



Collection lausannoise

Bettina Hummer / Patricia Dietschy / Aurélien Witzig
(éditeurs)

Du prétoire à l'auditoire : perspectives transversales en droit du travail

Mélanges en l'honneur du
Professeur Rémy Wyler

Unil



Stämpfli
Éditions



Collection lausannoise

Bettina Hummer / Patricia Dietschy / Aurélien Witzig
(éditeurs)

Du prétoire à l'auditoire : perspectives transversales en droit du travail



A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized first letter followed by a series of connected loops and a long horizontal stroke at the end.



Collection lausannoise

Du prétoire à l'auditoire : perspectives transversales en droit du travail

Mélanges en l'honneur
du Professeur Rémy Wyler

Édité par
Bettina Hummer
Patricia Dietschy
Aurélien Witzig

Comité éditorial

Hansjörg Peter ; Damiano Canapa, Robert J. Danon,
Anne-Christine Favre, Andrew M. Garbarski, Eva Lein

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, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi. Nous nous réservons expressément le droit d'utiliser nos œuvres à des fins de text- et data-mining.

© Stämpfli Éditions SA Berne · 2025

ISBN 978-3-7272-3041-7

Pour toute question concernant la sécurité du produit

Fabricant : Stämpfli Éditions SA, Wölflistrasse 1, CH-3001 Berne,
editions@staempfli.ch, www.staempfli.ch

Importateur UE : Brockhaus Commission GmbH, Kreydlerstrasse 9,
DE-70806 Kornwestheim,
gpsr@brocom.de, www.brocom.de



Le **scribe** symbolise notre volonté
de produire, en collaboration avec
nos auteurs, du contenu d'exception.

Le motif (justification matérielle) du licenciement

Motif légitime, motif justifié et juste motif

JEAN-PHILIPPE DUNAND

Avocat, professeur de droit du travail à l'Université de Neuchâtel

Table des matières

I.	Introduction.....	347
II.	Le motif légitime (non abusif).....	349
III.	Le motif justifié.....	353
IV.	Le(s) juste(s) motif(s).....	356
V.	Conclusion.....	358
VI.	Bibliographie.....	359

I. Introduction

La liberté contractuelle constitue l'une des composantes du principe cardinal de l'autonomie privée¹. Elle comprend notamment les libertés de conclure le contrat, de choisir le partenaire contractuel, de déterminer le contenu du contrat, de sélectionner son type et sa forme, de le modifier, ainsi que celle de l'annuler ou de le résilier².

Comme le relève le Tribunal fédéral dans une jurisprudence bien établie, le droit suisse du contrat de travail repose sur la liberté de résiliation et sur la liberté contractuelle³. Dès lors, quand le contrat de travail est de durée indéterminée, chaque partie est libre de le résilier (art. 335 al. 1 CO⁴), moyennant le respect du délai et du terme de congé convenus ou légaux. La résiliation est en principe valable et déploie ses effets indépendamment de sa justification matérielle⁵. Par exemple, dans le régime du Code des obligations, le caractère abusif d'un congé n'affecte pas sa validité (il n'est ni nul ni annulable)⁶.

¹ CARRON/WESSNER, N 1287.

² BORY, N 26 ss ; CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19/20 CO N 34-59.

³ ATF 150 III 78, c. 3.1.1 ; ATF 136 III 513, c. 2.3 ; ATF 132 III 115, c. 2.1 ; ATF 131 III 535, c. 4.1 ; ATF 127 III 86, c. 2a.

⁴ Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (CO ; RS 220).

⁵ Cf. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, art. 335 CO N 6 ; GEISER, N 1-3.

⁶ Commentaire du contrat de travail-DUNAND, art. 336 CO N 9.

Comme toute liberté ou tout droit, la liberté de résiliation n'est toutefois pas illimitée et laissée au libre arbitre des partenaires contractuels⁷. Il existe, en effet, nécessairement une tension entre liberté et protection de la personnalité, entre liberté contractuelle formelle et justice matérielle du contrat⁸. Par exemple, la partie qui résilie le contrat de travail de manière ordinaire (art. 335 al. 1 et 2 CO) ou extraordinaire (art. 337 al. 1 CO) doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande. En outre, la partie qui résilie le contrat de travail de manière ordinaire sans pouvoir se prévaloir d'un motif légitime (non abusif), ou celle qui résilie le contrat de manière immédiate sans justes motifs s'expose à devoir payer des dommages-intérêts (art. 337c al. 1 CO) et/ou une indemnité (art. 336a et 337c al. 3 CO) à l'autre partie.

Dans cette contribution, nous souhaitons partager quelques réflexions sur le motif de la résiliation du contrat de travail, et plus particulièrement du licenciement, en droit privé du travail. Nous soulignerons que l'ordre juridique suisse utilise trois catégories de motifs qu'il convient de distinguer, à savoir le motif légitime (**chapitre II**), le motif justifié (**chapitre III**) et le(s) juste(s) motif(s) (**chapitre IV**).

Nous sommes heureux de contribuer, modestement, à cet ouvrage destiné à rendre hommage à notre éminent collègue et ami RÉMY WYLER, dont les écrits et les réflexions portant sur le droit suisse du travail constituent des sources inépuisables de connaissance et d'inspiration. L'occasion aussi de lui dire le plaisir que nous avons éprouvé à échanger et travailler avec lui depuis des décennies dans le cadre de multiples collaborations (contributions écrites⁹, colloques¹⁰ et formations¹¹).

