de nature patrimoniale (ATF 116 II 379, JdT 1990 I 584), de sorte que les voies de droit conditionnées à l'existence d'une valeur litigieuse peuvent être utilisées.

Indépendamment de l'éventuelle ouverture d'une des deux actions susmentionnées, plusieurs personnes disposent de la qualité pour agir en réparation du dommage. Tout d'abord, la personne salariée peut agir contre la partie employeuse lorsque le certificat de travail incomplet, erroné, tardif ou l'absence de délivrance d'un certificat a engendré un dommage patrimonial (art. 97 CO) et/ou un tort moral (art. 49 CO) (TF, 4A_117/2013 du 31 juillet 2013, consid. 2.2).

Ensuite, une nouvelle partie employeuse peut ester contre la personne ayant rédigé un certificat erroné (art. 41 CO ; ATF 129 III 177 et 101 II 69). Enfin, la partie employeuse peut demander réparation à la personne salariée, par exemple lorsque cette dernière l'a trompée en produisant un certificat de travail falsifié (art. 28 CO ; ATF 132 III 242).

Ces actions aboutissent rarement, car il est difficile pour la partie demanderesse de prouver le lien de causalité entre le manquement qu'elle impute à la partie défenderesse et son propre dommage.

387. **Délai de prescription.** Le délai ne se prescrit que 10 ans après la fin des rapports de travail (art. 127 CO, N 635b) (décision genevoise, in : JAR 2000, p. 287).

Bibliographie thématique

CR/CO-AUBERT, *ad* art. 322-322d, 324-324b, 328-328b, 329-329d, 330a CO ; CS/CIT-AUBERT D., *ad* art. 330a CO ; C/LEg-AUBRY GIRARDIN, *ad* art. 3 LEg ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, *ad* art. 322-322d, 324-324b, 328-328b, 329-329d, 330a CO ; CS/CIT-CEROTTINI, *ad* art. 329-329d CO ; COLLÉ/MEYER, Guide pratique du certificat de travail, Bâle 2010 ; CS/CIT-DANTHE, *ad* art. 322-322d CO ; CS/CIT-DUNAND, ad art. 328-328b CO ; DUNAND/WYLER, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, Newsletter DroitDuTravail.ch du 9 avril 2020 ; DUNAND/WYLER, Coronavirus et droit suisse du travail : quelques questions en période de déconfinement, Newsletter DroitDuTravail.ch du 28 mai 2020 ; GEISER, Die « objektiven » Rechtfertigungsgründe für eine Lohndiskriminierung und ihr Beweis, in Dunand/Lempen/Mahon (édit.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2016 ; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, Jusletter, 23 mars 2020 ; K/GlG-FREIVOGEL, *ad* art. 3 LEg ; LAM, Le droit au certificat de travail en justice, in : Wyler (édit.), Panorama III en droit du travail, Berne 2017, pp. 807-826 ; C/LEg-LEMPEN, *ad* art. 4 LEg ; LEMPEN, La discrimination salariale au regard de la jurisprudence récente (2011-2015), in : Dunand/Lempen/Mahon (édit.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2016; LEMPEN, Protection des données et discrimination lors de la procédure de

recrutement, in : Dunand/Mahon (édit.), La protection des données dans les relations de travail, Genève/Bâle/Zurich 2017 ; CS/CIT-LONGCHAMP, *ad* art. 324-324b CO ; MATHIS-ZWYGART, La surveillance des travailleurs sous l'angle des articles 328b CO et 26 OLT 3, in : Dunand/Mahon (édit.), La protection des données dans les relations de travail, Genève/Bâle/Zurich 2017 ; MÜLLER/THALMANN/FAVRE, Le certificat de travail en question, Bâle 2014 ; PERRENOUD, La protection de la maternité, étude de droit suisse, international et européen, thèse, Berne 2015 ; WILDHABER/HÄNSENBERGER, Arrêt du Tribunal fédéral 8C_79/2016 du 30 juin 2017, PJA 2017, pp. 1252-1257 ; WITZIG, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 331-337, 413-574 ; WYLER/HEINZER, Droit du travail, Berne 2019, pp. 181-533.

Chapitre 4 Fin des rapports de travail (art. 334 ss CO)

4.1 Temps d'essai

388. **Raison d'être.** Le temps d'essai prévu par l'art. 335b CO permet aux parties au contrat de travail d'établir un rapport de confiance, de s'assurer que les exigences requises sont remplies et qu'elles souhaitent effectivement s'engager durablement. Pour ces raisons, durant le temps d'essai, le contrat peut être résilié à des conditions facilitées (N 395).

389. **Systématique.** L'art. 335b CO est applicable par principe aux contrats de durée indéterminée (N 406). Toutefois, les parties à un contrat de durée déterminée ont la possibilité de prévoir un temps d'essai (N 398).

390. **Nature.** L'art. 335b CO ne figure pas dans la liste des art. 361 et 362 CO et l'alinéa 2 de cet article permet de prévoir des dérogations au régime légal. Toutefois, il résulte également de cet alinéa que deux éléments revêtent un caractère impératif : la forme écrite et le maximum de trois mois (N 253, 393).

391. **Distinction avec le contrat conclu à titre d'essai.** Le contrat conclu à titre d'essai permet, pour une durée déterminée, d'apprécier la possibilité d'une collaboration ultérieure. Cas échéant, la durée du contrat conclu à titre d'essai sera imputée sur le temps d'essai du contrat ordinaire conclu ultérieurement.

392. **Admissibilité d'un temps d'essai.** Le temps d'essai ne peut s'appliquer qu'aux relations de travail nouvelles, impliquant des prestations de travail à l'occasion desquelles les parties n'ont pas encore eu l'occasion d'apprendre à se connaitre. Pour cette raison, il ne peut être prévu de temps d'essai lorsque les parties ont déjà l'habitude de collaborer, que ce soit dans l'hypothèse où un contrat ordinaire suit un apprentissage, ou encore lorsque plusieurs contrats, conclus entre les mêmes personnes et portant sur la même activité, se succèdent. Il existe toutefois une exception en matière de travail temporaire : lorsqu'une entreprise fait appel à une

personne intérimaire puis l'engage, au terme de sa mission, pour effectuer une activité comparable dans le cadre d'un emploi fixe, elle peut valablement prévoir un temps d'essai, car le passage d'un emploi intérimaire à un emploi stable implique un changement de statut important (ATF 129 III 124, consid. 3.3).

393. **Durée.** Selon l'art. 335b al. 1 CO, le premier mois de travail est considéré comme temps d'essai. Selon l'art. 335b al. 2 CO, les parties peuvent, par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective, supprimer, réduire ou prolonger la durée de ce temps d'essai. Toutefois, ce dernier ne peut pas dépasser trois mois. Les accords excédant cette durée maximale sont partiellement nuls (art. 20 al. 2 CO) et la période d'essai est réduite à trois mois. La réduction ou la prolongation du temps d'essai peuvent intervenir en cours d'emploi. Dans le contrat d'apprentissage, à défaut de convention, le temps d'essai est de 3 mois (art. 344a al. 3 CO).

Le décompte du temps d'essai s'effectue au regard de l'écoulement du temps et non pas selon le travail accompli (ATF 136 III 562). Ainsi, le maximum de trois mois prévu par l'art. 335b al. 2 CO vaut pour tout type de contrat de travail, y compris le travail à temps partiel.

> **Exemple**. La personne embauchée à 50 % ne peut pas être soumise à un temps d'essai de 6 mois sous prétexte que la partie employeuse ne dispose que de la moitié d'un temps plein pour apprécier les prestations.

L'art. 335b al. 3 CO prévoit qu'en cas d'interruption du travail pour cause de maladie, accident ou d'accomplissement d'une obligation légale incombant à la personne salariée sans qu'elle ait demandé de l'assumer, le temps d'essai est prolongé d'autant.

La liste figurant à l'art. 335b al. 3 CO est exhaustive (ATF 136 III 562, consid. 3). Aucun autre motif ne peut donner lieu à prolongation, notamment pas les vacances. Si la partie employeuse accorde du temps libre pendant le temps d'essai, elle réduit ses opportunités d'observer les prestations de la personne salariée durant une période où il est possible de mettre fin au contrat moyennant un délai de congé raccourci (N 395).

394. **Calcul.** Le moment pertinent pour calculer le temps d'essai est le moment de l'entrée en fonction et non celui de la conclusion du contrat. Faut-il compter le jour de l'entrée en service lors du calcul du temps d'essai ? Dans un ATF 144 III 152, le Tribunal fédéral distingue deux hypothèses.

a) *Le contrat est conclu le jour de l'entrée en fonction*. Dans cette hypothèse, rare en pratique, le Tribunal fédéral considère que le jour de l'entrée en fonction ne compte pas encore comme temps d'essai. Le Tribunal fédéral applique le système prévu par l'art. 77 al. 1 ch. 3 CO et calcule le temps d'essai de quantième à quantième.

> **Exemple**. Les parties concluent un contrat le 15 mars et la personne salariée commence à travailler immédiatement. En l'absence de dérogation conventionnelle, le temps d'essai d'un mois se calcule du 15 mars au 15 avril et dure du 16 mars au 15 avril. En effet, le 15 mars ne compte pas dans le temps d'essai dans la mesure où les parties n'ont pas, ce jour-là, bénéficié d'un jour complet pour apprendre à se connaître.

b) *Le contrat est conclu avant l'entrée en fonction*. Dans cette hypothèse, fréquente en pratique, le Tribunal fédéral laisse la question de l'application de l'art. 77 al. 1 ch. 3 CO ouverte. En effet, dans cette seconde situation, les parties au contrat de travail ont bénéficié d'une première journée entière pour apprendre à se connaître et il pourrait donc se justifier de compter cette journée dans le calcul.

Si un temps d'essai dure un ou plusieurs mois, il s'achève lorsque survient, dans le dernier mois, le jour qui correspond par son quantième (son numéro) au jour de l'entrée en service.

> **Exemple**. Le dernier jour du temps d'essai d'un mois commencé le 1er janvier est le 31 janvier (le 1er février, le temps d'essai est déjà fini).
>
> Le dernier jour d'un temps d'essai de trois mois commencé le 23 juillet est le 22 octobre (le 23 octobre, le temps d'essai est déjà fini).

395. **Délai de congé.** En principe, le délai de congé applicable pendant le temps d'essai, y compris le dernier jour, est de sept jours nets (sans terme). Ainsi, un contrat résilié le mardi prend fin le mardi suivant. Le délai de congé court du mercredi qui suit la résiliation au mardi suivant.

La question de savoir de quelle date à quelle date dure le temps d'essai (N 394) revêt donc une grande importance en pratique.

> **Exemple**. Un temps d'essai soumis au régime légal dure du 1er au 30 avril. Le contrat de travail est résilié le jeudi 30 avril. Le délai de congé commence à courir le vendredi 1er mai et échoit le jeudi 7 mai, date à laquelle le contrat prend donc fin.

De même que la durée du temps d'essai, le délai de résiliation applicable pendant cette période peut être augmenté, réduit, voire supprimé. Le délai de congé peut aussi être soumis au respect d'un terme, tel que la fin d'une

semaine. Toutes ces dérogations sont soumises à la seule condition de la forme écrite (art. 335b al. 2 CO).

396. **Protection contre le congé.** Les règles sur la motivation du congé (art. 335 al. 2 CO, N 401e) et sur la résiliation abusive (art. 336 à 336b CO, N 407-423) et discriminatoire (art. 5 al. 2 LEg, N 227, 421) s'appliquent pendant le temps d'essai. En revanche, les règles sur la résiliation en temps inopportun ne trouvent application qu'après le temps d'essai (art. 336c et 336d CO, N 428).

4.2 Extinction des contrats de durée déterminée (art. 334 CO)

397. **Définition**. Le contrat de durée déterminée est celui dont le terme fixé par avance découle de la loi (a), d'un accord des parties (b) ou de la nature du contrat (c). Il prend fin sans que l'une des parties ne doive (ou puisse) le résilier de manière ordinaire (art. 334 al. 1 CO).

a) *Contrat dont la durée déterminée découle de la loi*. En vertu des art. 344a al. 2 et 346 *a contrario* CO, le contrat d'apprentissage prend fin à l'échéance de la durée prévue par le contrat.

b) *Contrat dont la durée déterminée découle d'un accord*. Les parties peuvent déterminer la durée du contrat en s'entendant :

- sur le terme de ce dernier (par exemple, jusqu'au 31 décembre 2021),
- sur sa durée (6 mois).

c) *Contrat dont la durée déterminée découle de la nature du contrat*. Parfois, la durée du contrat est nécessairement déterminée, par exemple lorsque l'activité doit se déployer sur un laps de temps objectivement limité et que la durée résulte du but des rapports de travail. Dans de telles circonstances, le contrat sera considéré de durée déterminée si son terme peut être estimé avec suffisamment de précision. Dans la négative, le contrat est de durée indéterminée.

> **Exemple**. Un contrat est conclu entre une entreprise de construction et une maçonne jusqu'à la fin d'un chantier. Bien que la date exacte ne soit pas encore connue, les parties peuvent se faire une idée assez précise du moment où le chantier prendra fin, en tenant compte des retards usuels.

> **Exemple**. Le contrat est conclu pour la saison de ski ou pour la période des récoltes.

Dans le doute, le contrat est présumé de durée indéterminée (TF, 4A_531/2008 du 4 février 2009, consid. 2.1).

398. **Temps d'essai**. Il n'existe pas de temps d'essai légal pour les contrats de durée déterminée, mais diverses jurisprudences cantonales et la doctrine majoritaire ont admis que les parties étaient libres d'en stipuler un. Dans cette hypothèse, l'art. 335b CO est applicable par analogie (ATF 109 II 449, consid. 1b).

399. **Fin du contrat**. Le contrat de durée déterminée prend fin sans résiliation (art. 334 al. 1 CO). Ce régime appelle plusieurs précisions sur l'absence de résiliation (a), la protection contre les congés (b), l'enchaînement des contrats (c), leur reconduction tacite (d) et les contrats conclus pour plus de dix ans (e).

a) *Délais de congé*. En principe, la question des délais de congé ne se pose pas pour les contrats de durée déterminée. Il existe toutefois deux cas particuliers qui ne résultent pas expressément de la loi, mais qui ont été reconnus par interprétation de celle-ci :

aa) Le contrat de durée maximale. Dans ce contrat, la durée du contrat est certes limitée à un terme, mais les parties restent libres de procéder à une résiliation avant ce terme, moyennant le respect du délai applicable.

> **Jurisprudence**. L'atteinte de l'âge légal de la retraite n'entraîne pas automatiquement la fin des rapports de travail. Les parties ont toutefois la possibilité de convenir que le contrat dure, au maximum, jusqu'à ce moment (ATF 114 II 349, consid. 2a).

bb) Le contrat de durée minimale. Dans ce contrat, les rapports de travail se déroulent sur une durée minimale, après laquelle les parties peuvent résilier le contrat.

> **Jurisprudence**. Le contrat dure au moins jusqu'à la fin de l'année (ATF 110 II 167).

b) *Protection contre les congés*. Le contrat de durée déterminée classique ne peut pas être résilié de façon ordinaire. Partant, la protection contre les congés abusifs (art. 336 ss CO) ne trouve pas application. En revanche, il est possible de résilier un contrat de durée déterminée avec effet immédiat en présence de justes motifs. Les règles relatives à la protection contre les licenciements injustifiés (art. 337 ss CO) s'appliquent.

c) *Contrats en chaîne*. La loi ne s'oppose en principe pas à la conclusion de contrats de durée déterminée successifs. Toutefois, l'art. 2 al. 2 CC interdit les contrats en chaîne dont la durée déterminée ne se justifie par aucun motif objectif et qui ont pour but d'éluder l'application des dispositions sur la protection contre les congés ou d'empêcher la naissance de prétentions juridiques dépendant d'une durée minimale des rapports de travail (par exemple en matière de droit au salaire en cas d'empêchement de travailler). Lorsque la personne salariée ne pouvait pas, de bonne foi, s'attendre au non-renouvellement d'un contrat de durée déterminée, l'ensemble des rapports contractuels doit être considéré comme un contrat à durée indéterminée, ne pouvant être résilié qu'après le terme du dernier contrat successif, moyennant le respect du délai de congé applicable en fonction de l'ancienneté (TF, 4A_216/2007 du 13 septembre 2007, consid. 1.2).

Pour déterminer si l'enchaînement de contrats de durée déterminée constitue un abus de droit, le nombre de contrats n'est pas le seul critère pertinent. Il faut, au contraire, se demander si la personne salariée pouvait, de bonne foi, s'attendre aux renouvellements successifs.

> **Jurisprudence**. La succession de contrats est particulièrement susceptible de se justifier dans le domaine artistique, sportif ou encore de l'enseignement (TF, 2P. 26/2007 du 28 juin 2007, consid. 3.7).

d) *Reconduction tacite*. Selon l'art. 334 al. 2 CO, les contrats tacitement prolongés sont réputés continuer pour une durée indéterminée et non pour une période de même durée. En comparaison des versions allemande et italienne de la disposition, la formulation en français prête à confusion : ce n'est pas le contrat de durée déterminée qui est reconduit, mais bien les rapports de travail, lesquels deviennent de durée indéterminée.

e) *Contrat conclu pour une durée supérieure à dix ans*. Enfin, le contrat de durée déterminée conclu pour plus de dix ans peut être résilié de manière ordinaire, après dix ans, moyennant un délai de congé de six mois pour la fin d'un mois (art. 334 al. 3 CO). Dans de telles circonstances, la durée effective du contrat sera donc de dix ans et demi. Après dix ans, le contrat de durée déterminée se transforme en un contrat de durée maximale. En effet, comme l'a précisé le Tribunal fédéral, un tel contrat n'est plus, après la période de dix ans, un contrat de durée déterminée à proprement parler puisque, s'il prend fin automatiquement au terme prévu, il peut néanmoins être résilié avant son échéance moyennant le respect d'un délai de six mois. Il s'agit donc d'un contrat de durée maximale d'au moins 10 ans et six mois (TF, 4C.321/2005, consid. 8.1).

4.3 Extinction ordinaire des contrats de durée indéterminée (art. 335 à 335c CO)

400. **Définition.** Constituent des contrats de travail de durée indéterminée tous ceux qui ne sont pas des contrats de durée déterminée (art. 334 CO *a contrario*). Il s'agit, autrement dit, de contrats dont l'échéance n'est pas fixée d'avance entre les parties et qui nécessitent une résiliation pour prendre fin.

401. **Résiliation.** Dans le cadre des rapports individuels de travail, les parties peuvent librement résilier un contrat de durée indéterminée (art. 335 al. 1 CO), sous réserve du respect des délais et termes de résiliation (art. 335a, 335b et 335c CO), de la protection contre les congés abusifs (art. 336 ss CO, art. 3, art. 5 al. 2, al. 4 et art. 10 LEg, N 407-423) et de la protection contre le congé donné en temps inopportun (art. 336c ss CO, N 424-433).

L'art. 335 CO est une disposition de nature absolument impérative (art. 361 CO).

a) *Nature*. La résiliation est un acte juridique formateur, unilatéral et irrévocable. Elle doit être claire et inconditionnelle. Elle peut être prononcée par une des parties au contrat ou par une personne ayant reçu le pouvoir de représenter celle-ci.

b) *Forme.* Les parties ne doivent observer aucune exigence de forme, sauf si le contrat en dispose autrement. Le congé peut donc être notifié par voie écrite (courrier, fax), électronique (courriel, SMS) ou orale. Le congé peut même être signifié par actes concluants, par exemple lorsque la personne salariée qui atteint l'âge de la retraite organise son départ sans que la partie employeuse ne s'y oppose, ni que quiconque ne formalise la résiliation (BONARD, *ad* art. 335 N 6, note infrapaginale 38).

c) *Procédure*. En droit privé du travail, il n'existe pas de droit d'être entendu au sens formel (TF, 4C.174/2004 du 5 août 2004, consid. 2.4). Il faut en effet distinguer ce dernier des droits que confèrent les règles relatives à la protection de la personnalité (art. 328 CO), en particulier s'agissant des personnes salariées âgées. Le Tribunal fédéral exige ainsi des parties employeuses qu'elles réservent des égards particuliers aux seniors avant de les licencier. L'obligation porte notamment sur

l'information, la mise en garde et l'audition de la personne (TF, 4A_384/2014 du 12 novembre 2014 ; N 67, 411).

d) *Notification*. La résiliation est notifiée lorsque la déclaration parvient dans la sphère d'influence du destinataire, d'une manière telle que l'on peut prévoir, selon les usages, la prise de connaissance par cette personne (théorie de la réception absolue développée dans le cadre du droit du bail ; ATF 137 III 208, consid. 3.1.2). La personne qui résilie supporte la charge de la preuve de la date de la notification.

La résiliation signifiée oralement déploie ses effets et est réputée notifiée immédiatement ; le destinataire ne peut pas refuser de recevoir le congé.

Si la résiliation est envoyée par lettre ordinaire, la notification intervient lorsque le pli est déposé dans la boîte aux lettres ou dans la case postale du destinataire, lorsque l'on peut attendre de cette personne qu'elle lève son courrier à ce moment-là, indépendamment de la prise de connaissance effective. Le risque inhérent à ce procédé tient à l'absence de preuve que la notification a eu lieu.

Si la lettre est envoyée en courrier recommandé et qu'elle n'a pu être remise en mains propres ou à une personne autorisée à en prendre livraison, la personne employée par la Poste laissera un avis de passage dans la boîte aux lettres. La résiliation est alors réputée notifiée le premier jour où son destinataire pouvait raisonnablement venir chercher le pli à la poste. Généralement, ce jour suit le dépôt de l'avis de passage, sauf, par exemple, si la partie concernée se trouvait en vacances et que ce fait était connu ou devait être connu de la partie ayant résilié. La notification prendra alors effet à la date du retour des vacances ou le jour ouvrable suivant (TF, 4P.307/1999 du 5 avril 2000, consid. 3c).

La Poste propose également l'envoi par courrier A+ : le courrier est associé à un code-barre et acheminé par voie prioritaire (A). Avant de déposer le courrier dans la boîte aux lettres, le personnel postal scanne le code-barre et confirme la livraison du courrier, l'information étant disponible sur le site internet de la Poste grâce à l'outil « Track and trace ». Ce mode d'envoi remporte un succès croissant, puisqu'il pallie les inconvénients tant de la lettre ordinaire (en apportant un moyen de preuve), que du courrier recommandé (notification effective dès le dépôt dans la boîte aux lettres, à des coûts inférieurs). La jurisprudence confirme la validité d'une notification par ce biais en réservant toutefois les cas où la loi conditionne la notification au fait que le destinataire prenne une connaissance effective du courrier (par exemple, art. 85 al. 2 et 384 CPP). En pareille hypothèse, seul l'envoi par recommandé confère le moyen de preuve nécessaire. En

revanche, lorsque la notification est valable dès que le courrier entre dans la sphère d'influence du destinataire, indépendamment de la connaissance effective de celui-ci, alors le courrier A+ suffit à prouver la notification (ATF 142 III 599). En ce qui concerne la personne destinataire de ce type de courrier, elle devra se montrer vigilante et utiliser l'outil « Track and trace » pour connaître la date du dépôt dans la boîte aux lettres. L'enjeu est particulièrement important pour les entreprises, telles que les études d'avocats, qui relèvent le courrier quotidiennement du lundi au vendredi, mais pas le samedi (ATF 144 IV 57).

Si la résiliation est notifiée par courrier électronique, SMS ou par le biais d'un message vocal laissé sur le répondeur téléphonique, l'on doit retenir, de cas en cas, que le congé est censé avoir été notifié dès la date à laquelle une personne diligente en aurait pris connaissance dans des circonstances normales, une fois le message parvenu dans sa sphère d'influence. Il faut ici tenir compte du mode de communication usuel entre les parties concernées.

e) *Motivation*. La partie qui reçoit la résiliation a le droit de demander une motivation écrite du congé (art. 335 al. 2 CO). Les parties ne peuvent pas prévoir un régime différent (art. 361 CO). Une motivation manquante, fausse ou incomplète n'a pas d'effet sur la validité de la résiliation (ATF 121 III 60, consid. 3b). La demande de motivation n'est soumise à aucun délai spécial et la prescription de l'art. 127 CO (délai de 10 ans) s'applique (N 635b). Ce droit est censé permettre à la partie qui soupçonne un congé abusif de réunir des éléments étayant son point de vue et de s'opposer au congé (art. 336b CO, N 422). Dans le cadre d'un procès, le refus de motiver le congé peut être pris en considération lors de la répartition des frais et dépens (TF, 4C.282/2006 du 1er mars 2007, consid. 4.3).

402. **Délai de congé et fin du contrat de travail.** Lorsque le contrat est résilié de manière ordinaire, un mécanisme propre au droit du travail prévoit que le contrat ne prendra fin qu'une fois un délai de congé écoulé. Ainsi, un contrat résilié n'est pas encore un contrat terminé.

Il faut distinguer trois moments : la notification de la résiliation, le terme du délai de congé et celui du contrat de travail. La fin des rapports de travail n'interviendra qu'au terme du délai de congé ou à l'issue de l'éventuelle protection contre le congé notifié en temps inopportun (N 431).

403. **Libération de l'obligation de travailler.** La partie employeuse peut, après avoir résilié le contrat, décider de libérer la personne salariée de l'obligation de travailler (art. 321d CO), car la préservation de ses intérêts (protection du secret des affaires, des listes de clients, etc.) peut justifier une mise à distance de la personne salariée. Cas échéant, ce choix ne signifie pas que le contrat a déjà pris fin, à la manière d'un licenciement avec effet immédiat (art. 337 CO, N 434). La partie employeuse reste au contraire tenue de verser le salaire à la personne salariée, qui assume encore son obligation de fidélité jusqu'au terme du contrat, voire au-delà (art. 321a al. 4 CO, N 266, 275). Notons que certaines catégories spécifiques de personnes employées peuvent se prévaloir d'un intérêt légitime à être effectivement occupées lorsqu'une pratique régulière de leur profession est indispensable à la conservation de leur savoir-faire ou de leur notoriété. Il en va notamment ainsi des artistes, acrobates, chercheuses, chirurgiennes, pilotes d'avion ou sportives professionnelles (cf. ATF 137 III 303, consid. 2.1.2).

404. **But du délai de congé.** Le délai de congé poursuit l'objectif de permettre aux parties d'organiser leur avenir. La personne salariée doit se mettre en quête d'un nouvel emploi si elle n'en a pas encore – sauf à subir des pénalités infligées par sa caisse de chômage – et la partie employeuse doit généralement effectuer des recherches pour la remplacer.

405. **Parité des délais de congé.** Les délais de congé doivent impérativement être identiques pour les deux parties (art. 335a al. 1 *ab initio* CO ; ATF 108 II 115, consid. 4a). Si un accord prévoit des délais différents, le délai le plus long est appliqué aux deux parties (art. 335a al. 1 *in fine* CO). Exceptionnellement, lorsque la partie employeuse a manifesté son intention de résilier le contrat de travail ou qu'elle l'a résilié pour des motifs d'ordre économique (motifs qui ne relèvent pas du comportement individuel de la personne salariée, ni de la qualité de son travail), des délais de congé plus courts peuvent être prévus en faveur de la partie employée, par accord écrit, contrat type de travail ou convention collective (art. 335a al. 2 CO).

406. **Calcul du délai de congé.** Il faut distinguer le délai applicable pendant le temps d'essai (a) et après ce dernier (b).

a) *Temps d'essai*. La loi présume qu'à la conclusion d'un contrat de travail de durée indéterminée, les rapports de travail commencent par un temps d'essai d'un mois pendant lequel les parties peuvent résilier le contrat

moyennant délai de congé de 7 jours (art. 335b al. 1 CO, N 395). Celles-ci restent bien sûr libres d'en disposer autrement en respectant la forme écrite ; toutefois, le temps d'essai ne peut dépasser trois mois (art. 335b al. 2 CO).

b) *Après le temps d'essai*. Le système légal s'applique (aa), sous réserve d'une dérogation valable. La validité d'un accord dérogatoire est soumise à deux conditions, l'une formelle, l'autre matérielle (bb).

aa) Régime légal. L'art. 335c al. 1 CO prévoit que les parties peuvent résilier le contrat de durée indéterminée pour la fin d'un mois, moyennant des délais fixés en fonction de l'ancienneté : un mois pendant la première année de service, deux mois de la deuxième à la neuvième année de service, trois mois à partir de la dixième année de service.

Si plusieurs contrats se succèdent de manière ininterrompue, l'ancienneté se calcule en fonction de la durée totale des rapports de travail. Les brèves interruptions sont ignorées.

> **Exemple 1**. Lorsqu'un contrat d'apprentissage est suivi d'un contrat de durée indéterminée, il existe un seul et même rapport de travail couvrant les deux périodes de travail.
>
> **Exemple 2**. L'ancienneté se calcule au regard des contrats conclus entre les mêmes parties. Lorsqu'une personne salariée change d'employeur, les années de travail réalisées pour l'ancienne partie employeuse ne comptent pas dans le calcul de l'ancienneté auprès de la nouvelle (sauf en cas de transfert d'entreprise, N 556, ou de mutation au sein d'un même groupe de sociétés).

Afin de déterminer le délai de congé applicable, il faut calculer l'ancienneté au moment de la notification de la résiliation et en fonction de la date d'entrée en service (ATF 133 III 517, consid. 3.3 ; en matière de congé en temps inopportun, cf. N 428c/dd).

Prenons un contrat avec une entrée en service le 1er octobre 2015 et une résiliation notifiée le 28 avril 2020. Chaque fois que l'on rencontre un 1er octobre, une année de service est comptabilisée, y compris la première et la dernière année. En particulier, peu importe que la dernière année de service soit incomplète, car l'art. 335c al. 1 CO fait référence au délai de congé applicable « dans » une année de service, et non pas quand celle-ci est entièrement écoulée. Ainsi, dans notre exemple, on compte :

- le 1er octobre 2015 (1ère année de service et non pas un an),
- le 1er octobre 2016 (2e année de service et non pas deux ans),

- le 1er octobre 2017 (3e année de service et non pas trois ans),
- le 1er octobre 2018 (4e année de service et non pas quatre ans),
- le 1er octobre 2019 (5e année de service et non pas cinq ans).

Le 1er octobre 2020 est ignoré, car la résiliation est notifiée plus tôt, le 28 avril 2020. Cette dernière intervient donc « dans » la 5e année de service.

Selon le régime légal (art. 335c al. 1 CO), le contrat peut être résilié « pour la fin d'un mois » (par opposition aux délais de congé nets ou donnés pour un autre terme, cf. bb). Ainsi, les délais de congé se calculent en principe pour la fin d'un mois, ce qui implique d'écouler le délai sur des mois complets, du premier au dernier jour, de minuit à minuit. Le calcul se fait de manière rétroactive (ATF 134 III 354, consid. 2-3 ; N 431a). On recherchera donc le terme du prochain mois complet autant de fois que l'exige le nombre de mois du délai de congé (deux mois = deux fois le terme du mois suivant ; trois mois = trois fois le terme du mois suivant). Peu importe que le terme du délai donné pour la fin d'un mois s'achève un dimanche ou un jour férié ; la loi ne prévoit pas de report (en effet, il ne s'agit pas d'un délai procédural comme celui prévu par l'art. 336b al. 2 CO, N 422g).

> **Exemple**. Une travailleuse (T.) entre en service le 1er septembre 2011 auprès de la partie employeuse E. T. résilie le contrat le lundi 3 février 2020. Les parties n'ont prévu aucune dérogation. Le régime légal s'applique. Lorsque T. résilie le contrat, elle se trouve « dans » la 9e année de service (on rencontre 9 fois le 1er septembre du 1er septembre 2011 au 3 février 2020). Le délai de congé applicable est donc de deux mois pour la fin d'un mois. Le mois de février est entamé. Il ne peut ainsi pas compter dans le délai de congé. Par voie de conséquence, on recherchera deux fois le terme du mois qui suit le mois de février. On trouvera d'abord le 31 mars, puis le 30 avril. Le délai de congé s'achèvera donc le 30 avril.

bb) Régime dérogatoire. L'art. 335c al. 2 CO permet de déroger au régime légal moyennant le respect de deux conditions.

Premièrement, la loi impose une exigence formelle : les parties doivent adopter la modification par accord écrit, par contrat type de travail ou par convention collective.

Secondement, une condition matérielle exige que le délai équivaille au moins à un mois net, sauf pour la première année de service et si la modification est prévue par une convention collective.

Moyennant le respect de ces conditions et du principe de parité (art. 335a al. 1 CO, N 405), les parties sont totalement libres.

Une dérogation peut tout d'abord porter sur la durée du délai. Les parties peuvent notamment prévoir des délais plus longs, une augmentation rythmée différemment que dans le système légal ou encore une durée unique, quelle que soit l'ancienneté.

Les parties peuvent également modifier le terme du délai (donné pour la fin d'une semaine par exemple).

Elles peuvent aussi supprimer le terme et prévoir l'application de délais de congé nets. Ces derniers commencent à courir dès le lendemain de la notification. Contrairement aux délais assortis d'un terme, les délais nets se calculent conformément à l'art. 77 al. 1 ch. 3 CO, de quantième à quantième, c'est-à-dire que l'on recherchera, dans le ou les mois suivant(s), le numéro qui correspond à celui de la date de la résiliation.

> **Exemple**. Une travailleuse résilie son contrat de travail le lundi 3 février 2020. Les parties sont convenues d'une dérogation selon laquelle le délai de congé est de deux mois nets quelle que soit l'ancienneté. On recherche donc deux fois le chiffre 3 dans les mois qui suivent, soit le 3 mars, puis le 3 avril. Le terme du délai de congé est le 3 avril.

Il faut garder à l'esprit que le jour de la notification ne compte jamais dans l'écoulement du délai, même lorsqu'il sert à trouver le *dies ad quem* (soit le dernier jour du délai).

> **Exemple**. Poursuivons l'exemple précédent. Le délai de congé échoit le 3 avril, parce qu'il est notifié le 3 février. Il dure ainsi du 4 février au 3 avril et non pas du 3 février au 3 avril.

c) *Erreurs de calcul*. Le délai de congé donné pour un terme inférieur n'est pas nul, mais reporté au prochain terme exact (art. 266a al. 2 CO par analogie, TF_4A_463/2010 du 30 novembre 2010, consid. 4). Cas échéant, la personne salariée doit en principe offrir ses services pour recevoir son salaire, sauf si elle ignorait de bonne foi l'erreur relative au délai de congé et si la partie employeuse était l'auteure de la résiliation (TF, 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, consid. 5.2).

Lorsque le délai de congé est donné longtemps par avance, il n'en devient pas plus long pour autant. Le laps de temps effectif qui s'écoule avant le *dies a quo* (soit le premier jour du délai) du délai de congé au sens juridique (N 431a) est simplement allongé. La partie qui reçoit le congé conserve donc la possibilité de résilier à son tour pour un terme plus proche que celui annoncé par la partie auteure de la première résiliation.

Exemple. Le délai de congé applicable est de deux mois pour la fin d'un mois. La personne salariée démissionne. Elle anticipe longtemps à l'avance, car elle résilie le contrat le 6 janvier 2020 avec effet le 30 juin 2020. Le délai de congé ne dure pas six mois, mais bien deux mois, comme le prévoit le contrat. Il s'écoule du 1er mai au 30 juin 2020. Jusqu'au 31 mars inclus, la partie employeuse conserve la possibilité de résilier le contrat pour un terme plus proche que le 30 juin.

4.4 Protection contre les congés abusifs (art. 336 à 336b CO et LEg)

4.4.1 Généralités

407. **Principe.** L'art. 335 al. 1 CO consacre le droit de mettre fin unilatéralement au contrat de travail, même sans motif particulier (ATF 131 III 535, consid. 4.1). Le principe de la libre résiliation est cependant limité par les dispositions de protection contre les congés abusifs (art. 336 ss CO, art. 3, 5, 6, 9 et 10 LEg). En principe, un congé abusif n'est pas nul ; il déploie ses effets, mais il donne droit au versement d'une indemnité (N 419-421).

408. **Rapports entre le CO et la LEg.** La LEg constitue une *lex specialis* par rapport au CO. Lorsque le licenciement est fondé sur le sexe, le CO cède le pas à la LEg. Cette loi renvoie toutefois au CO en ce qui concerne la procédure applicable en cas de licenciement discriminatoire (art. 336b CO auquel renvoie l'art. 9 LEg).

4.4.2 Champ d'application

409. **Application durant le temps d'essai.** La protection contre le congé abusif s'applique pendant le temps d'essai, quoique dans une mesure atténuée, puisque les parties se trouvent dans une phase contractuelle où elles apprennent à se connaître (ATF 134 III 108).

410. **Application aux contrats résiliés.** La protection contre les congés abusifs ne vise que les situations où le contrat de travail est résilié

unilatéralement par une des parties, ce qui exclut les accords de résiliation et les contrats de durée déterminée non renouvelés. On peut se demander si ce système ne comporte pas une lacune, en particulier lorsque les motifs de non-renouvellement d'un contrat de durée déterminée sont illégitimes.

> **Exemple**. Depuis plusieurs années, une fondation pour la jeunesse (E.) engage T. comme animateur à chaque période de vacances scolaires. E. a toujours été très satisfaite des prestations de T., qui fait l'unanimité auprès des enfants et des parents. Lors du goûter de clôture de la saison estivale, au détour d'une conversation, E. apprend que T. doit prochainement accomplir son service militaire. Aux vacances scolaires suivantes, T. n'est pas engagé.

4.4.3 Motif abusif

411. **Notion de congé abusif (art. 336 CO).** L'art. 336 CO concrétise l'interdiction générale de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC). La résiliation est abusive lorsqu'elle repose sur un motif non digne de protection.

L'art. 336 CO énumère différents cas de congés abusifs, exposés ci-après (N 6 *infra*). La liste n'est pas exhaustive. D'autres situations, de gravité comparable, peuvent présenter un caractère abusif (ATF 131 III 535, consid. 4.2), comme en témoigne une jurisprudence foisonnante – non sans poser certaines difficultés en termes de sécurité juridique. Le Tribunal fédéral a notamment considéré le congé abusif dans des cas où la partie employeuse :

- ne peut pas se prévaloir d'un intérêt digne de protection ;

  > **Jurisprudence**. L'employeur congédie un travailleur quelques mois avant que celui-ci ne prenne sa retraite, après 44 années de bons et loyaux services, alors que le fonctionnement de l'entreprise ne commande pas une telle mesure et qu'il n'a pas cherché une solution qui soit socialement plus supportable pour l'intéressé (ATF 132 III 115).

- exploite les conséquences de sa propre violation du contrat ;

  > **Jurisprudence**. Le Tribunal fédéral confirme le raisonnement opéré par un tribunal genevois dans une affaire où la partie employeuse avait licencié son directeur, au motif de son incapacité de travail durable. En effet, si le « motif avancé était bien réel et suffisait donc normalement à légitimer la dénonciation du contrat, […] en l'espèce, les pressions psychologiques exercées sur le directeur avaient conduit à son incapacité. […] La cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en retenant le caractère abusif du

licenciement litigieux » (TF, 4C.320/2005 du 20 mars 2006, consid. 3.4 et 3.5).

· agit sans égards, par exemple lorsqu'elle porte atteinte à la personnalité de la personne salariée (art. 328 CO) au moment du licenciement (TF, 4C_282/2006 du 1er mars 2007, consid. 4.3).

Jurisprudence. T. est engagée comme directrice d'établissements médico-sociaux (EMS). La directrice est licenciée. Elle est immédiatement libérée de l'obligation de travailler, doit restituer ses clés sur-le-champ et l'accès aux EMS lui est interdit. Le licenciement est annoncé à tous les cadres des résidences par le biais d'un communiqué. Quatre jours plus tard, la directrice vient reprendre possession de ses affaires, escortée par deux membres des bureaux exécutifs. A aucun moment, la directrice congédiée ne peut prendre congé des résidents et du personnel des EMS. Le Tribunal fédéral estime que les mesures accompagnant le licenciement ne se justifiaient pas. En agissant ainsi, la partie employeuse a laissé supposer que le licenciement de la directrice se fondait sur des motifs graves, alors qu'il n'en était rien. La manière de licencier était donc abusive (TF, 4A_92/2017 du 26 juin 2017, consid. 2.3.1).

412. **Motifs abusifs prévus par la loi**. Les alinéas 1 et 2 de l'art. 336 prévoient huit cas de motifs abusifs. Les trois hypothèses énumérées à l'alinéa 2 seront examinées dans la partie relative aux relations collectives du travail (N 457, 472, 533). L'alinéa 1 mentionne quant à lui cinq hypothèses susceptibles de concerner un licenciement ou une démission, quoique le deuxième cas de figure soit plutôt théorique (les lettres a et b de l'alinéa 1 semblent viser les cas de licenciement exclusivement). Lorsque le congé discriminatoire (art. 336 al. 1 let. a CO) ou le congé représailles (art. 336 al. 1 let. d CO) est donné en raison du sexe, la LEg s'applique au titre de *lex specialis* (art. 3 LEg ; N 412b, 421 et 10 LEg ; N 412f, 423).

a) *Raison inhérente à la personnalité (art. 336 al. 1 let. a CO)*. Un congé est discriminatoire lorsqu'il est donné pour une raison inhérente à la personnalité (aa) sauf s'il présente un lien avec le rapport de travail, ou qu'il porte préjudice à l'entreprise sur un point essentiel (bb).

aa) Premièrement, le congé est donné pour une raison inhérente à la personnalité. Cette notion englobe toutes les caractéristiques qui servent à individualiser une personne et qui sont dignes d'être protégées par l'ordre juridique, telles que la religion, la race, la nationalité, l'âge, l'homosexualité ou les antécédents judiciaires.

En cas de maladie, la partie employeuse a le droit de licencier la personne salariée après l'écoulement de la période de protection contre le congé

donné en temps inopportun (art. 336c CO, N 428c/dd). Toutefois, le congé signifié en raison d'une maladie qui ne porte pas atteinte à la capacité de travail est abusif.

> **Exemple**. Le licenciement d'une personne atteinte de diabète est abusif s'il se fonde sur ce motif alors que cette maladie n'entraîne dans le cas d'espèce aucune réduction de la capacité de travail.

En outre, il faut réserver les cas où la maladie résulte d'un comportement fautif de la partie employeuse.

> **Exemple**. La partie employeuse qui, après avoir toléré une situation de harcèlement psychologique au sein de son personnel (en violation de l'art. 328 CO), finit par licencier la personne mobbée devenue malade, adopte un comportement abusif (au sens de l'art. 336 CO) (N 411).

Le caractère abusif du congé peut aussi résider dans le fait que la partie employeuse, après avoir laissé un conflit s'envenimer, se prévaut du fait que l'ambiance est devenue préjudiciable au travail dans l'entreprise pour licencier une des parties au litige en raison de son caractère difficile.

> **Jurisprudence**. Employée dans une banque, T. estime être mobbée par sa cheffe. Une enquête interne révèle que les torts sont partagés et conclut à l'absence de mobbing. La banque licencie l'employée plaignante ainsi que la supérieure hiérarchique mise en cause. T. estime que son licenciement est abusif car l'employeuse n'avait au préalable pris aucune mesure pour aplanir le conflit qui opposait les deux femmes. Après avoir réaffirmé le principe selon lequel la direction ne peut réagir à un conflit interpersonnel en se limitant à licencier les protagonistes, le Tribunal fédéral a toutefois jugé, en l'espèce, que la banque avait réagi avec sérieux à la plainte interne en investiguant sur ce cas – concernant une salariée de 37 ans avec peu d'ancienneté et un caractère particulièrement problématique eu égard à sa position hiérarchique. Ainsi le licenciement n'était pas abusif (TF, 4A_130/2016 du 25 août 2016, consid. 2.1).

bb) Lien avec le rapport de travail ou préjudice causé à l'entreprise. Lorsque la partie plaignante est parvenue à démontrer l'existence d'une raison inhérente à sa personnalité, *a priori* abusive, la partie adverse se voit offrir la possibilité de prouver le lien avec le rapport de travail ou le préjudice grave causé à l'entreprise (sur le rapport de causalité, cf. N 414). Les deux motifs justificatifs, parfois difficiles à distinguer, sont alternatifs (TF, 4C.72/2002 du 22 avril 2002, consid. 1). Si la partie intimée parvient à démontrer l'un d'eux, la résiliation n'est pas abusive.

Le lien avec le rapport de travail doit être clair et direct. Il porte sur la bonne exécution du travail et peut notamment consister en une violation du devoir de fidélité (N 262-276).

> **Jurisprudence**. Le licenciement d'une personne active dans le domaine de la recherche médicale parce qu'elle fait ménage commun avec un ancien employé passé à la concurrence n'est pas abusif. Ce motif présente un lien avec le rapport de travail. En effet, une relation de ce type peut favoriser la violation de l'obligation de confidentialité, cruciale dans un secteur où la concurrence est acharnée (TF, 4C.72/2002 du 22 avril 2002, consid. 1).

b) *Licenciement fondé sur le sexe (art. 3 LEg)*. Lorsque la raison inhérente à la personne est le sexe, la LEg s'applique en tant que *lex specialis* (N 408), ce qui a notamment pour conséquence un allègement du fardeau de la preuve (art. 6 LEg, N 217-218, 418, 622).

c) *Exercice d'un droit constitutionnel (art. 336 al. 1 let. b CO)*. Le congé donné en raison de l'exercice d'un droit constitutionnel est abusif, sauf s'il viole une obligation résultant du contrat de travail ou s'il porte, sur un point essentiel, un préjudice grave au travail dans l'entreprise. Le motif justificatif prévu par cette lettre est plus restrictif que celui prévu à la lettre a) qui elle, n'exige pas la violation d'une obligation contractuelle.

> **Exemple**. Il est abusif de licencier une personne en raison du fait qu'elle a exercé sa liberté d'expression, sauf si cet exercice a entraîné la violation d'une obligation contractuelle, par exemple lorsque cette personne critique dans les médias la stratégie adoptée par sa direction (violation de l'art. 321a CO, N 268).

> **Jurisprudence**. Un juriste est licencié par le syndicat (*Tendenzbetrieb*) qui l'emploie, au motif qu'il appartient à une secte. Le licenciement fondé sur l'exercice de la liberté religieuse (art. 15 Cst.) et d'opinion (art. 16 Cst.) est toutefois non abusif dans ce cas, car la religion pratiquée et les idées politiques nourries sont incompatibles avec le but idéal poursuivi par le syndicat (ATF 130 III 699).

Le licenciement en raison du port du foulard musulman est *a priori* abusif.

> **Jurisprudence**. Une salariée travaille depuis 2009 dans une blanchisserie à l'entière satisfaction de cette dernière. Début 2015, elle décide de porter le foulard sur son lieu de travail pour des raisons religieuses. Ce choix conduit à un licenciement ordinaire pour motifs de sécurité et d'hygiène. Le tribunal régional de Bern-Mitteland donne tort à la partie employeuse, qui n'est pas parvenue à démontrer que le port du foulard nuisait au bon déroulement du travail ou qu'il créait un danger ou un obstacle à l'hygiène. Le licenciement était donc abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. b CO et la partie employeuse doit rembourser à la plaignante ses frais de justice et lui

> verser une indemnité de 3 mois de salaire correspondant à CHF 13'195.- sur la base de l'art. 336a CO (décision bernoise (Bern-Mitteland) du 8 septembre 2016, CIV 16 1317 P57/BLM). Notons que la question de savoir si le licenciement n'était pas seulement abusif au sens de l'art. 336 CO, mais aussi discriminatoire au sens de l'art. 3 LEg, n'a pas été examinée.

L'exercice du droit constitutionnel à la liberté syndicale est exclusivement couvert par l'art. 336 al. 2 let. a CO, qui ne prévoit pas de motifs objectifs permettant à la partie employeuse de prouver que le licenciement est justifié (N 457).

d) *Congé donné seulement pour empêcher la naissance de prétentions résultant du contrat (art. 336 al. 1 let. c CO)*. Le congé donné pour empêcher la naissance de prétentions résultant du contrat de travail est abusif. L'art. 336 al. 1 let. c CO protège la personne salariée contre une résiliation qui tend à la priver d'une prestation dont l'octroi est lié à un moment déterminé des rapports de travail. Cette prétention peut reposer sur le contrat ou sur la loi. Il s'agira par exemple d'une gratification (art. 322d CO, N 302), d'une indemnité à raison de longs rapports de travail (art. 339b CO), d'une prime de fidélité ou du versement rétroactif du renchérissement (TF, 4C_388/2006 du 30 janvier 2007, consid. 3.1).

e) *Congé représailles ou congé de rétorsion (art. 336 al. 1 let. d CO)*. Le congé est abusif lorsqu'il est donné à une partie au motif qu'elle a fait valoir des droits résultant du contrat de travail, par exemple parce qu'elle s'est plainte d'une atteinte à la personnalité et a demandé à être protégée conformément à l'art. 328 CO. La partie qui s'est prévalue de ses droits doit avoir été de bonne foi. Peu importe que la prétention existe ou non en définitive.

> **Jurisprudence**. Une travailleuse est licenciée après s'être plainte de harcèlement sexuel. Bien que le harcèlement n'ait pas été établi, le licenciement est abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO (TF, 4C.60/2006 du 22 mai 2006, consid. 7). Il faut souligner que, dans cette affaire, la partie plaignante aurait pu agir sur la base de l'art. 10 LEg pour demander l'annulation du licenciement, puisque la réclamation concernait un harcèlement au sens de l'art. 4 LEg (N 412f ci-dessous).

Un congé-modification peut constituer un congé représailles (N 415-416).

f) *Congé représailles* (art. 10 LEg). Lorsque la partie salariée est licenciée après avoir fait valoir de bonne foi des droits résultant de la LEg, on se trouve en présence d'un congé représailles au sens de l'art. 10 LEg. Contrairement au CO, la LEg prévoit la possibilité de demander

l'annulation du congé et la réintégration dans l'entreprise (N 233). Le congé de rétorsion existe lorsqu'un licenciement suit l'une des démarches suivantes :

- la réclamation adressée à une personne supérieure d'un point de vue hiérarchique ou à un autre organe compétent au sein de l'entreprise. La dimension interne de la réclamation n'exige pas que la plainte ait été faite « au sein de l'entreprise ». Il suffit que la partie employeuse ait eu connaissance des démarches de la personne salariée ;

  Jurisprudence. Le licenciement d'une médecin-cheffe de clinique d'un hôpital universitaire, congédiée après avoir fait valoir son droit à ne pas être discriminée en raison du sexe par son supérieur hiérarchique, professeur à l'Université de Berne, a été annulé. Les tribunaux bernois ont considéré que la plainte adressée au Rectorat de l'Université (autorité d'engagement du professeur) pouvait être qualifiée de « réclamation adressée à un supérieur ou à un autre organe compétent au sein de l'entreprise » selon l'art. 10 al. 1 LEg, même si elle n'avait pas été formulée auprès d'un service de l'hôpital (employeur de la plaignante). En effet, pour que le caractère interne de la réclamation soit admis, il n'est pas nécessaire que la plainte pour discrimination ait été faite « au sein de l'entreprise ». Il suffit que la partie employeuse en ait eu connaissance, ce qui était le cas en l'espèce (Cour suprême du canton de Berne, arrêt du 2 juillet 2018, ZK 18 15, consid. 7.3).

- l'ouverture d'une procédure de conciliation ;

- l'introduction d'une action en justice.

Le rapport de causalité entre le licenciement et la réclamation est présumé. La partie employeuse peut renverser cette présomption en prouvant que le licenciement repose sur un motif justifié.

La notion de motif justifié, également prévu à l'art. 336 al. 2 let. b CO (N 457b), est plus large que celle de justes motifs, applicable en cas de résiliation avec effet immédiat (N 444).

> **Exemple**. Le motif justifié peut consister, par exemple, en des absences répétées et non excusées du travail, l'inobservation continuelle d'instructions ou encore les besoins économiques de l'entreprise (restructurations, etc.).

En outre, la protection contre un congé de rétorsion dure :

- pendant toutes les démarches effectuées au sein de l'entreprise par la personne salariée et ce, dès que la partie employeuse a connaissance de la réclamation ;

- pendant la procédure de conciliation ;
- pendant toute la durée du procès.

Une fois ces événements terminés, la protection se poursuit encore durant le semestre qui suit la clôture des démarches ou de la procédure. Ce délai semestriel commence à courir dès le lendemain du jour où :

- la partie employeuse a clairement pris position sur la situation ;
- la procédure de conciliation a pris fin ;
- le procès est terminé.

Le *dies ad quem* échoit le jour qui correspond, par son quantième, à l'événement qui déclenche l'écoulement du délai (la décision de la partie employeuse, le terme de la procédure de conciliation ou du procès).

g) *Congé donné parce que l'autre partie accomplit une obligation légale.* L'art. 336 al. 1 let. e CO énumère les obligations légales suivantes : le service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, le service civil, accompli en vertu de la législation fédérale, ou encore l'obligation légale dont l'accomplissement incombait à la personne concernée, mais sans que celle-ci n'ait demandé à l'assumer.

> **Exemple**. La partie employeuse peut être tentée de licencier un membre de son personnel cité à comparaître en justice (art. 170 CPC), lorsque le contenu du témoignage fourni lui est défavorable.

Cette norme s'applique lorsque le licenciement est notifié en dehors de la période de protection prévue par l'art. 336c al. 1 let. a CO (N 428c/aa, protection contre le congé en temps inopportun).

413. **Art. 336 al. 2 CO.** Rappelons que l'art. 336 al. 2 CO prévoit trois cas supplémentaires de congé abusif qui ne visent toutefois que l'hypothèse d'un congé donné par la partie employeuse (et non celle d'une démission) : le congé donné en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance de la partie employée à une organisation de personnes employées ou de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale (lit. a) ; le congé donné pendant que la partie employée, représentante élue des personnes employées, est membre d'une commission de l'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise et que la partie employeuse ne peut prouver qu'elle avait un motif justifié de résiliation (lit. b) ; le congé donné sans respecter la procédure de consultation prévue pour les licenciements

collectifs (lit. c). Comme indiqué, ces cas de congé abusif seront traités dans la partie consacrée au droit collectif du travail (N 457, 542).

414. **Rapport de causalité.**

a) *Principe*. Pour que la résiliation soit considérée comme abusive, il doit exister une relation de causalité entre la décision de la notifier et le motif abusif. Pour établir le rapport causal, il y a lieu de se fonder sur le motif réel de la résiliation. La détermination de ce dernier constitue une question de fait (ATF 136 III 513, consid. 2.6).

b) *Application en cas de pluralité de motifs*. Si la résiliation repose sur plusieurs motifs et que la partie qui la reçoit allègue le caractère abusif de l'un d'entre eux, il faut déterminer si, sans le motif illicite, le contrat aurait tout de même été résilié. En cas de réponse positive, la résiliation n'est pas abusive (SJ 1995 798).

4.4.4 Cas particulier du congé-modification

415. **Principe.** La notion de congé-modification peut se comprendre au sens large ou au sens étroit. Le congé-modification au sens étroit consiste, de manière simultanée, à résilier le contrat de travail tout en offrant de poursuivre les rapports contractuels à d'autres conditions (par exemple, salariales). Le congé-modification au sens large signifie qu'une des parties propose une modification du contrat et, ensuite du refus de l'autre partie, résilie le contrat de travail.

416. **Congé-modification abusif.** Dans certaines circonstances, le congé-modification est abusif. Tel est le cas, premièrement, si l'entrée en vigueur de la modification contractuelle est prévue avant l'écoulement du délai de congé applicable en cas de résiliation. Deuxièmement, l'offre de modifier le contrat ne doit pas constituer un moyen de pression pour imposer une modification défavorable, sans justification économique (ATF 123 III 246, consid. 3a). Dans de telles hypothèses, le congé-modification contrevient à l'art. 336 CO (N 412e). Le congé-modification peut aussi être discriminatoire au sens de la LEg (N 212, 227, 412b).

> **Exemple**. La partie employeuse qui recourt à la figure du congé-modification pour contraindre une employée à accepter de réduire son taux d'activité suite à la naissance de son enfant, par exemple parce qu'elle présume que la jeune mère sera souvent absente en raison de ses nouvelles

obligations familiales, viole l'interdiction de discriminer en raison du sexe prévue par la loi sur l'égalité. Le congé-modification doit être qualifié d'abusif et de discriminatoire au sens des articles 3 et 5 LEg.

4.4.5 Preuve

417. **En règle générale.** La partie plaignante doit en principe prouver avec une haute vraisemblance (art. 8 CC) tant le caractère abusif du motif que son rapport de causalité avec la résiliation.

Etant donné les difficultés de démontrer le caractère abusif du licenciement, le Tribunal fédéral admet toutefois la possibilité d'apporter une preuve par indices, constituée d'un faisceau d'éléments convergents (N 622). En pratique, la chronologie des événements joue un rôle important et la connexité temporelle permet d'établir avec une haute vraisemblance le rapport de causalité.

Si la partie plaignante y parvient, la partie adverse peut, dans certains cas, apporter la preuve d'un motif justificatif (en particulier, art. 336 al. 1 let. a et b CO, N 412a/bb, 412c). En outre, la partie adverse peut également apporter la preuve que le motif sur lequel repose le licenciement n'est pas abusif.

418. **Allègement prévu par la LEg.** Lorsqu'un licenciement discriminatoire au sens de l'art. 3 LEg est allégué, l'art. 6 LEg prévoit un allègement du fardeau de la preuve en faveur de la personne salariée. Il suffit à cette dernière de rendre vraisemblable que le licenciement a été signifié en raison du sexe. Si elle y parvient, la partie employeuse devra ensuite, au moyen d'une preuve stricte, démontrer que le motif de la résiliation n'est pas discriminatoire (art. 8 CC) (N 217-218, 622).

4.4.6 Indemnités

419. **Système.** En principe, une résiliation abusive met un terme au contrat de travail à l'issue du délai de congé et donne uniquement droit à une indemnité monétaire. Il faut réserver le cas où le congé est annulable en vertu de l'art. 10 LEg (N 233, 412f). Lorsque le congé est abusif au sens de l'art. 336 CO, le droit à une indemnité résulte de l'art. 336a CO (N 420). Si, en revanche, le congé est discriminatoire au sens de la LEg (art. 3 LEg),

les sanctions découlent de l'art. 5 al. 2, 4 et 5 LEg (N 421). Le législateur a prévu une procédure spéciale pour invoquer l'indemnité pour congé abusif ou discriminatoire (art. 336b CO et 9 LEg) (N 422).

420. **Indemnité prévue par l'art. 336a CO.** L'art. 336a CO prévoit que la partie qui résilie abusivement le contrat de travail doit verser à l'autre une indemnité.

a) *Nature de la disposition.* L'art. 336a CO est de nature absolument impérative. Il en résulte que la personne salariée ne peut pas y renoncer pendant la durée des rapports de travail et durant le mois qui suit la fin de ceux-ci (art. 341 al. 1 CO, N 640).

b) *Indemnité sui generis*. La nature de l'indemnité prévue par l'art. 336a CO est double : d'une part, punitive, elle déploie un effet préventif à l'égard d'autres parties à un contrat de travail, et d'autre part, réparatrice, elle permet de compenser l'atteinte subie ensuite de la résiliation (ATF 135 III 405, consid. 3.1 ; ATF 132 III 115, consid. 5.6). Elle ne s'apparente en revanche pas à une créance en dommages-intérêts, car elle est due même en l'absence de dommage. Il s'agit donc d'une indemnité *sui generis*, comparable à une peine conventionnelle (ATF 123 III 391 = JdT 1998 I 126).

c) *Cumul avec d'autres formes de réparation*. Le droit des obligations obéit au principe selon lequel on ne peut indemniser deux fois une même atteinte. Or, la fonction à la fois punitive et réparatrice de l'indemnité prévue par l'art. 336a CO englobe en principe la réparation du tort moral inhérente à un congé abusif (art. 49 CO). Il faut toutefois réserver le cas où l'atteinte présenterait une gravité telle qu'un montant correspondant à 6 mois de salaire ne suffirait pas à le réparer (TF, 4C.463/1999 du 4 juillet 2000, consid. 9c et h).

