

Recueils
de textes

Regards croisés sur le droit du travail : *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert

Édité par
Rémy Wyler
Anne Meier
Sylvain Marchand



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



CG
Collection
Genevoise

Regards croisés sur le droit du travail : *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert

Édité par
Rémy Wyler
Anne Meier
Sylvain Marchand



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess § 2015
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage: RÉMY WYLER / ANNE MEIER / SYLVAIN MARCHAND (éds), Regards croisés sur le droit du travail: *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert, Genève / Zurich 2015, Schulthess Éditions Romandes.

ISBN 978-3-7255-8544-1

ISSN Collection Genevoise 1661-8963

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2015

www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine, 119, avenue Milcamps, 1030 Bruxelles

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

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>.

Table des matières

Avant-propos : hommages à Gabriel Aubert	IX
Une journée du Juge Gabriel	
RÉMY WYLER	
DR EN DROIT, AVOCAT, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE	1
Le sort des attestations écrites de tiers (« affidavits ») en procédure civile	
DAVID AUBERT	
DR EN DROIT, AVOCAT SPÉCIALISTE FSA DROIT DU TRAVAIL.....	9
La protection du salarié en droit public : incidences sur le droit privé du travail	
FLORENCE AUBRY GIRARDIN	
DRE EN DROIT, JUGE AU TRIBUNAL FEDERAL.....	27
Le droit de la concurrence en tant que droit social	
CHRISTIAN BOVET	
PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE.....	41
Médiation et conflits de travail	
PASCALE BYRNE-SUTTON	
DRE EN DROIT, MÉDIATRICE ASSERMENTÉE.....	53
Assurance-chômage et droit du travail : quelques cas tessinois	
DANIELE CATTANEO	
DR EN DROIT, JUGE AU TRIBUNALE DI APPELLO, PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DES ASSURANCES DU CANTON DU TESSIN.....	73
Arbeitsrecht und Wettbewerb	
WOLFGANG DÄUBLER	
DR EN DROIT, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE BRÈME.....	93
Prescription des droits du travailleur exposé à l'amiante : entre Charybde et Scylla	
GIUSEPPE DONATIELLO	
DR EN DROIT, AVOCAT SPÉCIALISTE FSA DROIT DU TRAVAIL	109

Quel est le délai maximal pour notifier un licenciement immédiat (art. 337 CO) ? Exercice du pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC)

JEAN-PHILIPPE DUNAND

DR EN DROIT, AVOCAT, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL..... 131

Arbeitsverhältnisse bei Ein-Mann-juristischen Personen

THOMAS GEISER

DR EN DROIT, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE ST-GALL 149

L'incapacité de travail « à géométrie variable »

WERNER GLOOR

AVOCAT, JUGE SUPPLÉANT À LA COUR DE JUSTICE, GENÈVE 163

Les clauses d'effectivité dans les conventions collectives de travail

BORIS HEINZER

DR. EN DROIT, AVOCAT SPÉCIALISTE FSA DROIT DU TRAVAIL..... 177

La Constitution genevoise du 14 octobre 2012 et le droit du travail

MICHEL HOTTELIER

PROFESSEUR À LA FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE 185

Les Conventions de l'OIT sur la maternité (n° 183) et le travail domestique (n° 189)

KARINE LEMPEN

DRE EN DROIT, BUREAU FÉDÉRAL DE L'ÉGALITÉ ENTRE FEMMES ET HOMMES 201

Le compte épargne-temps en droit suisse du travail

ANNE MEIER

DRE EN DROIT, AVOCATE 213

Quelle place réserver au licenciement par actes concluants en droit du travail suisse ?

ELSA PERDAEMS

DOCTORANTE, ASSISTANTE AU DPT DE DROIT DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE 233

Aktuelle Rechtsprobleme bei Arbeitszeugnissen Eine kritische Betrachtung ausgewählter neuerer Urteile

PROF. DR. IUR. WOLFGANG PORTMANN, RA MLAW ANDREAS HOLENSTEIN 249

Les effets de l'incapacité de travailler pour cause d'une maladie successive à la résolution du contrat de travail

IVANO RANZANICI

JUGE CANTONAL, TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES DU TESSIN 271

Les conventions collectives et la prévoyance professionnelle : un nouveau développement

JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER

DR EN DROIT, AVOCAT, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE 285

Réflexions libres sur le contrat de stage

ZOÉ SEILER

DRE EN DROIT, LL.M., AVOCATE-STAGIAIRE 299

De quelques idées reçues en droit de la fonction publique

THIERRY TANQUEREL

PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE 311

Plans sociaux: quelques questions pratiques liées à la mise en œuvre des articles 335h à 335k CO