⁷ GEISER, N 4-14.

⁸ BORY, N 170 ss ; CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19/20 CO N 21-24.

⁹ Par exemple, dans un ordre chronologique : DUNAND JEAN-PHILIPPE, Commentaires art. 12 et 13 LTr, in : Geiser/von Kaenel/Wyler (éds), Loi sur le travail Berne 2005 ; DUNAND/WYLER, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail ; DUNAND/WYLER, Quelques questions en période de déconfinement ; Commentaire du contrat de travail-WYLER, art. 320 et 329g-329j CO ; DUNAND, De l'esclave Stichus au chauffeur Uber.

¹⁰ RÉMY WYLER nous a fait l'honneur de donner sa dernière conférence, en qualité de professeur associé, sur le thème de la « prévention et la gestion des conflits collectifs », lors de la Journée 2025 du Centre d'étude des relations de travail (CERT), consacrée au Droit collectif du travail, qui a eu lieu en date du 20 juin 2025 à l'Université de Neuchâtel.

¹¹ Nous avons eu le privilège de seconder le professeur WYLER (avec le professeur Gabriel Aubert) dans l'organisation des formations FSA en droit du travail qu'il a dirigées avec dévouement, passion et talent en 2008, 2011, 2016 et 2021.

II. Le motif légitime (non abusif)

Pour mieux comprendre le régime actuel de la protection contre les congés abusifs, il convient de proposer un bref survol historique de l'évolution de la réglementation contenue dans le Code des obligations¹². Nous y reconnaitrons trois optiques différentes.

Dans un premier temps, le Code des obligations consacre une idéologie libérale centrée sur la liberté absolue de licencier, sans justification matérielle. Ainsi, le premier Code des obligations, adopté en 1881 et entré en vigueur en 1883, ne contient que douze dispositions sur le contrat de travail (CO 1883, titre onzième, art. 338 à 349), nommé alors contrat de « louage de services » selon une tradition issue du droit romain. Pur produit du libéralisme économique et politique, le code propose aux parties un cadre de nature essentiellement dispositif pour régir leurs relations de travail¹³. Dans le Code des obligations issu de la révision de 1911, entrée en vigueur en 1912 en même temps que le Code civil, l'on trouve quarante-quatre articles qui régissent le « contrat de travail » (CO 1912, titre dixième, art. 319 à 362). Plus dense et étoffée, la nouvelle réglementation introduit des règles impératives destinées à protéger les travailleurs¹⁴. Malgré tout, comme dans le code de 1881, l'employeur peut licencier librement de manière ordinaire une personne employée sans qu'un tribunal ait la compétence de vérifier si le licenciement est abusif ou non, fondé sur un motif légitime ou non.

Dans un second temps, soit à l'occasion de la révision totale des dispositions du Code des obligations sur le contrat de travail intervenue en 1971 (entrée en vigueur en 1972)¹⁵, se concrétise la volonté du législateur de mieux protéger les personnes employées dans certaines circonstances, mais aussi les parties employeuses qui éprouvent des difficultés à recruter du personnel en période de plein emploi (principe de la protection paritaire)¹⁶. C'est alors qu'apparaît la distinction entre règles dispositives, relativement impératives (art. 362 CO) et absolument impératives (art. 361 CO). Le principe de la liberté de licencier demeure, mais avec l'introduction dans le code du concept de congé abusif¹⁷.

¹² Cf. PERRENOUD, pp. 38 ss.

¹³ Cf. DUNAND, De l'esclave Stichus au chauffeur Uber, p. 231.

¹⁴ Message de 1905, pp. 27 ss ; Rapport de 1909, pp. 764 ss.

¹⁵ Message de 1967, pp. 249 ss.

¹⁶ PERRENOUD, pp. 46 et 49

¹⁷ La loi sur les fabriques de 1914/1919 connaissait déjà un cas de congé abusif exceptionnel, celui du licenciement d'une ouvrière enceinte en raison du fait qu'elle faisait usage de son droit de ne pas se rendre au travail (LFab 1914/1919, art. 69 al 5). Cf., PERRENOUD, p. 48.

Le périmètre de protection est toutefois très limité et de nature exceptionnelle : il ne concerne que les cas de licenciement pour cause de service militaire ou de service civil (art. 336g aCO)¹⁸. On ne souhaite en effet pas prévoir une interdiction générale de la résiliation abusive¹⁹. Ainsi, dans toutes les autres hypothèses, la personne licenciée en est réduite à invoquer la règle générale de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC²⁰), ce qui n'a apparemment jamais été fait²¹ ! La règle reste donc la liberté de licencier sans justification matérielle, avec de modestes exceptions.

Dans un troisième temps, soit à l'occasion de la révision partielle des dispositions sur le contrat de travail de 1988 (entrée en vigueur en 1989), le principe du congé abusif est généralisé (régime actuel)²². Selon le Conseil fédéral, le principe de la liberté de résiliation est toutefois maintenu, au sens où la volonté d'une partie de mettre fin au contrat de travail « doit en principe être respectée »²³.