L'art. 336a al. 2 CO réserve en outre les dommages-intérêts dus à un autre titre que le caractère abusif du congé. En effet, certaines prétentions juridiques peuvent découler de faits apparus avant la résiliation. Qu'elles présentent ou non une certaine continuité avec la résiliation, l'indemnité prévue à l'art. 336a CO a uniquement vocation à réparer l'atteinte résultant de la résiliation et non les violations survenues au préalable.

> **Jurisprudence**. Un chauffeur-livreur camionneur subit des conditions de travail inacceptables, attentatoires à sa personnalité selon l'art. 328 CO. Il assume en effet l'une de plus longues tournées en kilomètre en comparaison de ce que réalisent ses collègues, il doit décharger son camion entre 9 et 12 fois par jour et il travaille presque systématiquement tous les

> jours de la semaine. Cette situation engendre de graves conséquences sur sa santé, en particulier une dépression majeure et un état d'épuisement. Il est licencié.
>
> Le Tribunal fédéral confirme le caractère abusif de cette résiliation, notifiée parce que la personnalité du chauffeur ne convenait pas aux supérieurs et qu'il avait fait valoir des prétentions par l'intermédiaire d'un avocat (congé-représaille au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO). A ce titre, le travailleur reçoit une indemnité pour licenciement abusif de trois mois de salaire (art. 336a CO). Il a également droit à une indemnité de CHF 5'000.- destinée à réparer le tort moral (art. 49 CO) résultant de l'atteinte à sa personnalité antérieure au congé (TF, 4A_279/2008 du 12 septembre 2008, consid. 4.4).

En résumé, le cumul de l'indemnité fondée sur l'art. 336a CO et celle relative à l'art. 49 CO est possible dans deux hypothèses : soit, le tort moral résulte du licenciement et l'indemnité fondée sur l'art. 336a CO ne suffit pas à le réparer, soit le tort moral résulte d'une autre cause que la résiliation.

En revanche, il n'est pas possible de cumuler l'indemnité basée sur l'art. 336a CO avec celle fondée sur l'art. 337c al. 3 CO. En effet, en cas de licenciement immédiat injustifié et abusif, seule l'indemnité prévue par l'art. 337c al. 3 CO pourra être allouée (N 447b). Le caractère abusif du licenciement sera toutefois pris en compte parmi les circonstances propres à augmenter le montant de l'indemnité résultant du licenciement avec effet immédiat.

d) *Montant.* L'art. 336a CO prévoit que la partie dont le contrat de travail a été résilié de manière abusive a droit à une indemnité plafonnée à 6 mois du salaire effectif de la personne salariée, sous réserve d'une exception prévue à l'al. 3 et qui concerne la violation de la procédure de consultation en cas de licenciements collectifs (art. 335f CO, N 542).

Un avant-projet tendant à l'augmentation de ce plafond à 12 mois de salaire n'a rencontré aucun consensus politique (DFJP, « Rapport explicatif et avant-projet » et DFJP, « Rapport sur les résultats de la consultation »).

Par mois de salaire, on entend le salaire brut augmenté de toutes les prestations ayant un caractère salarial, comme la part proportionnelle du 13e salaire. Le dernier salaire perçu ou la moyenne des salaires de la dernière année constitue généralement la référence pertinente.

L'indemnité de l'art. 336a CO ne peut être considérée comme un revenu tiré d'une activité lucrative, de sorte qu'elle ne fait pas partie du salaire

déterminant au sens de la LAVS et ne donne pas lieu à la perception de cotisations sociales.

e) *Critères de fixation*. Le tribunal fixe l'indemnité en équité et en fonction de toutes les circonstances (art. 4 CC). Il dispose donc d'un large pouvoir d'appréciation. Parmi les critères analysés, il s'intéresse à :

- la gravité de la faute de la partie employeuse ;
- l'éventuelle faute concomitante de la personne salariée ;
- la manière dont s'est déroulée la résiliation ;
- la gravité de l'atteinte à la personnalité de la personne salariée ;
- l'intensité et la durée des rapports de travail ;
- l'impact économique du licenciement pour la personne salariée ;
- l'âge et la situation personnelle de la personne salariée ;
- la probabilité plus ou moins élevée d'une réinsertion professionnelle ;
- la situation économique des deux parties.

En particulier, la durée des rapports de travail joue un rôle important, car elle permet d'évaluer l'étroitesse de la relation contractuelle entre les parties. Pour cette même raison, un congé abusif signifié durant le temps d'essai donne droit à une indemnité de moindre ampleur (N 409).

> **Jurisprudence**. Le chauffeur-livreur licencié abusivement (cf. jurisprudence précédente N 420c) reçoit une indemnité de trois mois de salaire fondée sur les circonstances suivantes : le contrat a été résilié parce que les supérieurs du travailleur ne l'appréciaient pas et après que celui-ci ait fait valoir des prétentions à l'endroit de son employeur ; les rapports de travail n'ont duré que trois ans ; les pressions subies par l'employé n'ont eu lieu que durant les derniers mois. En outre, au moment du licenciement, le travailleur était âgé de 57 ans et n'avait pas de charge de famille. Enfin, après seulement deux mois de chômage, il a retrouvé un emploi (TF, 4A_279/2008 du 12 septembre 2008, consid. 4.2.2).

421. **Indemnité prévue par l'art. 5 al. 2, 4 et 5 LEg.** La LEg prévoit une indemnité spéciale en cas de résiliation discriminatoire (art. 5 al. 2 LEg), plafonnée à 6 mois du salaire effectif (art. 5 al. 4 LEg). A l'instar de celle prévue par l'art. 336a CO (N 420), il s'agit d'une indemnité *sui generis* (ATF 131 II 361, consid. 4.4), fixée sur la base de l'ensemble des

circonstances du cas d'espèce (N 420e). La personne salariée qui souhaite l'obtenir bénéficie de l'allègement du fardeau de la preuve (art. 6 LEg, N 217-218, 418, 622).

L'indemnité résultant de l'art. 5 al. 2 et 4 LEg est cumulable avec celle prévue à l'art. 5 al. 3 LEg en cas de harcèlement sexuel.

> **Exemples**. Lorsqu'une employée est harcelée sexuellement au travail et licenciée de façon discriminatoire en raison d'une maternité, par exemple, l'indemnité fondée sur l'art. 5 al. 2 LEg se cumule avec celle prévue par l'art. 5 al. 3 LEg. En effet, il s'agit alors de réparer deux atteintes différentes.
>
> En revanche, si le licenciement est à la fois abusif au sens de l'art. 336 CO et discriminatoire au sens de l'art. 3 LEg, les indemnités fondées sur les art. 336a et 5 al. 2 LEg ne pouront pas être cumulées car l'atteinte résultant du licenciement serait réparée deux fois.

L'art. 5 al. 5 LEg autorise le cumul entre les indemnités prévues par la LEg et le versement de dommages-intérêts (art. 41 ss et 97 ss CO) et/ou une indemnité pour tort moral (art. 49 CO) lorsque la gravité du tort moral le justifie (cf. TF, 4A_330/2007 du 17 janvier 2007, N 228, 349).

422. **Procédure spéciale prévue à l'art. 336b CO.** La partie qui souhaite faire valoir une résiliation abusive au sens de l'art. 336 CO ou une résiliation discriminatoire au sens des art. 3 et 5 LEg (cf. art. 9 LEg) doit former opposition avant le terme du délai de congé puis, en l'absence d'accord entre les parties, intenter une action en justice dans les 180 jours qui suivent la fin du contrat.

a) *But*. L'objectif de l'opposition consiste à amener les parties à trouver un accord pour poursuivre les rapports de travail.

b) *Nature*. L'art. 336b CO est absolument impératif. Le tribunal vérifie d'office que les conditions suivantes sont réunies.

c) *Notion d'opposition*. La partie congédiée doit s'opposer à la résiliation pour invoquer ensuite une indemnité. L'opposition est constituée par toute manifestation de volonté, par laquelle une partie exprime son désaccord avec le congé. En cas de doute, le tribunal doit rechercher le sens que la partie ayant résilié pouvait et devait raisonnablement attribuer à la volonté exprimée par la personne congédiée, en tenant compte de l'ensemble des circonstances, en particulier des termes utilisés dans l'opposition et du contexte. La personne qui s'oppose au congé ne doit pas nécessairement utiliser les mots « opposition » ou « congé abusif ». Il suffit que la partie

adverse puisse comprendre le sens de la démarche. Des formules telles que « je ne suis pas d'accord » ou « je n'accepte pas » suffisent. En revanche, les mentions suivantes ne sont pas assez claires : « je m'étonne du licenciement et me mets à disposition pour continuer le travail » ou « je conteste *les motifs* du licenciement » ou encore « je demande la motivation du congé ».

> **Jurisprudence**. L'art. 336b al. 1 CO ne signifie pas seulement « faire opposition au motif du congé, ou aux circonstances ayant mené au congé », mais il impose à la partie qui s'oppose au congé de manifester clairement sa volonté de poursuivre les rapports de travail. Comme la jurisprudence l'a précisé, il n'y a pas d'opposition si la personne salariée ne conteste que les motifs du congé (TF, 4A_320/2014 du 8 septembre 2014, consid. 3.1).

d) *Forme écrite*. La loi exige que l'opposition respecte la forme écrite. Une simple protestation verbale ne suffit pas, même en présence de témoins. Pour des questions de preuve, la partie qui s'oppose a intérêt à envoyer un courrier recommandé. Toutefois, la jurisprudence ne se montre pas trop formaliste. En particulier, certaines jurisprudences cantonales admettent la notification de l'opposition par courriel, alors que le respect de la forme écrite requiert en principe une signature (art. 13 ss CO).

L'opposition peut prendre la forme d'un commandement de payer indiquant une créance à titre de licenciement abusif ou l'ouverture d'une action en justice.

e) *Déclaration de volonté soumise à réception*. L'opposition produit ses effets seulement lorsqu'elle parvient à l'autre partie. La théorie de la réception applicable en matière de résiliation vaut également pour l'opposition. Pour rappel, la lettre parvient à son destinataire au moment où elle entre dans la sphère d'influence de ce dernier d'une manière telle qu'on peut prévoir selon les usages qu'il en prendra connaissance (N 401/d).

f) *Notification de l'opposition avant la fin du délai de congé*. Le délai pour s'opposer au congé se calcule conformément aux articles 335a ss CO (délais de congé), en particulier les articles 335c et 336c CO. Par ailleurs, le refus d'obtempérer de la partie à qui la personne congédiée demande une motivation du congé en vertu de l'art. 335 al. 2 CO ne prolonge pas le délai pour former opposition. Si la partie qui résilie a indiqué un délai de congé plus long que le délai de congé applicable, ce délai supérieur vaut en principe également pour la notification de l'opposition. Le délai pour s'opposer peut être très bref, en particulier pendant le temps d'essai.

> **Jurisprudence**. Une danseuse engagée dans une boîte de nuit accepte un délai de congé de trois jours durant le temps d'essai (art. 335b al. 2 CO). Peu après son engagement, la partie employeuse lui demande de se prostituer, ce qu'elle refuse. L'employeuse lui envoie une lettre de résiliation le 9 août et annonce encore oralement le licenciement le 12 août. Le 18 août, la salariée s'oppose au congé. Le Tribunal fédéral estime que l'opposition est tardive, car elle est soumise au délai de trois jours suivant la notification du licenciement, conformément à la dérogation contractuelle convenue par les parties en ce qui concerne le délai de congé (ATF 136 III 96).

Le délai d'opposition est un délai de péremption. S'il n'est pas respecté, la partie congédiée perd le droit de demander une indemnité, car elle est réputée avoir accepté la résiliation en vertu d'une présomption irréfragable.

g) *Action en justice*. Si l'opposition est valable et si les parties ne s'entendent pas pour maintenir les rapports de travail, la partie congédiée peut intenter une action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat.

La recherche d'un accord sur la poursuite des relations contractuelles n'implique aucune obligation pour la partie congédiée d'entrer en négociation avec la partie adverse. En revanche, si cette dernière propose de continuer les rapports de travail aux mêmes conditions ou à des conditions meilleures, la partie congédiée qui refuse une telle offre perd son droit à une indemnité.

Le délai de 180 jours constitue un délai de péremption, qui a pour but de clarifier rapidement la situation en permettant à la partie auteure de la résiliation de savoir si la partie congédiée agira ou non. Il faut compter 180 jours – et non pas 6 mois. Le délai ne peut être ni interrompu ni prolongé. Les règles de la partie générale du code des obligations en matière de computation des délais sont applicables (art. 132 al. 1, 77 et 78 CO). En particulier, le *dies a quo* est le jour qui suit le dernier jour du contrat.

Si le dernier jour du délai tombe un dimanche ou un jour férié (art. 20a al. 1 LTr), le délai ne prend fin que le premier jour ouvrable qui suit (art. 78 al. 1 CO). Dans ce cadre, le samedi est assimilé à un jour férié (loi fédérale sur la supputation des délais comprenant un samedi).

> **Exemple**. Dans l'exemple ci-dessus, le délai échoit le 27 décembre 2020, soit un dimanche. Le délai prend donc fin le lendemain, soit le lundi 28 décembre 2020, à minuit.

L'action en justice est valablement intentée lorsqu'elle est remise à un guichet de la poste suisse à l'adresse de l'autorité compétente le dernier jour du délai à minuit au plus tard. La date du cachet postal fait foi.

Si en revanche une demande d'action en justice ne parvient pas à temps au greffe du tribunal compétent, la péremption du délai entraîne l'extinction du droit de demander une indemnité et le tribunal doit la relever d'office.

423. **Réintégration (art. 10 LEg).** En cas de congé de rétorsion au sens de la LEg, la partie salariée a le droit de demander son annulation et d'obtenir sa réintégration auprès de la partie employeuse (art. 10 al. 1 LEg) (N 233, 412f).

La personne salariée qui entend demander l'annulation de son licenciement doit saisir le tribunal ou l'autorité de conciliation compétente durant le délai de congé (et non pas seulement faire opposition durant ce délai). Le tribunal peut ordonner la réintégration provisoire de la personne salariée pour la durée de la procédure lorsqu'il paraît vraisemblable que les conditions d'une annulation du congé sont remplies (art. 10 al. 3 LEg).

Au cours du procès, la personne salariée peut renoncer à poursuivre les rapports de travail et demander une indemnité au sens de l'art. 336a CO à la place de l'annulation du congé (art. 10 al. 4 LEg).

4.5 Protection contre les congés donnés en temps inopportun (art. 336c et 336d CO)

424. **Généralités.** La liberté de résilier le contrat de travail est limitée non seulement par la protection contre les congés abusifs (N 407-423), mais aussi par celle relative au congé donné en temps inopportun. Alors que la première s'intéresse au motif du congé, la deuxième vise le moment où il intervient. Ces deux protections peuvent se cumuler. Les règles des art. 336c et 336d CO l'emportent alors, dans la mesure où elles peuvent entraîner la nullité du congé – contrairement aux effets d'un congé abusif.

> **Exemple**. Un congé peut reposer sur un motif abusif lorsqu'il est donné parce que l'autre partie accomplit une période de service militaire (art. 336 al. 1 let. e CO) et être donné en temps inopportun s'il est notifié pendant le service ou durant les quatre semaines qui le précèdent ou qui le suivent (art. 336c al. 1 let. a CO).

Les règles sur la protection contre le congé donné pendant le temps inopportun s'appliquent à la résiliation ordinaire du contrat de travail. La résiliation avec effet immédiat est soumise à un régime distinct. Elle fera donc l'objet de développements spécifiques (cf. art. 337 ss CO, N 434-450).

Dans le présent chapitre, les explications porteront particulièrement sur le système instauré par l'art. 336c CO. L'art. 336d CO, dont l'application reste relativement théorique, sera brièvement présenté (N 432).

Enfin, il faut distinguer clairement la période de protection de l'art. 336c CO qui empêche la partie employeuse de résilier le contrat, d'une part, et l'obligation de verser le salaire pendant l'incapacité de travail de la personne salariée, exclusivement régie par les art. 324a et 324b CO, d'autre part (N 325-335). En effet, la protection contre le licenciement en temps inopportun peut s'avérer extrêmement longue. En revanche, le risque économique de la partie employeuse quant à l'obligation de payer le salaire est beaucoup plus limité, l'art. 324a CO n'offrant qu'un crédit annuel limité à la personne salariée, toutes incapacités confondues.

425. **Objectif général.** La disposition vise à garantir à la personne employée qui se trouve dans l'une des situations donnant lieu à protection (art. 336c al. 1 CO, N 428c) de bénéficier d'un délai de congé complet, afin de pouvoir rechercher un nouvel emploi (ATF 124 III 474, consid. 2a-b). L'idée n'est pas tant que cette personne ne puisse pas faire les démarches en vue de retrouver un nouvel emploi, mais plutôt qu'un engagement par une nouvelle partie employeuse à la fin du délai ordinaire de congé paraît hautement invraisemblable compte tenu de la situation (p. ex. incapacité de travail) dans laquelle se trouve la personne salariée (ATF 128 III 212, consid. 2c).

426. **Buts spécifiques et différents des alinéas 2 et 3.** La protection conférée par l'art. 336c al. 2 CO consiste à offrir un délai de congé complet à la personne salariée en renonçant à écouler ce dernier pendant de telles périodes.

En revanche, le système de report au terme prévu par l'alinéa 3 a vocation à faciliter le changement d'emploi. Grâce à cette disposition, le contrat en cours s'achève à la fin du mois, alors que le nouveau contrat peut commencer dès le début du mois suivant. Ainsi, la personne salariée peut en principe percevoir son salaire sans rupture causée par un enchaînement malencontreux des contrats, sauf si elle se trouve encore incapable de

travailler malgré l'échéance de la période de protection ou qu'elle n'a pas, à tort, offert ses services (ATF 124 III 474, JdT 2000 I 137, consid. 2a).

427. **Nature.** L'art. 336c CO est de nature relativement impérative (art. 362 CO). Il est donc possible d'y déroger en faveur de la personne salariée.

> **Exemple**. Le contrat de travail peut prévoir une protection contre la résiliation durant une formation ou durant les 16 semaines suivant l'adoption d'un enfant. Il peut également prévoir un allongement des périodes de protection.

428. **Champ d'application.** L'art. 336c CO s'applique uniquement aux contrats de durée indéterminée – puisque les contrats de durée déterminée au sens classique prennent fin automatiquement. La loi pose plusieurs conditions d'application cumulatives.

a) *Temps d'essai échu.* L'art. 336c CO est inapplicable pendant le temps d'essai (cf. al. 1) et nous avons vu que ce dernier peut s'écouler sur une période plus longue que prévu lorsque surviennent certaines circonstances telles qu'une maladie ou un accident (art. 335b al. 3 CO, N 393). En revanche, un congé non payé octroyé pendant le temps d'essai est sans effet sur la durée de celui-ci, de sorte qu'une protection de l'art. 336c CO peut intervenir sans que l'on tienne compte d'un tel événement.

> **Jurisprudence**. L'employée d'un café-restaurant, enceinte au moment du licenciement, se trouvait bien après le temps d'essai, puisque le congé non payé pris à Noël ne produisait aucun impact sur son calcul (ATF 136 III 562). Par conséquent, le licenciement notifié à ce moment-là était nul.

b) *Licenciement*. La résiliation doit être l'initiative de la partie employeuse. Le champ d'application englobe les licenciements individuels et collectifs (art. 335d ss CO). L'art. 336c CO ne s'applique en revanche pas au cas de la démission, régi par l'art. 336d CO (disposition impérative ; art. 361 CO), ni en cas de rupture conventionnelle, lorsque les parties mettent fin au contrat d'un commun accord, ni encore lorsqu'un contrat de durée déterminée prend fin par la survenance de son terme.

c) *Hypothèses protégées*. L'alinéa 1 énumère, de façon exhaustive, différentes hypothèses donnant lieu à une protection. Comme la disposition est de nature relativement impérative, les parties restent libres d'ajouter d'autres sources de protection contre le congé en temps inopportun (N 427).

aa) Service obligatoire (let. a). Le service obligatoire concerne l'école de recrue, même en cas d'anticipation ou de report du service qui ne modifie pas le caractère contraignant du service (art. 49 LAAM) ; le service civil réalisé en remplacement du service militaire (art. 1 LSC) ; le service militaire féminin (qui devient obligatoire une fois que les femmes se sont enrôlées) (art. 3 al. 2 LAAM) ; le service militaire ou civil des personnes d'origine étrangère (art. 2 ALCP et art. 9 Annexe I).

La protection dure pendant le service, ainsi que les 4 semaines qui le précèdent et qui suivent si le service a duré plus de 11 jours.

bb) Service d'aide à l'étranger (let. d). Dans le cadre de la loi sur la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales, certaines autorités fédérales peuvent instaurer un service d'aide à l'étranger.

cc) Grossesse et maternité (let. c). La grossesse et les 16 semaines qui suivent l'accouchement figurent parmi les périodes de protection contre le congé donné en temps inopportun. La grossesse est protégée en tant que telle, indépendamment de l'existence d'une incapacité de travail. Cas échéant, il conviendra d'appliquer la règle sur le cumul interlittéral (N 431b). En outre, la protection existe même si la salariée ignore sa grossesse ou si elle n'a pas informé la partie employeuse au moment du congé, sous réserve d'un abus de droit (TF, 4A_145/2015 du 6 juillet 2015). La jurisprudence admet ce dernier de manière restrictive, sans quoi la protection découlant du droit impératif resterait illusoire.

> **Jurisprudence**. L'abus de droit a été rejeté dans une affaire où la salariée déjà enceinte avait été licenciée le 24 janvier avec effet le 28 février et qu'elle avait annoncé sa grossesse le 28 mars (ATF 135 III 349).

Le *dies a quo* de la protection est le jour de la conception, c'est-à-dire le moment de la fécondation de l'ovule (ATF 143 III 21). Cette dernière se calcule généralement en ajoutant 14 jours à la date des dernières règles. Sur ce point, le droit du travail rejoint la perspective du domaine médical, au contraire du droit pénal qui retient le moment – ultérieur – de la nidation, soit le moment où l'ovule fécondé descend dans l'utérus, afin d'éviter que certaines méthodes de contraception (stérilet, pilule du lendemain, etc.) ne tombent sous le coup de l'art. 118 CP.

La protection se poursuit durant les 16 semaines qui suivent l'accouchement, à condition que l'enfant naisse viable ou que la grossesse ait duré au moins 23 semaines – y compris d'un enfant mort-né (art. 23 RAPG). Si la grossesse se termine par une fausse couche, c'est-à-dire par

l'expulsion du foetus, la probable incapacité de travail consécutive est couverte par l'art. 336c al. 1 let. b CO.

Enfin, la salariée enceinte peut valablement démissionner pendant sa grossesse, à condition que la résiliation notifiée ne constitue pas un licenciement déguisé. Les parties peuvent également décider de mettre fin à la période de protection s'il existe une preuve réelle de leur volonté libre et éclairée. Cas échéant, cette démarche s'analyse en tant qu'une transaction au sens de l'art. 341 al. 1 CO et doit comporter des concessions réciproques. A défaut, l'accord constitue une renonciation unilatérale contraire à l'art. 341 al. 1 CO (N 640).

dd) Incapacité de travail (let. b). Dans cette hypothèse, le critère déterminant porte sur l'aptitude ou l'inaptitude, même partielle, de la personne employée à fournir sa prestation. L'existence d'une maladie, par exemple, ne suffit pas pour entraîner la protection prévue par l'art. 336c CO. En cas d'incapacité de travail partielle, le délai de protection n'est pas prolongé proportionnellement au degré d'incapacité.

Selon la loi, l'incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident doit être non fautive. L'interprétation de la faute doit être restrictive, de sorte que seule une faute grave de la personne salariée devrait permettre l'exclusion de la protection octroyée par l'art. 336c al. 1 let. b CO.

La durée de la protection est limitée et elle dépend de l'ancienneté. Dans la première année de service, elle dure au maximum 30 jours, de la deuxième à la cinquième année de service, elle dure au maximum 90 jours et à partir de la sixième année de service, elle dure au maximum 180 jours. Les maxima prévus sont écoulés à concurrence de la durée de l'incapacité de travail.

> **Exemples**. Si T. tombe malade et se trouve incapable de travailler pendant 18 jours alors qu'elle se trouve dans sa première année de service, elle sera protégée pendant 18 jours contre un licenciement.
>
> Si T. tombe malade et se trouve incapable de travailler pendant 45 jours alors qu'elle se trouve dans sa première année de service, elle sera protégée pendant 30 jours contre un licenciement.

Le calcul de l'ancienneté en matière de protection contre le congé en temps inopportun s'effectue en fonction du temps écoulé entre la date de l'entrée en service et le premier jour de l'incapacité de travail (N 406b).

Le *dies a quo* de la période de protection est le premier jour de l'incapacité de travail.

Si l'empêchement survient à cheval sur deux années de service et que la deuxième année concernée donne droit à une durée de protection plus longue, cette durée-ci s'applique (ATF 133 III 517).

> **Exemple**. T. est entré au service de E. le 1er mars 2019. Il se trouve incapable de travailler du 15 février au 31 mai 2020. Le début de son incapacité se déploie dans la première année de service (protection de 30 jours maximum) et se poursuit au-delà, sur la deuxième année de service (protection de 90 jours), sans que la période de protection applicable à la première année de service n'ait pris fin. Par conséquent, il convient d'écouler la durée de la protection afférente à la deuxième année de service, soit 90 jours. Le calcul des 90 jours commence en revanche au premier jour de l'incapacité, le 15 février, alors que la première année de service court encore. La protection prendra donc fin le 15 mai 2020 inclus et T. pourra se voir notifier un licenciement valable à partir du 16 mai 2020.

Un licenciement qui intervient après l'écoulement de la période de protection est valable même si l'incapacité de travail dure encore. Il faut toutefois garder à l'esprit que le licenciement prononcé alors que la partie employeuse a contribué à l'incapacité de travail est abusif (TF, 4A_329/2011 du 11 octobre 2011, N 411-412a/aa).

La protection contre le licenciement existe même si la personne salariée n'a pas conscience de son état au moment de la notification du congé (ATF 128 III 212, consid. 2c, en lien avec une leucémie. Au sujet de la grossesse cf. N 428c/cc).

Allant à l'encontre d'une jurisprudence établie, un arrêt du Tribunal fédéral datant de 2016 laisse entendre qu'une incapacité de travail limitée à un rapport de travail déterminé n'entraîne pas l'application de l'art. 336c CO (TF, 4A_391/2016 du 8 novembre 2016). Cette position suit certes une partie de la doctrine (STREIFF, VON KAENEL, RUDOLPH, *ad* art. 336c N 8; BRÜHWYLER, *ad* art. 336c N 3 ; WYLER, HEINZER, pp. 859-861. *Contra*, PÄRLI, HUG, PETRIK, pp. 206 ss ; GLOOR). On peut toutefois nourrir certains doutes quant à sa portée, faute pour le Tribunal fédéral d'avoir motivé un tel revirement de jurisprudence (GLOOR, p. 5). La question est importante car l'on constate une pratique croissante consistant dans la délivrance de certificats médicaux ou d'expertises médicales qui concluent à une incapacité de travail limitée à la place de travail, parfois appelée « incapacité de travail à géométrie variable ».

> **Jurisprudence**. Un collaborateur licencié le 30 mars 2012 tombe malade le 2 avril 2012. Le contre-examen médical ordonné par la partie employeuse conclut à une incapacité de travail limitée à l'emploi occupé. Il considère que l'employé sera apte à reprendre une activité identique

> auprès d'un autre employeur à compter du 1er juillet 2012, ce que l'intéressé concède lui-même à l'occasion de l'entretien médical. Le Tribunal fédéral confirme les jugements des deux autorités cantonales, qui avaient refusé d'étendre la protection contre le congé donné en temps inopportun au-delà du 30 juin 2012 (TF, 4A_391/2016 du 8 novembre 2016).

Il appartient à la personne salariée de prouver son empêchement de travailler (art. 8 CC), en général au moyen d'un certificat médical qui ne constitue toutefois pas un moyen de preuve absolu (N 627-628).

429. **Effets.** Lorsque les conditions d'application de l'art. 336c al. 1 CO sont remplies, les alinéas 2 et 3 prévoient deux types de conséquences.

430. **Licenciement nul.** Si le licenciement intervient *pendant* une période de protection, il est nul. La partie qui veut mettre fin aux rapports contractuels doit donc signifier un nouveau congé après la période protégée par la législation (ATF 124 III 474 ; ATF 128 III 212).

431. **Licenciement valable, mais délai de congé suspendu puis prolongé.** Si le licenciement intervient *en dehors* d'une période de protection, mais qu'au moment où le délai de congé devrait courir, l'une des hypothèses prévues par la loi survient, le délai de congé est suspendu, prolongé (art. 336c al. 2 CO), et éventuellement reporté au prochain terme utile (art. 336c al. 3 CO) (ATF 119 II 449, JdT 1995 I 27 ; ATF 134 III 354, JdT 2010 I 678).

a) *Calcul rétroactif*. C'est le lieu d'exposer pourquoi le délai de congé se compute rétrospectivement (ATF 134 III 354 ; SJ 1995 p. 801 ; N 406 6b/aa). Selon le système légal, le délai de congé est notifié « pour la fin d'un mois » (art. 335c al. 1 CO).

> **Exemple**. Si le délai de congé applicable est d'un mois pour la fin d'un mois et que le licenciement est signifié le 3 mars, le délai échoit le 30 avril et commence le 1er avril.

La *ratio legis* de ce système vient de la nécessité de protéger la personne salariée pendant le délai de congé exclusivement. Ainsi, dans l'exemple ci-dessus, la personne salariée qui subit une incapacité de travail entre le 4 et le 31 mars n'est pas protégée contre le congé en temps inopportun. En revanche, si l'incapacité se déploie sur le mois d'avril, la protection entre en ligne de compte. Une telle règle permet d'atteindre le but poursuivi par la loi, à savoir la mise en oeuvre d'un délai de congé complet, quelle que

soit la situation durant le *laps de temps* plus ou moins long préalable à ce dernier.

Il en va de même, *a fortiori*, lorsque la partie employeuse notifie le licenciement par avance.

> **Exemple**. E. résilie le contrat de travail de T. le 3 mars avec effet le 31 mai. Le délai de congé applicable est d'un mois pour la fin d'un mois. Il dure donc du 1er au 31 mai. Les causes de protection qui surviennent avant le mois de mai ne sont pas prises en compte, car elles ne surviennent pas pendant le délai de congé.

b) *Cumul interlittéral et intrallitéral*. Chaque situation qui ne présente pas de lien avec un épisode préalable couvert par l'art. 336c al. 1 CO fait courir une protection indépendante. Par conséquent, plusieurs périodes de protection peuvent se *chevaucher* ou se *cumuler* (ATF 124 III 474 ; ATF 120 II 124).

Le cumul interlittéral concerne les situations où différentes lettres de l'art. 336c al. 1 CO confèrent une protection.

> **Exemple**. Une travailleuse subit une incapacité de travail due à une maladie pendant 45 jours. Le 23e jour de cette incapacité de travail, elle devient enceinte. Il existe alors un cumul interlittéral, qui concerne les lettres b et c de l'art. 336c al. 1 CO.

Le cumul intralittéral désigne la situation où différents épisodes inopportuns concernent la même lettre de l'art. 336c al. 1 CO.

> **Exemple**. Pendant sa première année de service, une personne salariée subit un premier accident entraînant une incapacité de travail de 33 jours à partir du 1er mars, puis un nouvel accident suscitant un empêchement de travailler de 45 jours à partir du 27 mars. Les périodes de protection courent parallèlement à concurrence des maxima légaux, sans que l'une des périodes n'entraîne la prolongation de l'autre. Concrètement, la première période de protection dure du 1er mars au 30 mars, à concurrence du maximum de 30 jours. Ensuite, la deuxième période de protection dure du 27 mars au 25 avril (à savoir à nouveau pendant la durée maximale de 30 jours), bien que l'empêchement de travailler perdure.

Le cumul intralittéral est admis tant que les différents épisodes ne présentent pas de lien entre eux. Lorsqu'en revanche les pathologies physiques et/ou psychiques sont liées de façon suffisamment étroite, la relation de causalité exclut l'ouverture d'une nouvelle période de protection (TF, 4A_706/2016 du 4 août 2017). L'éventuel solde de la période de protection initiale sera alors écoulé jusqu'à épuisement.

> **Jurisprudence**. Une personne salariée souffre d'une incapacité de travail due à une maladie coronarienne et une tumeur rénale. Elle subit une opération suivie d'une longue convalescence, pendant laquelle son état psychique se dégrade jusqu'à exiger une hospitalisation en clinique psychiatrique. Le Tribunal fédéral estime que les problèmes psychiques sont liés aux problèmes de santé somatiques (maladie coronarienne et tumeur) et exclut l'application d'une nouvelle période de protection à partir de l'hospitalisation psychiatrique (TF, 4A_706/2016 du 4 août 2017).

c) *Suspension, prolongation et report au terme*. Lorsqu'un licenciement intervient et qu'une question de protection contre le congé donné en temps inopportun se pose, nous proposons une analyse en quatre étapes.

Premièrement, il convient de déterminer le délai de congé initial, c'est-à-dire celui qui se serait écoulé en l'absence d'un cas de protection contre le congé en temps inopportun, et de comptabiliser le nombre de jours qu'il dure.

> **Exemple** (application de l'art. 335c CO). T. est licenciée le lundi 2 mars 2020 alors qu'elle est entrée en fonction le 1er mars 2014. Elle se trouve donc dans sa septième année de service, lors de laquelle le délai de congé légal, applicable à défaut de convention écrite contraire, est de deux mois pour la fin d'un mois. Elle subit une incapacité de travail du 25 avril au 3 mai 2020. Le délai de congé initial, calculé en faisant abstraction de l'incapacité de travail, s'écoule en principe du 1er avril au 31 mai 2020, soit sur 61 jours.

En second lieu, il convient de s'assurer que les conditions d'application de l'art. 336c al. 1 sont remplies. Pour rappel, il s'agit de :

- l'échéance du temps d'essai,
- la notification d'un licenciement,
- la survenance de l'une des hypothèses prévues aux lettres a à d, étant précisé que l'application de la lettre b exige un empêchement de travailler, du à une raison inhérente à la personne telle qu'une maladie ou un accident, ainsi qu'une absence de faute.

En présence de ces exigences, lorsqu'il est question de l'hypothèse prévue à l'art. 336c al. 1 let. b CO, il convient d'identifier la durée de la période de protection en fonction de l'ancienneté en cours à la date de l'incapacité de travail, à savoir au maximum 30, 90 ou 180 jours.

> **Exemple**. Poursuivons l'exemple ci-dessus. T. est entrée en fonction le 1er mars 2014. Lorsque survient l'incapacité de travail le 25 avril 2020, elle se trouve dans sa septième année de service, à laquelle correspond une

protection de 180 jours maximum, écoulée à concurrence de la durée effective de l'empêchement de travailler. En l'espèce, ce dernier dure du 25 avril au 3 mai, soit 9 jours, c'est-à-dire largement moins que le maximum applicable de 180 jours pendant la septième année de service. Par conséquent, la totalité de la période d'incapacité est prise en compte par la protection contre le congé en temps inopportun.

En troisième lieu, il faut procéder à la suspension et à la prolongation du délai de congé conformément à l'art. 336c al. 2 CO. Pour réaliser ces opérations, chaque jour civil est comptabilisé, y compris les dimanches et les jours fériés. Le délai de congé recommence à courir le lendemain du terme de la période de protection.

Exemple. Reprenons encore l'exemple entamé ci-dessus. Le délai de congé a commencé à courir le 1er avril 2020. Il s'est écoulé jusqu'au 24 avril inclus, soit 24 jours sur 61 jours. A partir du 25 avril et jusqu'au 3 mai, il est suspendu. Il recommence à courir dès le 4 mai et se poursuit non seulement jusqu'au 31 mai, mais encore au-delà, afin d'atteindre les 61 jours qu'il aurait dû durer sans la survenance d'une cause de protection contre le congé donné en temps inopportun. Le 31 mai, le délai s'est donc écoulé pendant 52 jours. Il doit encore durer 9 jours afin de totaliser 61 jours, de sorte qu'il échoit le 9 juin 2020 inclus.

Il nous paraît préférable de procéder de la manière décrite et de tenir compte du nombre de jours que dure le délai de congé initial. En effet, aborder le calcul différemment et, par exemple, ajouter les 9 jours de suspension une fois que le délai de congé initial se termine peut poser des difficultés. En particulier, cette approche devient délicate lorsque plusieurs causes de protection se succèdent, voire se chevauchent.

En quatrième lieu, l'application de l'art. 336c al. 3 CO impose de reporter le terme du contrat à la fin du mois lorsque le délai de congé applicable est donné pour la fin d'un mois et que le délai de congé prolongé ne coïncide pas avec le terme du mois.

Exemple. Achevons l'exemple ci-dessus. Le délai de congé applicable est de deux mois « pour la fin d'un mois ». Ainsi, le délai de congé qui se termine le 9 juin 2020 ne coïncide pas avec la fin du mois de juin. Par conséquent, le terme du contrat (et non pas du délai de congé) survient le 30 juin 2020.

Compte tenu des buts différents poursuivis par les alinéas 2 et 3 de l'art. 336c CO (N 426), une nouvelle cause de protection qui surviendrait durant le délai de congé prolongé donne lieu à une nouvelle suspension et prolongation, au contraire de celle qui tomberait durant la période de report au terme.

> **Exemple**. Dans l'exemple ci-dessus, si une nouvelle incapacité survient entre le 1er et le 9 juin 2020, elle entraîne une nouvelle suspension et prolongation du délai. En revanche, si elle se déroule après le 9 juin, l'événement ne sera pas pris en compte.

432. **Démission de la personne salariée en temps inopportun.** L'art. 336d CO est le pendant de l'art. 336c CO. La personne salariée ne peut quant à elle résilier les rapports de travail, après le temps d'essai, si une personne hiérarchiquement supérieure dont elle est en mesure d'assumer les fonctions ou si la partie employeuse elle-même se trouve empêchée de remplir ses fonctions en raison de l'accomplissement d'un service indiqué à l'art. 336c alinéa 1 lettre a CO (service obligatoire) et qu'il lui incombe de la remplacer pour assurer les intérêts de l'entreprise.

L'art. 336d alinéa 2 CO renvoie à l'art. 336c CO concernant les conséquences d'une période inopportune sur la démission.

433. **Conséquences sur les obligations des parties.** Lorsque, en vertu de la protection contre le congé donné en temps inopportun, un licenciement est nul ou le délai de congé suspendu, les obligations des parties subsistent. Par conséquent, la personne salariée qui recouvre sa capacité de travail doit offrir ses services sous peine de se trouver en demeure, sauf si elle a été libérée de l'obligation de travailler.

4.6 Résiliation avec effet immédiat

4.6.1 Généralités

434. **Causes extraordinaires d'extinction.** En principe, le contrat de travail de durée indéterminée ne prend pas fin lors de la notification de la résiliation, mais au terme d'un délai de congé (art. 335 ss CO).

De façon exceptionnelle, le contrat de travail peut toutefois prendre fin avec effet immédiat, notamment en cas de justes motifs (art. 337 CO, N 444), d'insolvabilité de la partie employeuse (art. 337a CO) ou lors du décès de la personne salariée (art. 338 CO), qu'il s'agisse d'un contrat de durée déterminée ou indéterminée.

Selon l'art. 337a CO, la personne salariée peut mettre un terme immédiat au contrat lorsque la partie employeuse est insolvable et qu'elle n'est pas en mesure de fournir, dans un délai convenable, des sûretés garantissant les prétentions contractuelles futures – les créances échues confèrent, elles, un droit à la suspension de la prestation de travail ou à la résiliation avec effet immédiat selon l'art. 337 CO.

> **Jurisprudence**. La suspension provisoire de travail sans salaire ne correspond à aucune fin de contrat de travail prévue par le droit suisse. Il y a lieu d'admettre, en l'absence d'accord de la personne salariée avec cette mesure, qu'elle équivaut à une résiliation immédiate pour justes motifs au sens de l'art. 337 al. 1 CO (TF, 4A_372/2016 du 2 février 2017, consid. 6.1).

435. **Forme.** La loi ne prescrit aucune forme particulière, pour notifier une résiliation avec effet immédiat mais les parties peuvent avoir réservé une forme écrite (art. 16 CO).

436. **Moment.** La notification d'un congé avec effet immédiat peut intervenir « en tout temps », y compris en temps inopportun (N 428c). Le moment auquel la résiliation est réputée parvenue à son ou sa destinataire se détermine selon les mêmes règles qu'en cas de résiliation ordinaire du contrat de travail (N 401d).

4.6.2 Rapports entre les différentes protections contre la résiliation

437. **Deux voies de résiliation en cas de manquement.** Lorsqu'une des parties au contrat de travail viole une obligation contractuelle qui lui incombe, l'autre partie dispose de deux options de résiliation.

Premièrement, elle peut, lorsque le contrat de travail a été conclu pour une durée indéterminée, mettre un terme au contrat de manière ordinaire. Cas échéant, le motif de résiliation est sans importance, pour autant qu'il ne soit pas abusif au sens de l'art. 336 CO (N 411-412) ou discriminatoire au sens de la LEg (N 232-233). Les rapports de travail se termineront à l'issue du délai de congé (art. 335a ss CO).

Secondement, en présence de justes motifs, l'art. 337 al. 1 CO autorise la résiliation du contrat de travail, de durée déterminée ou indéterminée, avec effet immédiat. Juridiquement et dans les faits, le contrat prendra fin en

même temps que la notification du licenciement ou de la démission, que la résiliation soit justifiée ou non. Les effets de cette dernière dépendront de l'existence ou non de justes motifs et de l'immédiateté de la réaction (N 442).

La partie qui résilie par la voie ordinaire est censée avoir renoncé à se prévaloir des justes motifs dont elle avait connaissance au moment de la notification du congé. La résiliation avec effet immédiat après une résiliation ordinaire reste cependant possible, mais pour d'autres motifs que ceux à l'origine de cette dernière (ATF 123 III 86). Rappelons qu'une résiliation est un acte juridique formateur irrévocable : une résiliation avec effet immédiat ne peut pas, une fois prononcée, être convertie en résiliation ordinaire (TF, 4A_372/2016 du 2 février 2017, consid. 5.2).

438. **Rapport entre la résiliation avec effet immédiat et le congé abusif.** La partie qui allègue avoir fait l'objet d'un congé avec effet immédiat injustifié et abusif ne peut pas invoquer cumulativement les deux systèmes de protection. Au contraire, les art. 337 ss CO priment les art. 336 ss CO. Le tribunal pourra toutefois prendre en compte l'éventuel caractère abusif du congé lors de la fixation de l'indemnité *sui generis* prévue par l'art. 337c al. 3 CO (N 447b).

439. **Rapport entre la résiliation avec effet immédiat et la protection contre le congé donné en temps inopportun.** Le congé avec effet immédiat notifié pendant une période inopportune (art. 336c CO) n'est pas nul, car les parties peuvent résilier avec effet immédiat « en tout temps » (art. 337 al. 1 CO). Cependant, si la résiliation se révèle injustifiée, les périodes de protection énoncées à l'art. 336c al. 1 CO seront prises en compte dans le cadre de l'indemnité prévue par l'art. 337c al. 1 CO (TF, 4C.413/2004 du 10 mars 2005, consid. 2.4) pour calculer le salaire auquel aurait eu droit la personne salariée (N 447a).

4.6.3 Résiliation ou abandon de poste ?

440. **Notification d'une résiliation.** Il existe parfois des situations confuses. Le tribunal doit alors déterminer si l'on se trouve dans un cas de résiliation immédiate, comme le prétend la personne salariée, ou alors d'un abandon d'emploi, comme l'affirme la partie employeuse. Il semble en

tous les cas évident que la protection contre la résiliation avec effet immédiat présuppose la notification d'une résiliation (N 401d).

441. **Abandon de poste.** L'art. 337d CO règlemente le cas particulier de l'abandon d'emploi, soit le fait que la personne salariée n'entre pas en service ou quitte son poste abruptement sans justes motifs. Le refus doit être conscient, intentionnel et définitif. En l'absence d'une déclaration expresse de la personne salariée permettant de constater l'abandon d'emploi, il faut examiner si, compte tenu des circonstances, la partie employeuse pouvait et devait, objectivement et de bonne foi, comprendre que la personne salariée a exprimé par actes concluants qu'elle entendait quitter son emploi.

> **Jurisprudence**. Une cadre active dans le domaine de la radiodiffusion se plaint d'avoir été discriminée sur le plan salarial, au niveau du financement de son MBA et lors d'une promotion. En outre, elle estime que le poste qui lui est proposé suite à son troisième congé maternité correspond à une rétrogradation. Elle met l'association employeuse en demeure de la réintégrer à un poste équivalent à celui qu'elle occupait auparavant. De son côté, l'association somme – en vain – l'employée de reprendre son activité puis résilie les rapports de travail avec effet immédiat. La cour cantonale genevoise considère que la partie employeuse n'était pas en demeure (art. 324 CO) et que « le refus de l'appelante de reprendre le travail était infondé » (consid. 6.2.2) : il « doit être considéré comme définitif et qualifié d'abandon de poste, mettant fin au contrat de travail » (art. 337d CO) (consid. 6.2.3) (décision genevoise du 28 août 2015, résumée sur www.leg.ch/jurisprudence).

Selon la jurisprudence, lorsque l'absence injustifiée de la personne salariée est de courte durée, par exemple de quelques jours après la fin des vacances, la partie employeuse ne peut considérer qu'il y a abandon de poste (TF, 4C.303/2005 du 1er décembre 2005, consid. 2.2). Celle-ci peut toutefois lui reprocher un manquement et l'avertir qu'en cas de récidive, son comportement risque d'entraîner une résiliation avec effet immédiat. La personne employeuse peut également, si nécessaire, mettre en demeure la personne salariée de reprendre le travail (art. 324 CO) ou exiger un certificat médical.

En outre, la suspension du travail au sens des art. 82 et 83 CO jusqu'au paiement de salaires échus ou pour marquer son refus d'accepter une péjoration des conditions de travail ne constitue pas un abandon d'emploi.

4.6.4 Conditions

442. **Deux conditions.** Selon l'art. 337 CO, la résiliation avec effet immédiat est valable moyennant la réalisation de deux conditions : d'une part, une décision immédiate (N 443) et, d'autre part, l'existence de justes motifs (N 444).

443. **Immédiateté.** La partie qui entend se prévaloir d'un juste motif de résiliation immédiate doit agir dès qu'elle a connaissance du motif ou au plus tard après un bref délai de réflexion, sous peine de forclusion. Si elle tarde, elle est réputée avoir définitivement renoncé à la résiliation avec effet immédiat. A tout le moins, elle donne à penser que la continuation des rapports de travail est possible jusqu'à la fin du délai de congé. On admettra de manière restrictive une renonciation à la résiliation avec effet immédiat lorsque le manquement est grave, lorsque la personne salariée ne connaît pas les soupçons qui pèsent sur elle ou lorsqu'elle est absente du lieu de travail (vacances, maladie, etc.) – la décision peut alors attendre le retour de vacances, ne serait-ce que pour entendre au préalable la partie visée par la résiliation.

Il arrive que la partie employeuse soit confrontée à des allégations contradictoires et qu'elle doive commencer par éclaircir la situation – notamment au moyen d'une enquête – avant de pouvoir prononcer une sanction (au sujet des licenciements signifiés sur la base du simple soupçon d'un manquement particulièrement grave, voir N 444g). En pareil cas, il faut distinguer le délai relatif à l'établissement des faits (*Abklärungsfrist*) et le délai de réflexion à proprement parler (*Überlegungsfirst*).

Ainsi, le délai de réflexion court dès la connaissance certaine des faits. A partir de ce moment, la jurisprudence considère que deux à trois jours ouvrables suffisent pour prendre une décision.

Certaines circonstances peuvent toutefois justifier un délai supplémentaire.

> **Jurisprudences**. Le Tribunal fédéral a admis la validité d'un délai de cinq jours dans une affaire où la décision de congé avec effet immédiat devait être prise par un organe collégial au sein d'une personne morale (arrêt non publié du Tribunal fédéral du 21 mai 1995, in : JAR 1997 p. 208).
>
> Le 10 octobre 2012, un cadre employé de banque (T.) est mis en détention préventive en raison de soupçon de blanchiment d'argent. Il est licencié avec effet immédiat le 15 novembre 2012 (la banque a attendu 35 jours pour prendre sa décision). Le 3 décembre 2012, T. conteste son licenciement, qu'il juge tardif. Le 17 décembre 2012, il reconnait les faits

pénalement reprochés. Selon le Tribunal fédéral, la partie employeuse doit pouvoir établir les faits avec soin, car elle supporte le risque d'assumer les conséquences – importantes – d'un licenciement avec effet immédiat injustifié si les soupçons s'avèrent par la suite infondés. En l'espèce, la banque supporte le risque d'avoir licencié et d'avoir considéré, à tort, les soupçons comme fondés (TF, 4A_251/2015 du 6 janvier 2016, consid. 3.2.2).

444. **Justes motifs.** La résiliation avec effet immédiat constitue une mesure exceptionnelle (*ultima ratio*) qui ne doit être admise que de manière restrictive (ATF 127 III 310, consid. 3, ATF 130 III 28).

a*) Définition*. Sont notamment considérées comme de justes motifs toutes les « circonstances » qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui ou celle qui donne le congé la continuation des rapports de travail. L'existence d'une faute n'est pas nécessaire, même si, en pratique, une telle hypothèse est la plus fréquente. Les explications qui suivent se rapportent au cas où la résiliation a été prononcée en raison d'un manquement d'une des parties.

b) *Rupture subjective et objective du rapport de confiance*. La confiance mutuelle que présupposent les rapports de travail doit avoir été détruite ou à tout le moins ébranlée. Il ne suffit pas que les rapports de confiance soient subjectivement détruits. Encore faut-il que, sur le plan objectif et selon les règles de la bonne foi, on ne puisse plus attendre de la partie qui a donné le congé la continuation des rapports de travail jusqu'à la fin du délai de congé – ou l'échéance du contrat en présence d'un contrat de durée déterminée. Plus la fin des rapports de travail est proche (par exemple, en cas de contrat de durée déterminée sur le point d'échoir, de délai de congé ordinaire court ou de départ à la retraite imminent), plus le tribunal admettra un juste motif avec retenue.

c) *Manquement*. Par manquement du travailleur, on entend la violation d'une obligation contractuelle ou légale (CIT, CCT, CTT, LTr, LEg, CP), par exemple l'obligation de fidélité ou de discrétion (art. 321a al. 1 et 4 CO) (ATF 127 III 310, consid. 3, N 275).

d) *Gravité et avertissement.* Seul un manquement particulièrement grave de l'autre partie justifie une résiliation avec effet immédiat. On peut penser à un comportement malhonnête (vol, mensonge, pot-de-vin, etc.) propre à rompre définitivement le rapport de confiance. Une infraction pénale commise au détriment de la partie employeuse, telle que l'accès indu à un système informatique (art. 143bis CP), constitue en principe un motif justifiant le licenciement.

> **Jurisprudence**. Le collaborateur qui dévie sur son adresse électronique privée les courriels du directeur à l'insu de ce dernier commet un manquement particulièrement grave. Le Tribunal fédéral confirme la validité du raisonnement de la cour vaudoise : il n'était pas arbitraire d'admettre qu'un tel comportement était de nature à entraîner la perte du rapport de confiance constituant le fondement du contrat de travail. La partie employeuse pouvait donc résilier le contrat avec effet immédiat sans avertissement préalable (ATF 130 III 28).

Si le manquement est de gravité moyenne ou légère, à l'instar, en principe, des arrivées tardives, courtes absences injustifiées, vacances prolongées unilatéralement ou du refus d'exécuter une tâche découlant du cahier des charges, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement.

> **Jurisprudence**. Une apprentie se plaint le 28 août 2013 d'avoir été harcelée sexuellement de façon récurrente par son maître d'apprentissage, chef de cuisine. Le lendemain, la direction entend plusieurs membres du personnel. Le 2 septembre 2013, à la suite de l'enquête interne, la direction licencie le chef de cuisine avec effet immédiat. Ce dernier intente action pour licenciement injustifié. Le Tribunal du canton de Fribourg lui donne raison. Selon la Cour cantonale, en effet, le licenciement aurait dû être précédé d'un avertissement. Le Tribunal fédéral juge, au contraire, qu'un avertissement n'était pas nécessaire. Selon les juges fédéraux, le harcèlement sexuel constitue un manquement particulièrement grave au devoir de fidélité (art. 321a CO). « En matière de harcèlement au travail, le rapport de confiance doit en principe être considéré comme détruit (ou atteint profondément) lorsque le harceleur est un cadre avec une position dominante ou avec une certaine influence dans l'entreprise ». En l'espèce, le comportement était d'autant plus inadmissible que son auteur était chargé de la formation des apprentis et des stagiaires. Ainsi, il se justifiait de le licencier avec effet immédiat, sans avertissement préalable (TF, 4A_105/2018 du 10 octobre 2018).

La jurisprudence ne pose pas de règles rigides sur la forme, le nombre et le contenu des avertissements ; elle n'exige pas non plus nécessairement dans chaque cas la menace expresse de résiliation (TF, 4C.10/2007 du 30 avril 2007, consid. 2.1).

Lorsque la partie qui songe à résilier en cas de récidive est la personne salariée, il lui faudra mettre en demeure la partie employeuse de se conformer à ses obligations contractuelles (art. 324 CO). La mise en demeure représente le pendant de l'avertissement.

e) *Appréciation de toutes les circonstances*. Selon l'art. 337 al. 3 *ab initio* CO, le tribunal apprécie librement l'existence de justes motifs en

application des règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). Il vérifie la proportionnalité de la mesure compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce (ATF 127 III 310, ATF 130 III 28, consid. 4), parmi lesquelles :

- la position et la responsabilité de la personne salariée (la fonction de cadre confère un crédit particulier, donc une responsabilité accrue) ;
- la nature et la durée des rapports contractuels ;
- la nature et l'importance des manquements de la partie ayant été congédiée.

> **Jurisprudences**. Le fait d'avoir retiré sans nécessité au travailleur un important portefeuille de clients constitue une atteinte grave aux droits de la personnalité de celui-ci, lui permettant ainsi de résilier immédiatement le contrat de travail pour justes motifs (TF, 4A_132/2009 du 18 mai 2009).
>
> Le seul rendement insuffisant d'un employé ne peut constituer un motif de licenciement immédiat, sans avertissement préalable (TF, 4A_570/2009 du 7 mai 2010).

f) *Prise en compte d'une incapacité de travail*. L'art. 337 al. 3 CO précise en outre que le tribunal ne peut en aucun cas considérer comme un juste motif « le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler ».

> **Jurisprudence**. Une travailleuse est licenciée avec effet immédiat en raison de son comportement et notamment du fait qu'elle n'a pas présenté de certificat médical pour justifier une absence prolongée. A posteriori, un certificat médical atteste que, au moment de la résiliation, la travailleuse se trouvait dans une situation d'empêchement total de travailler en raison d'une tumeur cérébrale qui altérait ses fonctions cognitives et influençait son comportement. Le Tribunal fédéral confirme le jugement de l'instance neuchâteloise, selon lequel l'existence de cet empêchement de travailler rend le licenciement avec effet immédiat injustifié. La question de savoir si la partie employeuse en avait ou non connaissance lorsqu'elle a notifié le licenciement n'est pas déterminante. En effet, « il convient d'appliquer les mêmes principes que ceux posés en matière de licenciement en temps inopportun et de se fonder uniquement sur les circonstances objectives […]. Selon la jurisprudence relative à l'art. 336c al. 1 lit. b CO, la protection légale n'est pas subordonnée à une connaissance réelle de la situation du travailleur : ainsi, un employé atteint de leucémie au moment du congé mérite la protection légale, même s'il n'avait pas conscience de sa maladie et même si les causes de son état ne sont découvertes que plus tard […]. Il en va d'ailleurs de même de la protection contre le licenciement des femmes enceintes : le congé donné pendant la grossesse est nul, même lorsque l'employée concernée ignorait l'existence de son état et ne

> l'apprend que plus tard ». Ainsi, il faut apprécier l'existence d'un juste motif au regard de la situation réelle et non pas de ce que la partie employeuse savait (TF, 4C.413/2004 du 10 mars 2005, consid. 2.2).

g) *Appréciation de soupçons d'infraction*. Lorsqu'une des parties, en particulier la partie employeuse, soupçonne l'autre partie d'avoir commis une infraction, il faut là encore s'en tenir à la situation réelle. Ainsi, « lorsque l'enquête pénale n'aboutit pas à une condamnation, le licenciement avec effet immédiat sera généralement qualifié d'injustifié ». Les circonstances objectives prévalent donc, bien qu'établies après la résiliation des rapports de travail (TF, 4C.413/2004 du 10 mars 2005, consid. 2.2). Le Tribunal fédéral n'exclut toutefois pas que le simple soupçon d'un grave méfait puisse justifier un licenciement avec effet immédiat. En toutes hypothèses, le licenciement ne peut jamais être justifié si les soupçons portent sur des actes de gravité insuffisante ou si la partie employeuse n'a pas entrepris toutes les démarches qu'on pouvait exiger d'elle pour vérifier le bien-fondé des soupçons (TF, 4A_419/2015 du 19 février 2016) (sur la nécessité d'éclarcir les faits avant de prononcer un licenciement avec effet immédiat, cf. N 443).

h) *Prise en compte de circonstances antérieures à la résiliation, alors méconnues de la partie qui a mis un terme au contrat*. Selon la jurisprudence, sous certaines conditions restrictives, la partie employeuse peut, pour justifier un licenciement immédiat, se prévaloir d'une circonstance qui existait au moment de la déclaration de licenciement, mais qu'elle ne connaissait pas et ne pouvait pas connaître. Il faut se demander, dans un tel cas, si les circonstances antérieures, non invoquées au moment du licenciement immédiat, auraient pu conduire la partie employeuse, si elle les avait connues, à admettre que le rapport de confiance était rompu et à résilier le contrat de travail avec effet immédiat. En revanche, des faits postérieurs au licenciement immédiat ne sauraient être pris en considération (ATF 127 III 310, consid. 4a ; ATF 124 III 25, consid. 3c ; ATF 121 III 467, consid. 5a et b).

> **Jurisprudence**. Un EMS licencie avec effet immédiat une travailleuse pour avoir organisé, sans autorisation, une manifestation visant à dénoncer les mauvaises conditions de travail et de résidence en son sein. Or, la résiliation pouvait également se justifier en raison de la diffusion dans les médias, par cette même employée, d'un film portant atteinte à la réputation de la partie employeuse, car le moyen choisi pour signaler les irrégularités était disproportionné. Une telle circonstance, que la partie employeuse ne connaissait pas et ne pouvait pas connaître au moment du licenciement, pouvait valablement être invoquée a posteriori devant les tribunaux (ATF 127 III 310, consid. 4a ; N 275).