ANNE TROILLET

LL.M., AVOCATE SPÉCIALISTE FSA DE DROIT DU TRAVAIL 321

Einseitige Vertragsänderungsrechte des Arbeitgebers

ADRIAN VON KAENEL

DR EN DROIT, AVOCAT SPÉCIALISTE FSA DROIT DU TRAVAIL, CHARGÉ DE COURS À L'UNIVERSITÉ DE ZÜRICH..... 331

Ressorts méconnus du droit du travail suisse

AURÉLIEN WITZIG

DR EN DROIT, AVOCAT 347

Le Tribunal fédéral et Gabriel Aubert

RÉMY WYLER..... 359

Notice biographique de Gabriel Aubert 383

Liste des publications de Gabriel Aubert 385

Quel est le délai maximal pour notifier un licenciement immédiat (art. 337 CO) ?

Exercice du pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC)

JEAN-PHILIPPE DUNAND

DR EN DROIT, AVOCAT, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

I. Introduction*

« Ius est ars boni et aequi » résumait le juriste Celse sous l'Empire¹. Ce principe fondamental a été consacré en droit suisse à l'article 4 CC : « le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit des justes motifs ». En pratique, il est admis que le renvoi à l'article 4 CC intervient, du moins implicitement, « chaque fois qu'un contenu normatif nécessaire fait défaut et que cette incomplétude doit être interprétée comme une habilitation à combler le vide normatif »².

En droit du travail, le juge est souvent amené à appliquer « les règles du droit et de l'équité »³. Il en va ainsi, par exemple, lorsqu'il s'agit de déterminer si, d'après « les circonstances », un contrat de travail est réputé conclu (cf. art. 320 al. 2 CO), pour fixer le salaire dû en cas d'empêchement non fautif du travailleur lorsque les rapports de travail ont duré plus d'une année (cf. art. 324a al. 2 CO), ou encore pour juger si un licenciement immédiat est bien fondé sur de « justes motifs » (art. 337 CO)⁴.

Le juge fait également usage de son pouvoir d'appréciation découlant de l'article 4 CC quand il doit apprécier la durée du délai de réaction laissé à l'employeur pour notifier valablement un licenciement immédiat. En effet, la loi ne fixe aucun délai. Selon la jurisprudence, la partie [soit l'employeur dans la plupart des cas] qui résilie un contrat de travail en invoquant de justes motifs ne dispose que d'un court délai de réflexion pour signifier la rupture

* L'auteur remercie M^{me} Héloïse Rosello, assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel, pour l'aide précieuse apportée à la relecture du manuscrit.

¹ CELSUS, D. 1.1.1.1.

² PERRIN (2010), N 12 ad art. 4 CC, p. 78. Sur l'interprétation de l'art. 4 CC, voir aussi les excellentes contributions de MANAI (1985) et MORIN (2007).

³ PORTMANN (2005), p. 26 ss.

⁴ AUBERT (2002), p. 125 ss.

immédiate des relations ; un délai de deux à trois jours ouvrables de réflexion est présumé approprié. Si elle tarde à agir, la partie est réputée avoir définitivement renoncé au licenciement immédiat. L'idée est que si l'employeur tolère en connaissance de cause la présence de l'employé dans l'entreprise pendant un certain temps encore, on doit en déduire que la continuation du rapport de travail ne lui est pas devenue à ce point insupportable qu'il ne puisse attendre l'expiration du délai ordinaire⁵. Un délai supplémentaire n'est accordé à celui qui entend résilier le contrat que lorsque les circonstances particulières du cas concret exigent d'admettre une exception à la règle⁶. Le fardeau de la preuve que la résiliation est intervenue en temps utile incombe à la partie qui a notifié le congé immédiat⁷.

Fixer la durée maximale du délai pour notifier un licenciement immédiat est une entreprise délicate. Ainsi que l'a précisé Gabriel Aubert, en l'honneur duquel nous dédions cette modeste contribution, « le juge ne saurait poser des présomptions qui le dispenseraient de prendre en considération toutes les circonstances, comme le requièrent CO 337 I et CC 4. A cet égard, il faut rappeler que l'employeur qui résilie le contrat de travail de façon injustifiée doit non seulement le salaire jusqu'à l'échéance normale du contrat (CO 337c I), mais aussi une pénalité, qui peut représenter six mois de salaire (CO 337c III). Vu les lourdes conséquences de sa décision, il doit faire preuve d'une prudence accrue, si bien que l'on ne saurait le priver du temps nécessaire à une décision correctement réfléchie »⁸.