La résiliation abusive est régie par trois dispositions légales (art. 336 à 336b CO). L'art. 336 CO traite du principe. Il est complété par l'art. 336a CO, relatif à la sanction d'un congé abusif et, par l'art. 336b CO, qui décrit la procédure à suivre par la partie qui entend demander l'indemnité prévue à l'art. 336a CO. Comme nous l'avons déjà souligné, le caractère abusif du congé n'affecte pas sa validité et il n'y a pas, sous le régime du CO, de droit à la réintégration²⁴. En revanche, la victime d'un tel congé peut solliciter le paiement d'une indemnité dont le montant est fixé par le juge, compte tenu de toutes les circonstances, mais correspondant au plus à six mois de salaire du travailleur (*cf.* art. 336a al. 2 CO).

Le congé est abusif lorsqu'il est donné pour un motif qui n'est pas digne de protection²⁵. Ce n'est pas le but du congé, celui de mettre fin unilatéralement à la relation contractuelle, qui est illicite, mais le motif intérieur qui a poussé de manière décisive l'une des parties à mettre fin au contrat²⁶.

L'art. 336 CO ne contient pas de définition générale, mais énumère huit cas de congés abusifs. Il est admis que cette liste n'est pas exhaustive. L'ordre juridique peut en effet reconnaître d'autres cas pour autant qu'ils aient une

¹⁸ FF 1967 II 249, pp. 392 ss.

¹⁹ *Ibidem*, p. 394.

²⁰ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

²¹ Message de 1984, p. 581 s.

²² *Ibidem*, pp. 605 ss.

²³ *Ibidem*, p. 610.

²⁴ TF, 4A_372/2016 du 2 février 2017, c. 5.3.

²⁵ Message de 1984, p. 622.

²⁶ TC FR du 28 janvier 2015, c. 3, JAR 2016 432.

gravité similaire²⁷. La jurisprudence en matière de motifs abusifs innommés est abondante²⁸. Dans un premier temps, le Tribunal fédéral n'a reconnu que de manière restrictive l'existence de tels motifs. Notre Haute Cour estimait en effet qu'il restait « peu de place » pour l'application de l'interdiction générale de l'abus de droit compte tenu de la protection contre les congés abusifs. Dans un second temps, à partir des années 2000, le Tribunal fédéral a étendu les cas d'application du congé abusif, soit par le biais de l'interprétation extensive de l'un des cas prévus à l'art. 336 CO, soit par la reconnaissance de nouveaux motifs abusifs²⁹.

Dans une formulation générique, le Tribunal fédéral précise qu'un licenciement peut être abusif en raison de la manière dont il est donné, parce que l'employeur se livre à un double jeu, contrevenant de manière caractéristique au principe de la bonne foi, lorsqu'il est donné par un employeur qui viole les droits de la personnalité du travailleur, quand il y a une disproportion évidente des intérêts en jeu ou lorsqu'une institution juridique est utilisée contrairement à son but³⁰. Par exemple, selon la jurisprudence, un congé-modification est abusif lorsqu'il existe une disproportion évidente entre les intérêts des parties³¹. En résumé, un licenciement est abusif lorsque l'employeur n'a pas d'intérêt digne de protection, qu'il exploite les conséquences de sa propre violation du contrat ou qu'il agit sans égards³².

Dans le cadre d'un procès, le travailleur qui prétend que le congé qui lui a été notifié est abusif doit en apporter la preuve (art. 8 CC). Toutefois, vu la difficulté d'apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel du congé, le juge peut, selon la jurisprudence, se satisfaire d'une preuve par indices ou d'une vraisemblance prépondérante³³. Toujours selon la jurisprudence, de son côté, l'employeur ne peut rester inactif ; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif

²⁷ ATF 136 III 513, c. 2.3.

²⁸ Commentaire du contrat de travail-DUNAND, art. 336 CO N 85 ss ; SHK Arbeitsvertrag-FACINCANI/BAZZELL, art. 336 CO N 46 ss ; CR CO I-PERRENOUD, art. 336 CO N 55 ss ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ss ; WYLER/HEINZER/WITZIG, pp. 879 ss, et les références citées par ces divers auteurs.

²⁹ Sur cette évolution, cf. Commentaire du contrat de travail-DUNAND, art. 336 CO N 87 ; SATTIVA SPRING, pp. 275 ss et les références citées.

³⁰ ATF 136 III 513, c. 2.3 ; TF, 4A_166/2012 du 29 juin 2012, c. 2.4.

³¹ ATF 123 III 246, c. 3b. Cf. BRABIS LEHMANN, pp. 143 ss ; GEISER, N 53 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 684.

³² Cf. Commentaire du contrat de travail-DUNAND, art. 336 CO N 89 ss et références citées.

³³ ATF 130 III 699, c. 4.1 ; TF, 4A_19/2015 du 20 mai 2015, c. 4.1. Cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 336 CO N 16.

du congé³⁴. D'ailleurs, un licenciement notifié sans (aucune) raison ou (aucun) motif serait dans la plupart des cas considéré comme l'expression d'un abus de droit de l'employeur et d'une atteinte à la personnalité de la personne employée, soit comme un cas de licenciement abusif.