4.6.5 Effets

445. **Fin immédiate du contrat de travail.** En présence d'une résiliation avec effet immédiat, qu'elle soit justifiée ou non, le contrat de travail prend fin au moment de la notification, à la fois dans les faits et sur le plan juridique (TF, 4C.413/2004 du 10 mars 2005, consid. 2.4 ; ATF 117 II 270, consid. 3b, ATF 120 II 243, consid. 3b). Au demeurant, les effets varient suivant que l'on se trouve en présence d'un licenciement avec effet immédiat justifié (N 446), d'un licenciement avec effet immédiat injustifié (N 447), d'une démission avec effet immédiat justifiée (N 448) ou d'un abandon d'emploi (N 449).

446. **Licenciement avec effet immédiat justifié (art. 337b CO).** Lorsque le contrat prend fin avec effet immédiat parce que la personne salariée a violé une de ses obligations contractuelles, le droit au salaire ainsi que toutes les autres prétentions relatives au contrat de travail prennent fin à la date de la notification de la résiliation.

En outre, la personne salariée peut être tenue responsable pour deux types de dommages.

a) *Le préjudice qui résulte de la violation du contrat* (art. 321e CO, N 291-297).

b) *Le préjudice qui résulte de la résiliation avec effet immédiat en tant que telle (art. 337b al. 1 CO).* Selon l'art. 337b al. 1 CO, « si les justes motifs de la résiliation immédiate du contrat consistent dans son inobservation par l'une des parties, celle-ci doit réparer intégralement le dommage causé, compte tenu de toutes les prétentions découlant des rapports de travail ». La réparation intégrale du dommage correspond à l'ensemble des préjudices financiers qui sont dans un rapport de causalité avec la fin anticipée du contrat de travail (ATF 133 IIII 657, consid 3.2 ; par exemple, réalisation d'heures supplémentaires par les collègues de travail, coûts liés à la nécessité de remplacer en urgence la personne licenciée, etc.). Il s'agit de tenir compte des difficultés qu'occasionne le licenciement avec effet immédiat pour la partie employeuse (ATF 123 III 257).

> **Exemple**. Imaginons un vendeur, T., pris en flagrant délit de vol et licencié immédiatement pour ce fait. Il devra indemniser la partie employeuse, d'une part, pour le dommage causé par le vol (art, 321e CO). D'autre part, il devra réparer le préjudice lié à la résiliation immédiate (art. 337b al. 1 CO), qu'il s'agisse du manque à gagner consécutif à la baisse des ventes durant la période de recherche d'une personne de remplacement (*lucrum*

cessans) ou du surcoût lié à l'engagement de cette dernière (*damnum emergens*, par exemple, le salaire horaire plus élevé facturé par l'entreprise de travail temporaire ayant fourni une personne de remplacement au pied levé, par exemple).

En revanche, tous les frais qui auraient de toute façon été déboursés en cas de résiliation ordinaire (par exemple, ceux liés à la publication d'une annonce pour repourvoir le poste) restent à charge de la partie employeuse.

447. **Licenciement avec effet immédiat injustifié (art. 337c CO).** En cas de licenciement avec effet immédiat injustifié, la personne salariée a droit à une créance en dommages-intérêts (a) ainsi qu'à une indemnité *sui generis* (b).

a) *Créance en dommages-intérêts (art. 337c al. 1 CO)*. La personne salariée a droit à ce qu'elle aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé (art. 337c al. 1 CO). Il s'agit d'une créance en dommages-intérêts (ATF 117 II 210) incluant tous les éléments de rémunération qui auraient dû être perçus jusqu'au terme du contrat résilié de manière ordinaire ou, en cas de contrat de durée déterminée, jusqu'à son échéance. Cette créance porte donc sur :

- le salaire fixe (art. 322 CO) ;
- le salaire variable (par exemple, le treizième salaire) ;
- la gratification (art. 322d CO) ;
- le salaire en cas d'incapacité de travail (art. 324a et 324b CO) ;
- l'indemnité correspondant aux vacances.

Pour calculer le salaire fixe qui aurait été perçu en cas de résiliation ordinaire, il convient de déterminer le délai de congé hypothétique, c'est-à-dire le terme auquel le contrat aurait pris fin si la partie qui a résilié avait opté pour une résiliation ordinaire, moyennant délai de congé. Ce faisant, il convient de tenir compte des éventuelles périodes de protection contre le congé donné en temps inopportun (art. 336c CO, cf. N 428, 431).

L'art. 337c al. 2 CO prévoit qu'il faut imputer sur le montant obtenu « ce que le travailleur a épargné par suite de la cessation du contrat de travail ainsi que le revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou le revenu auquel il a intentionnellement renoncé ». A cet égard, on ne saurait attendre de la personne salariée qu'elle accepte n'importe quel travail. Le tribunal tiendra compte de sa formation, son expérience, son âge, ainsi que de la situation

générale sur le marché du travail. Si le montant exact de la créance ne peut être établi, le tribunal le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée (art. 42 al. 2 CO).

La créance prévue par l'art. 337c al. 1 et 2 CO se prescrit par cinq ans étant donné qu'elle vise à obtenir un succédané de salaire (art. 128 ch. 3 CO).

b) *Indemnité sui generis (art. 337c al. 3 CO)*. L'art. 337c al. 3 CO prévoit une indemnité *sui generis* semblable à celle instaurée par l'art. 336a CO (N 420), fixée sur la base de toutes les circonstances, telles que la situation sociale et économique des parties, l'intensité et la durée des relations de travail, la manière dont le congé a été donné. Le tribunal peut tenir compte de l'éventuelle faute concomitante grave de la personne salariée (art. 44 CO) ; cas échéant, il peut réduire, voire supprimer l'indemnité. A la fois punitive et réparatrice, cette dernière vise d'une part à sanctionner la partie employeuse et, d'autre part, à réparer l'atteinte subie par la personne salariée. L'indemnité sert aussi à dissuader les parties employeuses de recourir à la légère à une mesure aussi radicale que le licenciement avec effet immédiat. Pour ces raisons, malgré la formule potestative de la loi – « le juge *peut* » –, la jurisprudence estime que l'indemnité de l'art. 337c al. 3 CO est en principe due (ATF 133 IIII 657, consid 3.2).

Le cumul avec l'art. 49 CO est envisageable de manière restrictive, aux mêmes conditions qu'en cas de licenciement abusif (N 420c).

Pour rappel, le licenciement avec effet immédiat qui se montre à la fois injustifié et abusif n'entraîne pas le droit à un cumul d'indemnités fondées sur les art. 336a et 337c al. 3 CO (N 420c). L'art. 337c al. 3 CO l'emporte, mais le tribunal retiendra le caractère abusif du congé parmi les éléments pertinents pour fixer le montant de l'indemnité.

L'indemnité *sui generis* ne constitue pas un salaire. A ce titre, elle échappe au prélèvement de cotisations sociales et elle se prescrit à l'échéance d'un délai de dix ans (art. 127 CO).

448. **Démission avec effet immédiat justifiée (art. 337b CO).** Lorsque la partie qui subit la violation contractuelle et qui a dû résilier le contrat de travail avec effet immédiat est la personne salariée, celle-ci a droit à ce qu'elle aurait gagné si elle avait pu travailler jusqu'au terme contractuel ou légal (application de l'art. 337c al. 1 CO par analogie, ATF 133 IIII 657, consid 3.2). Nous renvoyons donc aux explications qui précèdent (N 12).

Selon la jurisprudence, il est en revanche exclu d'appliquer l'art. 337c al. 3 CO en cas de démission avec effet immédiat justifiée, car l'art. 337b CO ne formule un renvoi – implicite – qu'aux alinéas 1 et 2 de l'art. 337c CO. Le Tribunal fédéral estime que le silence de la loi à l'égard de l'al. 3 est qualifié, sans compter que, dans la situation d'une démission avec effet immédiat, même justifiée, la personne salariée ne subit pas de tort moral du fait de la résiliation (ATF 133 IIII 657, consid 3.4). La personne salariée peut toutefois fonder une demande en réparation du tort moral du fait des manquements qui sont à l'origine de sa démission, par exemple une atteinte à sa personnalité commise ou tolérée par la partie employeuse (ATF 133 III 567, consid. 3.5).

449. **Abandon d'emploi (art. 337d CO).** En cas d'abandon d'emploi (N 441), le contrat de travail prend fin sans que la partie employeuse ne doive notifier à la personne salariée une résiliation immédiate du contrat (ATF 121 V 277, consid. 3a ; TF, 4C.303/2005 du 1er décembre 2005, consid. 2.2). Selon l'art. 337d al. 1 CO, la partie employeuse a droit, d'une part, à une indemnité forfaitaire, égale au quart du salaire mensuel, sans avoir à prouver un dommage et, d'autre part, à la réparation du dommage supplémentaire. Le délai imparti par l'art. 337d al. 3 CO est bref : la partie employeuse doit agir dans les 30 jours suivant l'abandon d'emploi.

4.6.6 Preuve

450. **Motivation écrite.** Selon l'art. 337 al. 1 *in fine* CO, la personne qui a résilié le contrat de manière immédiate doit motiver sa décision par écrit si son cocontractant le demande. Ce devoir est le pendant du devoir imposé en matière de résiliation ordinaire (art. 335 al. 2 CO, N 401e). Il ne s'agit que d'une prescription d'ordre dont la violation n'a pas d'incidence sur la validité de la résiliation. L'existence de justes motifs est toutefois au centre de la résiliation immédiate et un refus de la partie qui dénonce le contrat sera généralement apprécié en sa défaveur lorsqu'il s'agira de décider si la résiliation immédiate se fonde sur des justes motifs.

Bibliographie thématique

CR/CO-AUBERT, *ad* art. 334-335c, 336-337d CO ; C/LEg-AUBERT, *ad* art. 5 et 10 LEg ; CS/CIT-AUBRY-GIRARDIN, *ad* art. 336c CO ; CS/CIT-BONARD, *ad* art. 335-335a CO ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, *ad* art. 334-335c, 336-337d CO ; BRÜHWYLER, *ad* art. 336c CO ; CS/CIT-CARRON, *ad* art. 334 CO ; CHANSON, Commentaire de l'arrêt du 14 octobre 2010, 4A_406/2010, destiné à la publication, ARV online 2010, n° 677 ; CS/CIT-DUNAND,

ad art. 336-336b CO ; CS/CIT-GLOOR, *ad* art. 337-337d CO ; GLOOR, L'incapacité de travail limitée à la place de travail. La relativisation de la protection contre le congé donné en temps inopportun (art. 336c al. 1 let. b CO), analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_391/2016, Newsletter DroitDuTravail.ch février 2017 ; CS/CIT-HEINZER, *ad* art. 335b-335c CO ; LEMPEN, L'évolution de la protection contre les licenciements abusifs : avancées en faveur des seniors et des mères, PJA 2019, pp. 78-89 ; PÄRLI/HUG/PETRIK, Arbeit, Krankheit, Invalidität, Berne 2015 ; BSK-OR-PORTMANN/RUDOLPH, *ad* art. 334-335c, 336-337d CO ; K/GlG-RIEMER-KAFKA/ÜBERSCHLAG, *ad* art. 10 N 13 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 334-335c, 336-337d CO ; VON KAENEL, Begriff und Voraussetzungen der Kündigungsanfechtung nach Art. 10 Gleichstellungsgesetz, ArbR 2008, p. 51 ss ; WITZIG, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 219-323 ; WITZIG, Quid iuris ? La modification du rapport de travail, Zurich 2014 ; WYLER/HEINZER, Droit du travail, Berne 2019, pp. 609-656, 713-875.

Partie IV Droit collectif du travail

451. **Plan.** La quatrième partie de cet *Abrégé* nous permettra de présenter les diverses facettes du droit collectif du travail. Après une introduction portant sur la définition et l'utilité du droit collectif du travail (**chapitre 1**), nous traiterons de la liberté syndicale (**chapitre 2**), des conventions collectives du travail (**chapitre 3**), des contrats-types de travail (**chapitre 4**) et des droits de participation des personnes salariées (**chapitre 5**).

Chapitre 1 Introduction

452. **Définition du droit collectif du travail.** Le droit collectif du travail règle les rapports collectifs de travail, c'est-à-dire ceux qu'entretiennent les personnes salariées et les parties employeuses, ainsi que ceux des organisations professionnelles (syndicales et patronales) entre elles et vis-à-vis de leurs membres. Il présuppose donc l'existence d'un partenariat social (N 454).

Le droit collectif du travail s'oppose au droit du contrat individuel de travail qui, lui, régit exclusivement les relations entre la partie employeuse et la personne salariée.

S'agissant de la nature des sources du droit, le droit collectif peut présenter une nature mixte : la convention collective de travail (CCT), même étendue, constitue un instrument de droit privé (N 474). En revanche, la décision d'extension de la CCT (N 486d) relève, elle, du droit public.

453. **Utilité du droit collectif du travail.** En pratique, les parties à un contrat de travail ne se trouvent pas sur un pied d'égalité. En effet, la personne salariée tire les moyens de sa subsistance de la rémunération que lui verse la partie employeuse. Cette dépendance économique peut exercer une influence importante sur ses décisions et son comportement, car une démarche désapprouvée par la partie employeuse peut se solder par un licenciement. En comparaison, la partie employeuse est souvent moins dépendante de la personne salariée ; elle doit s'attendre en tout temps à pallier les absences de son personnel, ne serait-ce qu'en cas d'incapacité

de travail. En général, elle occupe plusieurs personnes et le sort de l'entreprise ne repose en principe pas sur l'activité d'une seule d'entre elles.

Pour compenser une telle inégalité, des mesures peuvent être prises autour de deux axes :

- limiter la liberté contractuelle des parties en légiférant de manière impérative sur les conditions de travail (par exemple LTr ou LEg, ou l'édiction de CTT, N 509) ;
- transférer la négociation à un niveau collectif, en reconnaissant un effet normatif au résultat des pourparlers (CCT).

> **Exemple**. Le salaire minimum prévu par la CCT remplace le salaire inférieur prévu par le contrat de travail. De cette manière, la liberté contractuelle n'est pas supprimée, elle s'exerce simplement à un niveau collectif.

Le constat que la mutualisation des forces ouvrières facilite l'obtention de conditions de travail de qualité a conduit au développement de syndicats (N 101-106). Le but de ces derniers consiste à défendre les intérêts professionnels de leurs membres, en particulier à améliorer les salaires et les autres conditions de travail. Ils se composent, d'une part, des personnes salariées affiliées (syndiquées), employées auprès d'entités publiques ou privées et, d'autre part, des secrétaires (ou représentants) syndicaux, occupés par le syndicat lui-même.

De leur côté, les entreprises ont également tendance à s'associer pour augmenter le poids de leurs revendications dans les négocations collectives.

454. **Partenariat social et négociation collective.** Par le biais de la négociation collective, les partenaires sociaux (entreprises, associations patronales et syndicales) déterminent de manière autonome les conditions de salaire – *Tarifautonomie* – et de travail dans leur branche ou leur entreprise (ATF 121 III 169, JdT 1996 I 52), sous réserve du droit fédéral ou cantonal impératif (art. 357 al. 2 et 358 CO). Pour que de telles discussions puissent prendre place moyennant une égalité des parties, l'ordre juridique doit garantir la liberté syndicale et le droit de grève (N 455-472), ainsi que le droit de conclure des CCT (N 462).

La conclusion de CCT offre les avantages suivants :

- l'obtention, pour les parties employées, de conditions de travail (salaire, vacances, congés, etc.) souvent meilleures que celles résultant d'une négociation individuelle ;
- la prévention des conflits sociaux, grâce à l'engagement des syndicats de ne pas recourir aux moyens de lutte lors de différends relatifs aux matières réglées par la CCT ;
- la prise en considération des spécificités de chaque branche et de chaque métier, ainsi que de la conjoncture ;
- les CCT de branches évitent que la concurrence entre les entreprises n'intervienne au détriment des personnes salariées, moyennant une sous-enchère salariale. En effet, toutes les parties employeuses liées par une CCT de branche sont obligées d'appliquer les mêmes conditions de travail et assument les mêmes coûts pour la main-d'œuvre (cf. aussi art. 7 LCD).

Chapitre 2 Liberté syndicale

2.1 Sources

455. **Protection en droit international.** La liberté syndicale comprend en particulier le droit de participer à des négociations collectives en vue de conclure des conventions collectives de travail. Plusieurs instruments internationaux garantissent ce droit aux individus (liberté syndicale individuelle, N 458-459) et aux syndicats (liberté syndicale collective, N 460-464). Seule la convention OIT n° 87 protège aussi les parties employeuses et leurs organisations.

a) *Conventions OIT*. La liberté syndicale est garantie par les Conventions de l'OIT n° 87 (convention du 9 juillet 1948 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, RS 0.822.719.7) et n° 98 (convention du 1er juillet 1949 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective, RS 0.822.719.9) (N 10). Le Tribunal fédéral refuse généralement de reconnaître un caractère *self-executing* aux dispositions de ces conventions (TF, 6B_758/2011 du 24 septembre 2012, consid. 1.3.4) (N 92-93). Dans un arrêt récent, il précise : « le fait qu'un traité international ne soit pas d'application directe n'implique pourtant nullement que le juge puisse simplement ignorer son existence » (ATF 144 II 56, consid. 5.2,). Ainsi, les juges doivent tenir compte des instruments internationaux ratifiés par la Suisse pour interpréter le droit interne (à titre d'illustration, voir l'ATF 144 I 50 relatif au droit d'accès des syndicats au lieu de travail, N 94, 461).

Au sein de l'OIT, une autorité est chargée d'examiner les plaintes relatives aux violations – alléguées – de ces conventions : le Comité de la liberté syndicale (CLS).

Bien que non contraignantes, les recommandations du CLS servent « de référence et de guide pour l'interprétation de certaines dispositions de la Convention » européenne des droits de l'homme (arrêt CourEDH, n° 31045/10 du 8 avril 2014 *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers contre Royaume-Uni*, § 97).

Selon les conventions OIT n° 87 et 98 ainsi que la pratique du CLS, la liberté syndicale, le droit de négociation collective et le droit de grève sont

essentiels au bon fonctionnement du système des relations collectives de travail.

b) *Pactes ONU.* L'art. 22 Pacte ONU II (droits civils et politiques) et l'art. 8 Pacte ONU I (droits économiques, sociaux et culturels) garantissent tous deux le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer. Le Pacte ONU I est toutefois plus contraignant que le Pacte ONU II, en tant qu'il impose aux Etats-membres d'« assurer » la liberté syndicale et pas seulement de la « reconnaître ». Il porte sur les droits suivants (art. 8 ch. 1 Pacte ONU I) :

- droit de chaque personne de former un syndicat ou d'y adhérer (let. a) ;
- droit des syndicats de former des fédérations et d'adhérer à des organisations internationales patronales ou syndicales (let. b) ;
- droit des syndicats d'exercer librement leurs activités, notamment le libre exercice de la négociation salariale collective (let. c) ;
- droit de grève, exercé conformément aux lois de chaque pays (let. d).

Les titulaires du droit garanti à l'art. 8 ch. 1 let. a du Pacte ONU I sont toutes les « personnes » ; elles sont protégées dans leur exercice de la liberté syndicale sous un angle individuel (N 458-459). En revanche, ce sont les syndicats qui bénéficient des droits prévus aux lettres b et c. Il s'agit alors d'une protection collective de la liberté syndicale (N 460-464).

Au contraire des autres articles du Pacte ONU I, généralement reconnus d'application indirecte, la liberté syndicale individuelle consacrée à l'art. 8 ch. 1 let. a Pacte ONU I est un droit subjectif et justiciable, d'application directe (*Msg CF Pactes ONU I et II*, p. 1141 ; ATF 121 V 246, consid. 2c et 2e).

c) *CEDH.* L'art. 11 al. 1 CEDH garantit à toute personne le droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder, avec d'autres, des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

Contrairement à la lettre de cette disposition, la jurisprudence de la CourEDH inclut les syndicats au titre des bénéficiaires de la protection de liberté syndicale (arrêt CourEDH, n° 34503/97 du 12 novembre 2008 *Demir et Baykara contre Turquie*, § 141).

L'art. 11 CEDH prévoit, d'une part, que les Etats doivent s'abstenir de porter atteinte à la liberté syndicale et, d'autre part, qu'ils assument une obligation positive de la protéger et de la mettre en œuvre.

456. **Protection en droit suisse.** Dans la Constitution fédérale, la liberté syndicale figure au chapitre des droits fondamentaux. A l'instar de l'art. 11 CEDH, l'article 28 Cst. consacre la liberté syndicale comme un cas particulier de la liberté d'association garantie par l'art. 23 Cst. Il traite aussi bien de la liberté syndicale individuelle que collective (ATF 129 I 113). Les moyens de combats des organisations syndicales et ceux des organisations patronales sont placés sur un pied d'égalité. Ainsi, tant la grève que le *lock-out* (définitions, N 467 ; conditions, N 469) sont licites « quand ils se rapportent aux relations de travail et sont conformes aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation » (art. 28 al. 3 Cst.).

L'art. 28 Cst. impose des obligations de deux types à l'Etat. Premièrement, ce dernier doit s'abstenir de porter atteinte à la liberté syndicale, par exemple en intervenant dans les relations collectives de travail au-delà de ce qui est nécessaire. Secondement, l'Etat doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la protection de la liberté syndicale. Ainsi, l'effet horizontal indirect de la liberté syndicale (art. 35 al. 3 Cst.) a amené le législateur à concrétiser ce droit dans le Code des obligations en matière de protection contre les licenciements antisyndicaux (art. 336 al. 2 CO ; N 45, 457).

457. **Concrétisations de la liberté syndicale en droit privé suisse.** Les art. 336 ss CO mettent en oeuvre la protection de la liberté syndicale, notamment en cas d'activité syndicale (a) ou de représentation du personnel (b) et prévoient des sanctions en cas de congé abusif (c).

a) *(Non-)appartenance à un syndicat ou exercice d'une activité syndicale (art. 336 al. 2 let. a CO)*. La lettre a de l'art. 336 al. 2 CO vise deux cas. Premièrement, le congé est abusif lorsqu'il est donné « en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance du travailleur à une organisation de travailleurs » (art. 336 al. 2 let. a CO). La liberté syndicale individuelle tant positive (N 458) que négative (N 459) est ainsi protégée. Deuxièmement, le congé est abusif lorsqu'il est donné « en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale » (art. 336 al. 2 let. a CO). Pour établir le caractère abusif, la personne salariée doit démontrer, d'une part, le lien de causalité entre le licenciement et l'activité syndicale (TF, 4A_485/2015 du 15 février 2016) et, d'autre part, l'exercice conforme au droit.

> **Jurisprudence**. En matière de liberté syndicale, le Tribunal fédéral juge disproportionnés – donc non conformes au droit – les moyens de combats qui font appel à la violence ou entraînent une atteinte aux biens de

> l'entreprise. En revanche, « il est licite d'organiser des piquets de grève afin d'empêcher pacifiquement l'accès de l'entreprise à des travailleurs, par exemple en les dissuadant d'occuper leur place de travail (*peaceful picketing*) ; mais dès que les piquets de grève usent de la violence pour contraindre des personnes à ne pas se présenter au travail, ils sortent du cadre de l'exercice licite d'un moyen de combat » (ATF 132 III 122 ; N 469-470).

L'art. 336 al. 2 let. a CO protège la personne salariée lorsque celle-ci a exercé l'activité syndicale sans violer ses obligations légales ou contractuelles. La partie employeuse a en principe le droit de limiter l'exercice de l'activité syndicale par contrat, règlement ou directives (art. 321d CO), pour autant que les restrictions apportées reposent sur des motifs objectifs, tels que la bonne marche de l'entreprise ou les rapports avec la clientèle. Elle ne saurait interdire à son personnel *toute* activité syndicale (décision genevoise ; JAR 2003 p. 281).

b) *Licenciement des personnes représentant le personnel (art. 336 al. 2 let. b CO)*. Le congé est abusif lorsqu'il est donné à une personne salariée, représentante élue du personnel, qui « est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise » et que la partie employeuse n'est pas en mesure de prouver l'existence d'un « motif justifié de résiliation ». Sont protégées les personnes qui défendent, face à l'entité qui les emploie, les intérêts collectifs du personnel.

> **Exemple**. Les membres d'une commission d'entreprise instituée par une CCT bénéficient de la protection prévue par l'art. 336 al. 2 let. b CO si ces personnes font partie du personnel (ATF 119 II 157, JdT 1994 I 293). Il en va de même des membres d'une commission paritaire interne à l'entreprise (TF, 4C.459/1996 du 12 août 1997), des membres d'une délégation du personnel mise en place par le conseil d'administration et désignée par les personnes employées par l'entreprise en vue d'impliquer le personnel dans la restructuration de la direction d'une société (TF, 4D_12/2014 du 7 juillet 2014, consid. 4.1), ainsi que des représentants élus au sens des art. 5 ss de la Loi sur la participation (ATF 133 III 541 ; ATF 138 III 359).

En outre, l'art. 12 al. 2 LParticipation dispose que la partie employeuse « ne doit pas défavoriser les représentants des travailleurs, pendant ou après leur mandat, en raison de l'exercice de cette activité » (N 533).

La protection prévue par l'art. 336 al. 2 let. b CO commence dès l'élection de la personne en tant que représentante du personnel. Elle prend fin en même temps que le mandat – sauf en cas de transfert d'entreprise (art. 333 CO), auquel cas la protection est maintenue jusqu'au moment où le mandat aurait dû expirer en l'absence du transfert (art. 336 al. 3 CO). La protection

exclut les personnes candidates à l'élection ainsi que celles dont le mandat a pris fin. Les premières peuvent toutefois invoquer l'interdiction générale de l'abus de droit résultant de l'art. 336 CO, alors que les secondes peuvent invoquer l'art. 336 al. 1 let. d CO. Toutes peuvent se prévaloir de l'art. 12 al. 2 LParticipation.

L'art. 336 al. 2 let. b CO instaure une présomption du caractère abusif du congé, présomption que la partie employeuse ne peut renverser qu'en apportant la preuve d'un motif justifié (TF, 4D_12/2014 du 7 juillet 2014, consid. 4.1). La partie employeuse doit établir le motif justifié et son lien de causalité avec le licenciement (TF, 4C.459/1996 du 12 août 1997, consid. 2a et 3b). Il s'avère toutefois facile de renverser la présomption, car tout motif économique peut constituer un motif justifié (ATF 138 III 359 ; ATF 133 III 512). La notion de « motif justifié » est plus large que celle de « juste motif » au sens de l'art. 337 CO (N 412f, 444).

> **Exemple**. Le motif justifié peut consister, par exemple, en des absences répétées et non excusées du travail, l'inobservation continuelle d'instructions ou encore les besoins économiques de l'entreprise (restructurations, etc.).

c) *Sanctions*. Comme nous l'avons vu, l'art. 336a CO prévoit qu'en cas de congé abusif, la personne salariée a droit à une indemnité plafonnée à 6 mois de salaire (N 420d). La réintégration au poste de travail n'est pas prévue en droit privé suisse (sous réserve de l'art. 10 LEg, N 233, 412f, 423). La loi conditionne le dépôt d'une action en justice à la notification d'une opposition écrite au licenciement au plus tard le dernier jour du délai de congé, puis au respect d'un délai de 180 jours pour ester en justice (art. 336b CO) (N 422).

Estimant que ce système n'offre pas, en cas de licenciement antisyndical, une « protection adéquate » au sens de l'article premier de la convention OIT n° 98, l'Union syndicale suisse (USS) a déposé une plainte contre la Suisse auprès du Comité de la liberté syndicale (cas n° 2265). Suite à cette plainte, le Conseil fédéral a mis en consultation un projet de révision du Code des obligations, tendant en particulier à augmenter le plafond de l'indemnité octroyée aux personnes licenciées abusivement en raison de leurs activités syndicales. La réforme proposée a rencontré de vives oppositions et n'a pas abouti (DFJP, « Rapport explicatif et avant-projet » et DFJP, « Rapport sur les résultats de la consultation »). En 2013, le Conseil fédéral a commandé une étude visant à explorer de nouvelles solutions (DUNAND, MAHON ET AL., *Représentants de travailleurs*). Plusieurs modifications ont été proposées et sont encore à l'examen :

- étendre le renversement du fardeau de la preuve accordé aux personnes représentant le personnel (art. 336 al. 2 let. b CO) aux personnes représentant les syndicats (art. 336 al. 2 let. a CO) ;
- limiter les motifs invocables par la partie employeuse pour justifier le licenciement des personnes représentant le personnel aux raisons inhérentes à la personne, à l'exclusion des motifs économiques ;
- augmenter le plafond de l'indemnité en cas de congé abusif, soit pour toutes les personnes salariées, soit uniquement pour les personnes représentant le personnel et les syndicats ;
- renoncer au caractère absolument impératif des articles 336 al. 1 et 336a CO, ce qui permettrait aux parties qui le souhaitent de prévoir une protection plus forte contre le licenciement (en particulier par le biais des CCT).

La jurisprudence de la CourEDH souligne aussi la nécessité de punir les licenciements antisyndicaux par des sanctions suffisemment dissuasives.

> **Jurisprudence**. La CourEDH estime que le droit turc viole l'art. 11 CEDH, dans la mesure où il prévoit des sanctions produisant un effet dissuasif insuffisant. En particulier, le droit turc prévoit des indemnités trop faibles (plafonnées à 12 mois de salaire) et permet à la partie employeuse de choisir entre le versement d'une indemnité en cas de congé abusif et la réintégration (arrêt CourEDH, n° 35009/05 du 4 avril 2017 *Tek Gida Is Sendikasi contre Turquie*) (N 88).

2.2 Liberté syndicale individuelle

458. **Composante positive.** Sous un angle positif, la liberté syndicale individuelle permet de fonder des syndicats et/ou d'y adhérer. Ce droit est expressément garanti par les art. 28 al. 1 Cst., 11 al. 1 CEDH, 8 ch. 1 let. a Pacte ONU I et 22 ch. 1 Pacte ONU II (pour un exemple de violation condamnée par la CourEDH, cf. arrêt CourEDH, n° 34503/97 du 12 novembre 2008 *Demir et Baykara contre Turquie*).

459. **Composante négative.** Sous un angle négatif, la liberté syndicale permet à tout individu de quitter un syndicat ou de refuser d'y adhérer (cf. en particulier, art. 28 al. 1 Cst : « ou non ». Cf. aussi l'art. 356a al. 1 CO). Ainsi, la CourEDH a interprété l'art. 11 CEDH comme interdisant

des accords de « *closed-shop* » et de « *union-shop* » (arrêt CourEDH, n° 52562/99 et 52620/99 du 11 janvier 2006 *Sørensen et Rasmussen contre Danemark* ; arrêt CourEDH, n° 16130/90 du 30 juin 1993 *Sigurdur A. Sigurjonsson contre Islande*). Les accords de « *closed-shop* » (littéralement, « boutique fermée ») réservent l'embauche aux seules personnes déjà membres d'un syndicat, l'idée étant qu'une personne non syndiquée n'a pas à profiter du résultat d'une lutte sociale dans laquelle elle ne s'est pas engagée. Les accords de « *union-shop* » prévoient qu'en cas d'embauche, les nouvelles recrues disposent d'un certain délai pour adhérer au syndicat, faute de quoi elles sont licenciées.

Avant même que l'art. 28 al. 1 Cst. ne prohibe de telles clauses, le Tribunal fédéral avait déjà condamné, en 1928, le licenciement d'un employé au motif que ce dernier avait cessé d'appartenir à un syndicat (ATF 54 II 142, *Joly contre Fédération suisse des ouvriers sur métaux et horlogers FOMH* ; voir aussi ATF 51 II 530 pour un exemple de « *closed-shop* »). En outre, les articles 2 ch. 5 LECCT et 356a al. 1 CO (nullité des clauses de contrainte d'affiliation à une association contractante) concrétisent cette interdiction. A certaines conditions strictes, l'art. 356b al. 2 et 3 CO autorise en revanche la contrainte de soumission à une CCT (N 496).

2.3 Liberté syndicale collective

460. **Panorama.** Sous un angle collectif, la liberté syndicale permet aux organisations :

- d'exister (droit conféré « sans autorisation préalable » par l'art. 2 de la Convention OIT n° 87 OIT, ainsi que par l'art. 4 du même texte qui interdit la dissolution et la suspension par voie administrative des organisations). Il découle de ce droit à l'existence une nécessité de pouvoir recruter en permanence de nouveaux membres ;

- de former des fédérations et d'adhérer à des organisations internationales patronales ou syndicales (art. 8 al. 1 let. b Pacte ONU I, art. 5 Convention OIT n° 87 OIT, art. 11 al. 1 CEDH et art. 28 al. 1 Cst.) ;

- d'exercer librement leurs activités, sans ingérence de l'Etat (art. 8 al. 1 let. b Pacte ONU I, art. 3 Convention OIT n° 87 OIT, art. 11 CEDH tel qu'interprété dans l'arrêt CourEDH, n° 13537/88 du 7 mai 1990

Johansson contre Suède et art. 28 al. 1 Cst.). Cet aspect pose la question de l'accès des syndicats au lieu de travail (N 461), puisque l'entreprise est l'endroit où le syndicat est le mieux à même d'aider ses membres.

Grâce à ces libertés, les syndicats peuvent constituer des personnes morales disposant de l'exercice des droits civils. Ainsi, ils peuvent conclure des contrats et en réclamer l'exécution en justice. Nous examinerons en particulier les éléments suivants relatifs à l'activité des syndicats : l'accès au lieu de travail (N 461), le droit de participer à la négociation et de conclure des CCT (N 462), l'intervention dans le processus législatif (N 463), d'autres tâches et compétences (N 464) et, bien sûr, le droit de grève (N 465-472).

461. **L'accès au lieu de travail**. La Convention de l'OIT n° 135 (convention du 23 juin 1971 concernant les représentants des travailleurs, non ratifiée par la Suisse) prévoit que des « facilités » doivent être accordées aux personnes représentant le personnel afin de leur permettre d'accomplir rapidement et efficacement leurs fonctions. L'octroi de telles « facilités » ne doit pas entraver le bon fonctionnement de l'entreprise. Selon le Comité de la liberté syndicale, un droit d'accès au lieu de travail peut se déduire implicitement de l'art. 3 de la Convention OIT n° 87 OIT, dans la mesure où il est nécessaire à l'exercice de l'activité syndicale. Enfin, la Recommandation OIT n°143 consacre elle aussi un droit des syndicats à accéder au lieu de travail (§ 12 à 17).

L'accès des syndicats au lieu de travail au titre de la liberté syndicale (art. 28 Cst.) entre en conflit avec la garantie de la propriété (art. 26 Cst.). La violation de domicile est punissable pénalement (art. 186 CP). Le Comité de la liberté syndicale estime que l'accès au lieu de travail doit se faire « en respectant pleinement les droits de propriété et les droits de la direction ». Il encourage la conclusion d'accords négociés entre les organisations de personnes salariées et les entreprises.

Le Comité de la liberté syndicale a également adopté une recommandation en matière d'accès à l'intranet de l'entreprise, thématique étroitement liée à celle de l'accès au lieu de travail. Là encore, le Comité préconise la négociation entre les parties.

En droit suisse, ni l'art. 28 Cst. ni aucune loi ne consacre expressément un droit d'accès des syndicats au lieu de travail. Le Tribunal fédéral a rendu trois arrêts sur cette thématique.

Le premier, adopté par la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral, considère qu'en dehors du cas d'une grève licite, l'art. 28 Cst. ne confère aux syndicats aucun droit d'accéder au lieu de travail.

> **Jurisprudence**. Le Tribunal fédéral (Cour de droit pénal) a jugé coupables de violation de domicile (art. 186 CP) cinq représentants syndicaux qui avaient distribué des tracts sur le parking d'un restaurant afin d'informer les personnes salariées de l'entrée en vigueur d'une nouvelle convention collective dans le secteur de la restauration. Les propriétaires du restaurant leur avaient demandé de partir, mais les syndicalistes n'avaient quitté les lieux qu'après l'intervention de la police. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral affirme que les conventions de l'OIT, même ratifiées par la Suisse, ne sont pas directement applicables et ne peuvent donc pas être invoquées par des particuliers (TF, 6B_758/2011 du 24 septembre 2012, consid. 1.3.2 à 1.3.5 [concernant des locaux privés]).

Le Tribunal fédéral estime ainsi que « la liberté syndicale ne saurait déployer un effet direct et immédiat à l'encontre du propriétaire au point de faire passer au second plan son droit de propriété ». A ses yeux, « un droit d'accès à l'entreprise ne s'interprète pas comme étant une composante indispensable de la liberté syndicale consacrée par l'art. 28 Cst. » (TF, 6B_758/2011 du 24 septembre 2012, consid. 1.3.4) (N 93).

Un deuxième arrêt, émanant également de la Cour de droit pénal, se réfère au premier et retient qu'en « cas de violation de domicile, la liberté syndicale ne peut pas constituer un fait justificatif au sens de l'art. 14 CP […] lorsque l'accès à l'entreprise s'opère dans le cadre d'une grève illicite. » (TF 6B_1020/2018 du 1er juillet 2019, consid. 2.2. Voir aussi TF, 4A_64/2018 du 17 décembre 2018, résumé au N 469c).

Le troisième arrêt, en revanche, rendu par la Cour de droit public du Tribunal fédéral, considère que « dans le secteur public, le droit des représentants syndicaux d'accéder aux bâtiments administratifs de l'Etat employeur, afin d'entrer en contact avec les travailleurs et de poursuivre les buts de l'organisation syndicale, est une composante essentielle de la liberté syndicale collective garantie par l'art. 28 Cst., afin d'assurer aux syndicats la possibilité effective de mener toutes les actions nécessaires pour maintenir l'organisation en activité et poursuivre ses buts. » (ATF 144 I 50, JdT 2019 I p. 111, consid. 5.4) (N 94). Ce droit n'est toutefois pas absolu, les modalités de son exercice doivent être convenues avec l'entité employeuse de droit public. Les restrictions doivent respecter l'art. 36 Cst., c'est-à-dire figurer dans une base légale formelle, tendre à protéger un intérêt public prépondérant, tel que la sécurité publique ou la santé publique, et présenter un rapport de proportionnalité avec le but visé (AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, N 1651).

> **Jurisprudence**. Le Tribunal fédéral (Cour de droit public) est saisi d'un recours dans une affaire où le Conseil d'Etat tessinois avait édicté des règles très restrictives en matière d'accès des syndicats aux bâtiments de l'administration cantonale, règles qui posaient une interdiction de principe. Le Syndicat des services publics (SSP) avait recouru contre ce texte et avait été débouté par le Tribunal administratif cantonal. Le recours fut en revanche admis par le Tribunal fédéral. Ce dernier se réfère amplement aux conventions n° 87 et n° 98 (OIT) ainsi qu'à la pratique de la Commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations de l'OIT (CEACR) : « indépendamment de la question du caractère directement applicable (*self-executing*) ou non des Conventions de l'OIT n° 87 et n° 98, rien n'empêche le Tribunal fédéral de s'y référer de sa propre initiative en vue de concrétiser la portée de l'art. 28 Cst. En outre, la pratique du Comité de la liberté syndicale et celle de la CEACR font partie du ainsi nommé « *non-conventional material* » auquel la Cour européenne des droits de l'homme fait expressément référence dans sa jurisprudence. Cette pratique constitue donc une source d'information importante pour l'interprétation des conventions de l'OIT ». *In casu*, l'ingérence de l'Etat dans l'exercice de la liberté syndicale viole le principe de proportionnalité qu'il doit pourtant respecter en vertu de l'art. 36 Cst. s'il souhaite restreindre valablement la liberté syndicale (ATF 144 I 50, SJ 2018 I 321, consid. 5.3.3.1 [concernant des locaux publics]).

Notons que les deux arrêts rendus par la Cour pénale concernent la propriété privée, alors que celui adopté par la Cour de droit public concerne des locaux publics. Toutefois, la plupart des sources citées par la Cour de droit public du Tribunal fédéral dans l'ATF 144 I 50 portent sur la liberté syndicale en général, voire exclusivement sur le droit d'accès aux entreprises privées, et non sur le droit d'accès aux locaux de l'administration.

Notons encore que certaines normes restreignent déjà le droit de propriété, telles que l'art. 45 al. 2 LTr qui impose aux parties employeuses d'accueillir les inspections du travail, sans préavis. En vertu de l'art. 356b al. 5 CO, les commissions tripartites disposent également d'un droit d'accès, afin de remplir leurs tâches de manière effective.

De même, certaines CCT contiennent des clauses visant à permettre aux syndicats d'accéder à l'entreprise, parfois moyennant l'accord de la direction.

> **Exemples**. L'art 17.2 de la CCT Coop 2018 dispose : « Les organisations de travailleurs contractantes peuvent afficher à l'intention de leurs membres les invitations aux réunions et assemblées ainsi que les communications et supports publicitaires aux endroits prévus à cet effet.

Les campagnes de recrutement de membres sont également autorisées. Leurs modalités sont réglées par le Code de conduite (cf. art. 9.3).

L'art. 11 de la CCT Sunrise (2011, dernière version accessible en ligne) dispose : « L'accès du syndicom à l'entreprise est garanti, à la suite d'un arrangement préalable avec Sunrise. Le syndicom dispose de 3 heures par an dédiées à l'information des collaborateurs pendant les horaires de travail. Dans le cadre de ces séances d'information, la direction de Sunrise peut exprimer son avis et expliquer la position de Sunrise ».

L'art. 9.3 de la CCT *in globo* (2016-2019) dispose : « Les entreprises sont favorables aux associations de travailleurs. Elles donnent l'assurance aux associations de travailleurs contractantes qu'elles les autoriseront à effectuer des démarches en vue de recruter des membres, pour autant qu'il n'en résulte pas de perturbations dans le travail ».

Aucune CCT ne réglemente explicitement l'accès des syndicats à la messagerie électronique de l'entreprise.

En comparaison, les droits des pays voisins prévoient une protection expresse de l'accès des syndicats au lieu de travail (articles L2142-3 à L2142-7 du Code du travail français, version en vigueur au 18 janvier 2019 ; § 2 Abs. 2 Betriebsverfassungsgesetz en droit allemand, BGBl. I p. 2518).

462. **Droit de participer aux négociations et de conclure des CCT.** Nous verrons dans un premier temps quel est le contenu de ce droit (a), puis nous décrirons la qualité nécessaire pour en disposer, à savoir celle de partenaire social (b).

a) *Contenu du droit*. La mission principale des syndicats consiste à participer à l'élaboration de la réglementation du droit collectif du travail. L'art. 4 de la Convention OIT n° 98 garantit et promeut la négociation collective dans le respect de l'autonomie des parties.

La CourEDH a elle aussi jugé que le droit de participer aux négociations collectives est une des composantes essentielles de la liberté syndicale au sens de l'art. 11 CEDH.

Jurisprudence. Mme Baykara et M. Demir intentent une action en justice pour demander l'exécution d'une convention collective qu'ils avaient participé à négocier avec la commune de Gaziantep concernant le personnel de celle-ci. La Cour de cassation turque rejette leurs prétentions. Elle considère que la législation turque n'autorise pas les fonctionnaires à conclure des conventions collectives. Partant, la convention collective invoquée ne déploie aucune force contraignante. Devant la CourEDH,

> Mme Baykara et M. Demir allèguent une violation de l'art. 11 CEDH dans la mesure où ils estiment avoir été empêchés, d'une part, de fonder un syndicat et, d'autre part, de mener des négociations collectives avec l'administration. « Eu égard aux développements du droit du travail tant international que national et de la pratique des Etats contractants en la matière », la CourEDH considère que « le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du "droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts" énoncé à l'article 11 de la Convention, étant entendu que les Etats demeurent libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial aux syndicats représentatifs ». Ainsi, la CourEDH estime que les fonctionnaires jouissent de la liberté syndicale tout autant que les personnes occupées dans le secteur privé (arrêt CourEDH, n° 34503/97 du 12 novembre 2008 *Demir et Baykara contre Turquie*, en particulier § 154).

Sur le plan du droit interne, l'art. 28 Cst. n'accorde pas expressément aux syndicats un droit de négocier et de conclure des conventions collectives. Toutefois, la jurisprudence interprète le droit fondamental à la liberté syndicale comme comprenant ces facultés (ATF 140 I 257, consid. 5.1 ; ATF 129 I 113, consid. 1.3). Par conséquent, les restrictions apportées par l'Etat au droit de négocier des CCT doivent respecter les conditions posées à l'art. 36 Cst.

Le droit de participer aux négociations collectives implique le droit de se rencontrer, d'exposer son point de vue, d'écouter l'autre, et de conclure – ou non – l'accord résultant des pourparlers.

b) *Qualité de partenaire social*. Il découle de l'art. 356 al. 1 CO que le droit de conclure – et donc, de négocier – peut appartenir, du côté salarié, aux associations de personnes salariées et, du côté patronal, aux entreprises ou administrations employeuses, seules, ainsi qu'aux associations de parties employeuses (N 477).

Toutefois, pour se prévaloir de ce droit, les associations professionnelles doivent être reconnues comme partenaires sociaux. La jurisprudence (ATF 140 I 257, consid. 6.1 et 6.2 ; ATF 113 II 37, JdT 1987 I 471) subordonne la qualité de partenaire social à la réalisation de quatre conditions cumulatives : représentativité, loyauté, capacité de contracter (« Tariffähigkeit ») et compétence à raison du lieu et de la matière (« Tariffzuständigkeit »).

aa) *Représentativité et loyauté*. Les critères de représentativité et de loyauté permettent de limiter le cercle des interlocuteurs aux organisations légitimes, tout en préservant un certain pluralisme dans l'expression des

voix syndicales. La notion de représentativité s'interprète en fonction de toutes les circonstances et notamment selon qu'il s'agit de reconnaître le droit d'adhérer à une CCT déjà négociée ou celui de conclure une nouvelle CCT. Dans ce second cas, la reconnaissance d'un trop grand nombre de partenaires sociaux risquerait de nuire à l'efficacité du dialogue social.

> **Jurisprudence**. L'Union du personnel des Ecoles polytechniques fédérales (UP EPF) demande au président du Conseil des EPF d'être associée à tout projet ou mesure touchant le domaine des EPF au titre de partenaire social. Le Conseil des EPF rejette la demande, au motif que l'UP EPF ne remplit pas les critères de représentativité, à savoir compter au moins 200 membres au total et au moins 20 membres dans chaque EPF. Or, l'UP EPF remplit la première exigence (elle compte au total 850 membres sur les 4'400 personnes employées à l'EPFL), mais pas la seconde. Le Tribunal fédéral indique que les critères fixés pour apprécier la représentativité doivent être objectifs et proportionnés. *In casu*, ceux fixés par le Conseil des EPF sont disproportionnés. Le Tribunal fédéral précise en outre que la condition de loyauté est présumée remplie. Par conséquent, « si un syndicat demandant à être reconnu comme partenaire social se déclare prêt à respecter les obligations découlant de la convention collective de travail ou, plus largement, l'obligation de se comporter comme un partenaire social digne de confiance et qu'il remplit par ailleurs les autres conditions de reconnaissance, l'employeur ne peut alors en principe pas refuser de le reconnaître, sauf s'il apporte la preuve que la condition de loyauté n'est pas réalisée en raison de comportements passés de nature à faire sérieusement craindre qu'il n'agirait pas de manière loyale dans le dialogue social » (ATF 140 I 257, consid. 6.1 à 6.5).

Une plainte n° 3109 déposée en 2014 par le syndicat autonome des postiers (SAP) auprès du Comité de la liberté syndicale affirme que les critères de qualification en tant que partenaire social, tels que développés par la jurisprudence, violent les conventions OIT n° 98 et 154. En 2018, le Comité a classé la plainte, car il estime le système suisse conforme au droit de l'OIT.

bb) *Tariffähigkeit et Tarifzuständigkeit*. Par ailleurs, les syndicats doivent disposer de la capacité de conclure des CCT (*Tariffähigkeit*, N 477a), donc exister en tant que personne morale ayant la capacité civile, et être compétents à raison du lieu et de la matière (*Tarifzuständigkeit*). Dans la mesure où les syndicats sont habituellement constitués en association, ces deux conditions sont généralement prévues par leurs statuts.

Pour un courant doctrinal, la réalisation des conditions de représentativité et de loyauté par une partie entraîne une obligation de négocier pour l'autre partie. Un refus reviendrait à un *boycott* présumé illicite et une atteinte à la

personnalité à la fois de l'entité qui propose les négociations et de ses membres (AUBERT, « Le droit de négocier », pp. 34 ss ; CS/CIT-BRUCHEZ, *ad* art. 356 CO, N 35-36). D'autres auteurs estiment au contraire que la liberté contractuelle doit prévaloir, y compris la liberté d'entrer en pourparlers (WYLER, HEINZER, pp. 1048-1050). Il résulte de cette seconde approche qu'un syndicat ne peut pas attraire une entreprise ou une organisation patronale devant les tribunaux pour exiger l'ouverture de négociations. En revanche, si ses revendications ne sont pas entendues, un syndicat peut dans un premier temps demander l'intervention de l'office de conciliation (au sens de la loi fédérale sur le travail dans les fabriques, N 13, 491c/ff) puis, en cas d'échec, recourir à des moyens de lutte collective tels que la grève. Ainsi, le droit de grève (N 465-472), en tant qu'instrument permettant de favoriser les compromis entre partenaires sociaux, est intimement lié à la négociation collective.

463. **Intervention dans le processus législatif.** Certaines dispositions prévoient la possibilité de consulter les syndicats avant l'adoption de lois et d'ordonnances.

> **Exemples**. L'art. 147 Cst. dispose que « [l]es cantons, partis politiques et les milieux intéressés sont invités à se prononcer sur les actes législatifs importants et sur les autres projets de grande portée lors des travaux préparatoires, ainsi que sur les traités internationaux importants ».
>
> L'art. 4 al. 1 de la Loi fédérale sur la procédure de consultation (LCo) prévoit que « [t]oute personne ou organisation peut participer à la consultation et exprimer un avis ». Selon l'art. 4 al. 2 let. d LCo, « [s]ont invités à donner un avis […] les associations faîtières de l'économie qui œuvrent au niveau national ».
>
> L'art. 40 al. 2 LTr prévoit qu'avant d'édicter différents types de dispositions, le Conseil fédéral doit consulter plusieurs acteurs et notamment les « organisations économiques intéressées ».
>
> Selon l'art. 359a al. 2 CO, avant d'édicter une CTT, l'autorité compétente recueille « l'avis des associations professionnelles et des sociétés d'utilité publique intéressées ».
>
> L'art. 33 LPers prévoit que « [l]'employeur fournit en temps utile au personnel et aux associations qui le représentent toutes les informations relatives aux questions importantes en matière de personnel (al. 1). Il consulte le personnel et les associations qui le représentent, notamment avant que la présente loi ne soit modifiée (let. a) ; avant que des dispositions d'exécution ne soient édictées (let. a) (al. 2) ».

Dans la fonction publique, la situation présente des particularités, car « les conditions de travail sont réglées par voie législative, ce qui a pour effet de conférer à l'Etat le double rôle de puissance publique (législateur) et d'employeur » (ATF 129 I 113, consid. 3). Or, si « la liberté syndicale ne confère pas aux organisations syndicales de la fonction publique le droit de participer au processus législatif portant sur le statut du personnel », elle impose toutefois à l'Etat de respecter le droit « d'être entendu sous une forme appropriée en cas de modifications législatives ou réglementaires touchant de manière significative les conditions de travail de leurs membres » (ATF 129 I 113, consid. 3).

464. **Autres tâches et compétences.** Les syndicats assument d'autres tâches, telles que la surveillance du marché du travail (a), la représentation dans des organes de conciliation ou des autorités judiciaires (b), le conseil juridique et la représentation devant les tribunaux cantonaux (c), l'usage du droit d'action et de recours (d).

a) *Surveillance du marché du travail*. Les syndicats se voient parfois confier par l'Etat des tâches de surveillance du marché du travail, généralement en commun avec les associations patronales et principalement de deux façons. Premièrement, ils siègent dans les commissions tripartites chargées d'édicter des CTT lorsqu'elles estiment les conditions réunies (art. 360b al. 1 CO ; N 510, 512). Secondement, ils siègent au sein de commissions paritaires, instituées en tant qu'organe de mise en oeuvre par certaines CCT (N 492d).

b) *Représentation dans des organes de conciliation ou des autorités judiciaires*. Les syndicats peuvent également proposer des personnes chargées de les représenter au sein des tribunaux du travail, tels que les prud'hommes, ou au sein d'organes de conciliation, tels que la Chambre des relations collectives de travail (CRCT) à Genève.

c) *Conseil juridique et représentation devant les tribunaux cantonaux*. Les syndicats offrent généralement à leurs membres un service de renseignement juridique relatif aux questions concernant les rapports de travail et peuvent intervenir, en tant que mandataire, directement auprès de la partie employeuse, par une négociation extrajudiciaire. Lorsque le droit cantonal le permet (art. 68 CPC), le syndicat peut représenter les personnes salariées devant les juridictions spécialisées en matière de droit du travail (par exemple, les prud'hommes), à l'instar des associations patronales. La personne représentant le syndicat revêt alors le titre de mandataire professionnellement qualifié. Toutefois, cette possibilité n'est ouverte

qu'au niveau cantonal, car, devant le Tribunal fédéral, seuls les avocats et avocates ont qualité pour agir comme mandataires (art. 40 LTF).

d) *Usage du droit d'action et de recours*. Le droit fédéral permet parfois explicitement aux associations d'agir ou de recourir dans certains domaines spécifiques.

> **Exemples**. L'art. 58 al. 1 LTr dispose que les parties employeuses et les personnes salariées intéressées ainsi que leurs associations ont qualité pour recourir contre les décisions cantonales et fédérales basées sur cette loi.
>
> L'art. 7 LEg permet aux organisations syndicales de faire constater une discrimination « lorsqu'il paraît vraisemblable que l'issue du procès affectera un nombre considérable de rapports de travail ».
>
> L'art. 15 al. 2 LParticipation reconnaît aux associations professionnelles la qualité pour agir en constatation d'une infraction aux conditions de travail imposées par cette loi.
>
> L'art. 11 LDét consacre un droit d'action similaire.
>
> L'art. 15 LTN permet aux associations d'agir en constatation des droits découlant d'un contrat de travail qu'une personne employée au noir en Suisse ne peut faire valoir à l'encontre de la partie employeuse en raison du risque d'expulsion qu'elle encourt.
>
> Selon l'art. 360e CO, « [l]es associations représentant les employeurs ou les travailleurs peuvent ouvrir une action tendant à faire constater le respect ou le non-respect du contrat-type de travail au sens de l'art. 360a ».
>
> Il se peut que ces bases légales soient prochainement révisées eu égard à un avant-projet de modification du CPC visant notamment à renforcer le droit général d'action des organisations, actuellement prévu à l'art. 89 CPC (avant-projet de modification du CPC « Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité » du 2 mars 2018, N 580).

Le droit d'action des organisations est soumis à trois conditions :

- l'association doit être habilitée par ses statuts à sauvegarder les intérêts économiques de ses membres ;
- ceux-ci doivent eux-mêmes avoir la qualité pour intenter action ;
- l'association doit défendre un intérêt collectif, lequel concerne la profession en général, ce qui comprend non seulement l'intérêt personnel de ses membres, mais aussi celui des personnes qui exercent le même métier, sans toutefois être membres de l'association professionnelle concernée.

La qualité pour agir d'une association professionnelle est également admise lorsque celle-ci dispose d'un droit propre fondé sur l'art. 28 CC pour atteinte à ses droits de la personnalité ou que la qualité pour agir lui est reconnue par une disposition de droit fédéral (TF, 4A_248/2010 du 12 juillet 2010, consid. 4.1 et 4.2).

> **Jurisprudence**. Une employée du commerce de détails syndiquée est licenciée après avoir donné une interview dans laquelle elle critiquait la pratique de son employeuse (sans toutefois la citer) en relation avec l'ouverture nocturne des magasins. Le Tribunal fédéral a exclu la qualité pour agir du syndicat, en considérant que le licenciement de l'employée ne portait pas atteinte à la personnalité du syndicat, qui ne peut déduire de l'art. 28 CC un droit au maintien de ses membres à leur poste de travail. En outre, le licenciement ne portait pas atteinte à la considération sociale du syndicat (TF, 4A_248/2010 du 12 juillet 2010, consid. 4.1 et 4.2).

2.4 Droit de grève

465. **Raison d'être.** La menace de grève constitue un moyen de pression qui permet d'inciter la partie patronale à entrer dans la négociation collective. En cent ans, la Suisse n'a connu qu'une seule grève générale d'ampleur nationale (N 111) ; la tradition de partenariat social et la démocratie semi-directe – qui permet le lancement d'un referendum ou d'une initiative populaire pour exprimer ses opinions politiques – contribuent largement à une telle stabilité.

466. **Paix du travail.** La paix du travail désigne la situation où les conflits collectifs entre les parties employeuses et salariées sont résolus par la négociation, plutôt que par le recours à des mesures de combat telles que la grève ou le *lock-out*. Les CCT sont souvent considérées comme les garantes de la paix du travail (N 491c). Selon l'art. 357a al. 2 CO, chaque partie à la CCT maintient la paix du travail en s'abstenant de recourir aux moyens de combat pour les matières réglées par la convention. L'obligation de maintien de la paix du travail est alors dite « relative ». En revanche, l'obligation est « absolue » ou « illimitée » lorsque l'usage des moyens de combat est interdit en toutes hypothèses, même en cas de différends portant sur des questions non traitées par la CCT. Une telle obligation doit être expressément prévue.

> **Exemple**. L'art. 2 de la CCT de l'industrie des machines (2018-2023) prévoit une obligation de paix du travail illimitée (ou absolue) : « [l]es parties contractantes reconnaissent la valeur de la paix du travail et s'engagent à la respecter de manière intégrale et à user de leur influence auprès de leurs membres pour qu'ils la respectent. Toutes mesures de combat sont par conséquent exclues, même pour des questions non réglées par la Convention ».

En vertu de la paix du travail, la partie qui considère la CCT violée ne peut pas faire grève. Elle doit recourir aux moyens d'exécution prévus par la CCT, par exemple porter le lititge devant le tribunal (N 492-495).

Lorsque les CCT sont reconduites régulièrement et sans interruption, on parle d'institutionnalisation de la paix du travail.

Les obligations de paix du travail peuvent être de nature non seulement conventionnelle (art. 357a al. 2 CO), mais aussi légale (N 469b).

467. **Définition de la grève et du lock-out.** Il existe différents types de grève :

- la grève dite « de combat » : les grévistes ne se présentent pas à leur poste, ils participent à des assemblées, tiennent des piquets de grève, manifestent, distribuent des tracts, etc. ;
- la grève du zèle : les grévistes travaillent lentement ou en observant à la lettre les prescriptions, stratégie qui peut s'avérer ambiguë et difficile à identifier de l'extérieur ; elle permet toutefois de contourner les interdictions légales et contractuelles ;
- la grève d'avertissement : elle ne dure que quelques heures et signifie que les forces salariées sont prêtes à se battre ;
- la grève de solidarité, de soutien ou encore action syndicale secondaire : elle permet de renforcer la position des personnes employées par une autre entreprise – souvent de la même branche ;
- la grève sauvage : il s'agit d'une action spontanée conduite sans l'aval des syndicats ;
- la grève défensive : elle tend à maintenir des acquis, se distingue de la grève offensive, laquelle vise à obtenir une amélioration des conditions salariales et/ou de travail ;

La jurisprudence définit la grève comme le refus, collectif et concerté, de fournir « la prestation de travail due, dans le but d'obtenir des conditions

de travail déterminées de la part d'un ou de plusieurs employeurs » (ATF 125 III 277, JdT 2000 I 240 ; TF, 4C.422/2004 du 13 septembre 2005).