La preuve du congé abusif peut s'avérer délicate lorsque plusieurs causes sont envisageables dont seules certaines ou une seule sont abusives : il convient alors d'établir leur influence respective sur le congé³⁵. En cas de pluralité de motifs, lorsque l'employé est parvenu à démontrer l'existence d'un motif abusif, il incombe à l'employeur de prouver qu'il aurait licencié le travailleur même en l'absence du motif abusif³⁶. Autrement dit, le licenciement est présumé abusif si le travailleur fournit des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif non abusif allégué par l'employeur³⁷. L'abus peut être retenu même lorsque le véritable motif n'est pas constatable s'il apparaît que le motif invoqué par l'employeur n'est qu'un simple prétexte³⁸.

Ainsi, lorsque le travailleur allègue l'existence d'un congé abusif, le procès, les allégations et les offres de preuves porteront sur la détermination du motif réel du congé. Le juge est donc amené à vérifier si le licenciement repose sur un motif légitime (non abusif). Selon la jurisprudence, une violation spécifique des obligations contractuelles du travailleur, une mauvaise exécution du contrat de travail ou des motifs économiques constituent le plus souvent un motif légitime de licenciement³⁹.

Il résulte de ce qui précède que le régime légal et jurisprudentiel du congé abusif a, selon nous, sensiblement modifié le droit du licenciement⁴⁰. En effet, le périmètre n'est plus limité, comme lors de la réforme de 1971, à des cas exceptionnels. Il couvre tous les licenciements ordinaires notifiés à un employé. Certes, les dispositions sur le congé abusif ne remettent pas en cause le principe fondamental de la liberté de résilier le contrat de travail. Mais cette liberté est limitée en ce sens que sans justification matérielle (motif légitime), le licenciement sera considéré comme abusif et exposera l'employeur à devoir payer une indemnité à l'autre partie. Comme l'a résumé le Département fédéral de justice et police, la « protection contre les congés en vigueur au-

³⁴ ATF 130 III 699, c. 4.1 ; TF, 4A_92/2017 du 26 juin 2017, c. 2.2.2.

³⁵ Commentaire du contrat de travail-DUNAND, art. 336 CO N 25.

³⁶ TF, 4A_437/2015 du 4 décembre 2015, c. 2.2.5.

³⁷ DIETSCHY, N 497.

³⁸ TF, 4A_224/2018 du 28 novembre 2018, c. 3.1.

³⁹ Commentaire du contrat de travail-DUNAND, art. 336 CO N 105 ss et références citées.

⁴⁰ *Ibidem*, N 8 et 105. Voir aussi CHANSON, pp. 67 ss.

jourd'hui pose des limites à la liberté de mettre fin au contrat sans remettre en cause le principe même de cette liberté »⁴¹.

En substance, il faut donc considérer que dans le cadre d'une action en justice à son encontre, l'employeur doit être en mesure de démontrer que le licenciement a été notifié à l'employé dans des circonstances et pour un motif (causal) qui n'ont pas consacré un abus de droit (interprétation extensive de l'art. 336 CO) ou une atteinte à la personnalité de l'employé (art. 328 CO).

Le licenciement doit reposer sur un motif légitime (non abusif) qui peut résulter d'un motif inhérent au travailleur (performance ou comportement, par exemple) ou d'un motif objectif (économique). Une violation peu importante des obligations du travailleur (art. 321 ss CO) peut suffire, voire aucune violation (prestations inférieures aux attentes, par exemple). De même que des considérations économiques générales (mauvaise conjoncture, par exemple). Le degré d'intensité du motif peut donc être qualifié de léger ou minime.

Ces évolutions de la protection contre le licenciement paraissent rapprocher le droit privé du travail du droit de la fonction publique⁴². Rappelons que la nécessité d'une justification matérielle (motif objectivement suffisant) pour tout licenciement constitue la règle en droit de la fonction publique fédérale (cf. art. 10 al. 3 LPers⁴³) et cantonale⁴⁴.

III. Le motif justifié

Les termes de « motif justifié » apparaissent en droit privé du travail lors de la révision du CO de 1971, dans une disposition consacrée à la fin de la prohibition de faire concurrence (art. 340c al. 2 CO). Ils sont également utilisés lors de la révision du CO de 1988, en lien avec la protection contre le congé abusif des représentants élus des travailleurs (art. 336 al. 2 let. b CO). Enfin, ils sont employés dans une disposition consacrée à la protection contre le congé de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (art. 10 al. 1 LEg)⁴⁵.

Si le concept de « motif justifié » est utilisé dans ces trois dispositions légales régissant les rapports de travail de droit privé, il n'a jamais été défini par le

⁴¹ DFJP 2010, p. 7.

⁴² Commentaire du contrat de travail-DUNAND, art. 336 CO N 105 ; WITZIG, N 735.

⁴³ Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers ; RS 172.220.1).

⁴⁴ Cf. LEMPEN, pp. 78 ss ; REUSSER, p. 243 ; WYLER/BRIGUET, pp. 71 ss.

⁴⁵ Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (Loi sur l'égalité, LEg ; RS 151.1).

législateur. Pour en comprendre la portée, il faut donc se référer aux documents officiels, à la jurisprudence et à la doctrine.