Le Tribunal fédéral considère à ce sujet que, parmi les personnes participant à la grève, seules celles qui sont occupées par la partie employeuse et qui, dès lors, assument une obligation de fournir une prestation de travail à l'égard de l'entreprise concernée, sont qualifiables de grévistes. Il renonce donc à intégrer dans le champ de protection de la liberté syndicale les grèves politiques (par exemple, grève nationale des femmes en 1991 et 2019), ainsi que les grèves de solidarité. En effet, les personnes solidaires ne sont en principe pas directement concernées par l'objet de la grève et leur entreprise ne peut pas négocier d'accord avec elles sur une thématique qui n'est pas de son ressort.

> **Exemple**. Si une grève commence parce qu'une partie employeuse E1. délocalise, les personnes salariées par l'entreprise E2. qui feraient grève par solidarité se trouveraient dans l'illicéité, car l'entreprise E2. n'est pas responsable des décisions prises par l'entreprise E1.

Quant au *lock-out*, il s'agit du moyen de pression de la partie employeuse, en réponse à la grève, qui consiste à fermer complètement l'entreprise et à priver ainsi le personnel non-gréviste de la possibilité de venir travailler. Ce procédé vise à infléchir la position des grévistes.

468. **Sources.** Le droit de grève est garanti, sur le plan international, par le droit de l'ONU (a) et par le droit du Conseil de l'Europe (b). Il reçoit également une protection expresse en droit interne suisse (c).

a) *Droit de l'ONU*. L'art. 8 ch. 1 let. d Pacte ONU I protège le droit de grève tel qu'« exercé conformément aux lois de chaque pays », c'est-à-dire que les États parties peuvent subordonner l'exercice du droit de grève à certaines conditions de fond ou de procédure. Cet article n'impose pas qu'un syndicat soutienne ou assume une grève pour qu'elle soit légitime ; il couvre donc les grèves sauvages (KUSTER, « Streik », N 10). Le Tribunal fédéral nourrit toutefois certaines réticences à reconnaître le caractère directement applicable de cette disposition et de toutes celles du Pacte ONU I (ATF 125 III 277 ; DUNAND, MAHON et al., Protection en cas de grève licite, N 82 et références citées).

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (Comité DESC), chargé de la surveillance de l'application du Pacte ONU I, exige en général que des restrictions légales à l'exercice du droit de grève soient raisonnables et proportionnées.

> **Exemple**. Sont raisonnables les prescriptions qui exigent le respect d'un délai ou l'ouverture d'une procédure de conciliation avant le début des opérations de lutte (KUSTER, « Streik », N 8).

b) *Droit du Conseil de l'Europe*. La CourEDH, se référant au droit de l'OIT et à l'art. 6 § 4 de la Charte sociale européenne révisée, reconnaît que l'art. 11 CEDH protège le droit de grève, qui constitue un élément de la liberté syndicale (arrêt CourEDH, n° 45892/09 du 21 avril 2015 *Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E) contre Espagne*). Des restrictions à ce droit sont bien entendu possibles, à l'instar de l'interdiction des grèves de solidarité (arrêt CourEDH, n° 31045/10 du 8 avril 2014 *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers contre Royaume-Uni,* en particulier § 84). Sur ce point, la CourEDH se distancie donc de la pratique du Comité de la liberté syndicale, pour qui « une interdiction générale des grèves de solidarité risque d'être abusive » (BIT, *La liberté syndicale*, N 534).

c) *Droit interne : art. 28 Cst.* Selon l'art. 28 al. 2 Cst., les conflits sont, autant que possible, réglés par la négociation ou la médiation. Les moyens de combat ont donc un caractère subsidiaire par rapport aux moyens d'action collective paisibles. Ainsi, la grève et le *lock-out* ne sont admissibles qu'en cas d'échec des autres moyens et en tant que *ultima ratio*. L'art. 28 al. 3 Cst. codifie la jurisprudence établie une quinzaine d'années avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution (ATF 111 II 245, JdT1986 I 2).

469. **Conditions de licéité de la grève.** Quatre conditions cumulatives de licéité découlent de la jurisprudence (en particulier, ATF 132 III 122, ATF 134 IV 216, ATF 144 I 306 ainsi que TF 4A_64/2018 du 17 décembre 2018 et TF 6B_1020/2018 du 1er juillet 2019) et sont partiellement mentionnées à l'art. 28 Cst. La grève ou le *lock-out* doit se rapporter aux relations de travail (a), se conformer aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation (b), avoir un caractère proportionné (c) et une « organisation de travailleurs [ou de parties employeuses] » doit y apporter son soutien (d).

a) *Rapport avec les relations de travail (art. 28 al. 3 Cst.)*. Cette condition exclut la licéité des grèves politiques et solidaires (N 467). Le lien est toutefois apprécié de manière large ; la revendication doit porter sur un sujet qui entre dans le champ de compétences de la partie employeuse.

b) *Obligations de paix du travail ou de concilier (art. 28 al. 3 Cst.)*. En présence d'un désaccord entre les parties sur un point réglé par une CCT, il appartient d'abord au tribunal de trancher l'affaire.

Les obligations de paix du travail peuvent être de nature légale lorsqu'une loi restreint ou supprime le droit de grève à l'égard de certaines catégories de personnes salariées (N 471).

c) *Proportionnalité (art. 28 al. 2 Cst.)*. La grève ne doit intervenir que lorsque les moyens de négociation et de médiation ont échoué. En pratique, il s'avère délicat de déterminer à quel moment et si les parties peuvent recourir à l'*ultima ratio*. Sont « disproportionnés les moyens de combat faisant usage de la violence ou ceux qui portent atteinte aux biens de l'entreprise » (ATF 132 III 122, consid. 4.5 ; ATF 134 IV 216, consid. 5.1).

> **Jurisprudence**. En juin 2012, après avoir, entre autres raisons, perdu la reconnaissance par le Canton de Neuchâtel de son statut d'utilité publique, l'Hôpital X. résilie la convention collective CCT Santé 21 à laquelle il était partie. Il négocie par ailleurs son rattachement à un groupe de cliniques privées. Dans ce contexte, des personnes salariées de l'Hôpital, inquiètes du sort de leurs conditions de travail, mandatent des syndicats pour les défendre ; s'ensuivent des négociations avec l'Hôpital tendant au maintien de la CCT Santé 21 pour tout le personnel. Après des épisodes de négociation et une tentative ratée de conciliation devant l'office cantonal *ad hoc*, une grève commence. Les syndicats et le personnel en grève maintiennent fermement leur exigence de reconduire la CCT 21. Début 2013, cette reconduction est finalement acceptée jusqu'à la fin de l'année. Certains membres du personnel persistent à faire grève tant qu'ils n'obtiennent pas la garantie que la CCT sera reconduite après 2013. Ils sont licenciés avec effet immédiat, à raison, selon les deux instances cantonales puis le Tribunal fédéral. Ce dernier estime que la grève est devenue illicite au plus tard lorsque l'Hôpital a accepté la prolongation de la CCT jusqu'à la fin de l'année 2013, de sorte que la grève n'était en tout cas plus l'*ultima ratio* pour obtenir un renouvellement de la CCT après 2013, la recherche de solutions consensuelles prévalant lors d'un conflit de travail (TF, 4A_64/2018 du 17 décembre 2018, en particulier consid. 5.3. Voir aussi TF, 6B_1020/2018 du 1er juillet 2019, consid. 2 au sujet du volet pénal de la même affaire). Les syndicats ont fait recours auprès de la CourEDH.

d) *Soutien par une organisation de personnes salariées*. Selon le Tribunal fédéral, « le droit de décider d'une grève appartient exclusivement aux acteurs du droit du travail collectif, à savoir aux organisations de travailleurs. Le travailleur individuel est seulement en droit, dans le cadre collectif, d'appuyer une décision approuvant le recours à la grève. Il s'agit de concentrer et limiter la lutte au domaine des rapports collectifs, la grève doit permettre au syndicat, partenaire reconnu dans la négociation, de

disposer dans le combat d'une arme ultime » (ATF 125 III 277, JdT 2000 I 240, consid. 3a, confirmé dans ATF 132 III 122 et ATF 134 IV 216).

Compte tenu de cette jurisprudence, certains auteurs estiment que le droit de grève ne fait pas partie des droits fondamentaux individuels ; seuls les syndicats seraient titulaires du pouvoir de décider quand entrer en grève (WYLER, HEINZER, pp. 1019-1020). D'autres soulignent au contraire que, lors des débats relatifs à l'adoption de la Constitution de 1999, l'Assemblée fédérale a débattu cette condition et a décidé de l'exclure de l'art. 28 Cst. (DUNAND, MAHON ET AL., Protection en cas de grève licite, ch. 144-147). En outre, ils considèrent que si le droit de grève s'exerce, par nature, de manière collective, cela n'empêche pas que chaque personne salariée en soit également titulaire au niveau individuel. Il ressort en effet de la quatrième condition qu'elle poursuit plutôt l'objectif de structurer le partenariat social, en permettant d'identifier des interlocuteurs clairs et en favorisant l'organisation des personnes salariées.

Par ailleurs, l'interprétation selon laquelle la grève doit nécessairement être soutenue par un syndicat rend de fait ce droit inopérant dans certains secteurs économiques où le taux de syndicalisation est faible. Il faudrait *a minima* accorder le droit de déclencher une grève à la représentation des personnes salariées au sens de l'art. 3 de la LParticipation (N 523). Enfin, le fait de réserver le droit de déclencher une grève aux syndicats pourrait constituer une atteinte à la liberté syndicale négative, car un tel système contraint les personnes salariées à adhérer à un syndicat pour exprimer leurs revendications (KUSTER, « Streik », N 10).

Malgré l'absence de mention expresse énoncée à l'art. 28 al. 4 Cst., il va de soi que les restrictions au droit de grève doivent respecter les conditions classiques prévues par l'art. 36 Cst. (N 461, 471).

470. **Licéité des autres moyens de combat.** La notion de moyen de combat n'est pas définie par la loi. En ce qui concerne les syndicats, il s'agit de tous les moyens qui perturbent le processus de production ou de fonctionnement régulier de l'entreprise. A la grève, donc, s'ajoute le boycott, les campagnes de presse ainsi que le *peaceful picketing*, c'est-à-dire l'organisation de piquet de grève afin d'empêcher pacifiquement l'accès de l'entreprise à des personnes salariées, par exemple en les dissuadant de rejoindre leur place de travail (ATF 132 III 122, consid. 4.5). Du côté patronal, les moyens de combat résident dans le *lock-out* ainsi que dans tous les autres moyens qui ont pour but de se soustraire à l'application de la CCT : délocalisation en dehors du champ d'application de la convention, recours massif au travail temporaire, etc.

Jurisprudence. Une imprimerie de journaux démissionne d'une association patronale qui a signé une CCT, conclue avec un syndicat. Le syndicat s'oppose à cette sortie et organise une manifestation afin d'empêcher l'impression du numéro d'un quotidien. Il tient d'abord un *peaceful picketing* soutenu par des représentants syndicaux – et non pas des personnes salariées de l'entreprise, sans quoi il s'agirait d'une grève. Puis, la manifestation dégénère : le syndicat est rejoint par des individus étrangers à la cause syndicale. L'accès à l'entreprise est bloqué et des dommages matériels sont causés. L'entreprise intente une action en responsabilité civile contre le syndicat. Le Tribunal fédéral examine la licéité de la manifestation et applique par analogie le schéma d'analyse valable en cas de grève. Il estime que toutes les conditions étaient remplies, sauf celle de la proportionnalité dès lors que la manifestation a entraîné des dommages matériels et le blocage de l'entreprise. Le fait que le syndicat ait été confronté à l'arrivée de personnes étrangères à la cause syndicale et agressives n'y change rien, car il lui appartenait d'organiser un service d'ordre efficace (ATF 132 III 122).

L'art. 9 de la convention collective Swissstaffing (2019-2020) interdit le placement de « briseurs de grève », c'est-à-dire de personnel temporaire remplaçant du personnel licitement en grève.

471. **Admissibilité d'une atteinte au droit de grève.** Toute atteinte au droit de faire grève s'analyse à l'aune des conditions fixées par l'art. 36 Cst., en particulier sous l'angle du principe de proportionnalité. Ainsi, certaines professions peuvent se voir interdire de recourir à la grève (art. 28 al. 4 Cst.), car cette dernière ne peut pas « paralyser le service public dans certains domaines essentiels que sont, par exemple, le maintien de l'ordre public, la protection des biens et des personnes, la lutte contre le feu ou les soins requis par les malades dans les hôpitaux » (ATF 144 I 306, consid. 4.3 ; cf. art. 37 al. 2 Cst./GE et l'art. 27 al. 3 Cst./NE). Une telle restriction du droit de grève n'est toutefois admissible que pour les seules fonctions dont la réalisation est « absolument nécessaire » (ATF 144 I 306, consid. 4.3).

Jurisprudence. Lors de sa séance du 17 novembre 2017, le Grand Conseil fribourgeois adopte une modification de la loi sur le personnel (art. 68 al. 7 LPers/FR) consistant à interdire le droit de grève pour le personnel de soins. Ce dernier se compose des médecins, des pharmaciens-chimistes, du personnel soignant, du personnel médico-technique et thérapeutique ainsi que du personnel d'exploitation et d'intendance. Le Tribunal fédéral constate que « le cercle des personnes potentiellement visées par l'interdiction faite au personnel de soins s'étend à de multiples et diverses professions, [… sans] aucune distinction selon la nature des activités. Telle qu'elle est formulée, l'interdiction de grève ne se limite pas au personnel

> dont la présence serait absolument indispensable à la préservation de la vie et de la santé des patients. Or, la possibilité laissée au législateur d'interdire de grève certaines catégories de personnes doit être conçue comme une exception. Force est de constater, en l'espèce, que la mesure étatique va au-delà du but poursuivi par [la Constitution] » (ATF 144 I 306, en particulier consid. 4.4.3.2).

L'organisation d'un service minimum permet de concilier le droit de grève et la nécessité d'assurer les activités indipsensables à la bonne marche du service public.

472. **Conséquences de la participation à une grève.** Il existe deux hypothèses : soit la grève est licite (a), soit elle ne l'est pas (b).

a) *Conséquences en cas de grève licite*. En droit suisse, la participation à une grève licite est protégée par l'art. 28 Cst., dont l'effet horizontal indirect entraîne la suspension des obligations des parties (ATF 125 III 277, JdT 2000 I 240). La personne salariée, qu'elle soit ou non syndiquée, ne commet pas de violation de ses obligations contractuelles malgré son absence au travail. La partie employeuse, quant à elle, peut geler le versement du salaire pendant la période de grève. Grâce au fonds de grève constitué par leur association professionnelle, les personnes membres d'un syndicat sont souvent – au moins partiellement – indemnisées. Tel n'est pas le cas des grévistes sans affiliation syndicale.

Toutefois, les obligations contractuelles secondaires des personnes salariées en grève persistent, en particulier le devoir de diligence et de fidélité (N 272-276). La personne salariée n'engage en revanche pas sa responsabilité (art. 321e CO ; N 293) du simple fait de la participation à la grève licite.

La partie employeuse qui licencierait une personne salariée au motif de sa participation à une grève licite notifie un congé abusif prohibé par l'art. 336 al. 2 let. a CO. Il n'existe en revanche aucune protection spécifique contre d'autres mesures que la partie employeuse peut être tentée d'adopter au titre de représailles ou pour dissuader sa main d'œuvre de participer à une grève : manœuvres d'intimidation, harcèlement, établissement d'une liste noire, entraves au recrutement de nouveaux membres du syndicat, refus d'accorder une augmentation, rétrogradation, transfert dans un autre service, etc. Pareilles mesures s'analysent à la lumière des règles générales relatives à l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) à la bonne foi (art. 3 CC) ou encore à l'équité (art. 4 CC) et de la règle spéciale relative à la protection de la personnalité dans le cadre des rapports de travail, l'art. 328 CO.

b) Conséquences en cas de grève illicite. La personne salariée qui n'a pas offert sa prestation de travail commet une violation du contrat de travail (art. 321a CO). En pareilles circonstances, la partie employeuse qui résilierait le contrat en respectant les délais ordinaires de congé ne saurait se voir reprocher un licenciement abusif. Une résiliation avec effet immédiat reste envisageable, à la condition que la participation à la grève puisse constituer un juste motif au sens de l'art. 337 CO et, en l'absence d'avertissement préalable, qu'elle présente un degré de gravité suffisant (N 444).

> **Jurisprudence**. Le Tribunal fédéral a confirmé le caractère justifié du licenciement prononcé avec effet immédiat par un hôpital neuchâtelois à l'égard de son personnel qui persistait à faire grève alors que ses revendications avaient été acceptées : « lorsque la grève est illicite, cela ne signifie pas encore automatiquement que les travailleurs qui y ont participé puissent être licenciés avec effet immédiat […]. Le juge demeure tenu d'examiner l'ensemble des circonstances qui ont conduit au licenciement abrupt. En l'occurrence, […] les grévistes savaient que la grève était illicite ou, à tout le moins, qu'ils devaient douter très sérieusement de sa licéité (et donc se renseigner auprès d'un homme de loi). Le 23 janvier 2013, l'employeuse a communiqué à chacun des grévistes que, de son point de vue, la grève était illicite et que sa poursuite justifiait un licenciement immédiat et cette position a été rappelée lors de chacun des entretiens individuels du 31 janvier 2013. Cela étant, face à des employés qui ne voulaient pas cesser la grève, alors même qu'ils avaient obtenu la garantie que la CCT Santé 21 continuerait à s'appliquer jusqu'au 31 décembre 2013 (alors qu'elle devait initialement cesser de s'appliquer au 31 décembre 2012), l'employeuse pouvait raisonnablement considérer le rapport de confiance comme rompu (cf. ATF 125 III 277, consid. 3c, p. 285), ce d'autant plus qu'un avertissement clair avait été donné aux grévistes au préalable, que des entretiens ont eu lieu avec les employés, assistés de leur avocat, avant la notification du licenciement et qu'à six reprises, en février 2013, les employés auraient eu la possibilité d'être réintégrés s'ils avaient accepté de suspendre immédiatement la grève » (TF, 4A_64/2018 du 17 décembre 2018, en particulier consid. 6.2 ; cf. *supra* N 469c. La Cour EDH a été saisie d'un recours contre cet arrêt).

La violation du contrat par la personne salariée peut entraîner le devoir de réparer le dommage causé à la partie employeuse, du moins lorsqu'elle ne pouvait ignorer le caractère illicite de la grève (art. 321e CO ; N 293).

Lorsqu'un syndicat a soutenu la grève, il peut également être tenu de réparer le dommage causé en vertu de sa responsabilité délictuelle (art. 41 ss CO), voire contractuelle si une CCT prévoit le respect d'une obligation de paix du travail (art. 97 ss CO).

Bibliographie thématique

ANDERMATT/BIANCHI/BRUCHEZ et al., Droit collectif du travail, Bâle 2010, pp. 1-123 ; AUBERT, Le droit de négocier ou d'adhérer à une convention collective de travail, in : Corboz (édit.), Mélanges Robert Patry, Lausanne 1988, pp. 21-39 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Vol. II, Berne 2013, p. 719 ss ; BIT, La liberté syndicale Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT, Genève 2006 ; CS/CIT-BRUCHEZ, *ad* art. 356 CO ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, *ad* art. 336, 356 ss CO ; BRÜHWYLER, *ad* art. 336 CO ; BSK-OR-PORTMANN/RUDOLPH, *ad* art. 336 CO ; CR/CO-AUBERT, *ad* art. 336 CO ; DUNAND, La discrimination antisyndicale au sens de l'art. 1 de la Convention OIT n° 98 et sa portée en droit privé suisse du travail, in : Dagron/Dupont/Lempen (édit.), L'OIT et le droit social en Suisse : 100 ans et après ?, Genève 2019, pp. 137-190 ; DUNAND, La portée du droit de l'Organisation internationale du travail en Suisse (1919-2019), in : Les aspects internationaux du droit du travail, Genève 2019, pp. 57-104 ; CS/CIT-DUNAND, *ad* art. 336 CO ; DUNAND/MAHON et al., Etude sur la protection en cas de grève licite établie à la demande et sur mandat du secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) et de l'Office fédéral de la justice (OFJ), Berne 2016 ; DUNAND/MAHON et al., Etude sur la protection accordée aux représentants des travailleurs établie à la demande et sur mandat du Secrétariat d'Etat à l'économie et de l'Office fédéral de la justice, Berne 2015 ; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, Berne 2019, pp. 321-335 ; HOTTELIER, La Constitution genevoise du 14 octobre 2012 et le droit du travail, in : Wyler/Meier/Marchand (édit.), Regards croisés sur le droit du travail : Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Genève 2015, pp. 185-199 ; KUSTER, Streik und Aussperrung – vom Verbot zum Recht : das Recht auf Streik und Aussperrung nach Art. 28 Abs. 2-4 BV, Zurich/Bâle/Genève 2004 ; MAHON, La protection contre les licenciements antisyndicaux abusifs selon l'OIT et la CEDH, PJA 2019, pp. 371-383 ; MÜLLER, Le droit de négocier collectivement les conditions de travail : emploi privé et fonction publique, in : Wyler (édit.), Panorama III en droit du travail, Berne 2017, pp. 509-540 ; ORDOLLI, Intranet et internet dans les rapports collectifs de travail, Genève 2013 ; PÄRLI, Betriebliche Zutrittsrechte der Gewerkschaften aus Arbeitsrecht und Gesamtarbeitsvertrag, PJA 2014, pp. 1454-1462 ; BK/OR-REHBINDER/STÖCKLI, *ad* art. 336 CO ; ZK/OR-STAEHELIN, *ad* art. 336 CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *ad* art. 336 CO ; VACOTTO, Droit d'accès des représentants syndicaux aux lieux de travail : un élément fondamental de la liberté syndicale, PJA 2014, pp. 1433-1440 ; WITZIG, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 632-639 et 673-680 ; WYLER/HEINZER, Droit du travail, Berne 2019, pp. 800-802, 1019-1052.

Chapitre 3 Conventions collectives de travail

3.1 Définition, nature et forme de la CCT

473. **Définition de la CCT.** La convention collective de travail (CCT) est l'instrument juridique par lequel les parties à la négociation collective fixent, ensemble, les conditions de travail dans une branche ou une entreprise donnée. La CCT est donc à la fois le résultat de la négociation collective et une source de droit du travail (art. 356 ss CO).

Il existe plusieurs types de CCT :

- les CCT d'entreprise, signées par les directions d'une ou plusieurs entreprises du côté patronal (CCT CFF, CCT Swisscom) ;
- les CCT d'associations, signées du côté patronal par une ou plusieurs associations de parties employeuses (CCT Association Jurassienne des Institutions pour Personnes Agées et Fondation pour l'Aide et les Soins à Domicile) ;
- les CCT de branche, qui couvrent les personnes actives dans un secteur économique déterminé (CCNT de l'hôtellerie-restauration, CCT de l'industrie graphique, etc) ;
- les CCT de métier, qui s'appliquent aux personnes exerçant une profession déterminée (CCT romande pour les journalistes RP) ;
- les CCT étendues, dont le champ d'application est étendu à l'ensemble d'une branche par décision de l'autorité compétente en vertu de la LECCT (N 486).

474. **Nature de la CCT.** La CCT est de nature hybride. D'une part, elle présente les caractéristiques d'un contrat, puisqu'elle est négociée et conclue entre les partenaires sociaux. Ainsi, son existence est subordonnée à un échange de volontés réciproques et concordantes, émanant de personnes habilitées à agir en leur nom ou en celui des associations qu'elles représentent (art. 1 CO). D'autre part, elle s'apparente à la loi par les effets qu'elle déploie, dans la mesure où elle contient des clauses, dites

normatives, qui s'appliquent de manière directe et impérative aux personnes, physiques ou morales, liées par la convention (N 480).

Malgré cet effet normatif, la CCT reste un instrument de droit privé qui ne produit que des effets de droit privé, même lorsque son champ d'application est étendu à l'ensemble d'une branche par décision de l'autorité compétente en vertu de la LECCT (N 486).

La CCT doit respecter le droit impératif fédéral et cantonal (art. 357 al. 2 et 358 CO).

475. **Forme de la CCT.** L'art. 356c CO impose le respect de la forme écrite pour la conclusion, la modification, la résiliation, l'adhésion (N 477c), ou la dénonciation de la CCT, ainsi que pour la soumission individuelle à celle-ci (N 478d) et la dénonciation d'une telle soumission.

3.2 Parties à la CCT et personnes liées

476. **Distinction entre parties et personnes liées.** Il est essentiel de distinguer les parties à la CCT et les personnes liées par elle.

Les premières sont celles qui ont conclu ou adhéré à la CCT (N 477). Les secondes sont celles envers qui la CCT déploie ses effets (N 478).

477. **Parties à la CCT.** Selon l'art. 356 CO, la CCT constitue un contrat passé entre :

- une ou plusieurs organisations de personnes salariées, d'une part,
- et une ou plusieurs associations patronales et/ou une ou plusieurs entreprises, d'autre part.

a) *Qualité de partie (contractante et adhérente)*. Du côté patronal, une entreprise ou une association peut ainsi avoir la qualité de partie. La notion d'association désigne tout groupement possédant la personnalité juridique et habilité par ses statuts à adhérer à une CCT (*Tariffähigkeit*, c'est-à-dire capacité à fixer le prix du travail). Cette condition exige donc la capacité civile, l'indépendance de l'association – vis-à-vis de l'Etat et/ou de ses membres –, son respect de la liberté d'affiliation, une organisation

démocratique et un certain poids socio-politique, qui se traduit par le nombre de ses membres notamment.

Du côté des personnes salariées, seules les organisations professionnelles dotées d'une personnalité morale sont susceptibles de conclure une CCT, ce qui exclut les groupes de personnes salariées non organisées en personne morale ainsi que les représentations du personnel (au sens de la LParticipation) – lesquelles disposent toutefois de la capacité de conclure des règlements d'entreprise dans les domaines prévus à l'art. 38 al. 1 LTr (N 27, 530).

b) *Droit à l'égalité entre les parties*. Les parties, qu'elles soient contractantes ou adhérentes, bénéficient du droit à l'égalité entre elles et jouissent des mêmes droits et obligations. Tout accord contraire est nul (art. 356 CO). Toutefois, cette égalité n'empêche pas la prise en compte de l'importance respective de chacune des parties, en particulier pour fixer le montant de leurs obligations financières ou leur représentation dans les organes paritaires (ATF 118 II 431). A cet égard, le nombre des membres propre à chaque association est un élément décisif.

c) *Types de parties*. Il existe deux types de parties :

- les parties contractantes, qui ont négocié et conclu la CCT ;
- les parties adhérentes, qui deviennent parties après la conclusion de la CCT (art. 356 al. 4 CO).

L'adhésion intervient par contrat écrit (art. 356c CO) entre, d'une part, une organisation patronale ou syndicale, ou une entreprise individuelle et, d'autre part, les entités déjà parties à la CCT, qui doivent toutes consentir à l'adhésion. L'adhésion se distingue de la soumission individuelle (art. 356b CO) qui, elle, ne confère que la qualité de personne liée par la CCT (N 478d). Le choix entre ces deux voies n'existe que pour les entreprises, puisque les personnes salariées n'ont pas la possibilité de devenir parties à la CCT (art. 356 al. 1 CO *a contrario*) et que les associations, patronales ou syndicales, ne peuvent pas se soumettre individuellement à la CCT (art. 356b al. 1 CO *a contrario*).

La partie adhérente doit accepter la CCT dans sa totalité et ne peut donc pas exclure certaines clauses. Les entités déjà parties peuvent refuser l'adhésion d'une organisation qui n'est pas d'accord de se soumettre entièrement à la CCT (ATF 118 II 431, SJ 1993 377). Toutefois, « les parties à une convention collective de travail ne peuvent invoquer l'autonomie de la volonté pour empêcher, sans intérêt légitime, un syndicat minoritaire représentatif d'adhérer à la convention » (ATF 113 I 37,

JdT 1987 I 471). Par conséquent, les organisations tierces disposent d'un droit d'adhésion à la CCT pour autant qu'elles remplissent les conditions posées par la jurisprudence pour accéder au rang de « partenaire social » (cf. ATF 140 I 257, N 462b).

Par ailleurs, l'art. 2 ch. 6 LECCT subordonne la possibilité d'étendre une CCT (N 486) à l'exigence, notamment, que « les associations d'employeurs et de travailleurs qui ne sont pas liées par la convention doivent pouvoir y adhérer à égalité de droits et d'obligations avec les associations contractantes lorsqu'elles justifient d'un intérêt légitime et offrent des garanties suffisantes pour son observation ».

478. **Personnes liées par la CCT.** Il existe différents mécanismes d'assujettissement à une CCT. Les personnes physiques ou morales sont liées par une CCT soit (ATF 141 III 418) :

- parce qu'elles sont membres des associations patronales ou syndicales signataires d'une CCT (a) *infra* ;
- parce qu'elles entrent dans le champ d'application personnel d'une CCT étendue (LECCT, N 486) (b) *infra* ;
- parce que l'entreprise qui les emploie a décidé d'appliquer la CCT à l'ensemble du personnel en intégrant cette dernière à tous les contrats de travail (c) *infra* ;
- parce qu'elles s'y sont soumises individuellement (d) *infra*.

a) *Appartenance à une association signataire d'une CCT*. En principe, les entreprises liées sont celles :

- qui sont membres de la ou des associations patronales signataires de la CCT (CCT de branche) *ou*
- qui sont parties à la convention (CCT d'entreprise). Dans cette dernière hypothèse, la qualité de partie contractante se recoupe avec celle de personne liée.

En cas d'adhésion de l'entreprise à la CCT après sa conclusion, la qualité d'entreprise liée ne rétroagit pas à la date d'entrée en vigueur de la CCT.

Les personnes salariées liées sont celles qui sont à la fois :

- membres du ou des syndicats signataires *et*

- employées dans l'entreprise, la branche ou la profession couverte par la CCT.

- La personne salariée qui devient membre d'un syndicat n'est liée par la CCT qu'à la date de l'acquisition de cette qualité de membre.

b) *Extension d'une CCT* (N 486). En vertu de la LECCT, l'autorité compétente peut étendre le champ d'application d'une CCT. L'arrêté d'extension précise la branche, le territoire et la durée de validité (art. 12 al. 2 LECCT). En cas d'extension, toutes les personnes salariées de la branche ou de la profession visée sont liées par les clauses étendues de la CCT, même si les personnes salariées ne sont pas membres du syndicat signataire, ni ne se sont soumises individuellement à la CCT.

> **Exemples**. Au niveau fédéral : CCNT pour les hôtels restaurants et cafés ; au niveau régional : CCT romande du second œuvre ; au niveau cantonal : CCT des professionnels de l'automobile du Jura et du Jura bernois.

c) *Intégration conventionnelle*. Les entreprises, liées ou non, peuvent convenir avec les personnes qu'elles emploient – affiliées ou non aux syndicats parties – d'intégrer une CCT au contrat individuel de travail.

Les entreprises liées par une CCT préfèrent souvent appliquer cette dernière à l'ensemble du personnel, indépendamment de l'affiliation syndicale de ses membres.

La CCT est alors incorporée au contrat individuel de travail, que ce soit par un renvoi directement inséré dans le texte du contrat ou par une référence à des conditions générales (elles-mêmes valablement incorporées au contrat individuel et reproduisant les clauses de la CCT).

Il faut distinguer ce mécanisme d'intégration conventionnelle des clauses d'égalité de traitement prévues par la CCT (N 490b-c).

d) *Soumission individuelle*.

aa) But. Afin de mettre sur un pied d'égalité les personnes « dissidentes » – à savoir, les personnes physiques ou morales non-membres des associations contractantes –, par rapport aux membres de ces associations, la loi permet la soumission individuelle à la CCT (art. 356b CO).

bb) Effet. Ainsi, les entreprises qui ne sont pas membres d'une association patronale peuvent se soumettre individuellement à la CCT en passant un accord de soumission avec les parties signataires (art. 356b CO). De même, les personnes salariées non syndiquées peuvent demander leur soumission individuelle aux parties signataires lorsqu'elles travaillent pour une

entreprise elle-même liée par la convention. En revanche, les associations patronales et syndicales ne peuvent pas demander de se soumettre à la CCT ; pour les organisations, seule la voie de l'adhésion est ouverte.

La soumission se distingue donc de l'adhésion à la CCT, qui confère, elle, la qualité de partie à la CCT.

cc) Conditions de validité. La soumission exige l'accord des parties à la CCT et doit intervenir par écrit (art. 356c al. 1 CO). Les parties ne peuvent en revanche pas refuser une demande de soumission individuelle sans motif légitime. Une fois soumises à la CCT, dont on rappelle l'effet normatif et direct, les personnes salariées et les entreprises concernées se voient appliquer tant les clauses normatives que les clauses obligationnelles indirectes de la CCT.

dd) Intégration des mises à jour de la CCT. En principe, les modifications de la CCT postérieures à la soumission ne devraient pas lier automatiquement les personnes salariées et les entreprises soumises. Toutefois, pour que la soumission puisse produire l'effet unificateur voulu par le législateur, les adaptations de la CCT s'appliquent également à l'égard des personnes soumises lorsque le contrat de soumission le prévoit ou que les modifications sont mineures.

ee) Modalités de la soumission. L'art. 356b al. 2 CO fixe les modalités de la soumission à la CCT et vise à éviter les contributions excessives.

Concrètement, le droit suisse permet d'exiger des personnes qui se soumettent individuellement à la CCT le versement de contributions destinées à compenser le fait que ces personnes bénéficient des avantages de la CCT sans pour autant devoir verser une cotisation aux associations contractantes, dont elles ne sont pas membres. Le paiement, par les personnes dissidentes soumises à la CCT, de contributions de solidarité permet de corriger une situation jugée inéquitable.

Toutefois, le montant de ces contributions de solidarité ne doit pas dépasser la valeur des avantages que la convention collective procure aux dissidents. En particulier, il doit se trouver sensiblement inférieur au montant de la cotisation syndicale prélevée par l'organisation signataire (ATF 75 II 305, JdT 1950 I 162, consid. 7c).

En outre, l'art. 356b al. 2 2e phrase CO prévoit que les clauses et les accords tendant à fixer des contributions au profit d'une seule partie à la CCT sont nuls. La contribution de solidarité doit dès lors servir en premier lieu à couvrir les frais communs (frais de négociation, frais d'impression de la CCT, frais de formation, etc.). Rien ne s'oppose à ce qu'une part – même

importante – des contributions prélevées soit reversée aux organisations signataires à titre de participation à leurs frais généraux de fonctionnement (salaires des permanents, loyers, informations syndicales, etc.) pour autant que ces dépenses s'avèrent nécessaires à la négociation de la CCT et au contrôle de son respect.

3.3 Types de normes dans les CCT

479. **Trois types de clauses.** La CCT contient trois types de clauses : les clauses normatives (N 480), les clauses semi-normatives (N 481) et les clauses obligationnelles (N 482). Les principes régissant leur interprétation respective varient (N 483).

480. **Les clauses normatives (art. 356 al. 1 CO).** Les clauses relatives à la conclusion, au contenu et à la fin des rapports de travail (art. 356 al. 1 CO) sont qualifiées de normatives. Elles déploient un effet « direct et impératif » (art. 357 al. 1 CO) sur les rapports de travail entre entreprises liées par la CCT et personnes salariées liées par la CCT. Les dispositions des contrats individuels de travail qui dérogent aux prescriptions minimales de la CCT en défaveur de la personne salariée sont nulles et automatiquement remplacées par les dispositions de la CCT (art. 357 al. 2 CO, N 490a).

Les clauses normatives visent généralement à offrir des conditions de travail meilleures que celles prévues par la loi.

> **Exemples**. La loi sur le travail fixe la durée de travail maximum par semaine à 45 heures (N 147, 283), alors que dans de nombreuses CCT (machines, horlogerie, construction, etc.), le plafond a été abaissé à 40 heures hebdomadaires.
>
> L'art. 329a CO précise que la durée des vacances est en principe de 4 semaines par année (N 368), alors que dans la majorité des CCT, elle est de 5 semaines, voire de 6 dès 50 ans.
>
> Selon l'art. 16d LAPG, le congé maternité fédéral dure 98 jours (14 semaines) (N 365b), alors qu'un congé de 16 semaines rémunéré à 100% est devenu la norme dans de nombreuses CCT.

481. **Les clauses semi-normatives (art. 356 al. 2 CO).** Les CCT peuvent également prévoir des clauses qui imposent des obligations à l'une des

parties au contrat individuel de travail (par exemple, l'entreprise employeuse), sans pour autant conférer de droit direct à la personne bénéficiaire (par exemple, la personne candidate à un poste ou employée au sein de cette entreprise) (art. 356 al. 2 CO).

> **Exemples**. Il peut s'agir d'une obligation imposée à la partie employeuse de prévoir des quotas en faveur des personnes en situation de handicap, de s'affilier à une caisse de pension, de cotiser à un fonds de formation, de se soumettre à des contrôles ou encore, en cas d'infraction à la CCT, de s'acquitter d'une peine conventionnelle.

Les clauses semi-normatives :

- ne confèrent à la personne bénéficiaire aucune prétention civile directe à l'encontre de la personne obligée (par exemple, la personne salariée n'est pas fondée à exiger de son employeuse qu'elle cotise à un fonds de formation, comme le prévoit la CCT). A cet égard, elles se distinguent des clauses normatives ;
- n'obligent pas les parties à la CCT (N 477). En cela, elles diffèrent des clauses obligationnelles.

482. **Les clauses obligationnelles (art. 356 al. 3 CO).** Ces clauses règlent, d'une part, les rapports entre les parties à la CCT (à ne pas confondre avec les personnes liées) et, d'autre part, le contrôle et l'exécution des clauses normatives et semi-normatives.

> **Exemples**. Il s'agit des clauses relatives à l'entrée en vigueur de la CCT, à la modification et à la fin de la CCT, à la paix du travail, au devoir d'intervention auprès de ses propres membres pour faire respecter la CCT, au contrôle et à l'exécution de la CCT, etc.

Il existe des dispositions obligationnelles découlant de la loi, applicables de manière impérative ou dispositive aux relations entre les parties à la CCT.

> **Exemples**. L'art. 356 al. 4 CO instaure l'égalité entre les parties à la CCT.
>
> L'art. 356a CO prévoit la nullité des clauses qui portent atteinte à la liberté syndicale négative et à la liberté d'exercer une profession.
>
> L'art. 356c CO régit la forme, la durée et les modalités de résiliation de la CCT.
>
> L'art. 357b al. 3 CO règle les rapports internes entre les parties à la CCT en cas d'exécution commune (N 20 *infra*).

483. **Méthodes d'interprétation.** La jurisprudence nous rappelle que la CCT est une institution hybride qui présente à la fois les caractéristiques d'un contrat et celles d'une loi (N 474), avec toutes les difficultés qu'entraîne une telle figure.

Les clauses normatives et semi-normatives d'une CCT s'interprètent de la même manière qu'une loi (interprétation littérale, historique, téléologique et systématique).

> **Jurisprudence**. Les clauses d'une CCT « s'interprètent de la même manière qu'une loi […]. La volonté des parties à la convention collective revêt plus de poids que celle du législateur. Encore faut-il se demander, pour protéger la confiance des parties individuelles n'ayant pas participé à l'élaboration de la convention, si la volonté contractuelle dégagée selon les principes d'interprétation des contrats résiste à une interprétation objective fondée sur la lettre de la clause normative, son sens et sa raison d'être (consid. 3.2). […] La Cour de justice a interprété de façon littérale l'intitulé de l'annexe 1 à la CCT 2010 et de l'annexe 2 à la CCT 2013 ; elle a constaté que le sens résultant de cette interprétation littérale était conforme au but poursuivi par les parties auxdites conventions. Une telle interprétation doit a priori l'emporter sur une éventuelle volonté divergente des parties signataires des deux CCT » (consid. 3.2) (TF, 4A_467/2016 du 8 février 2017).

Au contraire, l'interprétation des clauses obligationnelles intervient selon les règles afférentes aux contrats, c'est-à-dire en recherchant la volonté réelle et commune des parties, et à défaut, en appliquant le principe de la confiance (art. 18 CO). Selon le Tribunal fédéral, il ne faut toutefois « pas surestimer la différence entre les deux méthodes d'interprétation » (TF, 4C.76/2003 du 2 juin 2003).

3.4 Champ d'application de la CCT

484. **Aspect temporel.** La CCT étant un contrat, elle ne produit des effets juridiques directs que pendant sa durée de validité, soit durant la période comprise entre son entrée en vigueur et son échéance.

Si la CCT n'en dispose pas autrement, l'entrée en vigueur intervient dès la conclusion effective de la CCT, c'est-à-dire dès la signature par toutes les parties (cf. condition de la forme écrite, art. 356c al. 1 CO, N 475). En pratique, la date d'entrée en vigueur est souvent fixée par la CCT elle-même de manière expresse. Une entrée en vigueur antérieure à la date de

signature des parties est impossible. En revanche, la CCT peut prendre en compte la période antérieure à la signature pour déterminer l'étendue de droits et obligations qui prendront naissance après la conclusion.

> **Exemple**. Une CCT conclue en juillet ne peut pas fixer les salaires minimaux applicables aux mois de janvier à juin de la même année, ni supprimer le droit au 13e salaire afférent à ces mois et prévu par une CCT antérieure. En revanche, la CCT peut valablement introduire un 13e salaire, échu en fin d'année, et prévoir que celui-ci est calculé sur la base de la totalité des salaires de l'année (et non pas uniquement sur la base des salaires des mois de juillet à décembre).

En ce qui concerne l'échéance, la CCT peut être de durée déterminée ou indéterminée. Dans cette seconde hypothèse, les modalités de résiliation sont prévues soit dans la CCT elle-même, soit subsidiairement par l'art. 356c al. 2 CO ; il est alors possible de résilier la CCT après un an et moyennant le respect d'un délai de congé de six mois ainsi que de la forme écrite (art. 356c al. 1 CO).

A son échéance, la CCT perd ses effets juridiques, de sorte que ses clauses normatives ne produisent plus l'effet direct et impératif sur les contrats individuels de travail prévu par l'art. 357 al. 1 CO. En revanche, un effet indirect posthume est admis (N 490b).

485. **Aspect géographique.** Les CCT de branche ou de métier s'appliquent dans un espace géographique défini, qui peut être une localité, un canton, une région ou tout le pays. Par ailleurs, il est fréquent qu'une CCT nationale soit complétée ou précisée par une CCT locale.

> **Exemple**. La CCNT gros œuvre de niveau fédéral est complétée par une annexe 18, valable uniquement à Genève (« Convention complémentaire Genève ».

Pour déterminer si une relation de travail entre dans le champ d'application géographique d'une CCT, il y a lieu de se référer au lieu de travail habituel de la personne salariée et non pas au siège de la partie employeuse. Une CCT reste applicable, même si la personne salariée exerce temporairement son activité en dehors du champ d'application géographique. Sur le lieu d'exécution temporaire, il se peut qu'une CCT étendue soit simultanément applicable (N 487-488).

486. **Extension en vertu de la LECCT**.

a) *Système*. Les art. 356 à 358 CO sont complétés par la Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT). Fondée sur l'art. 110 al. 1 let. d et al. 2 Cst., la LECCT instaure deux systèmes permettant d'étendre une CCT. D'une part, l'art. 1 LECCT prévoit le principe d'un mécanisme, dit ordinaire, où l'extension d'une CCT peut intervenir à la « requête de toutes les parties contractantes » (cf. aussi art. 8 LECCT). D'autre part, dans le cadre des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, l'art. 1a LECCT instaure un mécanisme spécial d'extension dite facilitée. Selon cette disposition, « si la commission tripartite visée à l'art. 360b CO constate que, dans une branche économique ou une profession, les salaires et la durée du travail usuels […] font l'objet d'une sous-enchère abusive et répétée, elle peut demander, avec l'accord des parties signataires, l'extension » de la CCT, à certaines conditions moins exigeantes qu'en cas d'extension ordinaire (cf. art. 2 al. 3bis LECCT, N 501, 512).

> **Exemple**. Le Conseil fédéral a étendu le champ d'application d'environ 35 CCT, dont certaines, mais pas toutes, s'appliquent sur tout le territoire de la Confédération. Ont notamment été étendues au niveau national, la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés (CCNT) ou la Convention nationale pour le secteur principal de la construction (CN). L'extension d'autres conventions se limite en revanche au territoire de certains cantons, comme la Convention collective de travail du second œuvre romand (CCT-SOR) ou la CCT de la carrosserie (cf. liste régulièrement mise à jour sur le site Internet du SECO).
>
> Certains cantons ont aussi étendu le champ d'application d'une CCT sur tout le territoire de leur canton, à l'instar de Genève à l'égard de la CCT du commerce de détail.

b) *But*. Selon son art. 1, la LECCT permet d'imposer une CCT, pourtant négociée entre des partenaires déterminés, à toutes les parties employeuses et toutes les personnes salariées actives dans une branche économique ou une profession (N 478b), indépendamment de leur appartenance aux organisations signataires de la CCT ou de leur soumission individuelle (N 478d) au sens de l'art. 356b CO.

c) *Compétence pour étendre une CCT*. L'extension d'une CCT relève de la compétence du Conseil fédéral lorsqu'elle vise tout le pays ou le territoire de plusieurs cantons (art. 7 al. 1 LECCT). Lorsqu'elle se limite à tout ou partie du territoire d'un seul canton, elle relève de la compétence de l'autorité cantonale (art. 7 al. 2 LECCT) – en général, du Conseil d'Etat.

d) *Nature de la décision d'extension*. La décision d'extension est un acte administratif de portée générale (cf. ATF 128 II 13, consid. 1d). Alors que la CCT est un instrument de droit privé, la décision d'extension relève donc du droit public.

e) *Conditions matérielles d'extension*. Les art. 2 et 3 LECCT subordonnent l'extension d'une CCT à la réalisation de nombreuses conditions, dont certaines sont évoquées ci-dessous.

aa) CCT de branche ou de profession (N 20, 473). La CCT concernée doit être une CCT de branche ou de profession ; les CCT d'entreprise et de droit public ne peuvent pas faire l'objet d'une extension.

bb) Nécessité. Selon l'art. 2 ch. 1 LECCT, l'extension doit s'avérer nécessaire, dans la mesure où, sans elle, les parties employeuses et les personnes salariées liées par la CCT risquent de subir de graves inconvénients par rapport à la concurrence non tenue de respecter les conditions de travail prévues par la convention.

cc) Prise en compte des intérêts des minorités et des particularités régionales. L'art. 2 ch. 3 LECCT concrétise l'art. 110 al. 2 Cst., selon lequel « le champ d'application d'une convention collective de travail ne peut être étendu que si cette convention tient compte équitablement des intérêts légitimes des minorités et des particularités régionales […] ».

dd) Respect de l'égalité entre les parties, de la liberté syndicale et du droit impératif. La CCT destinée à l'extension ne doit pas violer les droits fondamentaux, en particulier l'égalité devant la loi et la liberté syndicale (art. 110 al. 2 Cst., art. 2 ch. 4 et 5 LECCT). De façon générale, elle ne doit contenir aucune clause contraire aux dispositions impératives du droit fédéral ou cantonal, sous réserve de l'art. 358 CO.

Pour rappel, selon la pyramide des normes : les CCT se trouvent sous les ordonnances fédérales et au-dessus des contrats individuels de travail. Les clauses des CCT qui violent le droit impératif sont nulles et remplacées par les normes impératives violées. L'art. 358 CO fait écho à l'art. 357 al. 2 CO et à son principe de la clause la plus favorable (« toutefois, les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables »), mais il réserve le droit impératif qui s'oppose expressément à ce principe. A ce propos, rappelons que l'art. 361 CO énumère les dispositions absolument impératives, à l'égard desquelles on ne peut pas déroger, y compris en faveur de la personne salariée.

> **Exemples**. Les art. 336 al. 1 et 336a CO figurent dans la liste des dispositions absolument impératives figurant à l'art. 361 CO, ce qui

empêche une CCT de prévoir une amélioration de la protection contre le licenciement.

dd) Majorités à atteindre. Selon l'art. 2 ch. 3 LECCT, l'extension ordinaire (art. 1 LECCT, N 486a) n'est possible que si, cumulativement :

- la majorité des personnes salariées de la branche doit être liée par la CCT (majorité des personnes salariées) ; exceptionnellement, cette condition peut être écartée en cas de faible taux de syndicalisation dans la branche concernée ;
- la majorité des parties employeuses de la branche doit être liée par la CCT (majorité des parties employeuses) ;
- et si les parties employeuses liées occupent la majorité des personnes salariées de la branche concernée (majorité mixte).

Dans le cadre de l'extension facilitée (N 486a), il suffit qu'un seul quorum soit atteint : les parties employeuses doivent occuper au moins 50% des personnes salariées de la branche (majorité mixte) (art. 2 ch. 3bis LECCT). En revanche, elles n'ont pas besoin de représenter au moins 50% des parties employeuses de la branche. Dès lors, si les conditions énoncées à l'art. 1a LECCT sont réalisées (N 486a), un petit nombre d'entreprises occupant un nombre élevé de personnes salariées peut imposer ses conditions de travail à l'ensemble de la branche (par hypothèse composée d'une multitude de petites entités occupant un faible nombre de personnes).

> **Jurisprudence**. Quelle que soit l'hypothèse concernée, extension ordinaire ou facilitée, la jurisprudence précise que « [p]our savoir si une entreprise appartient à la branche économique ou à la profession visée et entre, de ce fait, dans le champ d'application de la CCT étendue, il faut examiner de manière concrète l'activité généralement déployée par l'entreprise en cause […], c'est-à-dire celle qui caractérise son entreprise, et non pas une prestation de service exorbitante de sa sphère d'activité naturelle, qu'elle pourra être amenée à fournir à titre exceptionnel. […] Le but social inscrit au registre du commerce n'est pas déterminant pour trancher la question de l'applicabilité d'une CCT étendue à un employeur qui n'est pas lié par cette convention […]. La jurisprudence a précisé que les entreprises visées par la déclaration d'extension doivent offrir des biens ou des services de même nature que les entreprises qui sont soumises contractuellement à la CCT ; il doit exister un rapport de concurrence directe entre ces entreprises » (TF, 4C.191/2006 du 17 août 2006, consid. 2.2).

f) *Conditions procédurales d'extension*. Au niveau procédural, l'extension d'une CCT suppose une requête conjointe de toutes les parties contractantes (art. 8 LECCT). Cas échéant, l'autorité compétente publie la

demande d'extension en vertu de l'art. 9 LECCT. Quiconque justifie d'un intérêt peut alors s'opposer à l'extension pendant un délai oscillant entre 14 et 30 jours (art. 9 et 10 LECCT). Après avoir pris l'avis de personnes expertes (art. 11 LECCT), l'autorité vérifie si les conditions légales sont remplies et statue en fixant le champ d'application et la durée de validité (art. 12 LECCT). Elle publie enfin sa décision d'extension (art. 14 LECCT).

487. **Conflits entre CCT.** Les éventuels conflits entre CCT sont réglés par le principe de l'unité tarifaire de la convention, c'est-à-dire qu'une entreprise est en principe régie par seule CCT, indépendamment du travail que fournissent les personnes salariées.

> **Exemple**. Un menuisier employé par un hôtel sera soumis à la CCNT de l'hôtellerie-restauration.

Il faut toutefois réserver le cas, fréquent, où une CCT de branche exclut certaines catégories de personnes salariées, telles qu'apprenties, cadres ou le personnel administratif, de son champ d'application.

> **Exemple**. Selon l'art. 1.8 de la CCT Santé 21 (canton de Neuchâtel), les personnes exerçant en tant que médecins sont exclues du champ d'application.

Il découle du principe de l'unité tarifaire que les CCT de branche priment sur les CCT de métier ou sur la CCT d'entreprise. Lorsque plusieurs CCT paraissent devoir s'appliquer au sein d'une entreprise en raison d'une diversité des activités qui s'y déroulent (entreprise mixte improprement dite) et que la règle de primauté précitée ne résout pas le conflit (par exemple, il s'agit de deux CCT de branche), il faut se demander quelle est la prestation qui caractérise l'entreprise, qui en constitue la marque typique.

> **Exemple**. Une entreprise de gros oeuvre, qui fournit donc des prestations de maçonnerie, de démolition, etc., effectue elle-même le transport de ses matériaux. Malgré la diversité des activités, l'entreprise est soumise à la CCT du secteur principal de la construction, et ce, même si le nombre de personnes qu'elle emploie dans le domaine des transports est plus élevé que dans les autres domaines d'activité principaux.

Toutefois, deux ou plusieurs CCT de branche peuvent être applicables dans une même entreprise ou une même exploitation, lorsque l'entreprise est active dans des secteurs d'activité différents, disposant chacun de leur unité organisationnelle propre (entreprise mixte proprement dite) (TF, 4C.350/2000 du 12 mars 2001, consid. 3).

488. **Application de plusieurs CCT.** Enfin, le principe de l'unité du contrat individuel de travail implique que celui-ci n'est en principe soumis qu'à une seule CCT. Il peut toutefois arriver que l'application simultanée de plusieurs CCT soit expressément prévue ou résulte des circonstances, en particulier lorsqu'une CCT locale complète une CCT nationale ou qu'une CCT d'entreprise complète une CCT de branche ou encore que deux ou plusieurs CCT réglementent des objets différents (par exemple, l'une générale et l'autre sur la retraite anticipée).

3.5 Effets de la CCT

489. **Systématique légale.** Les art. 357 ss CO règlent les effets des CCT.

L'art. 357 CO traite des effets – directs et impératifs – des clauses normatives à l'égard des parties employeuses et des personnes salariées liées (N 490a). Nous verrons également que ces mêmes clauses peuvent entraîner un effet indirect et dispositif à l'égard d'autres personnes (N 490b). Nous aborderons également le cas particulier des clauses d'égalité de traitement (N 490c).

L'art. 357a CO la loi détermine les effets de la CCT sur les parties signataires (N 491).

L'art. 357b CO, enfin, instaure un mécanisme propre à la CCT et permettant aux parties signataires d'agir en commun pour exiger l'observation de la CCT. Il s'agit de l'institution de l'exécution commune, par laquelle les associations parties peuvent intervenir auprès de leurs membres, mais également auprès de toutes personnes liées (N 492).

490. **Effets des clauses normatives de la CCT.** La CCT peut produire deux types d'effets à l'égard de ses destinataires : d'une part, direct et impératif (art. 357 al. 1 CO) (a), d'autre part, indirect et dispositif (b).

a) *Effet direct et impératif*. En vertu de l'art. 357 CO, les clauses d'une CCT régissant les conditions de travail ont un effet direct et impératif envers les personnes salariées et entreprises liées (N 478), dès la conclusion de la CCT et indépendamment de la volonté des parties au CIT.

Les personnes liées par une CCT le restent jusqu'au terme de cette dernière. La date d'échéance est fixée par les parties et figure dans le texte. Lorsqu'une CCT expire, son effet direct et impératif cesse en même temps.

Selon l'art. 357 al. 2 CO, les clauses prévues par les contrats individuels de travail qui dérogent à la CCT sont nulles et automatiquement remplacées par celles de la CCT. Une telle disposition ne laisse aucune place à la reconnaissance d'une nullité partielle au sens de l'art. 20 al. 2 CO (arrêt zurichois, JAR 1987 p. 337).

Toutefois, les clauses du CIT qui prévoient un régime plus favorable que la CCT pour les personnes salariées sont valables (principe de la clause la plus favorable, art. 357 al. 2 CO). Ainsi, une CCT ne peut jamais imposer des conditions de travail avec des maxima (salaire maximal, durée maximale des vacances, etc.) que les contrats individuels de travail ne pourraient pas dépasser.

La question de savoir si la clause d'un CIT est plus favorable à la personne salariée que la CCT peut être examinée de manière abstraite, objective, ou de façon concrète, en fonction des circonstances propres au cas d'espèce. Le Tribunal fédéral privilégie une approche objective et estime qu'il convient d'adopter la perspective d'une personne salariée raisonnable, placée au moment de la conclusion du contrat (ATF 134 III 399, JdT 2008 I 535).

> **Exemple**. D'un point de vue objectif, un délai de congé plus long est considéré comme plus favorable à la personne salariée. Ainsi, la personne qui résilie son contrat de travail ne peut pas écarter l'application d'un délai de congé contractuel plus long que le délai conventionnel sous prétexte que, dans son cas, il lui est préférable de mettre un terme aux rapports de travail le plus rapidement possible.

Enfin, l'identification de la clause la plus favorable peut intervenir de deux façons, soit en comparant la CCT et le CIT par secteurs ou groupes de dispositions traitant d'une même thématique (celles relatives à la durée du travail, celles sur la rémunération ou encore celles afférentes aux congés et aux vacances), soit en examinant chaque disposition de façon isolée.

Le Tribunal fédéral ne tranche pas tout à fait la question. Dans un arrêt où il penche en faveur de la comparaison par secteurs, il applique une comparaison quasi individuelle en refusant de réunir dans un même groupe les dispositions sur le salaire ordinaire et celles relatives au salaire des vacances. Il avance en outre plusieurs arguments favorables à la comparaison individuelle (respect du but de protection voulu par les parties

à la CCT, meilleure transparence des conditions de travail, etc.) (ATF 134 III 399, JdT 2008 I 535).

b) *Effet indirect et dispositif*. Lorsque la CCT est incorporée au CIT, c'est-à-dire lorsque la partie employeuse liée par la CCT décide d'appliquer la convention à l'ensemble de son personnel lié et non lié (N 478c), la CCT produit un effet indirect et dispositif pour les personnes non liées, au même titre que des conditions générales intégrées au contrat individuel de travail.

En outre, lorsqu'échoit le terme d'une CCT et que disparaît son effet direct et impératif, les parties au contrat individuel de travail qui comptaient parmi les personnes liées lorsque la CCT était en vigueur sont présumées accepter de continuer à l'appliquer à titre indirect et dispositif jusqu'à une modification du CIT ou la conclusion d'une nouvelle CCT.

Par interprétation de l'art. 357 CO *a contrario*, les parties au CIT peuvent dans ce cas déroger à la CCT, à la faveur ou au détriment de la personne salariée. La partie employeuse qui souhaiterait imposer une péjoration des conditions de travail peut recourir à l'instrument du congé-modification (sur les conditions à respecter pour qu'un tel congé soit licite, voir N 415-416).

L'effet indirect et dispositif perdure au-delà du terme de la CCT (effet posthume de la CCT), lorsque les parties au CIT continuent de l'appliquer.

c) *Clauses d'égalité de traitement*. Nous avons évoqué la nécessité de distinguer, d'une part, le mécanisme d'intégration conventionnelle de la CCT à tous les CIT au sein d'une entreprise et, d'autre part, les clauses d'égalité de traitement – ou d'extension – prévues par la CCT (N 478b).

En effet, ces dernières ne relèvent pas d'une décision unilatérale de la partie employeuse, mais figurent dans la CCT en tant qu'obligation négociée entre les parties à la CCT et imposée aux parties employeuses liées. Deux cas de figure peuvent être envisagés :

- CCT conclue par des associations professionnelles : la CCT contient une clause semi-normative (N 481) consistant à imposer l'application de la CCT à l'ensemble du personnel, lié et non lié, des parties employeuses liées (en particulier les entreprises membres d'une association patronale signataire). Les personnes employées par une entreprise liée ne disposent d'aucune prétention civile contre cette dernière. En effet, une CCT applicable en vertu d'une clause d'égalité de traitement ne déploie en principe pas un effet direct : la personne salariée non syndiquée occupée par l'entreprise liée ne peut pas se prévaloir d'une stipulation pour autrui parfaite au sens de l'art. 112

al. 2 CO, car l'entreprise ne constitue pas l'une des « parties » à la CCT (ATF 123 III 129). Les organisations patronales et syndicales signataires de la CCT peuvent en revanche exiger de l'entreprise le respect de la clause d'égalité de traitement.

· CCT à laquelle une entreprise est partie : si la clause d'égalité figure dans une CCT à laquelle une entreprise est partie, elle instaure une stipulation pour autrui parfaite (art. 112 al. 2 CO) assumée par l'entreprise en faveur des personnes qu'elle emploie. Ces dernières peuvent alors directement s'en prévaloir. La CCT déploie un effet direct à l'égard des personnes non liées par la CCT.

Jurisprudence. « Lorsqu'une CCT passée par des associations contient une clause d'extension, celle-ci n'est pas de nature normative, mais obligationnelle […]. La clause d'extension concerne uniquement les droits et obligations des parties à la convention. Le travailleur non lié censé bénéficier de la CCT ne dispose d'aucun moyen direct de faire respecter la convention à son égard (stipulation pour autrui imparfaite) ; il peut uniquement demander que les parties à la CCT interviennent auprès de l'employeur lié […]. Il est toutefois possible, dans certains cas, que la clause d'égalité s'interprète comme une stipulation pour autrui parfaite ; le travailleur non organisé dispose alors d'un droit propre, mais uniquement contre l'association patronale signataire de la convention, afin qu'elle agisse auprès de son membre […]. Lorsque la clause d'extension figure dans une convention collective d'entreprise, le promettant n'est pas une association d'employeurs, mais bien l'employeur lui-même. Si la volonté des parties à la convention est d'accorder un droit propre au travailleur non syndiqué, rien n'empêche ce dernier, en ce cas, d'agir directement contre l'employeur pour obtenir le respect de la CCT. » (ATF 139 III 60).

491. **Effets de la CCT à l'égard des parties (art. 357a CO).** La CCT peut produire plusieurs effets à l'égard des parties signataires : respect de la CCT (a), devoir d'intervention (b) et maintien de la paix du travail (c).

a) *Respect de la CCT*. Il va de soi que les parties signataires d'une CCT doivent respecter mutuellement leurs engagements contractuels, conformément à l'adage *pacta sunt servanda*.

b) *Devoir d'intervention (art. 357a al. 1 CO)*. De surcroît, l'art. 357a al. 1 CO leur impose une obligation supplémentaire ; elles doivent veiller au respect de la CCT par leurs membres. En effet, la CCT produit des effets juridiques pour des tiers – notamment, les entreprises et les personnes salariées liées. Un tel devoir d'intervention des parties signataires auprès de leurs membres est ainsi une voie indirecte permettant d'assurer le respect des clauses normatives et semi-normatives par les personnes liées.

Le devoir d'intervention incombant aux parties signataires comprend tout d'abord un devoir d'information, en particulier sur le champ d'application, le contenu et les obligations résultant de la CCT. Les parties signataires doivent donc remettre à leurs membres le texte de la convention et ses éventuels avenants en temps opportun.

Ensuite, lorsqu'une personne allègue une violation de la CCT, la partie signataire doit procéder aux investigations nécessaires auprès de son membre pour déterminer le bien-fondé de la dénonciation.

Enfin, en cas de violation établie, la partie signataire doit intervenir activement auprès de son membre pour qu'il rétablisse la situation conformément au droit applicable. A cet effet, elle jouit de moyens juridiques statutaires et légaux (avertissement, blâme, amende – peine conventionnelle –, voire, dans les cas particulièrement graves, retrait du soutien de l'organisation, qui perd alors toute autorité sur le membre exclu). En outre, les autres parties peuvent également disposer d'un droit d'action directe si la CCT prévoit un mécanisme d'exécution commune (art. 357b CO, N 492).

Lorsqu'une partie signataire viole son devoir d'intervention, elle engage sa responsabilité contractuelle. La partie signataire lésée peut alors agir en exécution ou réclamer des dommages-intérêts pour obtenir la réparation du préjudice subi (art. 97 al. 1 CO). La CCT peut également prévoir des sanctions spécifiques, en particulier une peine conventionnelle, une obligation de publier le jugement aux frais de l'autre partie ou une obligation de réparation du préjudice causé par le membre de l'association signataire ayant violé son devoir d'intervention.

L'art. 357a CO n'instaure en revanche aucun devoir d'intervention des parties signataires auprès des personnes, morales ou physiques, qui se sont soumises individuellement à la CCT (art. 356b CO ; N 478d) ou auxquelles la CCT a été étendue (LECCT ; N 478b, 486).

c) *Maintien de la paix du travail (art. 357a al. 2 CO)*.

aa) Fruit de l'équilibre. La paix du travail résulte de l'équilibre trouvé pour une certaine durée entre les intérêts des parties employeuses et salariées. Juridiquement, la paix du travail se concrétise par la conclusion et le renouvellement de la CCT.

bb) Contenu. En vertu de l'art. 357a al. 2 CO, les parties signataires doivent maintenir la paix du travail et, en particulier, s'abstenir de tout moyen de combat quant aux matières réglées dans la convention (N 466).

A ce propos, notons que les grèves d'avertissement, déclenchées avant l'expiration d'une convention pour obtenir un plus grand poids dans les négociations en cours ou à venir, sont susceptibles de violer l'art. 357a al. 2 CO lorsqu'elles portent sur des matières réglées par la CCT en vigueur.

A contrario, l'absence de CCT équivaut à l'absence d'obligation de paix du travail, sous réserve des obligations découlant, dans un sens plus large, de l'art. 28 al. 2 Cst. Ce dernier contraint les partenaires sociaux à régler les conflits, autant que possible, par la négociation et la conciliation.

Il faut distinguer la paix du travail absolue ou illimitée, qui interdit totalement aux parties de recourir aux moyens de combat et qui n'existe que si la CCT le prévoit expressément (art. 357a al. 2 *in fine* CO), de la paix du travail relative. Cette dernière signifie que les parties peuvent recourir aux moyens de combat pour des questions non résolues par la CCT.

cc) Nature. L'obligation de paix du travail est de nature obligationnelle et non pas normative. Elle ne lie que les parties signataires. Par conséquent, elle ne peut pas faire l'objet d'une décision d'extension (N 478b, 486).

dd) Effet pour les personnes liées. Si l'obligation de paix du travail ne s'adresse pas directement aux personnes salariées, la question de savoir si elle a été respectée est déterminante pour juger de la licéité d'une grève et donc pour établir si une personne salariée gréviste a violé ou non ses obligations contractuelles (art. 321a CO ; N 469, 472).

ee) Voies de droit. En cas de violation de l'obligation de paix du travail, la responsabilité contractuelle de la partie en infraction est engagée et permet à la partie lésée de réclamer des dommages-intérêts (art. 97 ss CO). En cas d'atteinte imminente, l'autre partie peut agir en cessation de l'atteinte (art. 28 al. 1 ch. 2 CC). Dans ces deux hypothèses, les art. 261 ss CPC permettent de requérir des mesures provisionnelles. En pratique, les CCT prévoient souvent des peines conventionnelles et l'obligation de publier le jugement aux frais de l'autre partie.

ff) Règlement des conflits par la conciliation. L'art. 357a al. 2 CO concrétise une obligation de paix du travail qui découle en premier lieu de l'art. 28 al. 2 Cst. Cet article instaure la prééminence de la négociation et de la conciliation en cas de conflit. A cet effet, les pouvoirs publics peuvent imposer aux parties, pendant une certaine durée, de recourir à une conciliation (art. 28 al. 3 *in fine* Cst.). Telle est la tâche confiée à l'Office de conciliation de la Confédération, institué par la Loi fédérale concernant

l'Office fédéral de conciliation (OFCMCCT), ainsi qu'aux offices cantonaux, institués conformément aux art. 30 ss LFab.

Au niveau fédéral, l'Office fédéral de conciliation en matière de conflits collectifs du travail intervient, sur demande expresse des parties, lorsqu'un conflit collectif s'étend au-delà du territoire d'un seul canton et si toutes les tentatives d'arrangement des parties ont échoué. Lorsque la CCT applicable instaure un organe de conciliation ou un tribunal arbitral, l'intervention de cet Office est exclue, car les art. 1 al. 3 OFCMCCT et 33 LFab prévoient la subsidiarité de la compétence étatique par rapport à la conciliation privée.

A Neuchâtel, un arrêté du Conseil d'Etat concernant l'institution d'un office cantonal de conciliation en matière de conflits collectifs du travail du 31 août 2009 (RS/NE 810.40), charge cette autorité cantonale de régler les différends d'ordre collectif entre parties employeuses et personnes salariées, en particulier concernant l'élaboration, l'application et l'interprétation d'une CCT.

A Genève, la Chambre des relations collectives de travail (CRCT) constitue l'autorité de conciliation pour les différends d'ordre collectif (à partir de 6 personnes salariées selon l'art. 2 RCRCT). Si la conciliation réussit, l'accord des parties déploie les effets d'un jugement exécutoire. Si la tentative de conciliation échoue, la CRCT propose aux parties de s'ériger en tribunal arbitral public. Pendant toute la saisine de la CRCT, les parties se voient interdire le recours aux mesures de combat (art. 12 LCRCT).

En vertu de l'autonomie tarifaire des parties, découlant de la liberté syndicale, l'office de conciliation étatique, qu'il soit fédéral ou cantonal, ne peut que proposer – et non imposer – son arbitrage aux parties en conflit (art. 5 OFCMCCT et 34 LFab *a contrario*). Les offices peuvent fonctionner comme organe de conciliation ou, moyennant l'accord des parties, comme tribunal arbitral (N 495). Dans cette seconde hypothèse seulement, la décision est contraignante. Par ailleurs, la CCT peut attribuer la faculté de trancher les litiges concernant son application à un tribunal arbitral *ad hoc*, qui n'est pas nécessairement l'autorité fédérale ou cantonale compétente en matière de conflits collectifs du travail.

492. **Exécution commune**.

a) *Communauté conventionnelle*. En vertu de l'art. 357b CO, les parties signataires de la CCT peuvent décider de former une communauté conventionnelle et d'unir leurs efforts pour atteindre un but commun, en

particulier l'objectif de contrôle des conditions de travail dans la branche, l'évaluation de la formation continue mise en place par la CCT ou encore le développement des prestations sociales prévues par la convention, etc.

La communauté conventionnelle ainsi instaurée relève d'un contrat de société simple au sens des articles 530 ss CO. En vertu de l'art. 535 CO, les parties signataires doivent gérer en commun la « communauté conventionnelle ».

b) *Mécanisme d'exécution commune*. Lorsque la CCT aménage une communauté conventionnelle, il est possible d'instaurer un mécanisme d'exécution commune, lequel confère aux parties signataires, agissant en commun, des droits d'action directe à l'encontre des personnes liées par la CCT.

c) *Conditions*. La validité de l'exécution commune est soumise à trois conditions : la volonté d'instaurer une exécution commune (aa), prévue par des associations (bb), et autorisée par leurs statuts ou par leur organe suprême (cc).

aa) Volonté d'instaurer une exécution commune. Selon l'art. 357b al. 1 CO, la CCT doit prévoir le mécanisme de l'exécution commune. Tel est le cas lorsque les parties signataires stipulent dans la CCT qu'elles auront le droit, en commun, d'en exiger l'observation de la part des parties employeuses et des personnes salariées. La volonté d'une exécution commune doit ressortir clairement de la CCT, mais l'art. 357b al. 1 CO n'exige pas la référence expresse à l'exécution commune.

bb) Prévue par des associations. Seules les associations peuvent prévoir une exécution commune. Ce mécanisme est donc exclu lorsque l'une ou plusieurs des parties signataires sont des entreprises individuelles.

cc) Exécution expressément autorisée par les statuts ou par l'organe suprême de l'association (art. 357b al. 2 CO). Selon l'art. 357b al. 2 CO, les associations peuvent prévoir une exécution commune seulement si leurs statuts les y autorisent ou si leur organe suprême, c'est-à-dire leur assemblée générale, le leur permet, et ce, de manière expresse.

d) *Mise en œuvre par les commissions paritaires*. Un grand nombre de CCT instituent des organes partitaires – souvent appelés commissions paritaires – chargés de gérer la « communauté conventionnelle ». Les commissions paritaires sont composées du même nombre de représentants syndicaux et patronaux. Elles se distinguent des commissions tripartites dans lesquelles siège l'Etat et qui rend des décisions administratives (N 512).

Leur mission consiste à assurer l'exécution commune. Dans ce cadre, elles peuvent procéder à des contrôles dans les entreprises – auxquels elles ont donc accès – et infliger aux contrevenantes les sanctions prévues par la CCT. Elles peuvent aussi assumer des tâches plus administratives, telles que l'encaissement des contributions aux frais d'exécution et de formation, la publication de la convention ou l'acceptation des soumissions individuelles (au sens de l'art. 356b CO).

Les art. 356 ss CO ne contiennent pas de règles spécifiques concernant les organes paritaires. Leur composition, leur mode de désignation, les tâches et les pouvoirs de ces organes sont librement définis par les parties signataires dans la CCT elle-même, sous réserve du principe d'égalité prévu à l'art. 356 al. 4 CO.

d) Voies de droit ouvertes en cas d'exécution commune prévue par la CCT. Le mécanisme de l'exécution commune prévu à l'art. 357b CO ne permet pas aux parties à la CCT ou à leur commission paritaire de rendre des décisions exécutoires, comme le ferait une autorité administrative. Lorsqu'un tel mécanisme est prévu dans une CCT, il ne donne aux organisations signataires que des prétentions civiles à l'encontre des entreprises employeuses et des personnes salariées liées et les avis de la commission paritaire constituent des simples prises de position.

Par conséquent, lorsqu'une sanction infligée par une commission paritaire à une entreprise ou à une personne salariée n'est pas exécutée, il appartient aux parties signataires d'agir en justice, par le biais, cas échéant, de la commission paritaire, pour obtenir un jugement condamnatoire à son encontre.

Les actions disponibles dans le cadre de l'exécution commune sont, notamment, les actions en constatation (aa), l'action en paiement de cotisation (bb) et l'action en maintien de la paix du travail (cc).

aa) Action en constatation. Selon l'art. 357b al. 1 let. a CO, l'exécution commune des clauses normatives se fait uniquement par le biais d'une action en constatation de droit. Par conséquent, les parties signataires ne peuvent agir en commun à l'encontre d'une partie employeuse pour demander le paiement de montants dûs à des personnes salariées. L'utilité de l'action en constatation réside en premier lieu dans la sauvegarde de l'autorité de la CCT, puisqu'elle met officiellement en évidence que certains comportements constituent une violation. En second lieu, cette action facilite celle intentée de manière individuelle par des personnes salariées concernées. Toutefois, la prescription de la créance de la personne

salariée n'est pas interrompue par l'action en constatation de la communauté conventionnelle, ce qui relativise l'intérêt de cette action-là.

bb) Action en paiement de cotisation. Selon l'art. 357b al. 1 let. b CO, le mécanisme de l'exécution permet aux parties contractantes d'exiger directement des entreprises et des personnes salariées liées, le paiement de cotisations à des caisses de compensation, donc à des tiers, et à d'autres institutions concernant les rapports de travail. Il s'agit souvent d'institutions créées sur la base de la CCT et gérées en commun par les parties signataires.

cc) Action en maintien de la paix du travail. Selon l'art. 357b al. 1 let. b CO, les parties peuvent agir en justice pour exiger le maintien de la paix du travail. Cette action rappelle que le respect de la paix du travail incombe en premier lieu aux parties signataires (art. 357a al. 1 CO). L'art. 357b al. 1 CO leur permet d'exiger le respect de la paix du travail à l'égard des entreprises et des personnes salariées liées, y compris auprès de celles qui se sont soumises individuellement à la CCT au sens de l'art. 356b CO.

dd) Contrôles. Au sens de l'art. 357b al. 1 let. c CO, les parties signataires, généralement représentées par leur commission paritaire, disposent du droit de contrôler le respect de la convention collective. Dans les CCT importantes, des personnes sont engagées pour inspecter les entreprises et réaliser ces contrôles. Lorsqu'une entreprise liée refuse de se soumettre à un contrôle, les parties signataires peuvent saisir les tribunaux civils pour que les dispositions conventionnelles soient respectées.

3.6 Sanctions en cas de violation de la CCT

493. **Peine conventionelle.** La CCT peut prévoir qu'en cas d'infraction, les parties signataires disposent d'une prétention à l'encontre de la partie employeuse ou de la personne salariée fautive en paiement d'une peine conventionnelle. Celle-ci peut être réclamée devant les tribunaux civils compétents. La peine conventionnelle n'exclut pas le sort des prétentions que les parties au contrat individuel de travail pourraient faire valoir parallèlement.

> **Exemple**. Une partie employeuse qui verse un salaire inférieur au salaire minimum prévu par la CCT peut se voir infliger une peine conventionnelle si les parties signataires intentent une action contre elle. Elle peut

également devoir compléter le salaire à concurrence du montant prévu par la CCT si les personnes salariées estent en justice sur ce fondement.

Lors de la mise en œuvre de la clause prévoyant une peine conventionnelle en cas d'infraction, le tribunal a la possibilité de réduire le montant de la peine s'il le juge disproportionné compte tenu des circonstances du cas (art. 163 al. 3 CO).

3.7 Procédure

494. **Tribunal compétent.** Les litiges entre les parties à la CCT relèvent du droit civil. En fonction de l'organisation judiciaire cantonale, ils peuvent relever de la compétence matérielle des tribunaux civils ordinaires ou de tribunaux spécialisés (à Genève, par exemple, Tribunal des Prud'hommes puis Chambre des prud'hommes de la Cour de justice) (N 594-595).

495. **Arbitrage.** Il est toutefois fréquent que la CCT attribue une telle compétence à un tribunal arbitral. Ce dernier relève en principe du droit privé et il doit alors présenter des garanties d'indépendance et d'impartialité. Le TF doit pouvoir revoir directement la décision sur recours (art. 77 al. 1 LTF et 363 CPC). En revanche, le tribunal arbitral relève du droit public lorsqu'il est constitué par une entité publique, telle que la CRCT à Genève. Cas échéant, le principe de la double instance cantonale s'applique et un recours direct au TF selon l'art. 77 al. 1 LTF est exclu (TF, 4A_53/2016 du 13 juillet 2016).

3.8 Liberté syndicale, liberté d'exercer une profession et clauses des CCT

496. **Contrainte de soumission à une CCT.** Contrairement à l'art. 356a al. 1 CO qui prohibe la contrainte d'affiliation à une organisation, la contrainte de soumission à une CCT n'est pas illicite en soi (art. 356b al. 3 CO *a contrario*). Il faut toutefois réserver le cas où la contrainte vise les membres d'une association qui se voit refuser par les parties signataires

l'adhésion à la CCT alors que l'association remplit les conditions pour être qualifiée de partenaire social.

L'art. 356b al. 3 CO frappe ainsi de nullité exclusivement « les clauses et les accords entre les parties qui tendent à contraindre les membres d'associations d'employeurs ou de travailleurs à se soumettre à la convention [...] [alors que] ces associations ne peuvent devenir parties à la convention ou conclure une convention analogue ».

En effet, la garantie de la liberté syndicale des personnes salariées, des parties employeuses et de leurs associations exige de privilégier l'adhésion de l'organisation à la soumission individuelle des membres, afin d'étendre les effets de la convention collective et le poids de ces organisations lors des négociations.

> **Jurisprudence**. Un travailleur ne peut pas être contraint de payer une contribution de solidarité lorsque les parties à la convention collective refusent l'adhésion du syndicat auquel il appartient et que le syndicat remplit les conditions pour être reconnu comme partenaire social (N 462b) (ATF 141 III 418).

497. **Protection de la liberté d'exercer une profession (art. 356a CO).** L'art. 27 Cst. protège la liberté économique en ce qu'elle « comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice » (al. 2).

L'art. 356a al. 2 CO concrétise cette garantie en interdisant les clauses de CCT et les accords qui tendent à empêcher ou à limiter l'exercice d'une profession ou d'une activité déterminée par la personne salariée ou encore l'acquisition de la formation nécessaire à cet effet. Ainsi, l'art. 356a al. 2 CO interdit aux parties contractantes d'utiliser l'institution de la CCT à des fins exclusivement protectionnistes et de prévoir des systèmes de *numerus clausus* qui restreignent l'accès des personnes salariées à une activité professionnelle ou à une formation.

> **Exemple**. Il fut un temps, désormais révolu, où de telles clauses étaient utilisées pour exclure les femmes d'un domaine d'activité, car leurs salaires inférieurs concurrençaient ceux des hommes.

Conformément à l'art. 36 Cst., l'art. 356a al. 3 CO prévoit que de telles clauses peuvent être admissibles si elles se justifient par d'autres intérêts prépondérants dignes de protection, tels que la sécurité et la santé ou la qualité du travail.

Exemple. Une CCT peut contenir des dispositions protectrices limitant le recours au travail sur appel ou imposant des restrictions sur le plan des horaires, même si ces clauses empêchent indirectement certaines catégories de personnes salariées (précaires) d'accéder à une profession.

498. **Liberté d'affiliation (art. 356a al. 1 CO).** Selon l'art. 356a al. 1 CO, « les clauses de la convention et les accords entre les parties qui tendent à contraindre des employeurs ou des travailleurs à s'affilier à une association contractante sont nuls ».

Ainsi, les CCT ne doivent pas contrevenir à la liberté syndicale négative en tendant à contraindre les personnes salariées dissidentes à devenir membres d'un syndicat. Cette limitation empêche par exemple que les partenaires sociaux conviennent de clauses prévoyant que les parties employeuses engagent uniquement des membres du syndicat partenaire (*accords de closed-shop*) ou que les personnes salariées engagent uniquement des membres du syndicat partenaire (accord d'*union-shop*) (N 459).

Toutefois, l'art. 356a al. 1 CO n'interdit en principe pas les clauses conventionnelles qui prévoient des avantages en faveur des seuls travailleurs affiliés au syndicat contractant (clauses dites de *preferential-shop*).

Bibliographie thématique

ANDERMATT/BIANCHI/BRUCHEZ et al., Droit collectif du travail, Bâle 2010, pp. 155-293 ; AUBERT, Le droit de négocier ou d'adhérer à une convention collective de travail, in : Corboz (édit.), Mélanges Robert Patry, Lausanne 1988, pp. 21-39 ; CS/CIT-BRUCHEZ, *ad* art. 356-357 et 357b-358 CO ; CS/CIT-BRUCHEZ/DONATIELLO, *ad* art. 357a CO ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, *ad* art. 356 ss CO ; BSK-OR-PORTMANN/RUDOLPH, *ad* art. 356-358CO ; CR/CO-AUBERT, *ad* art. 356 ss CO ; DUNAND, L'exécution des peines conventionnelles notifiées par les commissions paritaires, in : Müller/Pärli/Wildhaber (édit.), Arbeit und Arbeitsrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zurich/Saint-Gall 2017, pp. 55-68 ; MEIER, Droit collectif du travail et droit de la concurrence, SJ 2017 II, pp. 93-121 ; MÜLLER, Le droit de négocier collectivement les conditions de travail : emploi privé et fonction publique, in : Wyler (édit.), Panorama III en droit du travail, Berne 2017, pp. 509-540 ; BK/OR-REHBINDER/STÖCKLI, *ad* art. 356 ss CO ; VISCHER/ALBRECHT, *ad* art. 356-358 CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *ad* art. 356-358 CO ; WYLER/HEINZER, Droit du travail, Berne 2019, pp. 1039-1101.

Chapitre 4 Contrats-types de travail

4.1 Généralités

499. **Nature, définition et objectif du CTT.** Le contrat-type de travail est un acte normatif, une loi – fédérale ou cantonale – au sens matériel, qui fixe des normes de droit privé. Quand le CTT est cantonal, il constitue du droit privé cantonal. Il permet d'assurer une protection minimale des personnes salariées dans les secteurs économiques qu'aucune CCT ne règlemente.

500. **Points communs et différences avec la CCT.** Tant la CCT que le CTT tendent à aménager collectivement les relations de travail dans un secteur économique donné. Le législateur a ainsi choisi de traiter ces deux institutions dans un chapitre commun du Titre dixième du Code des obligations (Chapitre III). La différence entre ces deux sources juridiques réside dans leur nature : le CTT est un acte normatif, alors que la CCT émane de la volonté des parties. En outre, alors que la CCT n'est, en principe, conclu que pour un certain laps de temps (N 484), un CTT peut être de durée déterminée ou indéterminée (du moins dans le régime ordinaire, cf. N 507, 514).

Par ailleurs, il ne faut pas confondre le contrat-type de travail avec les modèles « types » de contrat que proposent diverses associations professionnelles notamment.

4.2 Deux régimes de CTT

501. **Distinction.** Les articles 359, 359a et 360 CO règlent les CTT ordinaires, qui sont de nature dispositive.

A ce régime commun, s'ajoute un régime renforcé, prévu depuis 2004 aux articles 360a à 360f CO, en vertu desquels sont adoptés des CTT fixant des salaires minimaux impératifs. Afin de lutter contre la sous-enchère salariale et sociale, la Suisse a en effet introduit trois mesures

d'accompagnement à l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) conclu entre la Suisse, l'Union européenne et les Etats membres de cette dernière :

- la LDét,
- les art. 360a à 360f CO,
- les dispositions de la LECCT facilitant l'extension des CCT.

Adoptée en 1999, la LDét, aujourd'hui appelée Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail, permet depuis 2013, à certaines conditions, de fixer des salaires minimaux impératifs par le biais d'un contrat-type de travail au sens des art. 360a ss CO (N 13, 81, 509-514).

4.2.1 Régime commun

502. **Contenu.** Les CTT ordinaires adoptés en vertu des articles 359 à 360 CO contiennent des normes – de nature dispositive – relatives à la conclusion, l'objet et la fin du contrat individuel de travail. Ainsi, les CTT ordinaires ne se limitent pas à la question du salaire et portent sur sur toutes les matières qui pourraient faire l'objet de clauses normatives s'il s'agissait d'une CCT (art. 356 al. 1 CO), par exemple la durée maximale du travail.

Les CTT se rencontrent dans les secteurs économiques qui pratiquent peu la négociation collective, tels que l'agriculture ou l'économie domestique. Dans ces deux secteurs, qui sont exclus du champ d'application de la LTr (art. 2 al. 1 let. d et g LTr), l'art. 359 al. 2 CO oblige du reste les cantons à édicter un CTT. L'objectif est de conférer aux travailleuses et travailleurs concernés une protection équivalente à celle prévue par la LTr. Rappelons toutefois que – contrairement à la LTr – les CTT ordinaires sont de nature dispositive (art. 360 al. 2 CO), même lorsqu'ils sont édictés en vertu de l'obligation prévue à à l'art. 359 al. 2 CO.

503. **Place dans la hiérarchie des normes.** L'art. 359 al. 3 CO renvoie à l'application de l'art. 358 CO par analogie (N 19, 21, 474, 486d). Ainsi, le droit impératif de la Confédération et des cantons l'emporte. En outre, comme le CTT du régime ordinaire déploie des effets dispositifs, la volonté des parties prime ses dispositions. Dans la pyramide des normes, il se place

donc sous le contrat individuel de travail, mais au-dessus du règlement d'entreprise (art. 37 LTr) (N 27, 177-180) et des directives de la partie employeuse (art. 321d CO).

504. **Conditions.** L'autorité compétente selon l'art. 359a CO dispose d'un plein pouvoir d'appréciation pour décider de l'adoption ou non d'un CTT (exception faite des secteurs de l'économie domestique et de l'agriculture, cf. art. 359 al. 2 CO). Elle agit de sa propre initiative.

505. **Compétence.** En fonction du champ d'application du CTT envisagé, l'autorité compétente sera la Confédération (territoire national ou comprenant plusieurs cantons) ou l'autorité cantonale (un seul canton). Les cantons désignent généralement l'autorité exécutive, mais certains ont préféré une autorité judiciaire ou de nature apparentée, à l'instar de Genève qui a habilité la Chambre des relations collectives de travail à édicter des CTT (art. 1 al. 1 let. c LCRCT).

506. **Effets (art. 360 CO).** Le CTT du régime ordinaire produit un effet direct et immédiat – déployé dès l'entrée en vigueur du CTT et pour tous les contrats individuels de travail qu'il régit, même si les parties concernées ne s'y réfèrent pas dans le CIT ou qu'elles ignorent l'existence du CTT. Ainsi, le CTT ordinaire est applicable directement et immédiatement (art. 360 al. 1 CO). Vu sa nature dispositive, les parties au CIT peuvent toutefois conclure des accords dérogatoires, en faveur ou en défaveur de la personne salariée (art. 360 al. 2 CO). La volonté des parties au CIT prime sur le CTT ordinaire, ce qui relativise l'efficacité de cet instrument et sa propension à atteindre l'objectif de protection visé. Le contrat-type peut toutefois prévoir que les accords dérogeant à certaines de ses dispositions doivent être passés en la forme écrite (art. 360 al. 2 CO).

507. **Durée.** Le CTT ordinaire peut être de durée déterminée ou indéterminée.

508. **Procédure d'adoption, abrogation ou modification (art. 359a al. 2-4 CO).** Préalablement à l'édiction d'un CTT, l'art. 359a al. 2 CO prévoit la publication du projet de CTT, suivie d'une période de consultation assortie d'un délai suffisant – d'au moins quatorze jours – pour exprimer les observations. Une fois la consultation achevée, le CTT doit paraître dans une feuille d'avis officielle. Selon l'art. 359a al. 3 CO, le

CTT entre en vigueur après cette seconde publication. La même procédure s'applique en cas d'abrogation ou de modification (art. 359a al. 4 CO).

4.2.2 Régime renforcé

509. **Objet et caractère impératif.** Les CTT édictés en vertu du régime renforcé portent uniquement sur la rémunération. Afin de lutter contre la sous-enchère salariale, ils fixent des salaires minimaux. Les parties au CIT ne peuvent pas valablement convenir d'une rémunération inférieure aux minimas prévus, qui sont de nature impérative. En particulier, la personne salariée ne peut pas valablement renoncer aux salaires et aux arriérés de salaires auxquels un tel CTT lui donne droit tant que dure le contrat de travail ansi que pendant le mois qui suit le terme du CIT (art. 341 CO). En revanche, les parties sont libres de prévoir un salaire plus élevé (cf. N 15 *infra*).

510. **Conditions (art. 360a CO).** Les conditions nécessaires à la promulgation d'un tel CTT sont (art. 360a al. 1 CO) :

- l'absence de CCT susceptible d'extension (a) ;
- l'existence d'une sous-enchère salariale abusive par rapport aux salaires usuels dans la localité, la branche ou la profession (b) et répétée (c) ;
- la proposition d'une commission tripartite (d).

a) *Absence de CTT*. Le CTT ne peut être édicté que si aucune CCT susceptible d'extension ne régit la rémunération dans le secteur concerné. Trois hypothèses peuvent être envisagées :

- Absence de CCT ;
- CCT sans salaires minimaux ;
- CCT avec salaires minimaux, mais non réalisation des conditions d'extension prévues par la LECCT (N X CCT).

b) *Sous-enchère abusive par rapport au salaire usuel*. La réalisation de cette condition suppose tout d'abord de déterminer le salaire usuel (fourchette) dans la branche, la profession ou la région. Ensuite, la sous-enchère est abusive lorsqu'elle se révèle évidente. Ni la loi, ni la

jurisprudence ne fixe le seuil à partir duquel la différence entre le salaire usuel et les salaires versés devient significative. Il convient de déterminer au cas par cas, sur la base d'un ensemble d'indices, si le niveau des salaires reflète la valeur objective des prestations fournies ou s'il est lié avant tout à la pression exercée – par l'afflux de personnes étrangères, notamment – sur le prix du travail.

c) *Sous-enchère répétée*. Il ne suffit pas d'un cas de sous-enchère pour justifier l'établissement d'un CTT impératif. Il doit s'agir d'un phénomène récurrent dans la région, la branche, la profession ou l'entreprise concernée (si celle-ci dispose d'un certain poids dans son secteur d'activité).

d) *Proposition par une commission tripartite* (N 512). Lorsqu'il envisage d'édicter un CTT, l'Etat doit tenir compte de l'ensemble des intérêts en présence, qu'ils soient privés ou publics, nationaux ou régionaux. Cette injonction découle de l'art. 360a al. 2 CO, mais elle résulte déjà du principe général de proportionnalité encadrant d'office l'activité étatique.

511. **Champ d'application personnel.** Pour assurer l'effectivité du régime des CTT impératifs, l'art. 360d al. 1 CO inclut dans leur champ d'application des personnes qui devraient en principe y échapper, à savoir les personnes salariées détachées depuis un pays étranger ou depuis un autre canton et les intérimaires. L'inclusion des personnes détachées déroge au principe fixé par l'art 121 LDIP, à savoir l'application du droit de l'Etat du lieu de travail habituel ou le droit choisi par les parties. Quant aux personnes salariées intérimaires, leur relation contractuelle est régie par la LSE et non pas par le Titre dixième du CO, faute pour le contrat de location de service de remplir les conditions de qualification des art. 319 ss CO. Grâce à l'art. 360d al. 1 CO, ces personnes entrent toutefois dans le champ d'application personnel du CTT du régime renforcé.

512. **Commission tripartite (art. 360b CO).** Il existe une commission tripartite fédérale (art. 16 ODét et 360b CO) et une commission tripartite pour chaque canton (art. 360b CO). Ces organes sont dits tripartites, car leurs membres représentent, respectivement, les personnes salariées, les parties employeuses et l'Etat. Ils assument les missions suivantes :

- observer le marché du travail (art. 11 al. 1 let. c ODét) ;
- participer à la détermination de la fourchette à l'intérieur de laquelle se situent les salaires usuels (art. 11 al. 1 let. b ODét) ;
- proposer l'extension de CCT (art. 1a LECCT) ;

- subsidiairement, proposer l'adoption d'un CTT (art. 360b al. 3 CO), lorsqu'aucune solution amiable n'a pu être trouvée auprès des entreprises pratiquant les salaires abusifs ;
- proposer la modification ou l'abrogation du CTT (art. 360b al. 4 CO) ;
- proposer la prorogation du CTT (art. 360a al. 3 CO), lorsque le terme du CTT approche et que la sous-enchère perdure ou risque de reprendre en l'absence du CTT ;
- surveiller le respect du CTT (art. 7 al. 1 let. b LDét). Les commissions tripartites peuvent dénoncer à l'autorité compétente la partie employeuse qui enfreint un CTT. L'autorité compétente prononcera la sanction (art. 9 al. 1 LDét). La sanction administrative peut aller jusqu'à CHF 30'000.- (art. 9 al. 2 let. f LDét). Une sanction pénale peut être infligée dans certaines situations, notamment en cas d'opposition au contrôle (art. 12 LDét). A noter que les associations, notamment syndicales et patronales, peuvent agir au sens de l'art. 360e CO pour faire constater le respect ou le non-respect des CTT ;
- investiguer, en particulier dans les entreprises, pour obtenir les renseignements et consulter les documents permettant de déterminer l'existence d'une sous-enchère (art. 360b al. 5 et 6 CO ; art. 7 al. 2 LDét, ATF 143 II 102, JdT 2017 I 97).

513. **Effets (art. 360d CO).** Comme exposé au sujet des CTT ordinaires (N 506), l'effet est direct et ne nécessite pas que les parties se réfèrent au CTT, ni même qu'elles en connaissent l'existence (art. 360d al. 1 CO). En revanche, contrairement aux CTT ordinaires, les CTT adoptés en vertu du régime renforcé sont de nature relativement impérative (art. 360d al. 2 CO, N 509). Il n'est possible d'y déroger qu'en faveur de la partie salariée (art. 362 CO).

514. **Durée.** L'instauration d'un salaire minimum constitue une restriction importante à la liberté contractuelle. Le CTT prévu par le régime renforcé est nécessairement de durée déterminée. Dès que la sous-enchère salariale n'est plus constatée, le CTT perd sa raison d'être.

515. **Procédure d'adoption, modification, abrogation ou prorogation.** Les règles générales relatives à l'adoption des CTT ordinaires, notamment l'exigence de publication (art. 359a CO, N 508), s'appliquent au régime renforcé. Dans ce régime spécial, toutefois, l'autorité compétente (art. 359a

al. 1 CO) ne peut agir que sur proposition de la commission tripartite (art. 360a al. 1 CO) et non de sa propre initiative. En effet, l'art. 360b al. 3 CO prévoit que la commission tripartite observe le marché du travail. Si la commission constate un abus, elle tente d'abord de trouver un accord avec les entreprises qui pratiquent les salaires abusifs. Elle dispose pour ce faire d'un délai de deux mois, auquel il peut être renoncé si les négociations apparaissent d'emblée inutiles. En cas d'échec de solution amiable, la commission propose l'édiction d'un CTT à l'autorité compétente. Selon l'art. 360b al. 4 CO, la commisssion peut aussi proposer à l'autorité la modification d'un CTT existant ou son abrogation, « si l'évolution de la situation dans les branches concernées le justifie ». Enfin, lorsque les conditions énoncées à l'art. 360a al. 3 CO sont réunies, la commission peut proposer à l'autorité la prorogation d'un CTT. Connaissant bien la réalité du marché du travail observé, la commission tripartite fait une proposition concrète quant au montant du salaire minimal. En principe, l'autorité ne devrait pas s'en écarter. La jurisprudence fédérale autorise toutefois l'autorité à indexer les salaires, conformément à sa pratique constante, même quand cette adaptation n'a pas été proposée par la commission tripartite (ATF 145 III 286, consid. 3-4).

Bibliographie thématique

AUBERT, L'usage en droit du travail, DTA 2001 III, pp. 95-102 ; CR/CO-AUBERT, *ad* art. 359 ss CO ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, *ad* art. 359-360f CO ; CS/CIT-JEANNERAT/MAHON, *ad* art. 359-360f CO ; LEMPEN/SALEM, Travail domestique en Suisse, DTA 2017 II, pp. 79-91 ; PORTMANN/VON KAENEL/HALBEISEN, Ausgewählte Fragen zum Erlass eines Normalarbeitsvertrags im Sinne von Art. 360a OR, PJA 2013, pp. 1467-1484 ; RONCORONI, Les art. 359 à 360f CO, in : Andermatt/Bianchi/Bruchez (édit.), Droit collectif du travail, Bâle 2010, pp. 313-362 ; SECO, Rapport explicatif sur le projet de contrat-type de travail (CTT) contenant des salaires minimus impératifs pour les travailleurs de l'économie domestique, Berne 2010 ; SHK-EntsG-PÄRLI, *ad* art. 2, 9, 12 LDét ; SHK-EntsG-PÄRLI/ JUNGHANSS, *ad* art. 7 LDét ; STÖCKLI, Tripartite Kommissionen, Einreichung von Unterlagen : Besprechung des Urteils des Bundesgerichts, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 2C_625/2016 vom 12. Dezember 2016, BGE 143 II 102, DTA II2017, pp. 102-106 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *ad* art. 359-360f CO ; ZK/OR-VISCHER/ALBRECHT, *ad* art. 359-360f CO.

Chapitre 5 Participation

5.1 Généralités

516. **Dualisme.** En Suisse, la représentation collective des personnes salariées s'effectue par le biais :

- des syndicats, qui peuvent conclure des CCT (N 462b) ;
- des représentations élues du personnel au sein des entreprises, qui ne sont pas habilitées à conclure des CCT, mais auxquelles sont conférés des droits de participation (information, consultation ou codécision, N 522).

Le présent chapitre traite principalement de la seconde forme, à savoir la représentation interne à l'entreprise (au sujet de la représentation par les syndicats, cf. chapitres « Liberté syndicale » N 460 et « CCT » N 473).

517. **Influence du droit de l'Union européenne.** Le droit suisse relatif à la participation des personnes salariées est inspiré du droit de l'Union européenne. Nous renvoyons en particulier aux directives 2002/14/CE (information et consultation), 98/59/CE (licenciements collectifs), 2001/23/CE (transferts d'entreprises) et 2009/38/CE (niveau transnational, Comités d'entreprise européens). Le Tribunal fédéral se réfère à ces directives pour interpréter le droit suisse relatif au transfert d'entreprise (ATF 132 III 32, consid. 4.1) ou aux licenciements collectifs (ATF 137 III 27, consid. 3.1).

5.2 La loi fédérale sur la participation (LParticipation)

518. **But.** La Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans l'entreprise (ci-après, LParticipation) fixe les règles minimales à respecter en matière de participation des personnes salariées.

Les partenaires sociaux restent libres de prévoir un régime plus favorable au personnel par voie de CCT.

519. **Nature (art. 2 LParticipation).** La LParticipation est de nature relativement impérative, dans la mesure où son art. 2 énumère plusieurs dispositions auxquelles il ne peut être dérogé qu'à la faveur des personnes salariées.

En ce qui concerne les autres dispositions, non mentionnées à l'art. 2, une modification en défaveur des personnes salariées n'est possible que si elle advient par le biais d'une CCT. A cet égard, précisons que la représentation du personnel n'ayant pas la personnalité juridique (N 530), elle ne peut pas négocier une CCT. La partie employeuse doit donc trouver un accord avec un ou plusieurs syndicats pour pouvoir déroger au régime légal au détriment de la partie employée.

520. **Champ d'application (art. 1 LParticipation).** La LParticipation s'applique à toutes les entreprises privées qui occupent, en Suisse, des personnes salariées en permanence, y compris lorsqu'elles se voient déléguer une tâche étatique. En revanche, les entreprises et les administrations publiques échappent à son champ d'application.

Les termes « en permanence » ne renvoient pas à la durée des contrats de travail, mais à la nécessité que l'entreprise occupe constamment une ou plusieurs personnes salariées.

Le rattachement territorial à la Suisse n'implique pas que l'entreprise possède un siège en Suisse.

521. **Deux types de participation (art. 3 et 4 LParticipation).** Les membres du personnel peuvent exercer leur droit de participer *indirectement*, lorsqu'il existe une ou plusieurs représentation(s) des personnes employées dans l'entreprise (art. 3 LParticipation, N 523) – via une ou plusieurs commissions (par exemple une pour le personnel administratif, une pour les cadres, etc.) – ou *directement*, lorsqu'il n'existe pas de représentation des personnes employées dans l'entreprise (art. 4 LParticipation). Ces deux types de représentation sont indépendants de la fonction ou du niveau hiérarchique de la personne employée. Par exemple, un directeur général qui n'appartient pas à une catégorie du personnel dotée d'une représentation exerce directement ces droits de participation. Le Tribunal fédéral précise que ces droits sont destinés à la défense collective

des intérêts communs de tout ou partie du personnel (TF, 4A_173/2011 du 31 mai 2011, consid. 4.2).

522. **Trois niveaux de participation (art. 9 et 10 LParticipation).** Il existe trois niveaux de participation : l'information (a), la consultation (b) et la codécision (c) (WYLER/HEINZER, pp. 1203-1207). Pour savoir quel niveau de participation est reconnu dans diverses circonstances (licenciement collectif, transfert des rapports de travail, etc.), il faut consulter les lois spéciales (en particulier : art. 82 LAA et 48 LTr, art. 333 et 333a ainsi que 335d à 335k CO et la LPP), auxquelles renvoie l'art. 10 LParticipation (cf. N 531).

a) *L'information* (art. 9 LParticipation). Selon l'art. 9 LParticipation, « la représentation des travailleurs a le droit d'être informée en temps opportun et de manière complète sur toutes les affaires dont la connaissance lui est nécessaire pour s'acquitter convenablement de ses tâches (al. 1). L'employeur est tenu d'informer la représentation des travailleurs au moins une fois par an sur les conséquences de la marche des affaires sur l'emploi et pour le personnel ».

b) *La consultation*. La consultation comprend le droit d'être informé de façon complète puis, après avoir disposé d'un délai suffisant pour examiner les renseignements transmis, le droit d'exprimer un avis et de formuler des propositions. La partie employeuse est tenue d'étudier, conformément au principe de la bonne foi (art. 11 al. 1 LParticipation), les solutions avancées. En revanche, elle n'est pas obligée de suivre les propositions qui lui sont soumises. Ainsi, le droit d'être consulté équivaut à un droit d'être entendu.

La loi prévoit que le personnel doit être consulté en cas de transfert d'entreprise (art. 333a al. 2 CO) (N 561), de licenciements collectifs (art. 335f al. 1 CO) (N 538) et en matière de santé au travail (art. 48 LTr ; N 26, 183, 190-191).

c) *La codécision*. Le droit de codécision permet au personnel de participer à la prise de décision et empêche la partie employeuse de prendre des mesures sans son accord. En cas de désaccord, un arbitre neutre se voit généralement confier la tâche de prendre la décision (par exemple, art. 11 al. 3ter LPP ; art. 335i al. 1 et 335j al. 1 CO). Parfois, le droit de codécision équivaut à un droit de veto accordé aux personnes salariées ou à leurs représentants (par exemple, pour fixer le début et la fin du travail du jour et du soir de l'entreprise en vertu de l'art. 10 al. 2 LTr, N 151b, 191).

En droit suisse, le droit de codécision se rencontre rarement et la partie employeuse qui a respecté la procédure d'information et de consultation peut généralement prendre des mesures contraires à la volonté exprimée par le personnel.

523. **Droit des personnes salariées d'être représentées (art. 3 LParticipation).** Une représentation du personnel peut être instituée au sein de toute entreprise, quelle que soit sa taille. Si l'entreprise occupe au moins 50 personnes (art. 3 LParticipation), le personnel a le droit d'exiger l'organisation d'un vote sur le principe de la constitution d'une représentation. Afin de déterminer si le seuil des 50 personnes est atteint, il faut compter celles qui travaillent « habituellement » dans l'entreprise (art. 335d CO), quel que soit leur taux d'occupation. Les personnes louées par une entreprise bailleresse de services ne sont pas comptabilisées.

Si le vote de principe (étape 1, N 524) est positif, le personnel a le droit d'élire des représentants selon la procédure décrite ci-dessous (étape 2, N 524).

524. **Deux étapes (art. 5 et 6 LParticipation).**

Premièrement, le principe de la constitution d'une représentation doit faire l'objet d'une votation si la demande provient d'au moins 1/5 du personnel – dans les entreprises de 500 personnes salariées et plus, il suffit que cent personnes au moins demandent le vote (art. 5 al. 1 LParticipation).

Secondement, si la majorité des votants se prononce favorablement, des élections sont organisées pour nommer des représentants (art. 5 al. 2 LParticipation).

La partie employeuse et les personnes salariées préparent en commun la votation et les élections (art. 5 al. 3 LParticipation).

Selon l'art. 6 LParticipation, les élections « sont générales et libres. Sur demande d'un cinquième des travailleurs participant à l'élection, celle-ci doit se dérouler au bulletin secret ».

La constitution d'une représentation peut intervenir à tout moment, y compris au cours d'un processus de restructuration (transfert d'entreprise ou licenciement collectif, cf. TF, 4A_145/2013 du 4 septembre 2013).

525. **L'identité des représentants (art. 3 LParticipation).** Les personnes représentant le personnel sont choisies parmi les personnes

salariées (art. 3 LParticipation), à l'exclusion des tiers extérieurs à l'entreprise (syndicaliste, sous-traitant, mandataire, etc.) ou de personnes assimilables à la partie employeuse (direction ou fonction dirigeante élevée).

526. **Le nombre de représentants (art. 7 LParticipation).** Le nombre de représentants se détermine, selon l'art. 7 LParticipation, en tenant compte de la taille et de la structure de l'entreprise. En cas de désaccord, le tribunal compétent pour connaître des litiges de droit du travail tranche les conflits résultant de l'application de la LParticipation, sous réserve de la compétence accordée aux organes contractuels de conciliation et d'arbitrage (art. 15 al. 1 LParticipation).

527. **Les tâches de la représentation (art. 8 LParticipation).** La représentation se voit confier le mandat de dialoguer avec la direction en vue de s'exprimer, au nom de l'ensemble du personnel, sur des points concrets pour lesquels la participation des personnes salariées est admise ou requise. Sa mission consiste à défendre les intérêts collectifs du personnel. Selon le message du Conseil fédéral, la représentation « est un organe collectif du personnel et son interprète auprès de l'employeur » (Msg CF II, *sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE*, p. 631).

528. **Durée du mandat.** La loi ne précise pas la durée du mandat des personnes élues pour représenter le personnel. Les parties sont libres de déterminer cette durée, voire de ne pas en fixer une. En cas de départ de l'entreprise, le mandat cesse *de facto*, puisque seules les personnes occupées par la partie employeuse peuvent assumer une fonction de représentation.

529. **Droits de la représentation.** Pour permettre à la représentation du personnel d'accomplir ses missions, la loi lui confère des droits particuliers. L'art. 9 al. 1 LParticipation prévoit par exemple qu'elle a le droit d'être informée en temps opportun et de manière complète sur toutes les affaires dont la connaissance lui est nécessaire pour s'acquitter convenablement de ses tâches. L'art. 9 al. 2 LParticipation ajoute qu'*a minima*, la partie employeuse doit informer la représentation une fois par an sur les conséquences de la marche des affaires sur l'emploi et pour le personnel. Les termes légaux, assez vagues, ne précisent pas le contenu des informations à transmettre, mais, comme il s'agit des conséquences de la marche des affaires sur l'emploi – et non la marche des affaires elle-

même –, on peut penser aux projets de licenciements collectifs, de diminutions de salaire, de réduction de l'horaire de travail, de délocalisation ou à l'établissement d'un plan social, etc.

530. **Absence de personnalité juridique et pouvoirs.** La représentation du personnel ne dispose pas de la personnalité juridique. Elle ne peut donc pas conclure de CCT.

En revanche, elle possède la capacité de conclure des règlements d'entreprise dans les domaines prévus à l'art. 38 al. 1 LTr, c'est-à-dire en matière de protection de la santé, de prévention des accidents, ou d'ordre interne à l'entreprise. Selon l'art. 38 al. 2 LTr, la représentation du personnel peut également conclure des règlements d'entreprise portant sur des objets similaires à ceux qui sont habituellement réglés dans des conventions collectives. Ces règlements ont un effet normatif (art. 39 al. 2 LTr) (N 27, 177-180), toutefois ils possèdent un caractère subsidiaire par rapport aux CCT.

531. **Droits de représentation particuliers (art. 10 LParticipation).** Selon l'art. 10 LParticipation, il existe plusieurs situations ou domaines dans lesquels la loi aménage des droits de participation particuliers, tels qu'en matière :

- de sécurité (art. 82 LAA) et de protection de la santé des personnes salariées (art. 48 LTr) ;
- de transfert d'entreprise (art. 333 à 333b CO) (N 553-562) ;
- de licenciements collectifs (art. 335d à 335g CO) (N 535-542) ;
- d'affiliation à une institution de prévoyance.

On peut ajouter à cette liste non exhaustive l'établissement d'un plan social lorsque la loi en impose la négociation (art. 335i CO, N 548-550).

532. **Collaboration (art. 11 LParticipation).** Le principe de bonne foi, ancré à l'art. 11 al. 1 LParticipation, exige de la partie employeuse qu'elle communique à la représentation du personnel tous les éléments dont cette dernière est susceptible d'avoir besoin pour pouvoir s'exprimer en connaissance de cause (ATF 137 III 162, sur les renseignements utiles, cf. N 541). Lorsque le niveau de participation concerné est celui de la consultation, la bonne foi exige de la partie employeuse qu'elle :

- accorde au personnel un délai approprié, eu égard aux circonstances, permettant de prendre connaissance des informations données et de les examiner en vue de formuler un avis ou une proposition (ATF 130 III 102, cf. N 538-540) ;
- mène la consultation avec sérieux, ce qui lui impose d'examiner concrètement les propositions formulées par le personnel ; elle ne peut pas se contenter de mener une procédure de pure forme en décidant d'emblée qu'elle ne tiendra pas compte d'éventuelles propositions (TF, 4A_449/2010 du 2 décembre 2010, consid. 5.2 non publié in ATF 137 III 27) ;
- se prononce sur les propositions articulées par le personnel, voire motive son refus (en matière de santé au travail par exemple, cf. art. 48 al. 2 LTr).

Selon l'art. 11 al. 2 LParticipation, la partie employeuse « doit soutenir la représentation des travailleurs dans l'exercice de ses activités. [Elle] met à sa disposition les locaux, les moyens matériels et les services administratifs nécessaires ».

Les moyens matériels nécessaires sont ceux qui permettent d'exercer les droits de participation en toute indépendance. Il peut s'agir des moyens électroniques, comme l'accès à l'intranet de l'entreprise. La portée du devoir prévu à l'art. 11 al. 2 LParticipation s'apprécie à l'aune du principe de proportionnalité, en tenant compte de toutes les circonstances et des différents intérêts en présence. Les locaux mis à disposition devraient être suffisamment grands pour tenir les assemblées du personnel (cafétéria, auditorium, etc.).

Enfin, l'art. 13 LParticipation permet aux personnes représentant le personnel d'exercer leur mandat durant les heures de travail à condition que ce mandat l'exige et que les activités professionnelles le permettent.

533. **Protection de la représentation du personnel (art. 12 LParticipation).** L'art. 12 LParticipation prévoit que la partie employeuse n'a pas le droit d'empêcher la représentation du personnel d'exercer son mandat (al. 1). Elle ne doit pas non plus défavoriser les personnes élues pour représenter le personnel, pendant ou après leur mandat, en raison de l'exercice de cette activité, ni les personnes candidates à l'élection.

L'absence de sanction prévue en cas de violation de ce devoir de protection nuit à son efficacité, d'autant plus qu'il est souvent difficile de démontrer l'existence d'un lien de causalité entre des mesures de représailles et

l'exercice d'un mandat de représentation. En cas de licenciement des personnes élues représentantes du personnel, le lien de causalité est présumé (art. 336 al. 2 let. b CO). Au sujet des sanctions en pareille hypothèse, nous renvoyons au chapitre sur la liberté syndicale (art. 336a CO, N 457b-c).

534. **Contentieux.** Les conflits découlant de la LParticipation peuvent être portés devant les tribunaux civils compétents en matière de droit du travail. Ont qualité pour agir :

- les parties employeuses ;
- les personnes salariées ;
- les associations professionnelles (art. 15 al. 2 LParticipation ; TF, 4A_145/2013 du 4 septembre 2013) par la voie d'une action en constatation uniquement ;
- la représentation du personnel – même en l'absence de personnalité juridique.

5.3 Participation et licenciements collectifs (art. 335 à 335g CO)

535. **Droit applicable.** En cas de licenciements collectifs, les règles de la LParticipation s'appliquent. L'art. 10 let. c de cette loi renvoie aux articles 335d à 335g CO. En particulier, l'art. 335f CO prévoit que la partie employeuse qui envisage de procéder à des licenciements collectifs doit consulter le personnel ou sa représentation. Selon l'art. 335g CO, elle doit également informer des résultats de la consultation l'Office cantonal du travail, qui a un intérêt évident à être prévenu de l'arrivée prochaine et massive de nouvelles personnes demandeuses d'emploi.

536. **Nature juridique.** Les règles de droit privé prévues aux articles 335d à 335g CO sont de nature relativement impérative, bien qu'elles ne figurent dans aucun des catalogues présentés aux articles 361 et 362 CO. En effet, les articles 335d à 335g CO sont réservés par l'art. 10 LParticipation, disposition dont on a vu qu'elle était de caractère relativement impératif (art. 2 LParticipation, N 519).

En revanche, il va de soi que les règles de droit public de cette section, à savoir les art. 335f al. 4 et 335g al. 1 à 3 CO ayant trait aux compétences de l'Office cantonal du travail sont absolument impératives.

537. **Notion de licenciement collectif (art. 335d CO).** Le licenciement collectif constitue une forme spécifique de licenciement économique. Le droit suisse définit le licenciement collectif selon une méthode relative qui tient compte de la taille de l'entreprise. Il y a licenciement collectif lorsque le nombre de congés notifiés par la partie employeuse dans un délai de 30 jours pour des motifs non inhérents à la personne salariée est au moins :

- égal à 10 dans les établissements employant habituellement plus de 20 et moins de 100 personnes (ch. 1) ;
- de 10% du nombre des personnes salariées dans les établissements employant habituellement au moins 100 et moins de 300 personnes (ch. 2) ;
- égal à 30 dans les établissements employant habituellement au moins 300 personnes (ch. 3).

Trois étapes permettent de déterminer si un ensemble de congés tombe sous le coup de la protection légale :

- 1) délimitation de l'établissement concerné (à savoir « une structure organisée, dotée en personnel, en moyens matériels et immatériels qui permettent d'accomplir les objectifs de travail ». Selon le Tribunal fédéral, « lorsqu'un employeur possède plusieurs établissements qui font partie de la même entreprise, l'existence d'un éventuel licenciement collectif se détermine dans chaque établissement, et non pas au niveau de l'entreprise » ATF 137 III 27, consid. 3.2) ;
- 2) définition de la taille de chaque établissement en fonction du nombre de personnes qui y sont habituellement occupées (dont les personnes en formation, apprenties ou stagiaires) et
- 3) décompte des congés notifiés dans chaque établissement par la partie employeuse dans un délai de 30 jours et pour des motifs non inhérents à la personne salariée.

538. **Droits de consultation en cas de licenciements collectifs (art. 11 LParticipation).** En cas de licenciements collectifs, le personnel a le droit d'être consulté, conformément aux règles de la bonne foi (art. 11 al. 1

LParticipation). En vertu de ce principe, la consultation doit être menée avec sérieux, de manière effective, moyennant un délai suffisant, afin de permettre au personnel d'influencer le processus décisionnel relatif au licenciement collectif envisagé (TF, 4A_449/2010 du 2 décembre 2010, consid. 5 non publié in ATF 137 III 27, cf. N 532, 538-540).

Selon l'art. 335f al. 1 CO, la partie employeuse doit consulter la représentation du personnel ou, à défaut, les personnes salariées elles-mêmes (art. 4 LParticipation, cf. N 521).

En l'absence de représentation du personnel, les personnes salariées ont intérêt à s'organiser et peuvent être amenées à désigner une représentation *ad hoc*, c'est-à-dire une personne tierce qui se voit confier un mandat de représentation selon les art. 32 ss CO. Il peut notamment s'agir d'un syndicat, voire d'une personne avocate. Cas échéant, la partie employeuse doit traiter avec la représentation *ad hoc*.

539. **Durée de la consultation (art. 335f al. 1 CO).** La partie employeuse doit consulter le personnel avant de prendre sa décision, dès qu'elle envisage de procéder à un licenciement collectif (art. 335f al. 1 CO et ATF 123 III 176, JdT 1998 I 14, consid. 4). En outre, la décision de procéder à un licenciement collectif ne peut pas intervenir avant la fin de la consultation, sans quoi la partie employeuse viole son obligation de collaborer de bonne foi (art. 11 LParticipation). Toutefois, la loi ne fixe aucune durée minimum pour mener la consultation. Le Tribunal fédéral a jugé qu'un délai de 24 heures « s'avère manifestement trop bref », alors qu'un délai de quatre à six semaines « paraît nettement trop long » (ATF 123 III 176, JdT 1998 I 14, consid. 4c). La durée adéquate se détermine en fonction de toutes les circonstances.