Selon l'art. 340c al. 2 CO, la prohibition de concurrence cesse « si l'employeur résilie le contrat sans que le travailleur lui ait donné un motif justifié ou si le travailleur résilie le contrat pour un motif justifié imputable à l'employeur ». Cette disposition légale reprend une règle contenue dans le droit antérieur (CO 1912, art. 360 al. 2)⁴⁶, mais avec une formulation nouvelle, substituant les termes « motif justifié » à ceux de « juste motif » utilisés précédemment, qui entretenaient une confusion avec le « juste motif » de la résiliation immédiate (*cf.* CO 1912, art. 353)⁴⁷. Dans un arrêt rendu en 1966, le Tribunal fédéral a précisé qu'un motif justifié « peut raisonnablement justifier la résiliation sans nécessairement suffire pour fonder un renvoi ou un départ immédiat »⁴⁸. Le Conseil fédéral a repris une formule similaire dans son message de 1967⁴⁹.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, est considéré comme un motif justifié au sens de l'art. 340c al. 2 CO, tout événement imputable à l'autre partie qui, selon des considérations commerciales raisonnables, peut donner une raison suffisante pour un licenciement⁵⁰. Il convient de déterminer, dans chaque cas d'espèce, en fonction des faits retenus, si l'on est en présence d'un tel motif⁵¹. Il est envisageable qu'un motif justifié résulte du concours de plusieurs motifs, alors qu'aucun d'eux n'aurait été à lui seul suffisamment important au regard de l'art. 340c al. 2 CO⁵².

La notion de « motif justifié » se retrouve donc aussi à l'art. 336 al. 2 let. b CO, qui a la teneur suivante : « Est également abusif le congé donné par l'employeur pendant que le travailleur, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise et que l'employeur ne peut prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation ». Cette disposition prévoit que le licenciement d'un représentant élu des travailleurs, pendant la durée de son mandat, est présumé abusif, à moins que l'employeur ne prouve qu'il avait un motif justifié de résiliation (renversement du fardeau de la preuve)⁵³. Son but est de garantir à cette catégorie

⁴⁶ Message de 1905, p. 35 ; Rapport de 1909, p. 773.

⁴⁷ Commentaire du contrat de travail-AUBRY GIRARDIN, art. 340c N 3.

⁴⁸ ATF 92 II 31, c. 3.

⁴⁹ Message de 1967, p. 412.

⁵⁰ ATF 130 III 353, c. 2.2.1 ; TF, 4A_426/2023 du 3 janvier 2024, c. 3.1 ; TF, 4A_33/2011 du 21 mars 2011, c. 4.2.

⁵¹ SHK Arbeitsvertrag-BOPP/BRUNNER, art. 340c CO N 7 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, pp. 1009 ss.

⁵² TF, 4A_126/2009 du 12 juin 2009, c. 4.

⁵³ ATF 133 III 512, c. 6.1 ; DIETSCHY, N 497.

d'employés une « protection spéciale contre les congés »⁵⁴. L'employeur doit apporter la preuve de l'existence d'un motif justifié et de son caractère causal⁵⁵. Selon le Tribunal fédéral, le motif justifié peut être inhérent à la personne du travailleur, soit lié à ses performances ou à son comportement, ou être de nature objective (économique), soit lié à l'entreprise⁵⁶.

Enfin, selon l'art. 10 al. 1 LEg, la « résiliation du contrat par l'employeur est annulable lorsqu'elle ne repose pas sur un motif justifié et qu'elle fait suite à une réclamation adressée à un supérieur ou à un autre organe compétent au sein de l'entreprise, à l'ouverture d'une procédure de conciliation ou à l'introduction d'une action en justice ». Cette disposition légale réprime le congé représsailles qui survient lorsqu'une employée est licenciée parce qu'elle s'est plainte d'avoir subi une discrimination interdite par la loi sur l'égalité⁵⁷. La personne licenciée peut demander l'annulation du congé et sa réintégration dans l'entreprise (art. 10 al. 1 LEg) ou alors une indemnité au sens de l'art. 336a CO, en lieu et place de l'annulation du congé (art. 10 al. 4 LEg). L'art. 10 LEg consacre un renversement du fardeau de la preuve⁵⁸. Dans son Message de 1993, le Conseil fédéral rappelle que la notion de « motif justifié » est plus large que celle de « justes motifs » de l'art. 337 CO, qui conduit à la résiliation immédiate⁵⁹. Selon la doctrine, il pourrait s'agir, par exemple, de retards fréquents de la partie salariée, de difficultés économiques ou d'une réorganisation⁶⁰.

Il résulte de ce qui précède que la notion de « motif justifié » est ancienne. Elle est apparue dans la loi à une époque où l'on pouvait notifier un licenciement dépourvu de toute justification matérielle, sans risque d'être condamné à payer une indemnité. Comme nous l'avons vu, l'adoption des dispositions sur le congé abusif et leur interprétation par le Tribunal fédéral ont modifié le régime juridique du licenciement puisque ce dernier doit, depuis lors, reposer sur un motif légitime pour qu'il ne soit pas considéré comme abusif.

Par voie de conséquence, il convient à notre sens d'adapter les contours du concept de « motif justifié » à ces évolutions pour assurer une cohérence au système de protection contre le licenciement. Il faut rappeler que la notion est utilisée pour assurer une protection accrue contre le licenciement aux repré-

⁵⁴ Message de 1984, p. 632.