> **Jurisprudence**. Le 13 septembre 2002, le conseil d'administration d'une entreprise se trouvant dans une situation économique critique envisage l'hypothèse d'un licenciement des collaborateurs du site. Le 20 septembre 2002, la décision de fermer ledit site devient irréversible. Ce n'est toutefois que le 25 septembre suivant que l'entreprise entame la procédure de consultation des personnes salariées au sens de l'art. 335f CO, leur impartissant un délai pour se prononcer au vendredi 27 septembre. Sur intervention du Président de la commission du personnel pour la Romandie, le délai est repoussé jusqu'au lundi 30 septembre 2002, 8h du matin. L'arrêt cantonal, confirmé par le Tribunal fédéral, considère que l'entreprise a, d'une part, entamé tardivement la procédure de consultation et, d'autre part, octroyé à la représentation du personnel un délai trop bref pour s'exprimer. En effet, la détermination de la durée adéquate doit notamment tenir compte de « la complexité des questions à résoudre et de l'urgence du

licenciement collectif envisagé. Toutefois, si le licenciement collectif est devenu urgent parce que l'employeur a entamé la procédure de consultation trop tard, cette urgence ne saurait justifier un raccourcissement du délai de consultation. ». Le Tribunal fédéral doute qu'une durée de cinq jours suffise pour que la représentation du personnel puisse présenter des alternatives convaincantes au licenciement, compte tenu du nombre élevé (132) de licenciements envisagés et du fait que le délai comprenait un week-end. L'entreprise avait ainsi adopté une attitude contraire à la bonne foi, même s'il lui importait de clore la procédure de consultation des travailleurs avant le 30 septembre 2002, afin de pouvoir licencier une partie du personnel dans le mois courant » (ATF 130 III 102, en particulier consid. 4).

540. **Objet de la consultation (art. 335f al. 2 CO).** Selon l'art. 335f al. 2 CO, la consultation donne au moins la possibilité de formuler des propositions sur les moyens :

- d'éviter les congés (a) ou
- d'en limiter le nombre (b),
- ainsi que d'en atténuer les conséquences (c).

a) *Eviter les congés*. Il s'agit là du but premier de la consultation. Lorsque des difficultés conjoncturelles sont à l'origine du licenciement collectif envisagé, le personnel peut proposer une réduction de l'horaire de travail (art. 31ss LACI). On peut également penser à la modification du temps de travail, l'acquisition de qualifications complémentaires, la réorganisation de l'entreprise, le déplacement des places de travail dans l'entreprise ou dans le groupe, le transfert de l'entreprise, etc.

b) *Limiter le nombre de congés*. Les mêmes mesures que celles préalablement évoquées restent envisageables, sauf que, dans ce cas de figure, la notification de certains licenciements se révèle inévitable.

c) *Atténuer les conséquences*. Pour les personnes dont le licenciement paraît inévitable, il s'impose de rechercher des solutions permettant d'atténuer les conséquences sociales (art. 335h ss CO, N 544-545).

541. **Devoir d'information de la partie employeuse (art. 335f al. 3 CO).** Pour permettre au personnel de formuler ses propositions, la partie employeuse doit lui fournir les renseignements utiles (art. 335f al. 3 CO ; ATF 137 III 162). *A minima*, la partie employeuse doit communiquer les motifs du licenciement collectif, le nombre de personnes salariées

auxquelles le congé doit être signifié, le nombre de personnes habituellement employées par l'entreprise et la période pendant laquelle il est envisagé de donner les congés.

542. **Sanction (art. 336 al. 2 let. c et 336a CO).** Si la partie employeuse prononce un licenciement en violation des règles de consultation prévues à l'art. 335f CO, elle met néanmoins valablement un terme au contrat de travail. En revanche, les articles 336 al. 2 let. c et 336a al. 3 CO confèrent à la personne salariée concernée le droit à une indemnité *sui generis* plafonnée à deux mois de salaire brut, dont le montant sera fixé par le tribunal compte tenu de toutes les circonstances (N 420).

Malgré le caractère collectif du licenciement, chaque personne concernée doit s'opposer à son congé conformément à l'art. 336b CO et agir individuellement en justice (N 422).

Les associations peuvent également agir, par le biais de l'action en constatation exclusivement, pour faire reconnaître la violation des droits de participation (art. 15 al. 2 LParticipation).

5.4 Participation et plans sociaux (art. 335h à 335k CO)

543. **Remarques préliminaires.** Trois hypothèses doivent être distinguées :

- Licenciements économiques individuels : les seuils fixés à l'art. 335d CO ne sont pas atteints (a) ;

  Exemple. Une entreprise occupant habituellement 22 personnes notifie 8 licenciements dans un délai de 30 jours, pour des motifs non inhérents à la personne.

- Licenciements (économiques) collectifs : les seuils fixés à l'art. 335d CO sont atteints. En revanche, les conditions prévues à l'art. 335i CO ne sont pas réalisées (b) ;

  Exemple. Une entreprise occupant habituellement 22 personnes notifie 12 licenciements dans un délai de 30 jours, pour des motifs non inhérents à la personne.

· Licenciements (économiques) collectifs avec obligation de négocier un plan social : les seuils fixés à l'art. 335d CO sont atteints *et* les conditions prévues à l'art. 335i CO sont réalisées (c).

> **Exemple**. Une entreprise occupant habituellement 250 personnes notifie 32 licenciements dans un délai de 30 jours, pour des motifs non inhérents à la personne.

Si l'obligation de négocier (N 548-550 *infra*) n'existe que dans le dernier cas, les parties employeuse et salariée sont néanmoins libres de conclure un plan social dans les deux premières hypothèses.

544. **Définition du plan social (art. 335h al. 1 CO).** Selon l'art. 335h al. 1 CO, le plan social « est une convention par laquelle l'employeur et les travailleurs fixent les moyens d'éviter les licenciements, d'en limiter le nombre et d'en atténuer les conséquences ». Etant donné la nature relativement impérative de cette disposition, il est possible d'y déroger en faveur des personnes salariées et de prévoir – par exemple dans une CCT – des règles plus précises (et donc plus contraignantes pour la partie employeuse). Toutefois, selon l'art. 335h al. 2 CO, le plan social « ne doit pas mettre en danger l'existence de l'entreprise » (N 552).

545. **Contenu.** Du point de vue du contenu, le plan social ne connaît pas de limites. Il peut prévoir des indemnités, des prolongations du délai de congé, des solutions de retraite anticipée, l'assistance à des recherches d'emploi ou à la reconversion professionnelle, etc.

546. **Nature juridique du plan social.** La jurisprudence considère que la nature juridique du plan social dépend des circonstances (ATF 133 III 213, JdT 2010 I 231). Il faut distinguer selon que le plan social provient :

· de la négociation avec un syndicat (a) ;

· de la négociation avec la représentation du personnel (b) ;

· d'une décision unilatérale de la partie employeuse (c).

a) *Plan social négocié avec un syndicat.* Il s'agit alors d'une forme particulière de CCT (art. 356 ss CO) qui déploie un effet normatif non seulement envers les personnes salariées membres du syndicat signataire, mais aussi à l'égard des personnes salariées dissidentes. En effet, comme les mesures prévues ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des personnes qui, au sein de l'entreprise, sont susceptibles d'être touchées par les

licenciements envisagés, il faut considérer qu'un plan social conclu sous forme de CCT contient une stipulation pour autrui parfaite (art. 112 al. 2 CO) de la partie employeuse envers les personnes salariées dissidentes, lesquelles peuvent s'en prévaloir.

b) *Plan social négocié avec la représentation du personnel*. Le plan social négocié par la représentation du personnel dans le cadre des art. 335h à 335k CO déploie aussi un effet normatif. Lorsque le plan social est conclu en dehors de l'application des art. 335h à 335k CO, il s'agit d'une forme particulière de règlement d'entreprise (art. 38 al. 2 LTr).

> **Jurisprudence**. Lorsque, du côté des personnes salariées, le plan social est conclu par la représentation du personnel, sur la base d'une clause de délégation de compétence figurant dans une convention collective, on a affaire à un règlement d'entreprise établi par convention au sens de l'art. 38 al. 2 LTr. En raison de la clause de délégation de compétence figurant dans la CCT, les dispositions contenues dans un tel règlement revêtent également une valeur normative pour le personnel soumis à la CCT.
>
> En vertu de l'art. 38 al. 2 LTr, si une telle clause de délégation de compétence ne figure pas dans la CCT, le plan social ne peut revêtir la forme d'un règlement d'entreprise que si les questions dont il traite ne sont pas usuellement réglées, dans la branche à laquelle l'entreprise appartient, par une CCT ou par un autre accord collectif. Dans ce cas, il acquiert la valeur normative qui correspond à celle d'une convention collective lorsqu'il a été rendu public dans l'entreprise, conformément à l'art. 39 al. 2 LTr. Il découle de ce qui précède qu'un plan social conclu sous la forme d'un règlement d'entreprise doit être traité comme une convention collective (ATF 133 I 213, consid. 4.3.2 = JdT 2010 I p. 231, 234).

c) *Décision unilatérale de la partie employeuse*. Lorsque le plan social intervient sur décision unilatérale de la partie employeuse, il constitue une offre de modification du contrat individuel de travail, qui n'a pas de valeur normative et qui s'interprète comme un contrat. Si la personne salariée accepte, le plan social devient partie intégrante du CIT. Si l'offre est favorable à la personne salariée, ce qui advient généralement puisque le plan social accorde des prétentions extraordinaires sans contrepartie, son acceptation se présume (art. 6 CO).

547. **Champ d'application du plan social.** En vertu du principe d'égalité de traitement, le plan social s'applique en principe à l'ensemble des personnes susceptibles d'être touchées par les mesures envisagées. Les différences de traitement ne sont autorisées que si elles se justifient par des motifs objectifs (TF, 4A_610/2012 du 28 février 2013 ; TF, 4A_645/2015 du 13 septembre 2016). Il se peut, par exemple, que certaines clauses du

plan social ne profitent qu'aux personnes salariées proches de l'âge de la retraite ou avec des charges de famille.

En outre, le plan social peut être limité dans le temps (et se rapporter à un événement précis) ou s'inscrire dans la durée (et s'appliquer, par exemple, à chaque licenciement économique).

548. **Obligation de négocier (art. 335i CO).** La loi prévoit une obligation de négocier (art. 335i CO) à l'égard des grandes entreprises (N 549). Les négociations doivent se dérouler de bonne foi (art. 11 LParticipation), avec sérieux, dans une réelle volonté d'aboutir à un résultat, ce qui implique de fournir toutes les informations pertinentes à l'établissement d'un plan social, d'accorder un délai raisonnable pour négocier et formuler des revendications tenant compte de la situation concrète de l'entreprise. La question de savoir dans quelle mesure les parties sont autorisées à informer le grand public, notamment via les médias, d'éventuels différends sur le déroulement ou le contenu des négociations doit être jugée en fonction des circonstances du cas d'espèce.

549. **Conditions entraînant l'obligation de négocier (art. 335i al. 1 et 2 CO).** L'obligation de négocier en vue de la conclusion d'un plan social concerne les entreprises qui :

- emploient habituellement au moins 250 personnes salariées et
- envisagent de licencier au moins 30 personnes salariées dans un délai de 30 jours pour des motifs de gestion non inhérents à la personne.

Le niveau de participation alors accordé au personnel est celui de la codécision (N 522c).

L'art. 335i al. 2 CO prévoit que si des licenciements notifiés dans un intervalle supérieur à 30 jours sont dictés par les mêmes motifs non inhérents à la personne il convient de les additionner. Une telle règle n'existe pas pour les licenciements collectifs sans obligation de négocier un plan social (cf. art. 335d CO).

550. **Parties à la négociation (art. 335i al. 3 et 4 CO).** L'art. 335i al. 3 CO précise avec qui la partie employeuse doit négocier et dans quel ordre.

Premièrement, avec les associations syndicales liées par une CCT si la partie employeuse est partie contractante ou adhérente à cette CTT.

A défaut, la partie employeuse doit négocier avec la représentation du personnel au sens de la LParticipation.

Subsidiairement, la partie employeuse traite directement avec le personnel, y compris les personnes qui ne sont pas directement concernées par des licenciements. Le personnel peut déléguer son droit de négocier et de conclure un plan social à un ou plusieurs syndicats, moyennant un mandat attribué par une proportion suffisamment représentative de personnes salariées. Le fruit des négociations entrera en vigueur sous réserve de l'approbation du personnel.

551. **Echec des négociations et saisine d'un tribunal arbitral (art. 335j al. 1 CO.** Selon l'art. 335j al. 1 CO, « si les parties ne parviennent pas à s'accorder sur un plan social, il y a lieu de saisir un tribunal arbitral ». Il existe trois options :

- saisir un office de conciliation étatique, fédéral ou cantonal ;
- saisir le tribunal arbitral conventionnel, désigné par la CCT applicable ;
- saisir une instance *ad hoc*, que les partenaires sociaux désignent spécialement pour établir le plan social.

Ce tribunal arbitral relève donc soit du droit privé – sa saisine entraîne alors l'application des art. 353 ss CPC – ou du droit public, par exemple lorsque les parties en appellent à un office de conciliation étatique.

Le tribunal arbitral peut être saisi par les deux parties ou par une seule. Il assume la mission d'établir un plan social selon la définition de l'art. 335h CO en tenant compte de toutes les circonstances (art. 335j al. 2 CO). La sentence arbitrale déploie un effet normatif envers toutes les personnes salariées concernées par le licenciement collectif (CRCT, sentence arbitrale du 24 février 2015, ArbR 2016 101 ss).

552. **Limites (art. 335h al. 2 CO).** Selon l'art. 335h al. 2 CO, le plan social « ne doit pas mettre en danger l'existence de l'entreprise ». En outre, l'art. 335k CO, de nature absolument impérative, prévoit que les « dispositions relatives au plan social (art. 335h à 335j CO) ne s'appliquent pas en cas de licenciement collectif effectué pendant une procédure de faillite ou une procédure concordataire qui aboutit à la conclusion d'un concordat ». Pareilles dispositions limitent la marge de manœuvre des partenaires sociaux et du tribunal arbitral (art. 335j CO). Elles visent à

éviter qu'une entreprise gravement menacée qui souhaite se restructurer renonce à prendre des mesures à cause de l'obligation de prévoir un plan social.

Le fardeau de la preuve incombe à l'entreprise (art. 8 CC), à qui il appartient de démontrer que le plan social menacerait sa survie. A cette fin, elle doit porter tous les chiffres pertinents à la connaissance de la représentation du personnel, respectivement du tribunal arbitral et démontrer qu'elle ne dispose pas des moyens (réserves, liquidités, actifs non nécessaires à la continuation de l'activité) permettant de financer tout ou partie du plan social. La partie employeuse qui verse régulièrement des bénéfices à ses organes dirigeants ou à ses cadres sous forme de boni au montant élevé, d'actions gratuites ou autres avantages, en espèces ou en nature, ne sera vraisemblablement pas en mesure de prouver que son existence est menacée.

5.5 Participation et transfert des rapports de travail (art. 333 à 333b CO)

553. **Systématique et *ratio legis* des règles relatives au transfert des rapports de travail.** Situées juste avant la section relative à la fin du contrat, les règles relatives au transfert des rapports de travail visent à favoriser le maintien de la relation de travail (et des droits acquis au fil des années de services) en cas de transfert d'entreprise.

L'art. 333 al. 1 CO instaure le principe du transfert automatique de tous les rapports de travail de l'ancienne à la nouvelle partie employeuse. Deux exceptions relativisent la portée de ce mécanisme : l'opposition de la personne salariée (art. 333 al. 1 et 2 CO, N 557) ainsi que le transfert d'entreprise pour cause d'insolvabilité (art. 333b CO, N 558).

En outre, l'art. 333 al. 3 CO établit une responsabilité solidaire entre l'ancienne et la nouvelle partie employeuse (N 559).

Lors d'un transfert d'entreprise, l'art. 333a CO ainsi que les art. 9 et 10 let. b LParticipation accordent des droits particuliers aux personnes salariées en matière de participation (N 561).

Les dispositions relatives au transfert des rapports de travail sont applicables en cas de fusion (art. 27 LFus), scission (art. 49 LFus), transfert

de patrimoine (art. 76 LFus) et, par analogie, en cas de décès de la partie employeuse (art. 338a al. 1 CO).

En la matière, le droit de l'Union européenne et notamment la directive 2001/23/CE joue un rôle particulier : les art. 333 et 333a CO sont nés de l'adaptation du droit suisse au droit de l'Union européenne décidée ensuite de l'échec de l'adhésion de la Suisse dans l'Espace Economique Européen (EEE) (N 83).

554. **Définitions.** La notion d' « entreprise » comprend toute unité de production organisée de manière durable, formant un tout et qui participe de manière indépendante à la vie économique (ATF 129 III 335, JdT 2003 II 75, consid. 2.1 [trad.] ; TF, 4C.50/2003 du 25 avril 2002 ; comparer avec l'art. 1 § 1 let. b de la directive 2001/23/CE). Au contraire, une partie d'entreprise correspond à une unité de production, certes organisée, mais dépourvue d'indépendance économique.

En ce qui concerne le « transfert d'entreprise », il s'agit du transfert d'une entité organisée, qui conserve pour l'essentiel son identité, son but social, son organisation et son caractère individuel. Autrement dit, l'exploitation de l'entité se poursuit de manière effective, menée par la nouvelle personne à sa tête (ATF 136 III 552, SJ 2011 I 34, consid. 2.1 : la nouvelle entreprise d'ambulance exerce la même activité principale que l'ancienne, à savoir le transport de malades et de blessés). L'art. 333 CO couvre aussi bien l'hypothèse où le transfert touche la totalité de l'entreprise que celle où seule une partie est concernée.

555. **Protection contre le licenciement en cas de transfert d'entreprise.** En cas de transfert d'entreprise, le licenciement fondé sur le seul motif du transfert est illicite et donc nul au sens de l'art. 20 CO. Un tel congé ne déploie donc aucun effet et la personne salariée reste liée contractuellement malgré l'annonce d'un licenciement (ATF 136 III 552, SJ 2011 I 34, consid. 3.3 : en l'espèce, le licenciement est valable car il n'a pas été signifié au seul motif du transfert ; voir aussi art. 4 § 1 directive 2001/23/CE).

556. **Conséquences du transfert d'entreprise (art. 333 al. 1 CO).** En cas de transfert d'entreprise, les rapports de travail conclus avec l'ancienne partie employeuse passent automatiquement à la nouvelle partie employeuse (art. 333 al. 1 CO ; comparer avec l'art. 3 § 1 directive 2001/23/CE). Le transfert s'opère de plein droit, de manière impérative, même contre le gré de l'ancienne ou de la nouvelle partie employeuse, sans

possibilité pour ces dernières de conclure un accord dérogatoire – qui serait nul au sens de l'art. 341 CO – ou de prévoir que le transfert déploie des effets rétroactifs (ATF 137 V 463, consid. 5.2).

Selon le Tribunal fédéral, la nouvelle partie employeuse « reprend le contrat de travail dans son état au jour du transfert » (ATF 137 V 463, consid. 4.3), c'est-à-dire que tous les droits et obligations résultant du contrat de travail existant au moment du transfert (ancienneté, droit au salaire en cas d'empêchement de travailler, protection contre le congé en temps inopportun, etc.) sont repris tels quels par la nouvelle partie employeuse.

557. **Exceptions : l'opposition.** Selon l'art. 333 al. 1 et 2 CO, la personne salariée peut s'opposer au transfert automatique de son rapport de travail. Elle ne peut en effet se voir imposer de travailler avec une partie employeuse qu'elle n'a pas choisie. L'opposition entraîne la fin du contrat avec effet au terme du délai de congé légal (art. 335b ou 335c CO) même si le contrat prévoit un délai de congé plus long ou s'il a été conclu pour une durée déterminée plus longue. Ce délai légal court dès réception de l'opposition par la partie employeuse. A son terme, mais au plus tôt au jour du transfert, le contrat de travail prendra fin.

> **Exemple**. Si une personne salariée s'oppose à son transfert le 25 août, que le délai de congé légal est d'un mois pour la fin d'un mois et que le transfert a lieu le 1er novembre, le contrat de travail prendra fin le 1er novembre (et non le 30 septembre).

En revanche, si le délai de congé légal n'a pas encore pris fin à la date du transfert, le contrat de travail perdure malgré le transfert et prendra fin à l'échéance du délai de congé légal.

> **Exemple.** Si une personne salariée s'oppose à son transfert le 25 août, que le délai de congé légal est d'un mois pour la fin d'un mois et que le transfert a lieu le 1er septembre, le contrat de travail prendra fin le 30 septembre et les rapports de travail sont transférés du 1er au 30 septembre.

L'opposition n'est soumise à aucune exigence de forme – l'art. 336b CO ne s'applique pas ici.

Avant le transfert, l'opposition doit parvenir au cédant. Après le transfert, le cessionnaire en est le destinataire.

La loi ne précise pas dans quel délai l'opposition doit intervenir et le Tribunal fédéral impartit à la personne salariée qui prend connaissance du transfert de son entreprise un « délai de réflexion de quelques semaines »,

qui coïncide avec la période d'information et de consultation prévue par l'art. 333a CO. Si la personne salariée ne réagit pas dans le délai de quelques semaines après l'annonce du transfert, elle est présumée accepter ce dernier (ATF 137 V 463).

A défaut d'annonce du transfert, la personne salariée est réputée avoir connaissance de celui-ci « dès qu'apparaissent les premières manifestations de dispositions prises par le nouvel employeur », à condition que l'information soit suffisante (TF, 4A_616/2011 du 21 mars 2012, consid. 3.3).

558. **Exceptions : le transfert pour cause d'insolvabilité (art. 333b CO).** Selon l'art. 333b CO, « lorsque l'entreprise ou une partie de celle-ci est transférée à un tiers durant un sursis concordataire dans le cadre d'une faillite ou dans celui d'un concordat par abandon d'actifs, les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations qui en découlent pour autant que ce transfert ait été convenu avec l'acquéreur et que le travailleur ne s'y oppose pas. Pour le reste, les art. 333 CO, à l'exception de l'al. 3, et 333a sont applicables par analogie ».

L'objectif de cette norme consiste à favoriser les reprises d'entreprise. En effet, l'obligation automatique de reprendre tous les rapports de travail peut dissuader les personnes candidates au rachat. D'un autre côté, sans reprise de l'entreprise, les postes de travail seront inévitablement supprimés, en totalité.

559. **Responsabilité solidaire (art. 333 al. 3 CO).** L'ancienne partie employeuse et celle qui acquiert l'entreprise répondent solidairement des créances des personnes salariées échues à la date du transfert de l'entreprise et jusqu'au moment où le contrat de travail pourrait prendre fin en vertu du délai de congé applicable – conventionnel ou légal – ou a pris fin par suite de l'opposition de la personne salariée (art. 333 al. 3 CO ; ATF 137 III 487, JdT 2014 II p. 383).

Cette disposition permet de protéger la personne salariée contre la nouvelle partie employeuse dont elle ne connaît pas la solvabilité. Elle emporte un effet semi-impératif et s'applique *ex lege*, même en l'absence d'une reprise de dette.

En revanche, pour les créances nées après le transfert, la nouvelle partie employeuse répond seule.

560. **Effets du transfert (art. 333 al. 1bis CO).** L'art. 333 al. 1bis CO prévoit que la personne ou l'entité qui acquiert l'entreprise doit respecter la CCT applicable aux rapports de travail transférés pendant une année, à moins que cette convention ne prenne fin plus tôt du fait de l'expiration de sa durée ou de sa dénonciation (art. 356c al. 2 CO). Le transfert concerne les dispositions normatives de la CCT, ainsi que les normes semi-normatives qui confèrent des droits ou des obligations aux personnes salariées (comparer avec l'art. 3 § 3 de la directive 2001/23/CE).

561. **Droits de participation en cas de transfert d'entreprise (art. 9 et 10 let. b LParticipation).** En cas de transfert d'entreprise, la représentation du personnel ou, à défaut, les personnes salariées elles-mêmes, ont le droit d'être informées du transfert, de ses motifs ainsi que de ses « conséquences juridiques, économiques et sociales » pour le personnel (art. 333a al. 1 CO). La directive 2001/23/CE est plus précise que le droit suisse, puisque son art. 7 § 1 prévoit que l'information porte également sur la date fixée ou proposée du transfert.

L'information doit intervenir en temps utile avant la réalisation du transfert d'entreprise (art. 333a al. 1 CO).

En outre, le personnel doit être consulté lorsque des mesures le concernant sont envisagées ensuite du transfert (restructuration, diminution des salaires, modifications contractuelles, augmentation du temps de travail, etc. ; cf. art. 333a al. 2 CO et 10 let. b), avant la prise de telles mesures.

562. **Sanction ?** Contrairement à ce qui vaut en cas de licenciement de membres de la représentation du personnel (art. 336 al. 2 let. b CO, N 457b-c), le non-respect des règles de participation relatives au transfert d'entreprise ne donne pas droit au versement d'une indemnité. La seule voie possible en pareilles circonstances est celle d'une action en constatation fondée sur l'art. 15 LParticipation (comparer avec l'art. 6 § 2 directive 2001/23/CE).

Bibliographie thématique

GABATHULER, La participation des travailleurs, in : Andermatt/Bianchi/Bruchez (édit), Droit collectif du travail, Bâle 2010, pp. 126-154 ; CS/CIT-BRUCHEZ, *ad* art. 335d-335e, 335g CO ; CS/CIT-BRUCHEZ/DONATIELLO, *ad* art. 335f CO ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, *ad* art. 333-333b, 335d-335k CO ; BSK-OR-PORTMANN/RUDOLPH, *ad* art. 333-333b, 335d-335k CO ; CS/CIT-CHENAUX/MARTIN, *ad* art. 333-333a CO ; CR/CO-AUBERT, *ad* art. 333-333a, 335d-335g CO ; DUNAND/MAHON et al., Etude sur la protection accordée aux représentants des travailleurs, étude établie à la demande et sur mandant du Secrétariat d'Etat à l'économie et de l'Office fédéral de la justice, Berne 2015 ; GEISER, Sozialplanpflicht im schweizerischen Arbeitsrecht, ZBJV 2017 XII, pp. 817-840 ; CONSEIL

FEDERAL, Message II sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE (Message complémentaire II au message relatif à l'Accord EEE) du 15 juin 1992, FF 1992 V 506 ; CONSEIL FEDERAL, Message sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE du 24 février 1993, FF 1993 I 757 ; ORDOLLI, Utilisation d'Internet et de l'intranet par les syndicats et les représentants élus des travailleurs, in : Dunand/Mahon (édit.), Internet au travail, Genève 2014, pp. 205-225 ; ROCHAT POCHELON, L'obligation de négocier un plan social avec les travailleurs : modalités et rôle possible des syndicats (art. 335h à 335k CO), in : Wyler (édit.), Panorama III en droit du travail, Berne 2017, pp. 541-577 ; SCHWAAB, Licenciement collectif, Genève 2018 ; TROILLET, Plans sociaux : quelques questions pratiques liées à la mise en oeuvre des articles 335h à 335k CO, in : Regards croisés sur le droit du travail : "liber amicorum" pour Gabriel Aubert, Genève 2015, pp. 321-330 ; WITZIG, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 623-632 ; WYLER, Licenciements collectifs et plans sociaux : quelques aspects délicats ou controversés, in : Sviluppi e orientamenti recenti nel diritto del lavoro, Lugano 2018, pp. 109-137 ; WYLER/HEINZER, Droit du travail, Berne 2019, pp. 551-608, 657-712, 1197-1238.

Partie V Eléments de procédure civile

563. **Généralités.** Au sens classique, les règles de procédure indiquent comment les parties et les juges doivent procéder pour parvenir à une décision judiciaire qui met fin à un litige. Il est toutefois possible d'opérer plusieurs distinctions. En fonction des rapports juridiques en cause, on opposera les règles de procédure administrative, civile ou pénale. Par exemple, les litiges de droit de la fonction publique entre une administration publique et une personne employée par cette administration (N 57) relèveront en principe de la procédure administrative, tout comme le recours intenté par une entreprise contre une décision d'une inspection cantonale du travail (N 183, 193-199). Sera en revanche soumise aux règles de procédure pénale l'instruction pénale ouverte contre une personne employée suite à une plainte pour vols déposée à son encontre par sa partie employeuse.

On peut aussi opposer les procédures gracieuses et contentieuses ou encore les procédures en amont du procès et les procédures judiciaires ou arbitrales. Sont, par exemple, des procédures en amont du procès, les enquêtes internes organisées par une entreprise ou la procédure à suivre en cas de licenciement collectif (N 538-542).

564. **Plan.** Dans cette cinquième partie de l'Abrégé, nous nous concentrerons sur quelques éléments importants de procédure civile. Après une présentation des sources applicables (**chapitre 1**), nous traiterons des litiges de droit du travail (**chapitre 2**), des juridictions compétentes (**chapitre 3**), du déroulement du procès (**chapitre 4**), de la prescription (**chapitre 5**), des voies de droit (**chapitre 6**) et de l'arbitrage (**chapitre 7**).

Chapitre 1 Sources

565. **Généralités.** Le code de procédure civile (CPC) du 19 décembre 2008 (RS 272) constitue la législation centrale et incontournable fixant les règles applicables aux actions judiciaires civiles relevant du contrat

individuel de travail. Il existe toutefois de nombreuses autres sources à prendre en considération, de droit international, de droit national et de droit cantonal.

566. **Droit international.** La Suisse a ratifié plusieurs conventions internationales qui ont une portée en procédure civile. Nous citerons les instruments suivants (par ordre de classement dans le RS) :

- La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) du 4 novembre 1950 (RS 0.101). Est plus particulièrement pertinent l'art. 6 § 1 (droit à un procès équitable).
- La Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale du 15 novembre 1965 (RS 0.274.131).
- La Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale du 18 mars 1970 (RS 0.274.132).
- La Convention tendant à faciliter l'accès international à la justice du 25 octobre 1980 (RS. 0.274.133).
- La Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano, CL) du 30 octobre 2007 (RS 0.275.12).

567. **Constitution fédérale.** La Constitution fédérale contient plusieurs dispositions relatives à la procédure et à l'organisation judiciaire :

- Art. 29 (garanties générales de procédure) : cause traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable (al. 1) ; droit d'être entendu (al. 2) ; droit à l'assistance judiciaire (al. 3).
- Art. 29a (garantie de l'accès au juge).
- Art. 30 (garanties de procédure judiciaire) : droit à un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi (al. 1) ; garantie à la partie défenderesse, sauf exception, du for de son domicile (al. 2) ; publicité de l'audience et du jugement, sauf exception (al. 3).
- Art. 122 (droit civil) : la législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la compétence de la Confédération (al. 1) ; l'organisation judiciaire et l'administration de la justice en matière de droit civil sont en principe du ressort des cantons (al. 2).

- Art. 188 ss (organisation du Tribunal fédéral).
- Art. 191b (autorités judiciaires des cantons).
- Art. 191c (indépendance des autorités judiciaires).

568. **CPC.** Le code de procédure civile comprend l'essentiel des normes applicables. Selon son art. 1, il règle la procédure applicable devant les juridictions cantonales :

- aux affaires civiles contentieuses (lit. a) ;
- aux décisions judiciaires de la juridiction gracieuse (lit. b) ;
- aux décisions judiciaires en matière de droit de la poursuite pour dettes et la faillite (lit. c) ;
- à l'arbitrage (lit. d).

Les traités internationaux et la LDIP sont réservés (art. 2 CPC). Sauf disposition contraire, l'organisation des tribunaux et des autorités de conciliation relève des cantons (art. 3 CPC).

Le code de procédure civile traite notamment de la compétence des tribunaux, de la forme des actes de procédure, du déroulement de la procédure, des moyens de preuve et de leur appréciation, des frais judiciaires et des dépens, ainsi que des voies de recours.

En principe, l'ensemble des règles (ordinaires) du CPC s'applique aux litiges de droit du travail. Dans le but de faciliter l'accès à la justice des personnes employées, le législateur a cependant prévu quelques normes spécifiques qui régissent les actions judiciaires civiles en matière de contrat de travail :

- fors (art. 34 et 35 CPC) ;
- représentation conventionnelle des parties (art. 68 al. 2 CPC) ;
- dispenses des frais judiciaires (art. 113 et 114 CPC) ;
- procédure simplifiée (art. 243 CPC) ;
- établissement des faits ; maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 CPC).

Les règles de for (art. 34 et 35 CPC) et sur la représentation conventionnelle des parties s'appliquent à tous les litiges de droit du travail. En revanche, les règles sur les dispenses des frais judiciaires (art. 113 al. 2 lit. d et 114 lit. c CPC), la procédure simplifiée (art. 243 al. 1 CPC) et la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 lit. b ch. 2 CPC) ne s'appliquent, en principe, que dans les litiges dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.-. Comme nous le verrons, des exceptions sont notamment prévues pour les litiges fondés sur la LEg ou la LParticipation.

Conformément à l'art. 122 al. 2 de la Constitution fédérale, l'art. 3 CPC indique que, sauf disposition contraire de la loi, l'organisation des tribunaux et des autorités de conciliation relève des cantons. L'art. 4 al. 1 CPC précise que le droit cantonal détermine la compétence matérielle et fonctionnelle des tribunaux, sauf disposition contraire de la loi. Nous verrons que plusieurs cantons ont concrétisé cette compétence en instituant des tribunaux spécialisés en matière de droit du travail (N 595).

Le CPC confère en outre d'autres compétences aux cantons. Ainsi, ces derniers fixent les tarifs applicables en matière de frais et de dépens (art. 96 CPC). Par ailleurs, les cantons peuvent prévoir des dispenses de frais plus larges que celles prévues aux art. 113 et 114 CPC (art. 116 al. 1 CPC). Enfin, le droit cantonal peut prévoir que les mandataires professionnellement qualifiés sont autorisés à représenter les parties à titre professionnel devant les juridictions spéciales en matière de contrat de travail (art. 68 al. 2 lit. d CPC).

En date du 26 février 2020, le Conseil fédéral a adopté à l'intention du Parlement le Message relatif à la modification du Code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit). La révision vise à accroître l'efficacité du CPC par des modifications ciblées. Elle contient notamment une adaptation des dispositions régissant les frais, qui facilitera l'accès à la justice (réduction des avances de frais judiciaires). La révision cherche en outre à faciliter la coordination des procédures, à étendre le champ d'application de la procédure de conciliation et à clarifier certaines autres règles.

569. **LTF.** La loi sur le Tribunal fédéral (LTF) du 17 juin 2005 (RS 173.110) définit notamment les règles applicables en matière de recours en matière civile (art. 72 ss LTF) et de recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF) (N 644).

570. **LDIP.** Comme nous le verrons, la Convention de Lugano détermine le plus souvent le for applicable en matière de litige portant sur un contrat de travail international (N 592). Dans les situations dans lesquelles le litige ne relève pas de cette convention, on applique les normes de la LDIP (cf. art. 115 LDIP, N 593).

571. **Droits cantonaux.** Les cantons ont adopté plusieurs lois qui permettent d'exécuter ou de concrétiser le droit fédéral. Tout d'abord, en application de l'art. 3 CPC, chaque canton dispose d'une loi d'organisation judiciaire. Dans les cantons romands, il s'agit des lois suivantes :

- Canton de Berne : loi sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public (LOJM/BE) du 11 juin 2009 (RS/BE 161.1).
- Canton de Fribourg : loi sur la justice (LJ/FR) du 31 mai 2010 (RS/FR 130.1).
- Canton de Genève : loi sur l'organisation judiciaire (LOJ/GE) du 26 septembre 2010 (RS/GE E 2 05).
- Canton du Jura : loi d'organisation judiciaire (LOJ/JU) du 23 février 2000 (RS/JU 181.1).
- Canton de Neuchâtel : loi d'organisation judiciaire neuchâteloise (OJN/NE) du 27 janvier 2010 (RS/NE 161.1).
- Canton du Valais : loi sur l'organisation de la Justice (LOJ/VS) du 11 février 2009 (RS/VS 173.1).
- Canton de Vaud : loi d'organisation judiciaire (LOJ/VD) du 12 décembre 1979 (RS/VD 173.01).

Certains cantons, dont la majorité des cantons romands, ont institué une juridiction spécialisée en matière de droit du travail (cf. art. 4 al. 1 CPC) (N 595). Des législations spécifiques ont parfois été votées à cet effet :

- Canton de Genève : loi sur le tribunal des prud'hommes (LTPH/GE) du 11 février 2010 (RS/GE E 3 10).
- Canton du Jura : loi instituant le Conseil des prud'hommes (LiCPH/JU) du 30 juin 1983 (RS/JU 182.34).
- Canton du Valais : loi cantonale sur le travail (LcTr/VS) du 12 mai 2016 (RS/VS 822.1).

· Canton de Vaud : loi sur la juridiction du travail (LJT/VD) du 12 janvier 2010 (RS/VD 173.61).

Les cantons ont également adopté des législations d'application ou d'introduction du/au CPC. Il s'agit pour les cantons romands des lois suivantes :

· Canton de Berne : loi portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs (LiCPM/BE) du 11 juin 2009 (RS/BE 271.1).

· Canton de Fribourg : loi sur la justice (LJ/FR) du 31 mai 2010 (RS/FR 130.1).

· Canton de Genève : loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile (LaCC/GE) du 11 octobre 2012 (RS/GE E 1 05).

· Canton du Jura : loi d'introduction du Code de procédure civile suisse (LiCPC/JU) du 16 juin 2010 (RS/JU 271.1).

· Canton de Neuchâtel : loi d'introduction du code de procédure civile (LI-CPC/NE) du 27 janvier 2010 (RS/NE 251.1).

· Canton du Valais : loi d'application du code de procédure civile suisse (LACPC/VS) du 11 février 2009 (RS/VS 270.1).

· Canton de Vaud : Code de droit privé judiciaire vaudois (CEDPJ/VD) du 12 janvier 2010 (RS/VD 211.02).

Chapitre 2 Litiges de droit du travail

572. **Principes.** Le CPC règle les litiges de droit privé du travail, soit tout litige civil contentieux, ayant sa source dans un contrat individuel de travail ou dans le droit collectif du travail, opposant une partie employeuse (personne physique ou morale) à une partie employée, dans le cadre d'un rapport de droit privé, que la prétention ait un fondement contractuel ou délictuel, ou qu'elle résulte d'un enrichissement illégitime (DIETSCHY, pp. 11 ss et WYLER/HEINZER, p. 942). La prétention peut par exemple être fondée sur les art. 319 ss ou sur la partie générale du CO, sur une loi spéciale telle que la LEg, ou encore sur une convention collective.

573. **Protection de la personnalité et protection des données.** La notion de litige de droit du travail peut avoir un spectre temporel assez large. Ainsi, en matière de protection de la personnalité (art. 328 CO) et de protection des données (art. 328b CO), le Tribunal fédéral a précisé que les règles du CO sur le contrat de travail s'appliquaient également, dans certaines limites, avant la conclusion et après la fin de celui-ci (N 339).

> **Jurisprudences**. Les droits et obligations découlant de l'art. 328 CO s'appliquent déjà lors des pourparlers précontractuels. Ainsi, dans la mesure où, lors d'un entretien d'embauche, la partie employeuse pose des questions au sujet de la situation personnelle des personnes candidates sans rapport avec le travail pour lequel elles se présentent, elle contrevient à l'art. 328 CO (TF, 2C_103/2008 du 30 juin 2008, consid. 6.2).
>
> L'obligation de protéger la personnalité des personnes employées perdure dans une certaine mesure au-delà de la fin des rapports de travail (ATF 130 III 699, consid. 5.1). Il en résulte, par exemple, qu'une partie employeuse peut être tenue de verser des dommages-intérêts à un ancien employé lorsqu'elle a fourni de faux renseignements sur son compte qui ont découragé une entreprise de l'engager (TF, 4C.379/2002 du 22 avril 2003, consid. 1 et 2).

De même, lorsqu'une personne employée souhaite plaider une atteinte à la protection de ses données, il faut considérer qu'il s'agit d'un litige de droit du travail, que l'action soit fondée sur la loi sur la protection des données (LPD), le CC ou le CO, puisque le litige s'inscrit dans le cadre des rapports de travail et que la protection de la personne employée est prévue dans les dispositions sur le contrat de travail (art. 328 et 328b CO).

574. **Prétention à double fondement.** Une prétention d'une personne employée peut reposer sur plusieurs fondements juridiques, par exemple un fondement contractuel (contrat de travail) et un fondement délictuel. Selon la jurisprudence, il faut donner en principe la prééminence à l'aspect contractuel et considérer qu'il s'agit d'un litige relevant du droit du travail. Il s'agit notamment d'éviter que le fondement délictuel de l'action, qui sera souvent accessoire par rapport au fondement contractuel, ne serve qu'à attirer une partie devant le tribunal du domicile de la partie défenderesse (*forum shopping*) (ATF 137 III 311, consid. 5.2.2).

> **Jurisprudence**. Une partie employée se plaint d'avoir été victime d'un harcèlement psychologique et réclame des dommages-intérêts de la partie employeuse. Elle invoque un double fondement, contractuel (art. 328 CO) et délictuel (art. 28 CC). Prenant sa source dans les rapports de travail, ce différend doit être tranché dans son intégralité au for et selon les règles établies pour les contestations en matière de contrat de travail (ATF 137 III 311, consid. 5.2.2).

575. **Contrats mixtes.** Constitue un contrat mixte, le contrat qui combine des éléments de deux contrats. Le contrat de conciergerie, par exemple, comprend des prestations du contrat individuel de travail et du contrat de bail à loyer. Ce contrat est régi par le droit du contrat de travail pour ce qui a trait à l'activité de conciergerie et par le droit du bail pour la cession de l'usage mis à disposition du concierge (ATF 131 III 566, consid. 3.1). S'agissant de la fin du contrat, on applique les règles sur la résiliation du contrat de travail, si l'on estime que le travail constituait la prestation déterminante ou, au contraire, les règles du contrat de bail à loyer, si la location était la composante prépondérante (ATF 131 III 566, consid. 3.1).

Il résulte de ce qui précède que nous sommes en présence d'un litige de droit du travail lorsque l'aspect du contrat de conciergerie qui est litigieux a trait au droit du travail ou, si le conflit porte sur la résiliation du contrat, lorsque l'aspect prépondérant du contrat ressortit au contrat de travail.

576. **Faits de double pertinence.** Lorsqu'il statue d'entrée de cause sur sa compétence (cf. N 581), le tribunal doit tout d'abord déterminer si le ou les faits pertinents sous l'angle de la disposition légale applicable sont des faits simples ou des faits doublement pertinents. Les faits sont de pertinence simple lorsqu'ils ne sont déterminants que pour la compétence (par exemple, le lieu où la personne salariée exerce habituellement son activité professionnelle). Sont, en revanche, doublement pertinents ou de double pertinence, les faits qui sont déterminants tant pour la compétence du tribunal que pour le bien-fondé de l'action. Tel est le cas de l'existence

d'un contrat de travail (ATF 141 III 294, consid. 5.2 ; TF, 4A_264/2018 du 7 juin 2018, consid. 2.3). Lorsqu'un canton, par exemple le canton de Genève, institue une juridiction spécialisée pour connaître des litiges découlant du contrat de travail, ledit contrat constitue un fait doublement pertinent (ATF 137 III 32, consid. 2.3).

Selon la théorie des faits doublement pertinents ou à double pertinence, le tribunal saisi examine sa compétence sur la seule base des allégués, moyens et conclusions de la demande, sans tenir compte des contestations de la partie défenderesse et sans procéder à aucune administration des preuves. S'il arrive à la conclusion qu'il n'est pas compétent, le tribunal doit rendre une décision d'irrecevabilité. En revanche, s'il admet sa compétence, le tribunal procède à l'administration des preuves puis à l'examen du bien-fondé de la prétention au fond. S'il conclut finalement que le fait doublement pertinent censé fonder sa compétence n'est pas réalisé, il doit rejeter la demande par une décision au fond (ATF 142 III 467, consid. 4.1). Ainsi, le tribunal des prud'hommes doit rejeter la demande si, en examinant le fond, il constate l'inexistence d'un contrat de travail (TF, 4A_484/2018 du 10 décembre 2019, consid. 5.2).

Compte tenu du fait que le tribunal applique le droit d'office (cf. art. 57 CPC), il doit lorsque sa compétence a été retenue sur la base de la théorie des faits de double pertinence, examiner les prétentions de la partie demanderesse quel que soit leur fondement, même s'il s'avère finalement qu'il n'y a pas de relation de travail (TF, 4A_484/2018 du 10 décembre 2019, consid. 5.4).

577. **Groupe de sociétés.** Lorsque les rapports de travail s'inscrivent dans un groupe de sociétés, il n'est pas toujours aisé de déterminer quelle est la véritable partie employeuse, l'entité qui apparaît dans le contrat n'étant pas forcément celle auprès de laquelle la prestation de travail est effectuée.

Selon une conception traditionnelle, les rapports de travail ne sont noués en principe qu'avec une seule société (ATF 130 III 213, consid. 2.2.1 ; TF, 4A_619/2016 du 15 mars 2017, consid. 7.2). Des variantes sont cependant possibles.

> **Jurisprudence**. Ainsi, dans un cas où un travailleur était employé à plein temps par deux sociétés d'un groupe, le Tribunal fédéral a considéré qu'il fallait admettre que ces entités étaient liées entre elles par un contrat de société simple dont le but était l'utilisation des services du travailleur et qu'elles répondaient dès lors solidairement pour l'ensemble des dettes à l'égard du travailleur (TF, 4C.41/1999 du 12 juillet 2000, consid. 5).

En tous les cas, la personne employée ne doit pas être prétéritée par la complexité de l'organisation du groupe et les ambiguïtés qui peuvent en résulter. La théorie de la transparence (« Durchgriff ») permet de lever le voile social et d'invoquer l'identité économique avec la société dominante lorsque le fait d'opposer l'indépendance juridique des deux entités constitue un abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC (ATF 137 III 550, consid. 2.3.1).

> **Jurisprudences**. Il n'y a toutefois pas de « Durchgriff » proprement dit lorsque les sphères de la société dominante et de la société dominée se confondent, ou lorsque la responsabilité de la société dominante est engagée en vertu d'un fondement propre, par exemple lorsqu'elle déçoit la confiance de tiers ou doit se laisser imputer des déclarations de volonté propres à faire naître une obligation. Dans tous ces cas de figure, ce n'est pas l'indépendance de la personne morale qui est niée, mais bien sa légitimation active ou passive exclusive : la société dominante est légitimée ou obligée non pas à la place de la société dominée, mais à ses côtés (ATF 137 III 550, consid. 2.3.1).
>
> Il peut exister une confusion des sphères lorsqu'extérieurement, l'identité d'une société fille ne peut plus être distinguée de celle de la société mère, en particulier lorsqu'une apparence d'unité est créée par des signes sociaux, des locaux, des organes, du personnel ou des coordonnées téléphoniques identiques (ATF 137 III 550, consid. 2.3.2).
>
> Les règles du droit du travail sont applicables à toutes les prestations promises à la personne employée en contrepartie de son activité, indépendamment de la construction juridique adoptée au sein du groupe employeur relativement à certaines de ces prestations, et, en particulier, indépendamment d'un éventuel système de contrats multiples liant la personne employée à des personnes morales distinctes (ATF 130 III 495, consid. 4.2.1).

578. **Représentation conventionnelle des parties.** En vertu de l'art. 68 al. 1 CPC, toute personne capable d'ester en justice peut se faire représenter au procès. Le représentant doit justifier de ses pouvoirs par une procuration (art. 68 al. 3 CPC). Le Tribunal peut toutefois ordonner la comparution personnelle des parties qui sont représentées (art. 68 al. 4 CPC).

Selon l'art. 68 al. 2 CPC, sont notamment autorisés à représenter les parties à titre professionnel, dans toutes les procédures, les avocats autorisés à pratiquer la représentation en justice devant les tribunaux suisses (lit. a) et, devant les juridictions spéciales en matière de contrat de travail, les mandataires professionnellement qualifiés, si le droit cantonal le prévoit (lit. d).

Ainsi, dans le canton de Berne, lorsque la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.-, les représentants et représentantes professionnellement qualifiés des organisations d'employeurs et de salariés peuvent accompagner ou assister les membres de ces dernières et s'exprimer sur l'affaire devant le tribunal (art. 9 al. 2 LiCPM/BE).

Autre exemple, dans le canton de Genève, qui connaît des juridictions spéciales en matière de contrat de travail, les mandataires professionnellement qualifiés peuvent assister ou représenter les parties devant le Tribunal des prud'hommes et la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice (art. 15 de la loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile (LaCC) du 11 octobre 2012 [RS/GE E 1 05]).

> **Jurisprudence**. La qualité de mandataire professionnellement qualifié est surtout reconnue, devant la juridiction des prud'hommes, à des associations professionnelles, syndicales ou patronales, ou à des sociétés de protection juridique actives à Genève. Ces organisations professionnelles spécialisées agissent par l'intermédiaire du personnel qu'elles forment ; celui-ci, même sans brevet d'avocat ou licence en droit, dispose des connaissances théoriques et pratiques indispensables à son activité, connaissances qu'il acquièrt notamment par sa participation aux négociations des partenaires sociaux tendant à la conclusion des conventions collectives de travail (TF, 4A_268/2010 du 21 octobre 2010, consid. 6.2).

Il existe des règles particulières pour les audiences de conciliation. En effet, les parties doivent en principe y comparaître en personne (art. 204 al. 1 CPC). Elles peuvent se faire assister d'un conseil juridique ou d'une personne de confiance (art. 204 al. 2 CPC).

579. **Participation de la caisse de chômage.** Les art. 29 al. 2 et 54 al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage (LACI) institue une subrogation légale de la caisse de chômage aux droits de la personne employée à concurrence des indemnités qui lui ont été versées (sur ces questions, cf. DIETSCHY, *Procédure civile et droit du travail*, pp. 24 ss). Si la subrogation intervient avant l'ouverture du procès entre la partie employée et la partie employeuse, la caisse peut intervenir dans le procès (cf. art. 73 CPC). La procédure d'intervention donne lieu à l'ouverture d'une procédure indépendante du premier procès (TF, 5A_494/2015 du 18 janvier 2016, consid. 4.2.4). La caisse peut aussi décider d'introduire une procédure distincte. Lorsque le procès entre la partie employée et la partie employeuse est déjà pendant, la caisse peut se substituer au sens de l'art. 83 CPC.

580. **Action des organisations.** Selon l'art. 89 al. 1 CPC, les associations et les autres organisations d'importance nationale ou régionale qui sont habilitées aux termes de leurs statuts à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé peuvent, en leur propre nom, agir pour l'atteinte à la personnalité des membres de ce groupe. En droit du travail, les associations patronales et syndicales qui disposent de la personnalité juridique et qui peuvent se prévaloir d'une certaine représentativité régionale ou nationale, bénéficient donc de la qualité pour agir pour faire interdire, cesser ou constater une atteinte à la personnalité des membres considérés.

En vertu de l'art. 89 al. 2 CPC, ces associations peuvent requérir du tribunal d'interdire une atteinte illicite si elle est imminente (lit. a), de la faire cesser si elle dure encore (lit. b) ou d'en constater le caractère illicite, si le trouble qu'elle a créé subsiste (lit. c). Cette énumération des actions possibles est exhaustive. Si ces associations peuvent ester en justice pour défendre les intérêts communs d'une profession, elles ne sauraient avoir cette qualité pour réclamer la réparation d'un dommage subi par un ou plusieurs de leurs membres personnellement (ATF 125 III 82, consid. 1a).

Le droit d'action des organisations est soumis à des conditions propres, plus ou moins strictes, dans diverses législations spéciales (cf. par exemple, l'art. 7 LEg, 15 al. 2 LParticipation ou 58 LTr) (N 229, 464d, 534). Ces dispositions sont expressément réservées à l'art. 89 al. 3 CPC.

Chapitre 3 Compétences des juridictions

581. **Plan.** Pour déterminer le tribunal compétent pour juger un litige de droit du travail, il faut tout d'abord appliquer les règles de compétence à raison du lieu (3.1), puis celles à raison de la matière (3.2) et à raison de la valeur litigieuse (3.3). Le tribunal examine d'office si les conditions de recevabilité sont remplies (art. 60 CPC). Il y a lieu de tenir compte aussi de l'exception d'immunité de juridiction que peut soulever à certaines conditions une partie défenderesse, en particulier un Etat étranger (3.4).

3.1 A raison du lieu

582. **Généralités.** Les règles de compétence à raison du lieu déterminent le for, soit le tribunal territorialement compétent. Le CPC fixe les règles applicables pour les litiges de droit interne. Il contient des normes spécifiques applicables aux litiges de droit du travail (art. 34 et 35 CPC) qui complètent les normes générales (art. 12 CPC, par exemple). La compétence à raison du lieu se détermine au moment de l'introduction de l'instance (art. 62 al. 1 et 64 al. 1 lit. b CPC). Des changements en cours de procédure, par exemple un changement de domicile, n'a pas d'incidence sur la compétence à raison du lieu.

Dans les situations internationales (contrats de travail internationaux), la compétence à raison du lieu est fixée suivant les cas par la Convention de Lugano ou la LDIP.

583. **Action de la partie employée.** La partie employée peut, à son choix, introduire son action en justice (relevant du droit du travail) contre la partie employeuse devant l'un des tribunaux suivants (fors alternatifs) :

- tribunal du domicile ou siège de la partie employeuse (art. 34 al. 1 CPC) ; pour la notion de domicile ou siège, cf. art. 10 CPC ;
- tribunal du lieu où la personne employée exerce habituellement son activité professionnelle (art. 34 al. 1 CPC) ;

- tribunal du lieu de l'établissement ou de la succursale de la partie employeuse pour lequel la partie employée est active (art. 12 CPC) (ATF 144 V 313, consid. 6.3 ; ATF 129 III 31, consid. 3).

Lorsque la relation de travail s'inscrit dans le cadre d'une location de services (travail temporaire), le CPC prévoit un for supplémentaire. En effet, selon l'art. 34 al. 2 CPC, « le tribunal du lieu de l'établissement commercial du bailleur de services ou de l'intermédiaire avec lequel le contrat a été conclu est également compétent pour statuer sur les actions » des personnes employées relevant de la loi sur le service de l'emploi (LSE).

584. **Renonciation aux fors légaux.** Pour les litiges internes (pour les litiges internationaux, cf. N 592-593), les personnes employées ne peuvent renoncer aux fors prévus à l'art. 34 CPC avant la naissance du litige ou par acceptation tacite (art. 35 al. 1 lit d CPC). Cette interdiction concerne autant les fors auxquels la partie employée peut agir contre la partie employeuse que les fors auxquels elle peut être actionnée par la partie employeuse. L'élection de for conclue après la naissance du différend est réservée (art. 35 al. 2 CPC). Il faut toutefois également tenir compte de l'art. 341 CO. Ainsi, la convention de for conclue après la naissance du litige, mais durant les relations de travail ou dans le mois qui suit leur terme ne lie par la partie employée si la créance visée est de nature impérative (ATF 144 III 235, consid. 2 et ATF 136 III 467, consid. 4.6). Antérieurement à cette échéance, elle n'est pas nulle, mais n'oblige pas la partie employée (ATF 145 III 14, consid. 9).

Une partie employeuse peut quant à elle renoncer, à l'avance ou par acceptation tacite aux fors prévus à l'art. 34 CPC (cf. ATF 137 III 311, consid. 4.1.1).

585. **Action de la partie employeuse.** La partie employeuse peut, quant à elle, introduire son action en justice (relevant du droit du travail) contre la partie employée, à son choix, devant l'un des fors suivants (fors alternatifs) :

- tribunal du domicile de la partie employée (art. 34 al. 1 CPC) ;
- tribunal du lieu où la personne employée exerce habituellement son activité professionnelle (art. 34 CPC).

586. **Lieu d'accomplissement habituel du travail.** Le lieu de l'activité habituelle de la personne employée est celui où se situe effectivement le

centre de l'activité concernée (TF, 4A_236/2016 du 23 août 2016, consid. 2). Lorsque la personne employée est occupée simultanément dans plusieurs lieux, celui de ces lieux qui se révèle manifestement central, du point de vue de l'activité fournie, détermine le for à l'exclusion des autres (ATF 145 III 14, consid. 8).

> **Jurisprudence**. Le travailleur affecté au service extérieur de l'employeuse peut agir contre elle au lieu où elle planifie et organise ses déplacements auprès de la clientèle et accomplit ses tâches administratives ; le cas échéant, ce lieu peut coïncider avec son domicile personnel (ATF 145 III 14, consid. 5-9).

587. **Mesures provisionnelles.** Selon l'art. 13 CPC, sont en principe compétents pour ordonner des mesures provisionnelles, le tribunal compétent pour statuer sur l'action principale (lit. a) ou le tribunal du lieu où la mesure doit être exécutée (lit. b).

Comme exemples de mesures provisionnelles en droit du travail, nous citerons :

- la demande en restitution, au moment où le contrat de travail prend fin, de tout ce que les parties se sont remis pour la durée du contrat, de même que tout ce que l'une d'elles pourrait avoir reçu de tiers pour le compte de l'autre (cf. art. 339a al. 1 CO) (N 276) ;
- la demande en interdiction d'exercer l'activité concurrente (art. 340b al. 3 CO) (N 274) ;
- la demande de réengagement provisoire, lorsqu'une personne est licenciée parce qu'elle s'est plainte sur son lieu de travail, devant un office de conciliation ou un tribunal, d'avoir subi une discrimination interdite par la loi sur l'égalité (cf. art. 10 al. 3 LEg) (N 423).

588. **Demande reconventionnelle.** Une demande reconventionnelle peut être formée au for de l'action principale lorsqu'elle est dans une relation de connexité avec la demande principale (art. 14 al. 1 CPC). Ce for subsiste même si la demande principale est liquidée (art. 14 al. 2 CPC). Les prétentions reconventionnelles ne sont toutefois admissibles que si elles sont soumises à la même procédure que la demande principale (art. 224 al. 1 CPC). Dès lors, lorsque la demande principale est soumise à la procédure simplifiée (N 612), une demande reconventionnelle soumise à la procédure ordinaire est irrecevable (ATF 143 III 506, consid. 3).

589. **Consorité.** Lorsque l'action est intentée contre plusieurs consorts (cumul subjectif), le tribunal compétent à l'égard d'une partie défenderesse l'est à l'égard de toutes les autres, à moins que sa compétence ne repose que sur une élection de for (art. 15 al. 1 CPC).

590. **Cumul d'actions.** Il y a cumul objectif d'actions lorsque plusieurs prétentions indépendantes l'une de l'autre sont simultanément réclamées contre une même partie défenderesse dans le cadre d'une seule procédure (ATF 137 III 311, consid. 5.1.1). Par exemple, la partie employée réclame dans la même demande le paiement d'heures supplémentaires et la remise d'un certificat de travail.

En cas de cumul objectif d'actions, selon l'art. 90 CPC, la partie demanderesse peut réunir dans la même action plusieurs prétentions contre la même partie défenderesse pour autant que le même tribunal soit compétent à raison de la matière (lit. a) (N 594) et qu'elles soient soumises à la même procédure (lit. b) (N 611-613).

591. **Concours d'action.** Il y a concours d'action lorsqu'il n'y a qu'un seul objet du litige, mais qui repose sur plusieurs fondements juridiques (ATF 137 III 311, consid. 5.1.1). Par exemple, une demande en dommages-intérêts en cas de harcèlement psychologique, fondée sur les art. 28 CC, 41 CO et 328 CO. Lorsque, comme dans l'exemple qui précède, la prétention a un fondement prépondérant relevant du droit du travail, il se justifie de faire prévaloir les fors prévus dans ce domaine sur ceux de l'acte illicite (ATF 137 III 311, consid. 5.2).

592. **Convention de Lugano.** Pour déterminer le for dans les contrats internationaux, on applique la Convention de Lugano si l'une des parties au contrat de travail a son domicile ou son siège dans un des Etats de l'Union européenne, en Norvège ou en Islande. La section 5 du titre II de la convention est consacrée à la compétence en matière de contrats individuels de travail (art. 18 à 21 CL).

Selon l'art. 19 de la convention, une partie employeuse ayant son domicile sur le territoire d'un Etat lié par la convention peut être attraite :

- devant les tribunaux de l'Etat où elle a son domicile (ch. 1) ;
- dans un autre Etat lié par la convention, soit devant le tribunal du lieu où la partie employée accomplit habituellement son travail ou devant le tribunal du dernier lieu où elle a accompli habituellement son travail

(ch. 2, lit a), ou lorsque la partie employée n'accomplit pas ou n'a pas accompli habituellement son travail dans un même pays, devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché la personne employée (ch 2, lit. b).