⁵⁵ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 336 CO N 9.

⁵⁶ ATF 138 III 359, c. 6 ; ATF 133 III 512, c. 6.2 ; TF, 4A_387/2016 du 26 août 2016, c. 5.5.

⁵⁷ Cf. AUBERT, art. 10 LEg N 1 ss.

⁵⁸ DIETSCHY, N 500 ; LEMPEN/SHEYBANI, p. 47.

⁵⁹ Message de 1993, p. 1222.

⁶⁰ LEMPEN/SHEYBANI, p. 47.

sentants élus des travailleurs (art. 336 al. 2 let. b CO) et aux personnes victimes d'un licenciement représsailles dans le contexte de la loi sur l'égalité (art. 10 al. 1 LEg), ainsi que pour protéger les intérêts économiques du salarié soumis à une clause de prohibition de faire concurrence (art. 340c al. 2 CO).

Dans une conception harmonieuse de la justification matérielle du licenciement, le « motif justifié » doit donc trouver une place médiane entre le « motif légitime », exigé pour tout licenciement, et le(s) juste(s) motif(s), nécessaire pour un licenciement immédiat. Le degré d'intensité du motif, nécessairement supérieur à celui du « motif légitime », peut donc être qualifié de moyen. Comme l'a relevé le Département fédéral de justice et police dans son rapport sur une révision partielle du CO de 2010, le « motif justifié » ne « doit pas avoir la gravité d'un juste motif, mais il doit avoir une certaine gravité »⁶¹.

Selon une formule proposée par des juridictions cantonales, constitue un motif justifié de résiliation celui qui, pour un employeur raisonnable et pondéré, ne permet pas d'éviter l'ultime solution que représente le licenciement, sans pour autant qu'il suffise à justifier une résiliation immédiate⁶².

S'agissant des motifs inhérents, l'employeur peut, par exemple, se fonder sur des manquements notables du travailleur à son devoir de diligence et de fidélité. Comme évoqué dans des jurisprudences cantonales, constituent notamment des motifs justifiés les comportements qui violent les prescriptions d'une entreprise ou les dispositions contractuelles de telle manière qu'une collaboration fructueuse ne semble plus possible (absences répétées et non excusées, non-observation continuelle des instructions, travail effectué avec retard ou entaché d'erreurs)⁶³. Dans le même ordre d'idées, les motifs économiques doivent avoir une certaine intensité. L'employeur doit démontrer que la situation économique dans laquelle il se trouvait concrètement justifiait le licenciement d'un ou plusieurs de ses employés⁶⁴.

IV. Le(s) juste(s) motif(s)

La notion de juste motif ou de « justes motifs » est très ancienne en droit privé du travail⁶⁵. Elle apparaît, en effet, dès le premier Code des obliga-

⁶¹ DFJP 2010, p. 19.

⁶² CAPH GE du 3 octobre 2007, c. 3, JAR 2008 409 ; TC VD du 4 avril 1995, c. 4b, JAR 1997 172 ; CCC NE du 28 janvier 1991, c. 2b, RJN 1991 46.

⁶³ TC VD du 4 avril 1995, c. 4b-c, JAR 1997 172 ; CCC NE du 28 janvier 1991, RJN 1991 46.

⁶⁴ Cf. TF du 9 janvier 1995, c. 5b, JAR 1996 198.

⁶⁵ Commentaire du contrat de travail-GLOOR, art. 337 CO N 1.

tions de 1881 (CO 1883, art. 346). On la retrouve lors de la révision de 1911, avec cette fois une définition légale, à l'art. 352 : « L'employeur et l'employé peuvent, sans avertissement préalable, se départir immédiatement du contrat pour de justes motifs » (al. 1) ; « Sont considérées, en particulier, comme de justes motifs toutes les circonstances qui, pour des raisons de moralité ou en vertu des règles de la bonne foi, autorisent l'une des parties à ne plus exécuter le contrat » (al. 2). Lors de la révision de 1971, l'art. 352 aCO 1912 est devenu l'actuel art. 337 CO qui comprend trois alinéas : « L'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs ; la partie qui résilie immédiatement le contrat doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande » (al. 1) ; « Sont considérées comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail » (al. 2) ; « Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs, mais en aucun cas il ne peut considérer comme tel le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler » (al. 3)⁶⁶.

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 (*de facto*) et sur le plan juridique (*de iure*)⁶⁷. Lorsque la résiliation immédiate est injustifiée, le travailleur peut réclamer des dommages-intérêts (art. 337c al. 1 CO), ainsi qu'une indemnité qui ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur (art. 337c al. 3 CO). En cas de prétentions fondées sur un licenciement immédiat injustifié, l'employé doit prouver l'existence d'une résiliation immédiate et l'employeur celle de justes motifs⁶⁸. Seules les circonstances concrètes permettent de déterminer si un licenciement avec effet immédiat est justifié ou non⁶⁹.