Lorsqu'une partie employée conclut un contrat individuel de travail avec une partie employeuse qui n'est pas domiciliée dans un Etat lié par la convention mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un Etat lié, la partie employeuse est considérée, pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile dans cet Etat (art. 18 ch. 2 CL).

Quant à la partie employeuse, elle ne peut introduire son action que devant les tribunaux de l'Etat lié par la convention sur le territoire duquel la partie employée à son domicile (art. 20 al. 1 CL). Dans tous les cas, il est possible d'introduire une demande reconventionnelle devant le tribunal saisi de la demande originaire conformément à cette section 5 (art. 20 al. 2 CL).

En vertu de l'art. 21 CL, il ne peut être dérogé aux art. 18 à 20 CL que par des conventions attributives de juridiction postérieures à la naissance du différend (ch. 1) ou qui permettent à la partie employée de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués dans la section 5 (ch. 2).

593. **LDIP.** Dans les situations internationales qui ne relèvent pas de la Convention de Lugano, c'est la LDIP qui s'applique. Selon l'art. 115 al. 1 LDIP, les tribunaux suisses du domicile de la partie défenderesse ou du lieu dans lequel la personne employée accomplit habituellement son travail sont compétents pour connaître des actions relatives au contrat de travail. En vertu de l'art. 115 al. 2 LDIP, l'action intentée par une partie employée peut, de surcroît, être portée au for de son domicile ou de sa résidence habituelle en suisse.

La LDIP prévoit également un for supplémentaire en cas de détachement (cf. LDét, N 81). Ainsi, les tribunaux suisses du lieu dans lequel une partie employée en provenance de l'étranger est détachée, pour une période limitée et pour y exécuter tout ou partie de sa prestation de travail, sont également compétents pour connaître des actions relatives aux conditions de travail et de salaire devant s'appliquer à cette prestation (art. 115 al. 3 LDIP).

La LDIP n'interdit pas la prorogation de for (renonciation aux fors légaux) en matière de contrat de travail. En effet, selon l'art. 5 al. 1 LDIP, en matière patrimoniale, les parties peuvent convenir du tribunal appelé à

trancher un différend né ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé (y compris un contrat de travail). La convention peut être passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte. Selon l'art. 5 al. 2 LDIP, l'élection de for est toutefois sans effet si elle conduit à priver d'une manière abusive une partie de la protection que lui assure un for prévu par le droit suisse.

3.2 A raison de la matière

594. **Principes.** La compétence à raison de la matière détermine les causes qui sont attribuées à un tribunal en fonction de l'objet du litige et de la valeur litigieuse. Les règles de compétence matérielle sont en principe de nature impérative (cf. art. 59 al. 2 lit. b CPC). L'art. 8 al. 1 CPC prévoit toutefois que si la valeur litigieuse d'un litige patrimonial est de CHF 100'000.- au moins, la partie demanderesse peut, avec l'accord de la partie défenderesse, porter l'action directement devant le tribunal supérieur. Selon l'art. 8 al. 2 CPC, ce tribunal statue en tant qu'instance cantonale unique. Les cas d'application sont rares dans les litiges de droit du travail.

En vertu de l'art. 4 al. 1 CPC, ce sont les cantons qui déterminent la compétence matérielle des tribunaux. En raison de la composante sociale du droit du travail, de nombreux cantons ont institué des tribunaux spécialisés qui sont compétents pour trancher exclusivement les conflits de travail. Dans la tradition de la juridiction prud'homale, ces tribunaux sont généralement composés d'un magistrat ou une magistrate de profession et de juges laïcs, qui représentent les milieux patronaux et syndicaux.

595. **Juridictions spécialisées dans les cantons romands.** Les cantons romands connaissent pour la plupart des juridictions spécialisées, selon des modalités diverses (instance de conciliation, instance de jugement), en matière de litiges de droit du travail. A défaut, les instances ordinaires sont compétentes.

- Canton de Berne : Autorité de conciliation : Autorité régionale de conciliation qui se compose de présidents ou présidentes ainsi que de juges spécialisés (art. 84 LOJM/BE). Autorité de jugement : Tribunaux régionaux, dans une composition de trois juges lorsque la valeur

litigieuse est inférieure à CHF 15'000.-. L'autorité appelée à statuer se compose du président ou de la présidente et de deux juges spécialisés représentant paritairement les parties employeuses et salariées (art. 9 al. 1 LiCPM/BE). Lorsque la valeur litigieuse est égale ou supérieure à CHF 15'000.-, la compétence revient aux tribunaux civils régionaux, soit au ou à la juge unique (art. 8 al. 1 LiCPM/BE).

- Canton de Fribourg : Autorité de conciliation : Président ou présidente du tribunal compétent pour juger de l'affaire au fond (art. 60 al. 1 LJ/FR). Autorité de jugement : Président ou présidente du tribunal des prud'hommes, seul-e, lorsque la valeur litigieuse est inférieure à CHF 8'000.- ou pour les causes soumises à la procédure sommaire. Dans les autres cas, le Tribunal des prud'hommes est compétent. Le tribunal siège à trois juges, à savoir le président ou la présidente et deux assesseur-e-s, dont l'un ou l'une représente les parties employeuses et l'autre, les personnes salariées (art. 54 et 55 LJ/FR).

- Canton de Genève : Autorité de conciliation : « Juges conciliateurs ou juges conciliateurs-assesseurs » du Tribunal des prud'hommes siégeant seuls (art. 11 al. 1 et 2 LTPH/GE). Autorité de jugement : Tribunal des prud'hommes, « composé du président ou du vice-président du groupe, ou d'un président désigné par le groupe, d'un juge prud'homme employeur et d'un juge prud'homme salarié » (art. 12 al. 1 LTPH/GE). Lorsqu'une demande est fondée sur la LEg, le tribunal comprend au moins une personne de chaque sexe (art. 12 al. 4 LTPH/GE).

- Canton du Jura : Autorité de conciliation : « Président du Conseil des prud'hommes » (qui est un magistrat ou une magistrate du Tribunal de première instance) ou, sur délégation de celui-ci, d'une personne du greffe (art. 22 al. 1 LiCPH/JU). Autorité de jugement : Conseil des prud'hommes. Pour les contestations dont la valeur litigieuse est inférieure à CHF 10'000.-, le « président du Conseil des prud'hommes » juge seul. Si la valeur litigieuse est égale ou supérieure à CHF 10'000.-, le Conseil des prud'hommes est composé, pour les débats et le jugement, du président ou de la présidente et de deux assesseurs. Les juges sont désignés avant chaque audience par la présidence et choisis parmi les juges du groupe professionnel concerné, la moitié dans la section patronale et l'autre moitié dans la section du personnel (art. 2, 10 et 11 LiCPH/JU).

- Canton de Neuchâtel : Autorité de conciliation : Chambre de conciliation qui se compose, d'une juge ou d'un juge, ainsi que d'une

représentante ou d'un représentant du milieu patronal et d'une représentante ou d'un représentant du personnel (art. 12 al. 2 OJN/NE). Autorité de jugement : Tribunal civil régional qui siège à juge unique (art. 15 al. 1 et 17a OJN/NE).

· Canton du Valais : Autorité de conciliation : Personne employée du Service de protection des travailleurs et des relations du travail dans les causes pour lesquelles le Tribunal du travail est compétent (art. 34 LcTr/VS) ; le ou la juge de commune dans les autres cas (art. 3 al. 1 lit. a LACPC/VS). Autorité de jugement : Tribunal du travail, si la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.-, constitué d'un président ou une présidente et de deux juges assesseurs représentant paritairement les milieux patronaux et syndicaux ; Tribunal de district, pour les causes dont la valeur litigieuse dépasse ou est égale à CHF 30'000.-, qui siège à juge unique (art. 39 al. 3 et 40 LcTr/VS et art. 4 LACPC/VS).

· Canton de Vaud : Autorité de conciliation : Juge matériellement compétent pour l'instance au fond (art. 41 al. 1 CDPJ/VD). Autorité de jugement : Tribunal des prud'hommes si la valeur litigieuse n'excède pas CHF 30'000.-, « constitué d'un président ou d'un vice-président, ainsi que deux assesseurs dont l'un représente les employeurs et l'autre les travailleurs » ; Tribunal d'arrondissement si la valeur litigieuse est supérieure à CHF 30'000.- et n'excède pas CHF 100'000.-, constitué du président ou de la présidente et de deux juges ; Chambre patrimoniale cantonale si la valeur litigieuse est supérieure à CHF 100'000.-, composée de trois présidents ou présidentes de tribunal d'arrondissement (art. 2 et 10 al. 1 LJT/VD et art. 96b, 96f et 96g LOJ/VD).

596. **Conciliation en matière d'égalité entre femmes et hommes.** L'art. 200 al. 2 CPC prescrit que dans les litiges relevant de la LEg, « l'autorité de conciliation se compose d'un président et d'une représentation paritaire d'employeurs et d'employés des secteurs privé et public, l'ensemble des représentants étant constitué d'un nombre égal d'hommes et femmes ». Dans les cantons romands, les instances suivantes sont compétentes :

· Canton de Berne : Autorité régionale de conciliation de Berne-Mitteland qui se compose de présidents ou de présidentes ainsi que de juges spécialisés (art. 84 et 85 LOJM/BE).

- Canton de Fribourg : Commission de conciliation en matière d'égalité, sous la direction du président ou de la présidente, avec quatre assesseur-e-s, soit deux hommes et deux femmes ; parmi ces quatre personnes, deux représentent le côté patronal, une le personnel, et une les organisations féminines (art. 62 LJ/FR).
- Canton de Genève : « Juge conciliateur » qui préside et deux « juges conciliateurs-assesseurs » du tribunal des prud'hommes, un homme et une femme ; lorsque l'homme est employeur, la femme doit être salariée et inversement (art. 11 al. 3 LTPH/GE).
- Canton du Jura : « Président du Conseil de prud'hommes » ou, sur délégation de celui-ci, d'une personne du greffe, assistée de deux juges assesseurs représentant paritairement les milieux patronaux et syndicaux, ainsi que les femmes et les hommes (art. 22 al. 2 LiCPH/JU).
- Canton de Neuchâtel : Chambre de conciliation qui se compose, d'une juge ou d'un juge, ainsi que d'une représentante ou d'un représentant du milieu patronal et d'une représentante ou d'un représentant du personnel (art. 12 al. 2 OJN/NE).
- Canton du Valais : Commission cantonale de conciliation pour les litiges relevant de la loi sur l'égalité, siège dans une composition de cinq membres dont une personne assumant la présidence de la commission ou sa substitute et quatre membres non permanents paritairement représentés (art. 36 et 37 LcTr/VS).
- Canton de Vaud : Autorités appelées à statuer sur le fond, dans la composition prévue à l'art. 200 al. 2 CPC (art. 2 de la loi d'application dans le Canton de Vaud de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LVLeg/VD) du 24 juin 1996 (RS/VD 173.63) et art. 10 al. 2 LJT/VD).

3.3 A raison de la valeur litigieuse

597. **Contexte.** Nous avons vu que la valeur litigieuse est souvent prise en considération dans les législations cantonales pour déterminer la juridiction compétente (N 594-595). Elle peut aussi avoir une influence sur l'application d'autres normes, comme la procédure applicable (art. 243 CPC), les frais judiciaires (art. 113-116 CPC), la possibilité pour l'autorité

de conciliation de faire une proposition de jugement (cf. art. 210 CPC) ou de rendre une décision (cf. art. 212 CPC), ou encore la voie de recours devant l'instance cantonale supérieure (art. 308 al. 2 CPC) ou devant le Tribunal fédéral (art. 74 LTF).

598. **Principes.** La valeur litigieuse est celle de l'objet du litige, exprimée en somme d'argent. Elle est en principe fixée à la date d'introduction de l'instance et résulte des conclusions de la demande. Elle ne comprend pas les intérêts et frais (art. 91 al. 1 CPC).

Lorsque l'action est de nature pécuniaire, la partie demanderesse doit toujours chiffrer ses prétentions. Si les conclusions consistent en des prétentions salariales, la valeur litigieuse se détermine en fonction du montant brut, avant déduction des cotisations de la partie employée, et non net (TF, 4A_112/2017 du 30 août 2017, consid. 1). En revanche, quand les prétentions ne sont pas de nature salariale, par exemple l'indemnité pour licenciement abusif (art. 336a CO), la conclusion doit correspondre à la valeur nette.

Lorsque la partie demanderesse fait valoir plusieurs prétentions (cumul objectif, N 590), la valeur litigieuse se détermine après addition des différentes conclusions, à moins qu'elles ne s'excluent (art. 93 al. 1 CPC), par exemple si la partie salariée réclame une indemnité pour licenciement abusif (art. 336a CO) et une indemnité pour licenciement immédiat injustifié (art. 337c al. 3 CO).

De même, lorsqu'une conclusion est prise subsidiairement à la conclusion principale, les deux conclusions ne doivent pas être additionnées dans la mesure où elles s'excluent (art. 91 al. 1 CPC). Par exemple, une partie employée conclut principalement à l'annulation du congé (art. 10 al. 1 LEg) et subsidiairement à une indemnité pour licenciement discriminatoire (art. 10 al. 4 LEg et 336a CO). La doctrine est divisée quant à la manière de déterminer la valeur litigieuse en fonction de la conclusion principale ou en fonction de la valeur la plus élevée des conclusions (cf. WYLER/HEINZER, p. 966).

599. **Action partielle.** Une prétention divisible (par exemple, une somme d'argent est divisible, alors que la restitution d'un véhicule ne l'est pas) est susceptible d'une action partielle (art. 86 CPC). En effet, en vertu du principe de la libre disposition de l'objet du litige (cf. art. 58 al. 1 CPC), la partie demanderesse n'est pas obligée de conclure au versement de

l'ensemble de sa prétention. Par exemple, une partie employée peut ne réclamer qu'une partie de ses prétentions salariales.

L'action partielle permet à la partie demanderesse de réduire le montant de ses frais et même, dans les litiges de droit du travail, de bénéficier de la gratuité du procès (cf. art. 113 al. 2 lit. d et 114 lit. c CPC) et de l'application de la procédure simplifiée (cf. art. 243 al. 1 CPC), si ses conclusions ne dépassent pas CHF 30'000.-.

Il n'est pas nécessaire de préciser dans la demande en justice l'ordre ou l'étendue de chaque prétention. Il suffit que la partie demanderesse allègue qu'elle a une créance d'un montant supérieur à celui réclamé en exposant chacune des prétentions (partielles) invoquées, selon les exigences générales de motivation (ATF 144 III 452, consid. 2).

Lorsque la partie demanderesse ne réclame qu'une partie de la prétention qu'elle pourrait faire valoir à l'encontre de la partie défenderesse, la valeur litigieuse est celle de la partie de la prétention demandée et non de l'ensemble de la prétention.

600. **Consorité.** Selon l'art. 71 al. 1 CPC, les personnes dont les droits et les devoirs résultent de faits ou de fondements juridiques semblables peuvent agir ou être actionnées conjointement (consorité simple, cumul subjectif). En cas de consorité simple, les valeurs litigieuses des diverses conclusions sont additionnées (art. 93 al. 1 CPC) ; le type de procédure pour chaque prétention est toutefois maintenu, malgré l'addition des valeurs litigieuses (art. 93 al. 2 CPC).

601. **Demande reconventionnelle.** Lorsque la partie défenderesse oppose une prétention reconventionnelle à la prétention principale, la valeur litigieuse se détermine d'après la prétention la plus élevée (art. 94 al. 1 CPC). Il faut préciser que les prétentions reconventionnelles ne sont en principe recevables que si elles relèvent de la même procédure que la demande principale (art. 224 al. 1 CPC).

Lorsque les demandes reconventionnelle et principale ne s'excluent pas, leurs valeurs litigieuses respectives sont additionnées pour déterminer les frais (art. 94 al. 2 CPC).

> **Exemple**. Une partie employée réclame CHF 11'000.- au titre du paiement d'heures supplémentaires (cf. art. 321c al. 3 CO, N 281). La partie employeuse lui oppose une prétention reconventionnelle qui se fonde sur la réparation d'un dommage (cf. art. 321e CO, N 291) pour un montant de CHF 18'000.-. La valeur litigieuse sera fixée à CHF 18'000.-

(prétention la plus élevée). En revanche, pour la fixation des frais, c'est le montant de CHF 29'000.- qui sera pris en compte (addition des valeurs litigieuses).

602. **Prétention non pécuniaire.** Lorsque l'action ne porte pas sur le paiement d'une somme d'argent déterminée, le tribunal détermine la valeur litigieuse si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur ce point ou si la valeur qu'elles avancent est manifestement erronée (art. 91 al. 2 CPC).

Comme conclusions ne visant pas au versement d'une somme d'argent, on peut citer les prétentions en délivrance ou en rectification d'un certificat de travail (cf. art. 330a al. 1 CO, N 377), en délivrance d'une copie du compte de pertes et profits (cf. art. 322a al. 3 CO) ou du décompte relatif au droit à la provision (cf. art. 322c CO) en exécution d'une clause de prohibition de concurrence (cf. art. 340b al. 3 CO), en prévention, cessation ou constatation d'une atteinte à la personnalité (cf. art. 5 al. 1 LEg, N 222) ou encore en annulation du congé (cf. art. 10 al. 1 LEg, N 412f, 423).

603. **Action en délivrance d'un certificat de travail.** Lorsque la partie employée réclame la délivrance d'un certificat de travail se pose la question de la valeur patrimoniale qu'il convient d'attribuer à cette prétention, afin de fixer la valeur litigieuse. En l'absence de réponse dans la loi, la question fait l'objet de multiples propositions doctrinales et de jurisprudences parfois contradictoires. Le Tribunal fédéral a donné quelques lignes directrices.

Le certificat de travail a une valeur économique puisqu'il est destiné à favoriser la conclusion d'un nouveau contrat de travail. Un litige relatif à l'établissement ou à la formulation d'un certificat de travail est une contestation pécuniaire (ATF 116 II 379, consid. 2). En principe, et contrairement à certaines pratiques cantonales, la valeur litigieuse ne saurait être fixée dans l'absolu en fonction d'un nombre déterminé de salaires mensuels (TF, 8C_151/2010 du 31 août 2010, consid. 2.8). Il convient plutôt de chiffrer la valeur litigieuse du certificat de travail au regard de l'entrave à l'avenir professionnel de la personne employée. Pour la calculer, il faut donc tenir compte de toutes les circonstances du cas d'espèce, et notamment la qualification et la fonction de la personne salariée, ainsi que la situation du marché de l'emploi (TF, 8C_151/2010 du 31 août 2010, consid. 2.7).

3.4 Immunités de juridiction

604. **Contexte.** Des immunités de juridictions sont accordées, à certaines conditions, aux Etats étrangers, aux chefs ou cheffes d'Etats et aux membres de leur famille, aux missions diplomatiques, aux agentes et agents diplomatiques et aux membres de leur famille, aux organisations internationales, ainsi qu'aux personnes investies de fonctions internationales. Lorsqu'une partie employée agit contre l'une de ces entités ou personnes en faisant valoir des prétentions fondées sur une relation de travail, il est essentiel de déterminer si la partie défenderesse peut ou non bénéficier d'une telle immunité. En effet, dans le cas d'une immunité de juridiction, le tribunal saisi doit déclarer la demande irrecevable (ATF 133 III 539, consid. 4.4). Nous nous limiterons ici à présenter quelques sources applicables et principes généraux.

605. **Sources.** Le droit des immunités étatiques résulte de sources nationales et internationales. Les principales sources nationales sont les suivantes :

- loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte (loi sur l'Etat hôte, LEH) du 22 juin 2007 (RS 192.12) ;
- ordonnance relative à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte (ordonnance sur l'Etat hôte, OLEH) du 7 décembre 2007 (RS 192.121) ;
- ordonnance sur les conditions d'entrée, de séjour et de travail des domestiques privés des personnes bénéficiaires de privilèges, d'immunités et de facilités (ordonnance sur les domestiques privés, ODPr) du 6 juin 2011 (RS 192.126).

Les principales sources internationales sont les suivantes :

- Convention européenne sur l'immunité des Etats du 16 mai 1972 (RS 0.273.1) ;
- Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (CNUIJE) du 2 décembre 2004 (publiée in FF 2009 1481). Ratifiée par la Suisse le 16 avril 2010, la convention n'est pas encore entrée en vigueur, faute de ratification par un nombre

suffisant d'Etats. Les juridictions helvétiques s'en inspirent toutefois, dans la mesure où la convention codifie le droit international coutumier en matière d'immunité de juridiction (ATF 134 III 122, consid. 5.1 ; ATF 134 III 570, consid. 2.1).

606. **Fondements des immunités de l'Etat.** Les immunités de l'Etat présentent deux aspects, l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution, cette dernière étant en général la simple conséquence de l'autre (ATF 124 III 382, consid. 4a). Elles sont destinées à garantir le respect de la souveraineté d'un Etat lorsque ses agents, sa législation ou ses biens sont en rapport direct avec la souveraineté territoriale d'un autre Etat. L'absence de toute hiérarchie entre les Etats exclut que l'un d'entre eux soit soumis à des actes d'autorité, y compris juridictionnels, d'un autre Etat, les immunités étant une exception au principe de la souveraineté territoriale (ATF 130 III 136, consid. 2.1).

607. **Cercle des bénéficiaires de l'immunité de l'Etat.** L'Etat souverain, disposant de la personnalité juridique, est le titulaire par excellence des immunités d'un Etat étranger. Comme l'Etat agit par l'intermédiaire de ses organes, qui ne possèdent pas eux-mêmes la personnalité juridique de droit international, le comportement de ces derniers est imputé à l'Etat lui-même, qu'il s'agisse d'un ministère, d'un département, d'un office, d'une représentation diplomatique ou encore d'autres entités dépendantes de l'Etat (ATF 130 III 136, consid. 2.1).

La LEH regroupe les règles découlant du droit international coutumier relatives aux privilèges et aux immunités (TF, 4A_331/2014 du 31 octobre 2014, consid. 3.3). Cette loi prévoit que la Confédération peut accorder des immunités et privilèges à diverses institutions qu'elle accueille sur son territoire, dont les organisations intergouvernementales, les institutions internationales, les missions diplomatiques, les postes consulaires et les missions permanentes (cf. art. 2 al. 1 LEH). Ces immunités et privilèges peuvent également être accordés aux personnes physiques appelées en qualité officielle auprès de ces institutions, aux personnalités exerçant un mandat international, ainsi qu'aux personnes autorisées à les accompagner, y compris les domestiques privés (art. 2 al. 2 LEH).

608. **Immunité de l'Etat dans le cadre d'un litige de droit du travail.** Dans son ATF 134 III 570, consid. 2.2, le Tribunal fédéral a rappelé les principes généraux qui sont applicables à l'immunité de juridiction des Etats, plus particulièrement dans le cadre d'un litige de droit du travail.

Nous citerons intégralement ce considérant : « De tout temps, la jurisprudence suisse a marqué une tendance à restreindre le domaine de l'immunité des Etats. Le principe de l'immunité de juridiction n'est pas une règle absolue. L'Etat étranger n'en bénéficie que lorsqu'il agit en vertu de sa souveraineté (*jure imperii*). En revanche, il ne peut pas s'en prévaloir s'il a agi comme titulaire d'un droit privé ou au même titre qu'un particulier (*jure gestionis*) ; en ce cas, l'Etat étranger peut être assigné devant les tribunaux suisses, à condition toutefois que le rapport de droit privé auquel il est partie soit rattaché de manière suffisante au territoire suisse (*Binnenbeziehung*). Les actes accomplis *jure imperii* (ou actes de souveraineté) se distinguent des actes accomplis *jure gestionis* (ou actes de gestion), non par leur but, mais par leur nature intrinsèque. Il convient ainsi de déterminer, en recourant si nécessaire à des critères extérieurs à l'acte en cause, si celui-ci relève de la puissance publique ou s'il s'agit d'un rapport juridique qui pourrait, dans une forme identique ou similaire, être conclu entre deux particuliers (ATF 124 III 382, consid. 4a ; ATF 120 Ii 400, consid. 4a/b).

En matière de contrat de travail, la jurisprudence admet que, si l'Etat accréditant peut avoir un intérêt important à ce que les litiges qui l'opposent à des membres de l'une de ses ambassades exerçant des fonctions supérieures ne soient pas portés devant les tribunaux étrangers, les circonstances ne sont pas les mêmes lorsqu'il s'agit de membres du personnel occupant un poste subalterne. En tout cas, lorsque la personne employée n'est pas une ressortissante de l'Etat accréditant et qu'elle a été recrutée puis engagée au for de l'ambassade, la juridiction du for peut être reconnue dans la règle. L'Etat n'est alors pas touché dans l'exercice des tâches qui lui incombent en sa qualité de titulaire de la puissance publique (ATF 120 II 400, consid. 4a ; ATF 120 II 408, consid. 5b ; ATF 110 II 255, consid. 4).

Pour décider si le travail accompli par une personne qui est au service d'un Etat ressortit ou non à l'exercice de la puissance publique, il faut partir de l'activité en cause. En effet, à défaut de législation déterminant quelles fonctions permettent à l'Etat accréditant de se prévaloir, à l'égard de leurs titulaires, de son immunité, la désignation de la fonction exercée ne saurait être, à elle seule, un critère décisif. Selon les tâches qui lui sont confiées, telle personne employée apparaîtra comme un instrument de la puissance publique alors que telle autre, censée occuper un poste identique, devra être considérée comme exerçant un emploi subalterne (ATF 120 II 408, consid. 5b).

La qualification d'emploi subalterne a notamment été donnée aux postes de chauffeur, de portier, de jardinier, de cuisinier (ATF 120 II 400, consid. 4b), de traducteur-interprète (ATF 120 II 408, consid. 5c), d'employé de bureau (ATF 110 II 255, consid. 4a), de femme de ménage (TF, 4C.338/2002 du 17 janvier 2003, consid. 4.2) et d'employée de maison (TF, 4C.73/1996 du 16 mai 1997, in : JAR 1998 298) ; il s'agit de fonctions relevant essentiellement de la logistique, de l'intendance et du soutien, sans influence décisionnelle sur l'activité spécifique de la mission dans la représentation du pays » (ATF 134 III 570, consid. 2.2).

> **Jurisprudence**. Le Tribunal fédéral a, par exemple, considéré que la République d'Irak n'était pas fondée à se prévaloir de son immunité devant la juridiction des prud'hommes du canton de Genève, dans un litige de droit du travail qui l'opposait à un traducteur-interprète recruté à Genève pour travailler à la Mission permanente de la République d'Irak auprès des Nations Unies. En effet, « le traducteur-interprète ne participe pas, en règle générale, à la formation de la volonté de celui qui l'emploie, mais s'attache uniquement à rendre le plus fidèlement possible le sens de ce qu'il lit ou entend ». Il s'agit donc d'un travail subalterne, assimilable à celui effectué par le personnel administratif et technique de la Mission (ATF 120 II 408, consid. 5c).

609. **Organisations internationales.** Les organisations internationales bénéficient d'une immunité de juridiction absolue et complète. Elles s'engagent envers l'Etat hôte, généralement dans l'accord de siège, à prévoir un mode de règlement des litiges pouvant survenir à l'occasion de contrats conclus avec des personnes privées (ATF 118 Ib 562). Les litiges de travail avec leur personnel sont généralement soumis à des tribunaux internationaux, mis en place par ces organisations. On relèvera en particulier que le Tribunal administratif de l'OIT est compétent non seulement pour trancher les litiges entre cette organisation et les personnes qu'elle emploie, mais aussi pour connaître des litiges opposant les personnes employées à une soixantaine d'autres organisations internationales, lesquelles ont expressément reconnu la compétence de ce tribunal.

Chapitre 4 Déroulement du procès

610. **Contexte.** En principe, le procès civil de droit du travail est soumis aux mêmes règles (ordinaires) de procédure civile que toute affaire civile contentieuse. Le CPC prévoit toutefois quelques règles spécifiques de procédure qui s'appliquent aux litiges de droit du travail dont la valeur litigieuse est inférieure ou égale à CHF 30'000.- ou lorsque le fondement de la prétention repose sur la loi sur l'égalité entre femmes et hommes ou sur la loi sur la participation. Ces règles spécifiques concernent la procédure applicable (4.1), les frais et dépens (4.2) et l'établissement des faits (4.3). Elles devraient permettre de faciliter l'accès à la justice des parties au contrat de travail et, en particulier, des personnes employées.

4.1 Procédure applicable

611. **Procédure ordinaire.** Les litiges de droit du travail dont la valeur litigieuse dépasse CHF 30'000.- ou dont la cause est de nature non patrimoniale (ATF 142 III 145, consid. 4) sont soumis à la procédure ordinaire (cf. art. 219 ss CPC). Le tribunal dispose en principe d'une grande marge de manœuvre. On peut toutefois identifier les étapes suivantes (BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, p. 610) :

- La procédure est introduite par la requête de conciliation (art. 202 al. 1 CPC). Si la procédure de conciliation aboutit, la procédure est terminée et l'accord a valeur de décision entrée en force (art. 208 al. 1 CPC). Dans le cas contraire, l'autorité de conciliation délivre l'autorisation de procéder (art. 209 al. 1 CPC). Dans certaines circonstances, l'autorité de conciliation peut soumettre aux parties une proposition de jugement (cf. art. 210 et 211 CPC), voire statuer au fond (art. 212 CPC).

- Dépôt d'une demande en justice (art. 220 CPC) dans le délai de trois mois à compter de la délivrance de l'autorisation de procéder (art. 209 al. 3 CPC). En cas de non-respect du délai, l'instance est réputée non introduite, ce qui peut entraîner la perte du droit lorsqu'il est soumis à un délai de péremption (cf. par exemple, art. 336b al. 2 CO, N 422g).

- Réponse de la partie défenderesse (art. 222 CPC).

- Eventuel deuxième échange d'écritures (art. 225 CPC).
- Eventuels débats d'instruction (art. 226 CPC).
- Premières plaidoiries (art. 228 CPC).
- Administration des preuves (art. 231 CPC).
- Plaidoiries finales (art. 232 CPC).

612. **Procédure simplifiée.** La procédure simplifiée s'applique notamment :

- aux affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.- (art. 243 al. 1 CPC),
- ainsi que, quelle que soit la valeur litigieuse, aux litiges relevant de la LEg (art. 243 al. 2 lit. a CPC) et aux litiges relevant de la LParticipation (art. 243 al. 2 lit. e CPC).

Cette procédure se distingue par sa simplicité et sa plus grande célérité :

- Demande simplifiée qui peut même être déposée sous la forme d'une dictée au procès-verbal au greffe du tribunal (art. 244 al. 1 CPC) ; une motivation n'est pas nécessaire (art. 244 al. 2 CPC). Un formulaire de demande simplifiée est mis à disposition par le Conseil fédéral (cf. art. 400 al. 2 CPC) sur le site : www.bj.admin.ch.
- Citation à l'audience : si la demande n'est pas motivée, le tribunal la notifie au défendeur et cite les parties aux débats (art. 245 al. 1 CPC) ; si la demande est motivée, le tribunal fixe un délai à la partie défenderesse pour se prononcer par écrit (art. 245 al. 2 CPC).
- Décision d'instruction : en principe, la cause doit être liquidée lors de la première audience (art. 246 al. 1 CPC) ; le tribunal n'ordonne un échange d'écritures et ne tient des audiences d'instruction que si les circonstances l'exigent (art. 246 al. 2 CPC).
- Etablissement des faits : application de la maxime inquisitoire sociale (art. 247 CPC) (N 618).

613. **Procédure sommaire.** La procédure sommaire s'applique dans diverses circonstances décrites aux art. 248 ss CPC. Elle s'applique notamment aux mesures provisionnelles (art. 248 lit. d CPC), mises en œuvre par exemple en matière de prohibition de concurrence (cf. art. 340b

CO), à la désignation de l'expert ou l'experte en charge du calcul de la participation ou de la provision due à la personne employée (art. 250 lit b ch. 1 CPC) et à la fixation d'un délai pour la garantie des prétentions découlant des rapports de travail (art. 250 lit. b ch 2 CPC).

4.2 Frais et dépens

614. **Notions.** Au sens du CPC, les frais comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC).

Selon l'art. 95 al. 2 CPC, les frais judiciaires comprennent :

- l'émolument forfaitaire de conciliation (lit. a) ;
- l'émolument forfaitaire de décision (lit. b) ;
- les frais d'administration des preuves (lit. c), lesquels incluent les frais liés à une expertise judiciaire ;
- les frais de traduction (lit. d) ;
- les frais de représentation de l'enfant (lit. e).

Quant aux dépens, ils comprennent, selon l'art. 95 al. 3 CPC :

- les débours nécessaires (lit. a) ;
- le défraiement d'un représentant professionnel (lit. b) ;
- lorsqu'une partie n'a pas de représentant professionnel, une indemnité équitable pour les démarches effectuées, dans les cas où cela se justifie (lit. c).

615. **Procédure de conciliation.** Selon l'art. 113 al. 2 CPC, il n'est pas perçu des frais judiciaires, notamment pour les litiges :

- relevant de la LEg (lit. a) ;
- portant sur un contrat de travail ou relevant de la LSE, lorsque la valeur litigieuse n'excède pas CHF 30'000.- (lit. d) ;
- relevant de la LParticipation (lit. e).

Selon le Tribunal fédéral, la dispense de frais judiciaires vaut également lorsque la prétention fondée sur le droit du travail n'est pas de nature patrimoniale (cf. TF, 4A_332/2015 du 10 février 2016, consid. 6).

Les cantons peuvent prévoir des dispenses de frais plus larges (art. 116 al. 1 CPC). Certains cantons ont concrétisé cette prérogative, dont les cantons romands suivants :

- Canton de Genève : la procédure de conciliation est gratuite pour tous les litiges entrant dans la compétence du Tribunal des prud'hommes (art. 24 al. 1 LTPH/GE).

- Canton du Jura : la procédure de conciliation est dispensée de frais judiciaires ; toutefois, dans les litiges dont la valeur litigieuse dépasse CHF 30'000.-, le président ou la présidente peut en percevoir si l'affaire nécessite un travail d'une importance particulière, notamment lorsqu'elle prend beaucoup de temps ou est complexe, ainsi que lorsqu'une partie viole les règles de procédure ou agit de manière téméraire ou abusive (art. 39 al. 3 LiCPH/JU).

Relevons qu'en vertu de l'art. 115 CPC, les frais judiciaires peuvent, même dans les procédures gratuites, être mis à la charge de la partie qui a procédé de façon téméraire ou de mauvaise foi.

Enfin, en procédure de conciliation, il n'est jamais alloué de dépens (art. 113 al. 1 CPC). Toutefois, le Tribunal a précisé que lorsque la procédure se poursuit sur le fond et aboutit à un jugement, le ou la juge peut allouer des dépens qui couvrent la phase de conciliation également (ATF 141 III 20, consid. 5).

616. **Procédure au fond.** Selon l'art. 114 CPC, il n'est pas perçu de frais judiciaires dans la procédure au fond, notamment pour les litiges :

- relevant de la LEg (lit. a) ;

- portant sur un contrat de travail ou relevant de la LSE, lorsque la valeur litigieuse n'excède pas CHF 30'000.- (lit. c) ;

- relevant de la LParticipation (lit. d).

L'art. 114 CPC s'applique aussi bien à la procédure cantonale de première instance qu'à la procédure d'appel ou de recours (TF, 4A_289/2017 du 21 février 2018, consid. 3.3).

Pour les litiges portant sur un contrat de travail ou relevant de la LSE, lorsque la valeur litigieuse est supérieure à CHF 30'000.-, les parties sont en principe astreintes au paiement des frais judiciaires. Par ailleurs, selon le principe général de l'art. 115 CPC, les frais judiciaires peuvent, même dans les procédures gratuites, être mis à la charge de la partie qui a procédé de façon téméraire ou de mauvaise foi.

L'art. 114 CPC n'exempte pas la partie qui succombe du paiement des dépens (cf. aussi les art. 95 al. 3, 106 al. 1 et 111 al. 2 CPC). Les dépens sont en principe dus même dans les cas relevant de la LEg ou lorsque la valeur litigieuse n'excède pas CHF 30'000.-.

Selon la règle générale, les cantons peuvent prévoir des dispenses de frais plus larges (art. 116 al. 1 CPC). Le canton de Genève a ainsi adopté des règles spécifiques. S'agissant des frais judiciaires, un émolument forfaitaire de décision n'est perçu que si la valeur litigieuse dépasse CHF 75'000.-, devant le Tribunal des prud'hommes, ou CHF 50'000.-, devant la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice (art. 69 et 71 du règlement fixant le tarif des frais en matière civile [RTFMC/GE] du 22 décembre 2010 [E 1 05.10]). Par ailleurs, il n'est pas alloué de dépens ni d'indemnité pour la représentation en justice dans les causes soumises à la juridiction des prud'hommes (art. 22 al. 2 LaCC/GE).

617. **Recours auprès du Tribunal fédéral.** La gratuité de la procédure est limitée aux instances cantonales et ne vaut pas devant le Tribunal fédéral (TF, 4A_145/2013 du 4 septembre 2013, consid. 3). L'art. 65 al. 4 LTF prévoit toutefois un émolument judiciaire réduit, entre CHF 200.- et CHF 1'000.- : dans les affaires concernant des discriminations à raison du sexe, indépendamment de la valeur litigieuse (lit. b), et dans les affaires qui concernent des litiges résultant de rapports de travail, pour autant que la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.- (lit. c). Si des motifs particuliers le justifient, le Tribunal fédéral peut cependant majorer ces montants jusqu'à CHF 10'000.- (art. 65 al. 5 LTF). Sur les voies de droit au Tribunal fédéral, cf. N 644.

4.3 Etablissement des faits

618. **Maxime inquisitoire sociale.** Selon l'art. 247 al. 2 CPC, applicable dans le cadre de la procédure simplifiée, le tribunal doit établir les faits d'office, notamment dans les litiges :

- relevant de la LEg (al. 2 lit a) ;
- relevant de la LParticipation (al. 2 lit. a) ;
- ainsi que dans les autres litiges portant sur un contrat de travail, lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.- (al. 2 lit. b, ch. 2).

La maxime inquisitoire sociale (appelée également maxime sociale simple par opposition à la maxime sociale illimitée de l'art. 296 al. 2 CPC) a pour but de protéger la partie faible au contrat, de garantir l'égalité entre les parties au procès et d'accélérer la procédure (ATF 125 III 231, consid. 4a). Selon le Tribunal fédéral, la maxime inquisitoire sociale n'impose toutefois au tribunal qu'une obligation d'interpellation accrue. Comme sous l'empire de la maxime des débats, applicable en procédure ordinaire, les parties doivent recueillir elles-mêmes les éléments du procès. Elles doivent ainsi renseigner le tribunal sur les faits de la cause et lui indiquer les moyens de preuve propres à établir ceux-ci. De son côté, le tribunal doit informer les parties de leur devoir de coopérer à la constatation des faits et à l'administration des preuves. Il doit les interroger pour s'assurer que leurs allégués de fait et leurs offres de preuves sont complets s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. Son rôle ne va toutefois pas au-delà. Le tribunal ne se livre à aucune investigation de sa propre initiative. Par ailleurs, lorsque les parties sont représentées par une personne titulaire du brevet d'avocat, le tribunal peut et doit faire preuve de retenue, comme dans un procès soumis à la procédure ordinaire. Il n'appartient en effet pas aux juges de fouiller dans le dossier pour tenter d'y trouver des moyens de preuve en faveur d'une partie (ATF 141 III 569, consid. 2.3.1-2).

619. **Devoir de coopération de la partie employeuse.** Dans certains cas, la partie employée peut demander au tribunal qu'il ordonne à la partie employeuse de produire des pièces qui sont nécessaires à l'établissement de ses prétentions. Il peut s'agir en particulier des fiches de salaire de collègues de travail, par exemple dans les cas d'une discrimination salariale ou du calcul d'une rémunération variable (TF, 4A_60/2016 du

10 octobre 2016, consid. 2.3 et 3.2 ; TF, 4A_195/2010 du 8 juin 2010, consid. 2.3).

620. **Fardeau de la preuve.** Selon l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire un droit. Pour toutes les prétentions fondées sur le droit fédéral, en l'absence de règles contraires, cette disposition répartit le fardeau de la preuve et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 129 III 18, consid. 2.6). Le principe de l'art 8 CC prévaut même lorsque la maxime inquisitoriale sociale s'applique.

Comme nous allons le voir, la loi ou la jurisprudence prévoient ou admettent, à titre exceptionnel, dans diverses circonstances, des cas de réduction du degré de la preuve (N 622) et des cas de renversement du fardeau de la preuve (N 623).

621. **Degré de la preuve.** Selon le degré de certitude requis pour pouvoir considérer comme vraie une allégation de fait, on distingue différents degrés de preuve (DIETSCHY, p. 279) :

- preuve stricte : le tribunal est convaincu de l'exactitude du fait allégué, d'éventuels doutes apparaissant comme insignifiants (ATF 133 III 153, consid. 3.3) ; la preuve stricte est en principe requise, à moins que la loi ou la jurisprudence autorisent le tribunal à se contenter d'un degré de preuve moindre ;

- vraisemblance prépondérante : cas de réduction du degré de la preuve (N 622), la vraisemblance prépondérante existe lorsque le tribunal n'a pas de doute sérieux quant à l'existence du fait allégué, les doutes subsistants étant faibles (ATF 130 III 321, consid. 3.2) ; les faits ne sont établis qu'indirectement (preuve par indices) ;

- simple vraisemblance : autre cas de réduction du degré de la preuve, la simple vraisemblance résulte de l'impression que le fait allégué s'est produit, sans pour autant devoir exclure la possibilité qu'il ait pu se dérouler autrement (ATF 132 III 140, consid. 4.1.2) ; un tel degré de preuve n'est admis que de manière exceptionnelle (art. 6 LEg, N 217).

622. **Réduction du degré de la preuve.** Comme nous venons de le voir, à titre exceptionnel, la loi ou la jurisprudence prévoient ou admettent une réduction du degré de la preuve dans des cas où une preuve stricte est

impossible ou ne peut pas être exigée. Nous citerons notamment les cas suivants :

- discrimination fondée sur le sexe (art. 6 LEg) : dans les hypothèses énumérées à l'art. 6 LEg, l'existence « d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable » (N 217-218) ; plus précisément, la partie employée doit apporter la preuve de la discrimination, étant entendu que le degré de preuve attendu est réduit à la simple vraisemblance ; si cette preuve est apportée, la partie employeuse doit apporter la preuve (stricte) que la différence de traitement repose sur des critères objectifs ;

- discrimination à l'embauche fondée sur le sexe (art. 3 al. 2 LEg) : la preuve d'une discrimination à l'embauche est difficile à apporter puisqu'il n'existe généralement pas de preuves matérielles. Le Tribunal fédéral a ainsi considéré que le tribunal pouvait en principe se satisfaire d'une vraisemblance prépondérante (TF, 8C_821/2016 du 26 janvier 2018, consid. 3.3) (N 219) ;

- heures supplémentaires (art. 321c CO) : dans certaines circonstances, il est impossible à la personne employée de prouver dans le détail toutes les heures supplémentaires de travail effectuées. La jurisprudence admet alors que lorsque la personne employée est parvenue à prouver qu'elle a effectué des heures supplémentaires sans être en mesure d'en établir le nombre exact, le tribunal pourra en faire l'estimation, par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO (ATF 128 III 271, consid. 2b) (N 288) ;

- harcèlement psychologique (art. 328 CO) ou sexuel (art. 4 LEg) : vu son caractère sournois et le manque de personnes susceptibles de témoigner, il est difficile d'apporter la preuve stricte d'un mobbing ou d'un harcèlement sexiste. Le Tribunal fédéral admet en conséquence que la preuve d'un harcèlement peut être apportée sur la base d'un faisceau d'indices convergents (TF, 4A_245/2009 du 6 avril 2010, consid. 4.2 ; TF, 4A_544/2018 du 29 août 2019, consid. 3.2 et 7.2) (N 351) ;

- licenciement abusif (art. 336 CO) : selon la jurisprudence, il faut tenir compte des difficultés liées à la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de la personne qui a résilié le contrat (de manière abusive). Le tribunal peut ainsi présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque la partie licenciée est parvenue à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par la partie qui a résilié le contrat. Si elle facilite la preuve, cette

présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau ; elle constitue une forme de preuve par indices (ATF 130 III 699, consid. 4.1). Le degré de preuve est donc celui de la haute vraisemblance. En revanche, lorsque le licenciement abusif est discriminatoire au sens de l'art. 3 LEg, la simple vraisemblance suffit (N 417-418).

623. **Renversement du fardeau de la preuve.** Dans cette hypothèse, la partie qui conteste le fait invoqué à son encontre doit le prouver. On citera les deux exemples légaux suivants :

- congé donné pendant que la partie employée, représentante élue des personnes employées, est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise (art. 336 al. 2 lit. b CO) : le congé est présumé abusif, à moins que la partie employeuse ne prouve qu'elle avait un motif justifié de résiliation (N 457b) ;

- congé faisant suite à une réclamation interne, à l'ouverture d'une procédure de conciliation ou à l'introduction d'une action en justice (art. 10 al. 1 LEg) : le congé est présumé discriminatoire, à moins que la partie employeuse ne prouve qu'elle avait un motif justifié de résiliation (N 412f, 423).

624. **Moyens de preuve.** L'art. 168 al. 1 CPC décrit de manière exhaustive les moyens de preuve admissibles :

- le témoignage (lit. a) ; toute personne qui n'a pas la qualité de partie peut témoigner sur des faits dont elle a eu une perception directe (art. 169 CPC) ;

- les titres (lit. b) ; il s'agit des documents, tels les écrits, les dessins, les plans, les photographies, les films, les enregistrements sonores, les fichiers électroniques et les données analogues propres à prouver des faits pertinents (art. 177 CPC) ;

- l'inspection (lit. c) ; le tribunal peut, à la demande d'une partie ou d'office, procéder à une inspection, aux fins de constater directement des faits ou d'acquérir une meilleure connaissance de la cause (art. 181 al. 1 CPC) ;

- l'expertise (lit. d) ; le tribunal peut, à la demande d'une partie ou d'office, demander une expertise à une ou plusieurs personnes expertes ; il entend préalablement les parties (art. 183 al. 1 CPC) ;

- les renseignements écrits (lit. e) ; le tribunal peut requérir des renseignements écrits de services officiels (art. 190 al. 1 CPC) ; il peut aussi requérir des renseignements écrits de personnes dont la comparution à titre de témoin ne semble pas nécessaire (art. 190 al. 2 CPC) ;
- l'interrogatoire et la déposition de partie (lit. f) ; le tribunal peut auditionner les deux parties ou l'une d'entre elles sur les faits de la cause (art. 191 al. 1 CPC).

Dans un litige de droit du travail, chacune des sources susmentionnées peut s'avérer, suivant les cas, pertinente. Nous traiterons plus particulièrement de quatre types de preuves qui sont importantes en pratique, mais dont l'appréciation de la valeur probante peut s'avérer délicate.

625. **Témoins indirects.** En principe, une personne ne peut témoigner que sur des faits dont elle a eu une perception directe (art. 169 CPC). Toutefois, dans les cas où de tels témoins font souvent défaut (harcèlement sexuel ou harcèlement psychologique, par exemple), la jurisprudence admet que l'on puisse tenir compte d'autres indices et notamment des déclarations des personnes auxquelles la victime s'est confiée (témoins indirects : médecin traitant, psychologue, amis, proches) (TF, 1C_418/2008 du 27 mai 2009, consid. 2.2.4 ; TF, 4P.214/2006 du 19 décembre 2006, consid. 2.2).

626. **Registre des heures.** Une carte de pointage permet en principe à la partie employée d'apporter la preuve du nombre d'heures supplémentaires effectuées (TF, 4P.96/2003 du 30 juillet 2003, consid. 2.3.2). Il en va de même d'un agenda électronique, d'autant plus lorsqu'il est accessible, en réseau, à l'ensemble du personnel de bureau (TF, 4A_464/2007 du 8 janvier 2008, consid. 2). Selon la législation sur le travail (N 188-189), la partie employeuse doit tenir un registre des durées quotidienne et hebdomadaire (art. 46 LTr). Si elle omet de tenir un tel registre ou ne le tient que de manière lacunaire, le tribunal devrait pouvoir se fier au décompte tenu par la partie employée si les éléments qu'il contient paraissent hautement vraisemblables.

627. **Certificat médical.** Un certificat médical remis à l'employeur ou l'employeuse peut s'avérer un document essentiel pour prouver l'incapacité de travail de la personne employée. Il ne constitue toutefois pas un moyen de preuve absolu. Selon le Tribunal fédéral, les certificats

médicaux et les rapports médicaux produits par une partie sont similaires, sous l'angle du droit à la preuve, à de simples expertises privées, soit des allégués des parties (ATF 141 III 433, consid. 2). Lorsque des motifs objectifs l'amènent à douter de la véracité de l'incapacité alléguée, la partie employeuse est en droit de faire vérifier, à ses propres frais, l'existence et le degré d'empêchement par un médecin-conseil.

Quant au tribunal, il peut, dans l'appréciation de la valeur probante d'un certificat médical, tenir compte des circonstances ayant entouré son élaboration, notamment de la date d'établissement, de la date de la survenance et de la durée de l'incapacité attestée, de l'examen ou non de la personne concernée, de la présence de plusieurs certificats, contradictoires ou de pure complaisance, du comportement de la partie employée, ou encore du changement fréquent de médecin (Cour d'appel des prud'hommes de Genève, in : JAR 2008 376). En cas de doute sur l'exactitude du certificat, le tribunal peut requérir d'office l'audition de la personne qui l'a rédigé ou décider de mettre en œuvre une expertise (cf. art. 153 CPC).

628. **Expertise médicale.** Il peut arriver qu'un tribunal ordonne une expertise médicale pour déterminer les causes de l'atteinte à la santé de la personne employée. Le tribunal apprécie librement la valeur et la portée d'une telle expertise, mais s'il ne souhaite pas en retenir les conclusions, il doit alors donner les motifs de sa décision. Si les conclusions d'une expertise lui paraissent douteuses, il lui appartient d'ordonner des preuves complémentaires pour dissiper les doutes (TF, 4P.329/2005 du 21 février 2006, consid. 3.2.5).

629. **Expertise judiciaire en cas de discrimination salariale fondée sur le sexe.** Si l'équivalence entre les diverses fonctions d'une même entreprise ne saute pas aux yeux ou si elle n'est pas établie par d'autres modes de preuve, les tribunaux cantonaux doivent ordonner des expertises. Les experts doivent alors décider si ces fonctions sont comparables les unes aux autres et déterminer les critères permettant de mettre à jour un cas de discrimination. Le tribunal qui refuse d'ordonner une expertise requise par une partie viole l'art. 247 al. 1 lit. a CPC, à moins que l'expertise apparaisse d'emblée inutile, parce que, par exemple, le tribunal dispose lui-même des connaissances scientifiques nécessaires pour élucider une possible discrimination liée au sexe (ATF 133 III 545, consid. 4.2). Une expertise peut être demandée soit par la partie employée, afin de rendre la discrimination vraisemblable, soit par la partie employeuse, afin d'apporter

la preuve contraire qui lui incombe (TF, 4A_115/2011 du 28 avril 2011, consid. 5.2) (N 310).

630. **Novas.** Les faits ou moyens de preuve nouveaux sont admis sans condition jusqu'à l'ouverture des débats principaux (art. 229 al. 1 CPC *a contrario*). Dès l'ouverture des débats principaux, ils ne sont admis qu'à des conditions restrictives (art. 229 CPC).

631. **Libre appréciation.** Le tribunal établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées (art. 157 CPC). Le tribunal décide selon sa conviction subjective si les faits allégués ont été prouvés ou non. Il n'existe pas de hiérarchie des moyens de preuve.

Chapitre 5 Prescription

632. **Contexte.** La prescription est un droit formateur qui, après l'écoulement d'un certain délai, permet à la personne débitrice de paralyser le droit d'action de la personne créancière (ATF 133 III 6, consid. 5.3.4). A vrai dire, en droit suisse, la prescription est une institution qui relève du droit matériel et non du droit de procédure (TF, 4A_103/2009 du 27 avril 2009, consid. 3.3). Elle influe toutefois directement sur le déroulement et l'issue du procès de sorte qu'il est nécessaire de lui consacrer ici quelques paragraphes.

Selon l'art. 341 al. 2 CO, les dispositions générales en matière de prescription sont applicables aux créances découlant du contrat de travail. La partie générale du CO contient les règles relatives à la nature, à la durée, à la computation, à l'empêchement et à la suspension, ainsi qu'à l'interruption de la prescription (cf. art. 127 ss CO). Le droit de la prescription a fait l'objet d'une importante révision qui a été adoptée par les Chambres fédérales le 15 juin 2018 et qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2020 (RO 2018 5343, FF 2014 221). La révision a notamment eu pour objectif une certaine harmonisation des règles, l'allongement des délais et l'élimination des incertitudes et défauts de l'ancien droit.

633. **Notion.** La prescription est une institution du droit matériel qui permet de paralyser le droit d'action lié à une créance par suite de l'écoulement du temps. L'expiration du délai de prescription n'a d'effet que si la personne débitrice l'invoque comme moyen de défense. En effet, le tribunal ne peut suppléer d'office le moyen résultant de la prescription (art. 142 CO). La prescription n'emporte pas l'extinction de la créance, mais seulement la perte de la possibilité de faire valoir cette créance contre la volonté de la personne débitrice (ATF 99 II 185, consid. 2b). Dès lors, une fois la prescription acquise et invoquée par cette dernière, la créance subsiste en tant qu'obligation naturelle (ATF 133 II 366, consid. 3.3). Les délais de prescription sont impératifs ; ils ne peuvent être modifiés conventionnellement (art. 129 CO).

634. **Point de départ de la prescription (*dies a quo*).** Selon l'art. 130 al. 1 CO, la prescription court dès que la créance est devenue exigible. Ainsi, le salaire est exigible, en principe, à la fin de chaque mois (art. 323 al. 1 CO) et le remboursement des frais professionnels a lieu en même temps que le paiement du salaire (art. 327c al. 1 CO). Ces créances-là

portent intérêt dès la fin du mois où elles sont devenues exigibles (TF, 4C.320/2005 du 20 mars 2006, consid. 6). Quant au droit aux vacances (art. 329a ss CO, N 376), il se prescrit séparément pour chaque année de service. Le droit aux vacances est exigible à la date des vacances prévue dans le contrat ou fixée par la partie employeuse. A défaut, il faut admettre qu'il devient exigible le dernier jour permettant encore de prendre l'entier des vacances durant l'année de service en cours (ATF 136 III 94, consid. 4).

Pour les créances qui ne seraient pas devenues exigibles à une date antérieure (créances salariales ou en remboursement des frais, par exemple), l'art. 339 al. 1 CO précise qu'à la fin du contrat de travail, toutes les créances qui en découlent deviennent exigibles. Selon la jurisprudence (TF, 4A_474/2010 du 12 janvier 2011, consid. 2.2.2 ; TF, 4C.414/2005 du 29 mars 2006, consid. 6), cette règle concerne notamment les indemnités dues en cas de licenciement abusif (art. 336a CO) ou de licenciement immédiat injustifié (art. 337c al. 1 et 3 CO). La personne débitrice de la créance exigible n'a pas à être interpellée par la personne créancière pour qu'elle se trouve en demeure (cf. art. 102 al. 2 CO ; TF, 4C.67/2005 du 4 mai 2005, consid. 2.3). Les créances visées par l'art. 339 al. 1 CO portent donc intérêt dès la fin des rapports de travail, sans nécessité d'interpellation (TF, 4A_474/2010 du 12 janvier 2011, consid. 2.2.2).

635. **Délais ordinaires de prescription.** Le CO prévoit des délais différents suivant que le préjudice est non corporel ou corporel (lésions corporelles ou décès) et suivant qu'il résulte d'un acte illicite ou de la violation du contrat. Il faut donc distinguer quatre hypothèses principales :

- a) *Préjudice non corporel résultant d'un acte illicite*. Selon l'art. 60 al. 1 CO, l'action en dommages-intérêts ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale se prescrit par trois ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne tenue à réparation (délai relatif) et, dans tous les cas, par dix ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé (délai relatif). Ces délais s'appliqueraient, par exemple, à l'action en réparation morale intentée par une partie demanderesse à l'encontre d'un collègue de travail qui la dénigrait auprès de la direction de l'entreprise. Ces faits étant susceptibles de constituer des infractions pénales (par exemple, diffamation, art. 173 CP), il faut toutefois tenir compte, conformément à l'art. 60 al. 2 CO, d'un délai pénal de plus longue durée (cf. ci-dessous).

- b) *Préjudice non corporel résultant de la violation du contrat (de travail)*. Selon l'art. 127 CO, l'action se prescrit par dix ans. Cette disposition s'applique aux créances contractuelles de la partie employée qui n'ont pas de caractère salarial (par exemple, créance en remboursement de frais, selon les art. 327 ss CO, ou action en délivrance du certificat de travail, selon l'art. 330a CO), de même qu'à toutes les créances contractuelles de la partie employeuse envers la partie employée (action en responsabilité, selon l'art. 321e CO).

- c) *Préjudice corporel résultant d'un acte illicite*. Selon l'art. 60 al. 1bis CO, en cas de mort d'homme ou de lésions corporelles, l'action en dommages-intérêts ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale se prescrit pas trois ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne tenue à réparation et, dans tous les cas, par vingt ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé. Ces délais s'appliqueraient, par exemple, à l'action en réparation morale intentée par une partie demanderesse à l'encontre d'un collègue de travail qui la harcelait psychologiquement et l'a rendue malade.

- d) *Préjudice corporel résultant de la violation du contrat (de travail)*. Selon l'art. 128a CO, en cas de mort d'homme ou de lésions corporelles résultant d'une faute contractuelle, l'action en dommages-intérêts ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale se prescrit par trois ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, par vingt ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé. Ces délais s'appliqueraient, par exemple, à l'action en réparation morale intentée par une employée à l'encontre de son employeuse, suite à un harcèlement psychologique subi sur le lieu de travail et qui l'a rendue malade.

En cas d'acte illicite, il faut en outre tenir compte d'un délai pénal de plus longue durée. En effet, l'art. 60 al. 2 CO prescrit ce qui suit : si le fait dommageable résulte d'un acte punissable de la personne tenue à réparation, elle se prescrit au plus tôt à l'échéance du délai de prescription pénale ; si la prescription de l'action pénale ne court plus parce qu'un jugement de première instance a été rendu, l'action civile se prescrit au plus tôt par trois ans à compter de la notification du jugement.

Enfin, « lorsque plusieurs personnes répondent solidairement, le recours de celui qui a indemnisé la personne créancière se prescrit par trois ans à

compter du jour où il a indemnisé cette dernière et qu'il connaît la personne codébitrice » (art. 139 CO).

> **Exemple de responsabilité solidaire**. Dans un cas traité par le Tribunal fédéral, une employée se plaignait d'avoir été victime de harcèlement psychologique auprès des deux employeurs pour lesquels elle travaillait à temps partiel. Selon les règles générales sur la responsabilité plurale (cf. art. 50 ss CO) et la solidarité passive (cf. art. 144 al. 1 CO), l'employée lésée pouvait rechercher l'un ou l'autre des responsables pour la totalité du dommage, aussi longtemps qu'elle n'avait pas été désintéressée (cf. TF, 4C.201/2005 du 21 février 2006, consid. 6.3). Ainsi, si l'un des employeurs avait dédommagé l'employée (ce qui n'a finalement pas été le cas, le harcèlement n'ayant pas été prouvé), il aurait pu ensuite recourir auprès de l'autre employeur.