La jurisprudence pose deux conditions cumulatives pour retenir l'existence d'un juste motif : le manquement du travailleur doit être objectivement grave et, subjectivement, il doit avoir effectivement détruit le lien de confiance, indispensable au maintien des rapports de travail⁷⁰. En général, seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat sans avertissement préalable (par exemple, infraction pénale au détriment de l'employeur, violation grave du devoir de fidélité)⁷¹. Si le manquement est moins grave (par exemple, refus délibéré à ne pas respecter les horaires de travail ou les instructions données par l'employeur), il ne peut

⁶⁶ Message de 1967, pp. 397 ss.

⁶⁷ TF, 4C.413/2004 du 10 mars 2005, c. 2.4.

⁶⁸ DIETSCHY, N 496.

⁶⁹ Pour une casuistique détaillée, cf. WYLER/HEINZER/WITZIG, pp. 790 ss.

⁷⁰ ATF 129 III 380, c. 3.1.

⁷¹ TF, 4A_467/2019 du 23 mars 2022, c. 4.1.

entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement⁷². Encore faut-il que l'ensemble des circonstances concrètes permette de considérer que la répétition des actes répréhensibles a entraîné une rupture définitive du rapport de confiance⁷³. Les justes motifs peuvent aussi résulter de faits externes aux deux parties (refus, par exemple, de l'octroi d'une autorisation de travailler pour un travailleur étranger). Globalement, le degré d'intensité du juste motif est donc important.

V. Conclusion

En vertu du principe de la liberté contractuelle, l'employeur peut en principe librement licencier une personne salariée, dans le sens que la résiliation, ordinaire ou extraordinaire, est valable et qu'elle prend effet indépendamment de sa justification matérielle. Comme tout droit, cette liberté connaît toutefois des limites. La principale restriction réside dans le fait qu'un licenciement doit nécessairement être fondé sur un motif spécifique (justification matérielle) pour que l'employeur ne risque pas d'être condamné à des sanctions pécuniaires.

Selon notre analyse, suivant les prétentions de la personne employée, il existe trois catégories de motifs que l'employeur doit être en mesure d'alléguer (et de démontrer le caractère causal), pour que le licenciement ne donne pas lieu à une forme de réparation pécuniaire en faveur de la personne licenciée (voire à une annulation de la résiliation selon la LEg) :

- en principe, en cas de licenciement ordinaire, l'employeur doit pouvoir se prévaloir d'un motif légitime (non abusif), soit que le motif et les circonstances du licenciement ne consacrent pas un abus de droit ou une forme d'atteinte à la personnalité à l'encontre du travailleur licencié (intensité légère ou minimale) ;
- dans certains cas spécifiques (art. 336 al. 2 let. b CO et art. 10 al. 1 LEg), la loi exige que l'employeur qui notifie un licenciement se fonde sur un motif justifié, soit des événements de gravité moyenne (non-respect répété des dispositions contractuelles par le travailleur, difficultés économiques concrètes) ayant pour conséquence qu'une collaboration fructueuse n'est plus envisageable (intensité moyenne) ;
- en cas de licenciement immédiat, la loi exige que l'employeur se fonde sur un (de) juste(s) motif(s), qui résulte(nt) généralement d'un manque-

⁷² ATF 142 III 579, c. 4.2.

⁷³ CR CO I-DONATIELLO, art. 337 CO N 8.

ment grave (objectivement et subjectivement) du travailleur ayant pour conséquence une rupture irrémédiable de la confiance requise de sorte qu'une fin abrupte du contrat de travail s'impose (intensité importante).

Il va de soi que ces modestes propositions méritent d'être affinées et discutées. Elles s'inscrivent dans une réflexion plus large sur l'opportunité et les moyens d'assurer un rapprochement entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique dans lequel, comme nous l'avons évoqué, la nécessité d'une justification matérielle du licenciement constitue la règle⁷⁴.

VI. Bibliographie

- Aubert Gabriel/Lempen Karine (éd.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 (cité : AUTEUR, art. X LEg N Y).
- BORY JONATHAN, L'effectivité de la liberté contractuelle, Berne 2021 (cité : BORY).
- BRABIS LEHMANN EMILIE, La justification du congé-modification par l'employeur, in : Wyler (éd.), Panorama IV en droit du travail, Berne 2023, pp. 131 ss (cité : BRABIS LEHMANN).
- BRUCHEZ CHRISTIAN/MANGOLD PATRICK/SCHWAAB JEAN-CHRISTOPHE, Commentaire du contrat de travail, 4^e éd., Lausanne 2019 (cité : BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAB, art. X CO N Y).
- CARRON BLAISE/WESSNER PIERRE, Droit des obligations – Partie générale, volume I, Berne 2022 (cité : CARRON/WESSNER).
- CHANSON ESTELLE, Le licenciement « pour motifs économiques » ou « pour défaut de caractère », in : Wyler (éd.), Panorama II en droit du travail, Berne 2012, pp. 67 ss (cité : CHANSON).
- Conseil fédéral, Message à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse (droit des obligations et titre final) du 3 mars 1905, in : FF 1905 II 1 (cité : Message de 1905).
- Conseil fédéral, Rapport à l'Assemblée fédérale concernant la révision du code des obligations (supplément au message du 3 mars 1905) du 1^{er} juin 1909, in : FF 1909 III 747 (cité : Rapport de 1909).

⁷⁴ Sur ce thème, cf. les ouvrages de DUNAND/LEMPEN *et al.*, N 58 ss ; Dunand/Mahon/Perrenoud (éds) et ROSELLO.

- Conseil fédéral, Message à l'Assemblée fédérale concernant la révision des Titres dixième et dixième^{bis} du Code des obligations du 25 août 1967, in : FF 1967 II 249 (cité : Message de 1967).
- Conseil fédéral, Message à l'Assemblée fédérale concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le Code des obligations du 9 mai 1984, in : FF 1984 II 574 (cité : Message de 1984).
- Conseil fédéral, Message à l'Assemblée fédérale concernant la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) et l'arrêté fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale du 24 février 1993, in : FF 1993 I 1163 (cité : Message de 1993).
- Département fédéral de justice et police (DFJP), Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) – Rapport explicatif et avant-projet, Berne 2010 (cité : DFJP 2010).
- DIETSCHY PATRICIA, Droit du travail et procédure civile, Bâle 2023 (cité : DIETSCHY).
- DUNAND JEAN-PHILLIPE, De l'esclave Stichus au chauffeur Uber – Six modalités du lien de subordination dans les relations de travail, in : Wyler (éd.), Panorama IV en droit du travail, Berne 2023, pp. 209 ss (cité : DUNAND, De l'esclave Stichus au chauffeur Uber).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/LEMPEN KARINE, avec la collaboration de DE JESUS NEÏDA/LEUBA ALEXANDRE/PERDAEMS ELSA, Droit du travail, 2^e éd., Bâle 2024 (cité : DUNAND/LEMPEN *et al.*).
- Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (éds.), Commentaire du contrat de travail, avec la collaboration de ZIMMERMANN CAMILLE, 2^e éd., Berne 2022 (cité : Commentaire du contrat de travail-AUTEUR, art. X CO N Y).
- Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal/Perrenoud Stéphanie (éds.), Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique – Droit suisse et droit comparé, Genève/Zurich/Bâle 2016 (cité : DUNAND/MAHON/PERRENOUD).
- DUNAND JEAN PHILIPPE/WYLER RÉMY, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, in : Newsletter DroitDuTravail.ch du 9 avril 2020 de l'Université de Neuchâtel (cité : DUNAND/WYLER, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail).

- DUNAND JEAN-PHILIPPE/RÉMY WYLER, Coronavirus en droit suisse du travail : quelques questions en période de déconfinement, in : Newsletter DroitDuTravail.ch du 28 mai 2020 de l'Université de Neuchâtel (cité : DUNAND/WYLER, Quelques questions en période de déconfinement).
- Etter Boris/Facinciani Nicolas/Sutter Reto (éds.), *Arbeitsvertrag*, Art. 361/362 OR, Berne 2021 (cité : SHK *Arbeitsvertrag-AUTEUR*, art. X CO N Y).
- GEISER THOMAS, Kündigungsschutz im Arbeitsrecht – Stand der Lage und letzte Entwicklungen in der Rechtsprechung, in : Jusletter du 10 février 2025 (cité : GEISER).
- LEMPEN KARINE, La résiliation sans motif fondé et la réintégration dans la fonction publique, in : Dupont/Mahon (éds.), *La fin des rapports de travail*, Genève/Zurich/Bâle 2021, pp. 75 ss (cité : LEMPEN).
- Lempen Karine/Sheybani Roxane (éds.), *La loi fédérale sur l'égalité (LEg) devant les tribunaux – Guide*, Lausanne 2020 (cité : LEMPEN/SHEYBANI).
- PERRENOUD STÉPHANIE, L'évolution historique du droit de la relation de travail, in : Dunand/Mahon/Perrenoud (éds.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique – Droit suisse et droit comparé*, Genève/Zurich/Bâle 2016, pp. 1 ss (cité : PERRENOUD).
- REUSSER CHRISTOPH, Der Weiterbeschäftigungsanspruch bei rechtswidriger Kündigung im öffentlichen Personalrecht, *DTA* 2024, pp. 241 ss (cité : REUSSER).
- ROSELLO HÉLOÏSE, Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique, Genève/Zurich/Bâle 2016 (cité : ROSELLO).
- SATTIVA SPRING CHRISTINE, Le licenciement abusif pour des motifs non énumérés à l'article 336 CO, in : Wyler (éd), *Panorama en droit du travail*, Berne 2009, pp. 275 ss (cité : SATTIVA).
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, *Arbeitsvertrag*, 7^e éd., Zürich 2012 (cité : STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. X CO N Y).
- Thévenoz Luc/Werro Franz (éds.), *Commentaire romand, Code des Obligations I*, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : CR CO I-AUTEUR, art. X CO N Y).
- Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (éds.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, 7^e éd., Bâle 2020 (cité : BSK OR I-AUTEUR, art. X CO N Y).
- WITZIG AURÉLIEN, *Droit du travail*, Genève/Zurich/Bâle 2018 (cité : WITZIG).

WYLER RÉMY/BRIGUET MATTHIEU, La fin des rapports de travail dans la fonction publique – Principes généraux, LPers-CH, LPers-VD, Berne 2017 (cité : WYLER/BRIGUET).

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS/WITZIG AURÉLIEN, Droit du travail, 5^e éd., Berne 2024 (cité : WYLER/HEINZER/WITZIG).