636. **Créances salariales.** Selon l'art. 128 ch. 3 CO, « les actions des travailleurs, pour leurs services, se prescrivent par cinq ans ». Ce délai spécifique comprend toutes les créances de la personne employée relatives à la rémunération de ses services, soit notamment : le salaire de base, le 13^{e} salaire, les gratifications et bonus, la provision, la participation au résultat, le droit aux vacances ou au salaire y afférant (cf. ATF 136 III 94, consid. 4), ou encore la rémunération des heures supplémentaires.

637. **Droit transitoire.** Le législateur a prévu à l'art. 49 du Titre final du CC quelques règles de droit transitoire, en vue d'une mise en œuvre harmonieuse du nouveau droit de la prescription (entré en vigueur le 1er janvier 2020). Lorsque le nouveau droit prévoit des délais de prescription plus longs que l'ancien droit, le nouveau droit s'applique dès lors que la prescription n'est pas échue en vertu de l'ancien droit (al. 1). Lorsque le nouveau droit prévoit des délais de prescription plus courts que l'ancien droit, l'ancien droit s'applique (al. 2). L'entrée en vigueur du nouveau droit est sans effets sur le début des délais de prescription en cours, à moins que la loi n'en dispose autrement (al. 3). Au surplus, la prescription est régie par le nouveau droit dès son entrée en vigueur (al. 4).

638. **Suspension, interruption et renonciation.** Le législateur a précisé les modalités d'une suspension (art. 134 CO), d'une interruption (art. 135 à 138 CO) ou d'une renonciation à la prescription (art. 141 CO).

En cas de suspension, la prescription ne court point et, si elle avait commencé à courir, elle est suspendue dans diverses situations qui sont énumérées à l'art. 134 al. 1 CO. Il en va ainsi notamment à l'égard des créances des parties employées contre la partie employeuse, lorsqu'elles

vivent dans son ménage, pendant la durée des rapports de travail (ch. 4) de même que pendant les discussions en vue d'une transaction, pendant une médiation ou pendant toute autre procédure extrajudiciaire visant la résolution d'un litige, si les parties en sont convenues par écrit (ch. 8). La prescription commence à courir, ou reprend son cours, dès l'expiration du jour où cessent les causes qui la suspendent (art. 134 al. 2 CO).

En cas d'interruption du cours de la prescription, un nouveau délai commence à courir dès l'interruption (art. 137 al. 1 CO). Selon l'art. 135 CO, la prescription est interrompue : lorsque la personne débitrice reconnaît la dette, notamment en payant des intérêts ou des acomptes, en constituant un gage ou en fournissant une caution (ch. 1) ou lorsque la personne créancière fait valoir ses droits par des poursuites, par une requête de conciliation, par une action ou une exception devant un tribunal ou un tribunal arbitral ou par une intervention dans une faillite (ch. 2). La prescription interrompue par l'effet d'une requête en conciliation, d'une action ou d'une exception recommence à courir lorsque la juridiction saisie clôt la procédure (art. 138 al. 1 CO). Si l'interruption résulte de poursuites, la prescription reprend son cours à compter de chaque acte de poursuite (art. 138 al. 2 CO). Si l'interruption résulte de l'intervention dans une faillite, la prescription recommence à courir dès le moment où, d'après la législation sur la matière, il est de nouveau possible de faire valoir la créance (art. 138 al. 3 CO).

La personne débitrice, qu'elle soit employeuse ou employée, peut renoncer à soulever l'exception de prescription, à chaque fois pour dix ans au plus, à compter du début du délai de prescription (art. 141 al. 1 CO). La renonciation s'effectue par écrit (art. 141 al. 2 CO).

639. **Prescription et péremption.** La péremption entraîne l'anéantissement d'une procédure parce qu'elle n'a pas été engagée dans les délais prévus. A la différence de la prescription, la péremption entraîne l'extinction totale du droit subjectif et le tribunal doit la relever d'office.

Les dispositions du CO sur le contrat de travail prévoient des délais de péremption en matière de congé abusif (art. 336b CO) et en matière de non-entrée en service ou abandon injustifié de l'emploi (art. 337d CO) :

- a) On rappellera que la partie qui entend demander l'indemnité pour résiliation abusive du contrat de travail doit faire opposition par écrit auprès de l'autre partie au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé (art. 336b al. 1 CO, N 422). Il est admis que ce délai pour former opposition est un délai de péremption. La partie qui ne forme pas

opposition en temps utile perd tout droit à l'indemnité prévue à l'art. 336a CO. Par ailleurs, si l'opposition est valable et que les parties ne s'entendent pas pour maintenir le rapport de travail, la partie qui a reçu le congé peut faire valoir sa prétention à une indemnité. Comme le précise le texte légal, le délai de 180 jours à compter de la fin du contrat pour agir par voie d'action en justice est également un délai de péremption (cf. art. 336b al. 2 CO). Le tribunal doit vérifier d'office le respect des délais prévus aux alinéas 1 et 2 de l'art. 336b CO.

· b) Par ailleurs, comme nous l'avons vu (N 440-441), lorsque la partie employée n'entre pas en service ou abandonne son emploi abruptement sans justes motifs, la partie employeuse a droit à une indemnité égale au quart du salaire mensuel ; elle a en outre droit à la réparation du dommage supplémentaire (art. 337d al. 1 CO). Toutefois, le tribunal peut réduire l'indemnité selon sa libre appréciation si la partie employeuse ne subit aucun dommage ou si le dommage est inférieur à l'indemnité prévue d'un quart du salaire mensuel (art. 337d al. 2 CO). Enfin, et c'est ce qui nous intéresse le plus ici, si le droit à l'indemnité ne s'éteint pas par compensation, il doit, sous peine de péremption, être exercé par voie d'action en justice ou de poursuites dans les 30 jours à compter de la non-entrée en place ou de l'abandon de l'emploi (art. 337d al. 3 CO). La péremption ne vaut toutefois que pour l'indemnité forfaitaire et non pour la réparation d'un éventuel dommage supplémentaire occasionné par l'abandon d'emploi ou la non-entrée en service.

640. **Interdiction de renoncer aux créances résultant de dispositions impératives.** Selon l'art. 341 al. 1 CO, la personne employée ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat de travail et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. Nous avons vu que cette disposition avait par exemple une portée concrète en matière de compensation des heures supplémentaires au sens de l'art. 321c CO (N 290), d'indemnité pour licenciement abusif au sens de l'art. 336a CO (N 420a) ou encore de renonciation à une période de protection contre le licenciement en temps inopportun au sens de l'art. 336c CO (N 428c/cc).

Il faut préciser que l'al. 1 (interdiction de renoncer aux créances résultant de dispositions impératives) et l'al. 2 (prescription) de l'art. 341 CO n'ont pas de lien direct l'un avec l'autre. En particulier, le délai d'un mois prévu par l'art. 341 al. 1 CO ne concerne que l'interdiction de renoncer. Il ne s'agit ni d'un délai de prescription ni d'un délai de péremption (ATF 110

II 273). La partie employée reste ensuite libre de faire valoir ses prétentions jusqu'à l'écoulement du délai de prescription, sans que cela ne constitue en principe un abus de droit (TF, 4A_205/2016 du 23 juin 2016, consid. 2.4).

641. **Prescription et renonciation tacite.** Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'examiner si une partie qui avait agi dans les limites du délai de prescription applicable ne devait pas se voir opposer une renonciation tacite à sa créance. Il peut être intéressant de rappeler ici le raisonnement de notre Haute Cour en matière de rémunération des heures supplémentaires (N 289-290) et de responsabilité de la personne employée (N 297).

· a) *Action de la partie employée en paiement des heures supplémentaires effectuées*. La créance en paiement des heures supplémentaires (cf. art. 321c al. 3 CO) est soumise au délai de prescription de cinq ans (art. 128 ch. 3 CO). Ce délai court dès l'exigibilité de la créance, soit, en principe, à la fin de chaque mois lors duquel elles sont exécutées (cf. art. 323 al. 1 CO). Pendant les rapports de travail, on ne peut admettre une renonciation tacite par la personne employée à la rémunération des heures supplémentaires (cf. art. 341 al. 1 CO). Même si la personne employée n'a pas fait valoir immédiatement ses prétentions, la partie employeuse ne saurait invoquer un abus de droit pour se soustraire à son obligation de rémunérer les heures supplémentaires. La partie employée est, en effet, en droit de faire valoir ses créances en paiement pendant tout le délai de prescription de cinq ans (ATF 126 III 337, consid. 7b). Il convient de distinguer la tardiveté de la demande d'indemnisation, en principe non opposable à la partie employée, de la tardiveté de l'annonce par celle-ci qu'elle a effectué des heures supplémentaires (cf. art. 321a al. 1 CO). Lorsque la partie employeuse n'avait pas connaissance de la nécessité d'effectuer des heures supplémentaires, et si, compte tenu des circonstances, elle n'avait pas non plus de raison de le savoir, on peut admettre que le fait pour la partie employée d'accepter sans réserve le salaire habituel revient à renoncer à une indemnité pour les heures supplémentaires effectuées (ATF 129 II 171, consid. 2.3) (N 289-290). Par ailleurs, la partie employeuse peut exiger à l'avance un devoir d'annonce même dans des cas où elle connaît la nécessité d'effectuer un certain nombre d'heures supplémentaires.

Jurisprudence. Dans un cas d'espèce, le Tribunal fédéral a considéré qu'une partie employée ne pouvait attendre sept ans pour une telle annonce, après avoir accepté chaque mois, durant cette longue période, le paiement

de son salaire sans jamais faire état des heures supplémentaires exécutées. Dans une telle configuration et tenant compte également de la liberté de procéder à une compensation de ses heures supplémentaires par du temps libre, la prétention litigieuse apparaissait abusive (TF, 4A_184/2018 du 28 février 2019, consid. 2.2.3).

· b) *Action de la partie employeuse en dommages-intérêts*. La créance en dommages-intérêts de la partie employeuse à l'égard de la partie employée (cf. art. 321e CO) est en principe soumise à la prescription générale de dix ans (art. 127 CO). Selon la jurisprudence, une renonciation de la partie employeuse à sa créance peut cependant être admise si, en application des principes généraux, l'attitude des parties, interprétée selon la théorie de la confiance, peut être comprise comme une remise conventionnelle de dettes (art. 115 CO). Ainsi, la partie employée qui arrive au terme de son contrat peut compter que si la partie employeuse a des prétentions connues, dans leur quotité ou leur principe, à faire valoir contre elle, elle le lui fera connaître avant d'accomplir les actes accompagnant la fin des relations de travail (ATF 110 II 344, consid. 2b). La partie employeuse qui entend faire valoir sa créance doit alors formuler des réserves explicites. A défaut, elle pourra se voir opposer une renonciation, par actes concluants, à l'exercice d'une action en réparation. Selon le Tribunal fédéral, des réserves antérieures, exprimées par exemple au moment de la notification du congé, peuvent perdre leur effet si elles ne sont pas renouvelées à l'occasion du versement du dernier salaire (TF, 4A_351/2011 du 5 septembre 2011, consid. 2.4.1) (N 297).

Chapitre 6 Voies de droit

642. **Contexte.** Les voies de droit permettent de corriger les imperfections du jugement. Nous donnerons ici quelques indications sommaires sur les voies de droit devant les instances cantonales, puis celles devant le Tribunal fédéral.

643. **Voies de droit devant les instances cantonales.** Le CPC distingue les trois voies de recours suivantes :

- a) L'appel (voie de recours ordinaire). Cette voie de droit est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance, ainsi que contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 lit. a et b CPC). Dans les affaires patrimoniales, l'appel n'est toutefois recevable que si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de CHF 10'000.- au moins (art. 308 al. 2 CPC). Selon l'art. 310 CPC, l'appel peut être formé pour violation du droit (lit. a) ou constatation inexacte des faits (lit. b). Le délai d'appel est en principe de 30 jours dès la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC). Le délai est de 10 jours si la décision a été rendue en procédure sommaire (art. 314 al. 1 CPC). En principe, l'appel suspend la force de chose jugée et le caractère exécutoire de la décision dans la mesure des conclusions prises en appel (art. 315 al. 1 CPC). L'instance d'appel dispose d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (ATF 138 III 374, consid. 4.3.1).

- b) Le recours (voie de droit subsidiaire à l'appel). Le recours est recevable contre les décisions finales, incidentes et provisionnelles de première instance qui ne peuvent faire l'objet d'un appel (art. 319 lit. a CPC), en particulier parce que la valeur litigieuse de CHF 10'000.- n'est pas atteinte (cf. art. 308 al. 2 CPC), contre les autres décisions et ordonnances d'instruction de première instance (art. 319 lit. b CPC) et contre le retard injustifié du tribunal (art. 319 lit. c CPC). Selon l'art. 320 CPC, le recours est recevable pour violation du droit (lit. a) ou constatation manifestement inexacte des faits (lit. b). Le délai de recours est en principe de 30 jours dès la notification de la décision motivée (art. 321 al. 1 CPC). Le délai est en principe de 10 jours pour les décisions prises en procédure sommaire et pour les ordonnances d'instructions (art. 321 al. 2 CPC). En principe, le recours ne suspend

pas la force de chose jugée et le caractère exécutoire de la décision attaquée (art. 325 al. 1 CPC). L'autorité de recours examine librement si l'autorité de jugement a violé le droit. Elle revoit sous l'angle de l'arbitraire si les preuves ont été correctement appréciées et les faits correctement établis.

· c) La demande de révision (voie de droit extraordinaire). Dans quatre situations spécifiques décrites à l'art. 328 CPC (par exemple, découverte après coup de faits pertinents), une partie peut demander la révision de la décision entrée en force au tribunal qui a statué en dernière instance (art. 328 al. 1 CPC). Le délai pour demander la révision est de 90 jours à compter de celui où le motif de révision est découvert (art. 329 al. 1 CPC) ; il se périme toutefois, en principe, par dix ans à compter de l'entrée en force de la décision (art. 329 al. 2 CPC). En principe, la demande de révision ne suspend pas la force de chose jugée et le caractère exécutoire de la décision (art. 331 al. 1 CPC). L'instance de révision vérifie si le motif de révision invoqué est avéré.

Dans les cantons romands, sont compétentes les instances suivantes pour statuer sur appel ou recours contre les décisions de première instance :

· Canton de Berne : Chambres civiles de la Cour suprême (art. 6 al. 1 LiCPM/BE et art. 28 du règlement d'organisation de la Cour suprême (ROr CS/BE) du 23 décembre 2010, RS/BE 162.11) ;

· Canton de Fribourg : Deuxième Cour d'appel civil du Tribunal cantonal (art. 17 al. 1 lit. b du règlement du Tribunal cantonal précisant son organisation et son fonctionnement (RTC/FR) du 22 novembre 2012 (RS/FR 131.11) ;

· Canton de Genève : Chambre des prud'hommes de la Cour civile (art. 124 LOJ/GE), « composée d'un juge qui la préside, d'un juge prud'homme employeur et d'un juge prud'homme salarié » (art. 123 al. 1 LOJ/GE) ;

· Canton du Jura : Cour civile du Tribunal cantonal (art. 4 al. 1 LiCPC/JU) ;

· Canton de Neuchâtel : Cour civile du Tribunal cantonal (art. 40 OJN/NE) ;

· Canton du Valais : Tribunal cantonal (art. 5 al. 1 CAPCP/VS) ;

· Canton de Vaud : Cour d'appel civile du Tribunal cantonal, pour tous les appels formés en application de l'art. 308 CPC (art. 84 al. 1 LOJ/VD) ; Cour civile du Tribunal cantonal, pour les actions directes devant le tribunal supérieur (cf. art. 8 CPC), pour les litiges patrimoniaux dont la valeur litigieuse est de CHF 100'000.- au moins, avec l'accord de la partie défenderesse (art. 74 al. 2 LOJ/VD) ; Chambre des recours civile du Tribunal cantonal, pour tous les recours contre les décisions d'autorités judiciaires qui ne sont pas attribués par la loi ou le règlement à une autre section du Tribunal cantonal ou à une autre autorité judiciaire (art. 73 al. 1 LOJ/VD).

644. **Voies de droit devant le Tribunal fédéral.** En matière civile, la LTF distingue les recours en matière civile et le recours constitutionnel subsidiaire. Nous mentionnerons également, pour mémoire, le recours en matière de droit public qui est pertinent s'agissant des rapports de travail de droit public.

· a) Le recours en matière civile. Ce recours est dirigé contre les décisions finales (cf. art. 90 LTF) rendues en matière civile (art. 72 al. LTF). En principe, dans les affaires pécuniaires, le recours n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à CHF 30'000.- (art. 74 al. 1 lit b LTF) ; toutefois, cette limite est abaissée à CHF 15'000.- dans les litiges de droit du travail et de droit du bail à loyer (art. 74 al. 1 lit. a LTF). Même lorsque la valeur litigieuse minimale n'est pas atteinte, le recours est recevable dans diverses hypothèses décrites à l'art. 74 al. 2 LTF, notamment si la contestation soulève une question juridique de principe (lit. a).

  Selon l'art. 95 LTF, le recours peut être formé pour violation du droit fédéral (lit. a), du droit international (lit. b), de droits constitutionnels cantonaux (lit. c) et du droit intercantonal (lit. e). Il doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF). En règle générale, le recours n'a pas d'effet suspensif (art. 103 al. 1 LTF). Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). En principe, l'état de fait ne peut être revu que s'il est manifestement erroné ou qu'il repose sur une violation du droit fédéral (cf. art. 97 al. 1 LTF). Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Il n'examine toutefois la violation de droits fondamentaux ainsi que celle de dispositions de droit cantonal et intercantonal que si ce grief a été invoqué et motivé par la partie recourante (art. 106 al. 2 LTF).

- b) Le recours constitutionnel subsidiaire. Ce recours est dirigé contre les décisions cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'un recours en matière civile (cf. art. 113 LTF). Cela concerne en particulier les décisions portant sur une cause pécuniaire, lorsque la valeur litigieuse minimale (soit, CHF 15'000.-, en matière de droit du travail) n'est pas atteinte et que la cause ne soulève pas de question juridique de principe. Le recours constitutionnel subsidiaire ne peut être formé que pour violation des droits constitutionnels (art. 116 LTF). Les délais pour recourir et les effets du recours sont les mêmes que pour le recours en matière civile (art. 117 LTF). Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 118 al. 1 LTF). Il n'examine que la violation des droits fondamentaux invoquée et motivée par la partie recourante (art. 106 al. 2 et 117 LTF).

- c) Le recours en matière de droit public. Pour les rapports de travail de droit public/fonction publique (N 55), le recours est recevable, s'agissant des contestations de nature pécuniaire, à la condition que la valeur litigieuse minimale de CHF 15'000.- soit atteinte (art. 85 al. 1 lit. b LTF), sauf si la contestation soulève une question juridique de principe (art. 85 al. 2 LTF). En revanche, le recours de droit public est irrecevable contre les décisions qui concernent une contestation non pécuniaire, sauf si elle touche à la question d'égalité des sexes (art. 83 lit. g LTF).

On rappellera que, faute de disposition spéciale le prévoyant expressément, les recours devant le Tribunal fédéral ne sont pas gratuits (N 617).

Chapitre 7 Arbitrage

645. **Contexte.** La convention d'arbitrage résulte d'un accord par lequel deux ou plusieurs parties s'entendent pour confier à un tribunal arbitral ou à un arbitre unique, en lieu et place du tribunal étatique qui serait compétent, la mission de rendre une sentence à caractère contraignant sur un ou des litige(s) existant(s) (compromis arbitral) ou futur(s) (clause compromissoire) résultant d'un rapport de droit déterminé (TF, 4A_136/2015 du 15 septembre 2015, consid. 2.2.2). Une sentence arbitrale déploie des effets identiques à ceux d'un jugement rendu par un tribunal étatique. En fonction du type de litige que la sentence doit régler, on distingue l'arbitrage interne, qui est réglé par les art. 353 ss CPC, et l'arbitrage international, qui fait l'objet des art. 176 ss LDIP.

646. **Arbitrage interne.** Selon l'art. 354 CPC, l'arbitrage peut avoir pour objet toute prétention qui relève de la libre disposition des parties. L'arbitrabilité du conflit constitue une condition de validité de la convention d'arbitrage et, partant, de la compétence du tribunal arbitral (TF, 4A_515/2012 du 17 avril 2013, consid. 4.1).

Qu'en est-il en droit du travail ? On rappellera que, selon l'art. 341 al. 1 CO, une partie employée ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective (N 640). La partie employée ne peut donc renoncer à ses créances issues de dispositions impératives ou semi-impératives, selon les art. 361 et 362 CO, que dans les limites restrictivement posées par l'art. 341 al. 1 CO, de sorte qu'il ne peut pas en disposer librement (ATF 136 III 467, consid. 4.6). Si la partie employée ne peut pas renoncer à certaines créances en vertu de cette disposition, elle ne peut pas non plus convenir d'avance qu'elles seront soumises à l'arbitrage. Une clause compromissoire n'est donc pas valable si elle est insérée dans le contrat de travail pour s'appliquer aux contestations futures qui s'élèveront, le cas échéant, au sujet de telles créances (ATF 144 III 235, consid. 2.3 ; ATF 136 III 467, consid. 4.5-6).

En revanche, conformément à l'art. 341 al. 1 CO, une convention d'arbitrage est valable si elle est conclue postérieurement au délai d'un mois dès la fin du contrat de travail (ATF 144 III 235, consid. 2.3.3).

Le siège du tribunal arbitral est fixé par les parties ou par l'organe qu'elles ont désigné. A défaut, le siège est fixé par le tribunal arbitral (art. 355 al. 1

CPC). Selon l'art. 356 al. 1 CPC, le canton dans lequel le tribunal arbitral a son siège désigne un tribunal supérieur compétent pour statuer sur les recours et les demandes de révision (lit. a) et recevoir la sentence en dépôt et attester son caractère exécutoire (lit. b).

Nous avons vu dans la quatrième partie de cet Abrégé, consacrée au droit collectif, que en cas de licenciement collectif la partie employeuse était tenue à certaines conditions de mener des négociations avec les parties employées en vue d'établir un plan social (art. 335i CO, N 548). La loi prévoit que si les parties ne parviennent pas à s'accorder sur un plan social, il y a lieu de saisir un tribunal arbitral (art. 335j al. 1 CO). Le tribunal arbitral arrête alors un plan social obligatoire (art. 335j al. 2 CO, N 551).

647. **Arbitrage international.** Les art. 176 ss LDIP s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse (art. 176 al. 1 LDIP).

La convention d'arbitrage est valable, quant à la forme, si elle est passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par texte (art. 178 al. 1 LDIP).

Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage international (art. 177 al. 1 LDIP). La LDIP ne retient donc pas le critère prévu à l'art. 354 CPC, en matière d'arbitrage interne, de la libre disposition des parties sur l'objet du litige pour déterminer l'admission d'une convention d'arbitrage. Avec la doctrine la plus récente (cf. WYLER/HEINZER, pp. 1004 ss), on peut relever que d'importantes limites font toutefois obstacle à l'admissibilité, sans réserve, de telles conventions en droit du travail.

On doit notamment tenir compte de l'art. 18 LDIP qui réserve les dispositions impératives du droit suisse (réserve positive de l'ordre public, N 79).

La sentence est définitive dès sa communication (art. 190 al. 1 LDIP). La LDIP règle les possibilités de recours, ainsi que les modalités de l'obtention d'un certificat de force exécutoire (art. 190 ss LDIP).

Bibliographie thématique :

BOHNET, Procédure civile, Bâle 2014 ; CS/CIT-BOHNET/DIETSCHY, *ad* art. 343 CO ; BOHNET/DUNAND/MAHON (édit.), Les procédures en droit du travail, Genève/Zurich/Bâle

2020 ; BOHNET/DUPONT (édit.), Le procès civil social, Bâle 2018 ; BOHNET/DUPONT (édit.), Le nouveau droit de la prescription, Bâle 2019 ; DIETSCHY, Procédure civile et droit du travail, in ; Bohnet/Dunand/Mahon, Les procédures en droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2020, p. 2 ss ; DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Bâle 2011 ; WITZIG, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 683-712 ; WYLER/HEINZER, Droit du travail, Berne 2019, pp. 937-1016.

Index

Les numéros indiqués se rapportent aux notes marginales.

A

Abandon d'emploi, 62, 297, 323, 440 ss, 449, 639

Accident

- assurance obligatoire, 334 s.

- Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (SUVA), 131

- cause inhérente à la personne, 330

- concierge, 255

- congé en temps inopportun, 428, 431

- empêchement de travailler, 329, 333

- jeunes personnes employées, 168

- personnel ayant des responsabilités familiales, 176

- prévention, 27, 80, 126, 133, 136, 179, 341, 358, 530

- responsabilité de la personne salariée, 297

- temps d'essai, 393, 428

- vacances, 367, 370

Action(s), 565 ss ; cf. indemnité(s)

- civile, 132, 193

- congé abusif, 422, 457

- des organisations, 464, 580

- en protection de la personnalité, 222 s., 343

- exécution commune, 493

- fondées sur la LEg, 221 ss, 310, 318

Age minimum, 10, 90 s., 115, 121, 162, 165 s.

Allègement du fardeau de la preuve, cf. preuve

Analyse de l'égalité des salaires, 238 ss

- information et publication, 242

- méthode d'analyse, 240

- obligation de la partie employeuse, 239

- vérification de l'analyse, 241

Annonce

- assurance perte de gain, 333

- cessation du travail, 362

- grossesse, 228, 269, 428

- heures supplémentaires, 279, 288, 641

- postes vacants, 72 ss

- transfert d'entreprise, 557

Applicabilité directe d'une norme conventionnelle internationale, 92 ss

Arbitrage, 491, 495, 526, 568, 645 ss

- international, 657

- interne, 646

Assurance(s)

- accidents, 131, 330, 334

- chômage, 579

- invalidité, 92

- maternité, 174

- militaire, 334

- obligatoire, 325, 332, 334

- perte de gain, 333, 334

- sociale(s), 5, 246

Attestation

- d'âge, 164, 188

- de travail, 381

Autorisation d'exploiter

- entreprises industrielles, 141

- entreprises non industrielles, 142

Avertissement

- à l'égard d'une partie à une CCT, 491

- donné à une personne employée, 273, 444, 472

- grève d'avertissement, 467, 491

B

Bonus, 38, 304 ss, 311, 636

- cf. gratification

Bureau fédéral de l'égalité, 203, 208, 240

C

Cadeaux usuels, 276

Cantons

- compétences d'exécution, 17 s.

- compétences propres, 15 s.

Certificat de travail, 377 ss

- actions, 386

- but, 378

- contenu, 385

- forme, 383

- prescription, 387

- rédaction, 384

- références, 382

Certificat médical, 329 s.

- absence injustifiée, 441

- embauche des jeunes, 164

- empêchement de travailler, 329, 428, 444, 627

- enfant malade, 365

- grossesse, 330

- occupation durant la maternité, 172

- personnel ayant des responsabilités familiales, 176

- valeur probante, 627

Cession des salaires, 315

Code des obligations, 243 ss

- histoire, 112

Commission

- de conciliation selon la loi sur l'égalité, 204, 236

- d'entreprise, 413, 457, 521, 539, 623

- d'experts pour l'application des conventions et des recommandations de l'OIT, 94, 461

- du travail, 185

- fédérale de coordination pour la sécurité au travail, 131

- fédérale du travail, 182, 185

- paritaire, 464, 492

- tripartite, 18, 461, 464, 486, 510, 512 ss

Compétences des juridictions, 581 ss

- action en délivrance d'un certificat de travail, 603

- action partielle, 599

- à raison de la matière, 594 ss

- à raison de la valeur litigieuse, 597 ss

- à raison du lieu, 582 ss

- conciliation en matière d'égalité entre femmes et hommes, 596

- concours d'action, 591

- consorité, 589, 600

- cumul d'actions, 590

- demande reconventionnelle, 601

- immunités de juridiction, 604 ss

- juridictions spécialisées, 595

- prétention non pécuniaire, 602

- situations internationales, 592 s.

Conflits interpersonnels, 137, 350

Congé, cf. résiliation

Congé(s), 359 ss

- cas particuliers, 365

- dimanche, 360 s.

- jour férié, 362

- notion, 359

- usuel(s), 363

Congé abusif, 407 ss

- champ d'application, 409 s.

- congé-modification, 415 s.

- indemnités, 419 ss, 457

- motifs abusifs, 411 ss, 457

- preuve, 417 s.

- principes, 407 s.

- procédure, 422

- rapport de causalité, 414

- réintégration, 423

Congé discriminatoire

- dans la LEg, 212, 223, 228, 408

- dans le CO, 408, 412

Congé donné en temps inopportun, 424 ss

- buts, 424 ss

- champ d'application, 428

- cumul interlittéral, 431

- cumul intralittéral, 431

- démission de la personne salariée, 432

- effets, 429 ss

Congé immédiat, 434 ss

- abandon de poste, 440 s., 449

- avertissement, 444

- conditions, 442 ss

- démission, 448

- effets, 445 ss

- immédiateté, 443

- justes motifs, 444

- licenciement avec effet immédiat injustifié, 447

- licenciement avec effet immédiat justifié, 446

- motivation écrite, 450

- principes, 434 ss

- rapports entre les différentes protections contre la résiliation, 437 ss

Congé-modification, 249, 313, 412, 415 s., 490

Congé représailles

- dans la LEg, 212, 233

- dans le CO, 412

Constitution fédérale, 12, 44 ss

- effet horizontal direct et indirect, 44 ss

Consultation du personnel, 13, 83, 139, 191, 518 ss, 538 ss

Contrat d'apprentissage, 258 ss, 368, 393, 397, 406

Contrat de conciergerie, 247, 575

Contrat de durée déterminée, 397 ss

- contrat de plus de dix ans, 399

- contrats en chaîne, 399

- définition, 397

- délais de congé, 399

- fin du contrat, 399

- protection contre les congés, 399

- reconduction tacite, 399

- temps d'essai, 398

Contrat de durée indéterminée, 400 ss

- définition, 400

- délais de congé, 402 ss

- résiliation, 401

Contrat de durée maximale, 399

Contrat de durée minimale, 399

Contrat de stage, 38, 259, 328, 349

Contrat de travail, cf. contrat individuel de travail

Contrat de travail de fait, 255

Contrat de travail international, 75 ss

Contrat de voyageur de commerce, 34, 260

Contrat individuel de travail, 243 ss

- définition et formation du contrat, 244 ss

- devoirs de la partie employeuse, 298 ss

- devoirs de la partie salariée, 262 ss

- fin des rapports de travail, 388 ss

Contrats en chaîne, 399

Contrats-types de travail, 21 ss, 499 ss

- commission tripartite, 512

- intérêt pratique, 22

- notion, 21

- régime commun, 23, 502 ss

- régime renforcé, 24, 509 ss

- sous-enchère salariale abusive, 510

Conventions collectives de travail, 19 s., 473 ss

- champ d'application, 484 ss

- clauses normatives, 480

- clauses obligationnelles, 482

- clauses semi-normatives, 481

- conflits entre CCT, 487 s.

- contrainte de soummission, 496

- définition, 19, 473

- droit de participer aux négociations et de conclure des CCT, 462

- effets, 489 ss

- exécution commune, 492

- extension, 486

- forme, 475

- importance pratique, 20

- interprétation, 483

- liberté d'affiliation, 498

- liberté d'exercer une profession, 496 ss

- liberté syndicale, 496 ss

- nature, 474

- parties et personnes liées, 476 ss

- peine conventionnelle, 493

- procédure, 494 s.

- sanctions en cas de violation de la CCT, 493

- types de normes, 479 ss

Convention européenne des droits de l'homme, 11, 86 ss, 94, 358, 455 ss

Cour européenne des droits de l'homme, 455, 457 ss, 468

Cumul

- crédits, 332

- interlittéral, 428, 431

- intralittéral, 431

- objectif (cumul d'actions), 590, 598

- prétentions, 228, 420 s., 424, 438, 447

- subjectif (consorité), 589,600

D

Décision administrative, 50, 57, 194, 372, 486, 492

Délai(s) de congé

- extinction des contrats de durée déterminée, 399

- extinction ordinaire des contrats de durée indéterminée, 402 ss

- temps d'essai, 395, 406

Demeure de la partie employeuse, 249, 316, 320 ss, 343, 441, 444

Démission, 432, 448

Devoir de fidélité et de diligence, 262 ss

- devoir général, 262 ss

- interdiction du travail rémunéré pour un tiers, 274

- obligation de garder le secret, 275

- obligation de rendre compte et de restituer, 276

- obligation de traiter avec soin le matériel, 273

- obligation d'observer les directives et les instructions, 272

Devoirs de la partie employeuse, 298 ss

- certificat de travail, 377 ss

- congés et vacances, 359 ss

- législation sur le travail, 186 ss

- protection de la personnalité et de la santé, 337 ss

- rémunération, 298 ss

- salaire en cas d'empêchement de travailler, 319 ss

Devoirs de la personne salariée, 262 ss

- devoir de fidélité et de diligence, 262 ss

- devoir de réaliser des heures supplémentaires, 277 ss

- responsabilité de la personne salariée, 291 ss

Devoir de réaliser des heures supplémentaires, cf. heures supplémentaires

Directives de la partie employeuse, 25 ss, 133, 140, 177, 272, 358, 457, 503

Directive(s) européenne(s), 83, 202, 517, 553 ss, 560 ss ; cf. droit de l'Union européenne

Discrimination(s)

- à l'embauche, 6, 219, 231

- congé-représailles, 233, 412

- constitution fédérale, 12, 65

- création des rapports de service, 235

- discrimination directe et indirecte, 214, 310

- droit international, 6, 9 s., 84, 90, 202

- législation sur l'égalité, 44, 208 ss, 217s., 221ss, 228 s., 310

- mesures positives, 216

- motifs justificatifs, 215

- notion, 213

- procédure, 237, 617, 622

- résiliation du contrat de travail, 232, 587

- salariale, 215, 218, 224, 310, 619, 629

Dommages-intérêts, 30, 41, 86, 221, 228, 263, 270 s., 293, 295, 297, 324 s., 333, 339, 343, 349, 386, 420 s., 446 s., 449, 472, 573 s., 591, 635, 639, 641

Données, cf. protection des données

- personnelles, 85, 337, 352 ss

- sensibles, 355 s.

Droit absolument impératif, 28 s.

Droit administratif

- autorisation administrative, 50, 321

- autorité administrative, 47, 51, 53, 92, 237, 492

- juridiction administrative, 57, 195, 199, 230

- législation sur le travail, 193 ss

- procédure administrative, 57, 234, 236, 563

- sanctions administratives, 512

- tribunal administratif fédéral, 237, 346

Droit applicable dans les situations internationales, 75 ss

Droit au travail, 6, 9, 202

Droit cantonal, 14 ss

- compétences d'exécution, 17 s.

- compétences propres, 15 s.

Droit collectif du travail, 451 ss

- contrats-types de travail, 499 ss

- conventions collectives de travail, 473 ss

- droit de grève, 465 ss

- liberté syndicale, 455 ss

- notion, 452 ss

- participation, 516 ss

Droit d'agir devant les juridictions civiles, 50 ss

Droit de grève, 465 ss

- conditions de licéité, 469

- conséquences de la participation à une grève, 472

- définition, 467

- lock-out, 467

- paix du travail, 466

- restrictions, 471

- sources, 468

Droit de la fonction publique, 55 ss

- caractéristiques, 57

- privatisation, 58 ss

Droit de l'organisation internationale du travail, 10, 90 ss

Droit de l'Union européenne, 82 ss ; cf. directive(s) européenne(s)

- comme modèle, 83

- interprétation de l'ALCP, 84

- règlement général sur la protection des données, 85

Droit d'être entendu, 57, 67, 191, 401, 522, 567

Droit dispositif, 28 ss

Droit du travail, 1 ss

- droit interne et droit international, 68 ss

- droit public et droit privé, 42 ss

- notion, 2 ss

- repères historiques, 95 ss

- sources, 5, 7 ss

Droit international du travail, 8 ss, 68 ss

- Cour européenne des droits de l'homme, 86 ss

- droit applicable dans les situations internationales, 75 ss

- droit de l'Union européenne, 82 ss

- instruments de l'OIT, 10

- instruments de l'ONU, 9

- instruments européens, 11

Droit international privé, 75 ss

- compétences des juridictions, 592 s.

- droit applicable, 76 s.

- loi d'application immédiate étrangère, 80

- personnel détaché, 81

- réserve de l'ordre public, 78 s.

Droit pénal, 5

- autorités pénales, 47

- harcèlement sexuel, 346, 348

- législation sur le travail, 193 ss

- infractions pénales commises par la personne employée, 276, 444, 461, 635

- procédure pénale, 61

- protection des données, 355

Droit public et droit privé du travail, 42 ss

- constitution et droit privé, 44 ss

- droit d'agir devant les juridictions civiles, 50 ss

- législations « hybrides », 47, 54, 210, 230

- liens entre droit public et droit privé, 47 ss

- privatisation du droit de la fonction publique, 58 ss

- publicisation du droit privé du travail, 63 ss

- réserve en faveur du droit public, 48 s.

- secteur public et secteur privé, 55 ss

Droit relativement impératif, 28 ss

Durée du repos, 152 ss

- jours fériés et fêtes religieuses, 158

- pauses, 152

- travail de nuit, 156

- travail le dimanche, 157

Durée du travail, 143 ss

- durée maximale du travail, 147

- semaine de travail, 146 ss

- service de piquet, 145

- temps de travail, 144

- travail de jour, 151

- travail de nuit, 151

- travail du soir, 151

E

Echelle(s)

- bernoise, 332, 335

- de traitement, 57

Effet horizontal direct, 44 ss, 84

Egalité de traitement, 65, 81, 202, 311, 332, 344, 478, 490, 547

Egalité salariale, 12, 44, 65, 201, 208, 212, 218, 223 s., 238 ss, 299, 310, 318, 619, 629

Election

- de droit, 76 s.

- de for, 584, 589, 593

Embauche, 209, 212, 214, 217, 219, 225, 231, 235, 356, 364, 459

Emploi de main d'œuvre étrangère, 53, 70 ss

- annonce des postes vacants, 74

- régime général applicable aux Etats tiers, 73

- régime UE/AELE, 72

Enregistrement

- de la durée du travail, 189, 288, 341

- sonore, 299, 357, 624

Entreprise dite de conviction, 266

Equivalence

- abstraite, 333

- discrimination salariale, 218, 629

Etablissement des faits, 246, 443, 568, 612, 618 ss

Expertise, 614, 624

- discrimination salariale, 218, 310, 629

- médicale, 428, 628

Extension du champ d'application d'une CCT, 486

Extinction des contrats de durée déterminée, cf. contrat de durée déterminée

Extinction ordinaire des contrats de durée indéterminée, cf. contrat de durée indéterminée

F

Faisceau d'indices convergents, 40, 220, 351, 417, 622

Fardeau de la preuve,
cf. preuve(s)

Femmes enceintes et mères qui allaitent, 169 ss

- coordination entre CO et LTr, 174

- dispositions spéciales de protection dans la LTr, 127, 169 ss, 336 s., 341, 365

- protection contre les congés donnés en temps inopportun, 424 ss, 428, 444

- refus d'embauche, 209, 214

- salaire en cas d'empêchement de travailler pour une cause inhérente à la personne, 330, 336

Fêtes religieuses, 158, 362

Fin des rapports de travail, 388 ss

- extinction des contrats de durée déterminée, 397 ss

- extinction ordinaire des contrats de durée indéterminée, 400 ss

- licenciements collectifs, 535 ss

- protection contre les congés abusifs, 407 ss

- protection contre les congés donnés en temps innoportun, 424 ss

- résiliation avec effet immédiat, 434 ss

- temps d'essai, 388 ss

Forme(s)

- contrat de travail, 253

- contrat-type de travail, 506

- convention collective de travail, 475, 484

- de rémunération, 299 ss

- directives, 272

- écrite, 13, 23, 32, 257, 281, 333, 383, 390, 395, 406, 422

- location de services, 252

- règlement facultatif, 26

- résiliation, 401, 435

Fonction dirigeante élevée, 128 s., 525

Fonction publique, 47, 55 ss, 266, 463, 563, 644

Frais et dépens, 237, 246, 401, 614 ss

Frais professionnels, 261, 299, 634

G

Gratification, 302 ss

- caractère accessoire, 308

- caractère déterminé ou déterminable, 306

- congé abusif, 412

- convenue ou facultative, 307

- égalité de traitement, 311, 344

- improprement dite, 303

- proprement dite, 303

- qualification, 305 ss

- très hauts revenus, 308

Grève, cf. droit de grève

Grossesse, 52, 57, 90, 111, 115, 117, 169 ss, 209 ss, 214 s., 228, 269, 330 ss, 341, 356, 365, 370, 421, 428, 444

H

Harcèlement psychologique (mobbing), 345 ss

- congé abusif, 412

- dispositif de prévention, 179, 350

- notion, 40, 62, 345

- prescription, 635

- preuve, 351, 622, 625

- procédure, 574, 591

- règlement d'entreprise, 179

- responsabilité de la partie employeuse, 195

Harcèlement sexuel, 345 ss

- congé abusif, 412

- dispositif de prévention, 350

- fardeau de la preuve, 341

- indemnité spécifique, 226, 228, 343, 349

- notion, 212, 346

- preuve, 220, 351, 622, 625

- prévention, 350

- règlement d'entreprise, 179

Heures supplémentaires, 277ss

- compensation, 281

- devoir de les effectuer, 279

- notion, 149, 277 s.

- preuve, 288, 622, 626

- prescription, 289, 636, 641

- refus de les effectuer, 280

- renonciation, 290, 640 s.

- travail supplémentaire, 149, 282 ss

Histoire des relations de travail, 95 ss

I

Immunités de juridiction, 604 ss

- de l'Etat, 606 ss

- des organisations internationales, 609

Indemnité(s), cf. action(s)

- en cas de harcèlement sexuel, 226, 228, 343, 349

- en cas de licenciement abusif, 29, 51, 233, 407, 412, 419 ss, 457, 542, 562, 598, 634, 639

- en cas de licenciement injustifié, 57, 438 s., 447, 598, 634

- en cas de réduction de l'horaire de travail, 322

- en cas de refus d'embauche, 225, 231, 235

- en cas de résiliation des rapports de travail, 227, 232

- pour tort moral, 268, 343, 349, 421

Information du personnel, 191, 236, 238, 242, 333, 463, 522, 529, 541, 548, 557, 561

Informatique, 108, 273

Inspection

- cantonale du travail, 343, 358, 461, 563

- fédérale du travail, 184, 195

Instruments de travail, 108, 273, 293, 295, 321

Interdiction de discriminer, cf. discrimination(s)

Interdiction de faire concurrence, cf. prohibition de faire concurrence

Inventions et designs, 276

J

Jeunes personnes employées, 13, 116 s., 161 ss, 190, 200, 337

Jobsharing, 247

Jours fériés, 16, 80, 126, 155, 158, 359, 362, 406, 422, 431

Juridiction administrative, 199

Jurisprudence, 37 ss

- de la Cour européenne des droits de l'homme, 86 ss

- du Tribunal fédéral, 37 ss

Justes motifs, 62, 324, 399, 434, 437, 441 ss, 444, 450

L

Législation sur l'égalité, 201 ss

- actions de droit commun, 228

- actions en paiement, 224 ss

- actions en protection de la personnalité, 222 s.

- allégement du fardeau de la preuve, 217 ss

- analyse de l'égalité des salaires, 238 ss

- buts et champ d'application, 206 ss

- gratuité de la procédure, 237

- interdiction de discriminer, 211 ss

- qualité pour agir des associations, 229

- règles de procédure, 230 ss

- sources, 202 ss

Législation sur le travail, 114 ss

- approbation des plans, 141 s.

- attribution des autorités, 182 ss

- champ d'application, 118 ss

- dispositions spéciales de protection, 161 ss

- durée du repos, 152 ss

- durée du travail, 144 ss

- exécution de la loi, 181 ss

- femmes enceintes et mères qui allaitent, 169 ss

- histoire, 111

- jeunes gens, 161 ss

- mesures administratives, 193 ss

- obligations de la partie employeuse, 186 ss

- obligations du personnel, 186 ss

- personnel ayant des responsabilités familiales, 175 s.

- protection de la santé, 130 ss

- règlement d'entreprise, 177 ss

- sanctions pénales, 193 ss, 200

- sources, 115 ss

Libération de l'obligation de travailler, 266, 374, 403

Liberté contractuelle, 28, 106, 112, 225, 263, 276, 299, 344, 453, 462, 514

Liberté de réunion et d'association, 87 s., 455 s.

Liberté syndicale, 455 ss

- accès au lieu de travail, 461

- activités des syndicats, 462 ss

- concrétisations en droit privé suisse, 45, 457

- collective, 460 ss

- droit de grève, 465 ss

- droit de participer aux négociations et de conclure des CTT, 462

- individuelle, 458 s.

- protection en droit international, 455

- sources, 455 ss

Libre circulation des personnes, 11, 24, 71 ss, 82 ss, 486, 501

Licenciement avec effet immédiat, cf. congé immédiat

Licenciements collectifs, 535 ss

- consultation du personnel, 538 ss

- devoir d'information de la partie employeuse, 541

- droit applicable, 535

- nature juridique, 536

- notion, 537

- violation des règles légales, 542

Litiges de droit du travail, 572 ss

- action des organisations, 580

- contrats mixtes, 575

- faits de double pertinence, 576

- groupe de sociétés, 577

- participation de la caisse de chômage, 579

- prétention à double fondement, 574

- représentation conventionnelle des parties, 578

Location de services, 13, 20, 48, 54, 74, 252, 511, 583

Loi(s) fédérale(s)

- code des obligations, 243 ss

- législation sur l'égalité, 201 ss

- législation sur le travail, 114 ss

- loi fédérale sur la participation, 518 ss

- principales lois, 13

M

Main d'œuvre étrangère, cf. emploi de main d'œuvre étrangère

Maladie

- assurance obligatoire, 334

- cause inhérente à la personne, 330

- certificat de travail, 384

- congé abusif, 412

- congé en temps inopportun, 428, 431

- empêchement de travailler, 329

- enfant malade, 176, 363

- entretien d'embauche, 356

- professionnelle, 126

- temps d'essai, 393

- vacances, 367

Mesure de la diligence, 267, 293, 295

Mesures provisionnelles, 491, 587, 613, 643

Mobbing, cf. harcèlement psychologique

Moralité, 39, 163, 166, 168, 337

Motif(s) justifié(s), 457

N

Notification du licenciement, 401

Nullité

- clause portant atteinte à la liberté syndicale, 459, 482

- congé, 424

- contrat de travail, 256 s.

Numérisation de l'économie, 107 ss

- informatique, 108

- les quatre révolutions industrielles, 107

- robotisation, 109

- ubérisation, 109

O

Obligation de diligence

- de la partie employée, 31, 262 ss, 279 s., 291, 324, 472

- de la partie employeuse, 136, 226, 337, 341 ss, 348

Obligation de fidélité de la partie employée, cf. devoir de fidélité et de diligence

Obligations de la partie employeuse, cf. devoirs de la partie employeuse

Obligations de la partie salariée, cf. devoirs de la partie salariée

Opposition

- congé abusif, 422, 457, 639

- transfert des rapports de travail, 553, 557, 559

Organisation internationale du travail, cf. droit de l'organisation internationale du travail

Orientation sexuelle, 209, 346, 356

P

Paix du travail, 20, 111, 456, 466, 469, 482, 491 s.

Pandémie, 261, 281,

Participation, 516 ss

- codécision, 522

- collaboration de la partie employeuse, 532

- consultation, 522

- directe et indirecte, 521

- information, 522

- législation sur le travail, 187

- licenciements collectifs, 535 ss

- loi fédérale sur la participation, 518 ss

- plans sociaux, 543 ss

- protection de la représentation du personnel, 533

- représentation des personnes employées, 523 ss

- transfert des rapports de travail, 553 ss

Participation au résultat de l'exploitation, 300, 636

Paternité, 363 ss

Pauses, 152

Personnalité, cf. protection de la personnalité

Personnel ayant des responsabilités familiales, 13, 161, 175 s., 279, 284, 337, 356, 365, 373

Personnel détaché, 13, 17, 71 ss, 81, 127, 299, 501, 511, 593

Personne(s) morale(s), 168, 443, 462, 477, 572, 577

Plan social, 543 ss

- champ d'application, 547

- contenu, 545

- définition, 544

- limites, 552

- nature juridique, 546

- obligation de négocier, 548 s.

- parties à la négociation, 550

- tribunal arbitral, 552

Pots-de-vin, 276

Pourboires, 276

Pourparlers précontractuels, 41, 254, 339, 573

Prescription

- actions en paiement, 224

- certificat de travail, 387

- créances salariales, 636

- délais ordinaires, 635

- droit aux vacances, 376

- droit transitoire, 637

- extinction ordinaire des contrats de durée indéterminée, 401

- heures supplémentaires, 298

- interdiction de renoncer aux créances impératives, 640

- interruption, 638

- péremption, 639

- point de départ, 634

- renonciation, 638

- renonciation tacite, 641

- responsabilité de la personne salariée, 297

- suspension, 638

Preuve(s), cf. fardeau de la preuve

- allègement du fardeau de la preuve, 217 ss, 230, 310, 412, 418 ss

- certificat médical, 627

- congé abusif, 417 s.

- degré, 621 s.

- expertises, 628 s.

- fardeau, 620 ss

- harcèlement sexuel, 220

- heures supplémentaires et travail supplémentaire, 288

- législation sur l'égalité, 217 ss

- libre appréciation, 631

- moyens, 624 ss

- novas, 630

- plans sociaux, 552

- procédure, 620 ss

- registre des heures, 626

- renversement du fardeau, 218

- résiliation avec effet immédiat, 450

- responsabilité de la personne salariée, 294

- témoins indirects, 625

Prévention des accidents, 27, 115, 126, 179, 341, 530

Privatisation du droit de la fonction publique, 58 ss

Procédure, 563 ss

- arbitrage, 645 ss

- compétences des juridictions, 581 ss

- congé abusif, 422

- conventions collectives de travail, 494 s.

- déroulement du procès, 610 ss

- établissement des faits, 618 ss

- frais et dépens, 614 ss

- immunités de juridiction, 604 ss

- législation sur l'égalité, 230 ss

- litiges de droit du travail, 572 ss

- ordinaire, 611

- prescription, 632 ss

- procédure applicable, 611 ss

- simplifiée, 612

- sommaire, 613

- sources, 565 ss

- voies de droit, 642 ss

Procès, 610 ss

- établissement des faits, 618 ss

- frais et dépens, 614 ss

- libre appréciation, 631

- maxime inquisitoire sociale, 618

- preuve, 620 ss

- procédure applicable, 611 ss

Protection contre les congés abusifs, cf. congé abusif

Protection contre les congés donnés en temps inopportun, cf. congé donné en temps inopportun

Protection de la personnalité, 337 ss

- actions, 222 s., 343

- égalité de traitement, 344

- protection contre le harcèlement psychologique, 345 ss ; cf. harcèlement psychologique

- protection contre le harcèlement sexuel, 345 ss ; cf. harcèlement sexuel

- protection des données, 352 ss ; cf. protection des données

- responsabilité de la partie employeuse, 342

Protection de la santé

- code des obligations, 132, 337 ss

- législation sur le travail, 130 ss

Protection des données, 352 ss

- définitions, 355

- motifs justificatifs, 356

- principes généraux, 357

- surveillance du personnel, cf. surveillance des personnes employées

Prohibition de faire concurrence, 246, 265, 274 s., 602, 613

Provision, 301, 636

Publicisation du droit privé du travail, 63 ss

- droit d'être entendu, 67

- interdiction de la discrimination, 65

- notion, 63 s.

- principe de proportionnalité, 66

Q

Qualité pour agir des associations, 229, 464, 564

R

Rapport de subordination, 2, 98, 245, 255, 272, 356

Recours, cf. voies de droit

Règlements d'entreprise, 25 s., 177 ss

- facultatifs, 26

- obligatoires, 27, 178 ss

Réintégration, 57, 233, 412, 423, 457

Rémunération, 298 ss, cf. salaire

- définition, 298

- en espèces ou en nature, 299

- gratification, 30 ss

- salaire, 299 ss

Repos

- compensatoire, 154, 156, 189, 190, 281

- quotidien, 153, 167, 170, 189

Réserve en faveur du droit public, 48 s.

Résiliation, 401

- délais de congé, 402 ss

- forme, 401

- motivation, 401

- notification, 401

Résiliation avec effet immédiat, cf. congé immédiat

Responsabilité de la personne salariée, 291 ss

- compensation, 296

- conditions, 293

- indemnité, 295

- prescription, 297

- preuve, 294

Retenue de salaire, 34, 158, 314, 362

Risque

- d'entreprise, 245, 249, 272, 322, 330

- économique, 260, 322, 324, 424

- professionnel, 267, 293, 295

Robotisation, 107, 109

S

Salaire, 299 ss, cf. rémunération

- action en paiement, 224

- analyse des salaires, cf. analyse de l'égalité des salaires

- au temps, aux pièces ou à la tâche, 299

- cession, 315

- compensation, 314

- de base, 299, 636

- demeure de la partie employeuse, 320 ss

- discrimination, 310, cf. discrimination > salariale

- égalité de traitement, 311, cf. égalité de traitement

- fixation du salaire, 299

- inexécution, 316

- minimum, 16, 299, 514

- mise en gage, 315

- modification, 312

- participation au résultat, 300

- provision, 301

- retenue, 314

- vacances, 374

Salaire en cas d'empêchement de travailler de la personne employée, 325 ss

- absence de faute, 331

- cause inhérente à la personne, 330

- coordination entre les régimes, 335

- demeure de la partie employeuse, 320 ss

- durée minimum des rapports de travail, 328

- échelle bernoise, 332

- protection spéciale des femmes enceintes et accouchées, 336

- régime conventionnel complémentaire, 333

- régime conventionnel dérogatoire, 333

- régime de base, 326 ss

- régime de l'assurance obligatoire, 334

Salaires minimaux impératifs, 20, 24, 501, 509 s.

Santé, cf. protection de la santé

Secret(s)

- d'affaires, 275

- de fabrication, 275

- obligation de garder le secret, 275, 403

Service(s)

- années de service, 332, 334 s., 370, 376, 406, 428, 431, 553, 634

- de l'emploi, 17

- de maison, 18, 23, 53, 79, 118

- de piquet, 145, 176, 249

- entrée en service, 394, 428, 441, 639

- gratuit, 255

- location de services, 252, 583

- militaire, 269, 330, 334, 410, 412, 424, 428, 432

- obligatoire, 334, 412, 428, 432

- périodes de services, 328

- prestataire de services, 73

- public de l'emploi, 74

Simple vraisemblance, 218, 351, 621 s.

Solde positif dans l'horaire flexible, 278

Sources du droit du travail, 7 ss

- constitution fédérale, 12

- contrats individuels de travail, 28 ss

- contrats-types de travail, 21 ss

- conventions collectives de travail, 19 s.

- directives et règlements, 25 ss

- droit cantonal, 14 ss

- droit international, 8 ss

- jurisprudence, 37 ss

- lois fédérales, 13

- usages, 34 ss

Sous-enchère salariale, 24, 53, 81, 454, 486, 501, 509 ss

Stage, cf. contrat de stage

Substances psychotropes, 138

Surveillance des personnes employées, 66, 89, 108, 117, 134 s., 273, 358

T

Télétravail, 108, 261, 288, 299

Témoin direct et indirect, 40, 220, 255, 422, 625

Temps d'essai, 388 ss

- admissibilité, 392

- calcul, 394

- délai de congé, 395

- durée, 393

- nature, 390

- protection contre le congé, 396

Temps partiel, 129, 189, 248, 251, 274, 372, 374, 393

Tort moral, 221, 228, 266, 268, 293, 343, 349, 386, 420 s., 448, 635

Traitement des données, 85, 337, 352 ss

Transfert des rapports de travail, 553 ss

- conséquences du transfert d'entreprise, 556

- définitions, 554

- droits de participation, 561

- effets, 560

- opposition au transfert, 557

- protection contre le licenciement, 555

- responsabilité solidaire, 559

- transfert pour cause d'insolvabilité, 558

- violation des règles applicables, 562

Travail

- à domicile, 13, 48, 118, 247, 258, 261

- à temps partiel, 248

- auxiliaire (ou occasionnel), 251

- compensatoire,149, 158, 189

- de jour, 151, 156, 167

- de nuit, 52, 110 s., 151, 156 s., 160, 164, 167, 173, 176, 189 ss, 299

- dominical, 52, 80, 157, 160, 167, 299, 359, 361 s.

- du soir, 151, 156, 167

- en cascade, 247

- en continu, 149

- le dimanche, 157

- occasionnel (ou auxiliaire), 251

- rémunéré pour un tiers, 274

- supplémentaire, 50 ss, 118 ss, 283 ss

- sur appel, 38, 249 ss

- temporaire, cf. location de services

Travailleur détaché, 13, 17, 71 ss, 81, 83, 127, 299, 501, 511, 593

Travaux pénibles et dangereux, 117, 161, 166, 171, 336, 341

U

Ubérisation, 109, 245

Union européenne, cf. droit de l'Union européenne

Usages, 34 ss, 276, 299, 401, 422, 553

V

Vacances, 366 ss

- but, 367

- calculs, 369 ss

- date, 373

- définition, 366

- durée, 368 ss

- exigibilité, 376

- interdiction de travailler pour un tiers, 375

- prescription, 376

- réduction, 370

- salaire, 374

Virus

- informatique, 273

- maladie, 341

Voies de droit, 642 ss

- devant les instances cantonales, 183, 194, 199, 643

- devant le Tribunal fédéral, 495, 569, 644

Vraisemblance prépondérante, 219 s., 351, 621 s.

W

Whistleblowing, 269, 275

Collection neuchâteloise « Les abrégés »

Droit des professions judiciaires
Avocat – Notaire – Juge
François Bohnet
3e éd. 2014
ISBN 978-3-7190-3314-9

Procédure civile
François Bohnet
2e éd. 2014
ISBN 978-3-7190-3560-0

Droit du bail – Fond et procédure
Philippe Conod et François Bohnet
2014
ISBN 978-3-7190-3287-6

Droit économique et sport
Madalina Diaconu
2015
ISBN 978-3-7190-3642-3

Droit international privé – Principes généraux
Florence Guillaume
4e éd. 2018
ISBN 978-3-7190-4155-7

Droit des personnes
Olivier Guillod
5e éd. 2018
ISBN 978-3-7190-4149-6

Droit des familles
Olivier Guillod et Sabrina Burgat
5e éd. 2018
ISBN 978-3-7190-4083-3

Droit médical
Olivier Guillod, avec la collaboration de Frédéric Erard
2020
ISBN 978-3-7190-4367-4

Collection neuchâteloise « Les abrégés »

Droit constitutionnel
Vol. I – Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure
Pascal Mahon
3e éd. 2014
ISBN 978-3-7190-3407-8

Droit constitutionnel
Vol. II – Droits fondamentaux
Pascal Mahon
3e éd. 2014
ISBN 978-3-7190-3408-5

Terminologie juridique allemande
Niklaus Meier
3e éd. 2019
ISBN 978-3-7190-4226-4

Introduction au droit fiscal Suisse
Thierry Obrist
2e éd. 2018
ISBN 978-3-7190-4154-0

Droit administratif – Partie générale et éléments de procédure
Piermarco Zen-Ruffinen
2e éd. 2013
ISBN 978-3-7190-3286-9