De nombreuses jurisprudences ayant été rendues ces dernières années sur cette question, il nous a paru opportun d'en proposer une synthèse. Il conviendra de distinguer trois délais qui peuvent se cumuler en pratique : le délai nécessaire à l'établissement des faits (**chapitre II**), le délai de réflexion au sens strict (**chapitre III**) et le délai pour notifier le congé (**chapitre IV**). Il sera aussi intéressant de mentionner dans ce contexte la possibilité réservée à l'employeur d'accorder un « délai social » à l'employé (**chapitre V**). Enfin, nous rappellerons brièvement que les rapports de travail de droit public sont soumis à des règles et principes spécifiques (**chapitre VI**).

⁵ ATF 130 III 28, c. 4.4 ; TF 4A_236/2012 du 2 août 2012, c. 2.4.

⁶ ATF 130 III 28, c. 4.4 ; TF 4A_236/2012 du 2 août 2012, c. 2.4.

⁷ TF du 22 février 1996, in : JAR 1997 201 ; Gloor (2013), N 69 ad art. 337 CO, p. 768 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), N 17 ad art. 337 CO, p. 1128.

⁸ AUBERT (2012), N 11 ad art. 337 CO, p. 2098.

II. Délai nécessaire à l'établissement des faits (*Abklärungsfrist*)

Le fameux délai de réflexion de deux à trois jours ouvrables (« Zwei-bis-drei-Tage-Regel ») court dès que l'employeur a une connaissance suffisante des faits lui permettant de fonder des justes motifs de licenciement immédiat⁹.

L'entreprise doit être organisée de telle manière que les faits pertinents connus par les responsables hiérarchiques soient communiqués dans les meilleurs délais aux organes ou personnes compétentes pour prononcer un licenciement immédiat¹⁰. On peut cependant admettre des exceptions. Le Tribunal fédéral a, par exemple, considéré qu'un cadre d'une banque, qui ne disposait apparemment pas du pouvoir de décider seul du licenciement, pouvait attendre le retour d'un voyage d'affaires au Moyen-Orient, soit un 15 mars, pour communiquer au président du conseil d'administration l'existence d'un manquement grave commis dix jours plutôt, soit le 5 mars précédent, par un employé lors de ce voyage. Notre Haute Cour a notamment relevé qu'il n'était guère concevable que le cadre s'entretienne à distance d'un objet d'une telle importance avec ledit président. Dans ces circonstances, le licenciement immédiat notifié au travailleur le 15 mars, jour de la connaissance des faits par le président du conseil d'administration, ne pouvait être considéré comme tardif¹¹.

En présence d'un soupçon concret et important pour lequel l'employeur envisage de mettre abruptement fin aux rapports de travail, on exigera qu'il prenne immédiatement, sans discontinuer et avec la diligence requise, toutes les mesures que l'on peut attendre de lui pour tirer les faits au clair¹². On pourra tenir compte du fait que le salarié se sache ou non soupçonné, car « comment pourrait-il penser que l'employeur renonce à le licencier avec effet immédiat s'il croit que ce dernier ignore les faits de nature à justifier un renvoi abrupt ? »¹³. Le délai de réflexion partira dès la connaissance des faits ou dès le moment auquel l'employeur aurait pu connaître les faits en faisant preuve de la diligence requise¹⁴.

⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), N 17 ad art. 337 CO, p. 1127.

¹⁰ TF 8C_141/2011 du 9 mars 2012, c. 5.6 (fonction publique).

¹¹ TF 4A_454/2007 du 5 février 2008, c. 2.4.

¹² TF 4A_236/2012 du 2 août 2012, c. 2.4 ; TF 4A_251/2009 du 29 juin 2009, c. 2.1 ; TF 4C.188/2006 du 25 septembre 2006, c. 2 ; TF 4C.178/2002 du 13 septembre 2002, c. 2 ; TF 4C.116/2001 du 13 août 2001, c. 3c. Voir aussi GLOOR (2013), N 69 ad art. 337 CO, p. 768 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), N 17 ad art. 337 CO, p. 1127 et WACHTER (1990), p. 46.

¹³ AUBERT (2012), N 11 ad art. 337 CO, p. 2098.

¹⁴ STAEHELIN (2014), N 35 ad art. 337 CO, p. 241 ; VENTURI-ZEN-RUFFINEN (2007), N 1212, p. 318.

En principe, l'employeur devrait pouvoir diligenter les mesures d'instruction élémentaires dans un délai ne dépassant pas trois à quatre jours. En effet, dans la plupart des cas, l'audition de l'intéressé et/ou de ses collègues suffira¹⁵.

Toutefois, dans des affaires plus complexes nécessitant l'audition de plusieurs personnes dans le respect de la confidentialité, un délai plus long peut être admis. Dans un litige soumis au Tribunal fédéral, le service des ressources humaines d'une entreprise avait été informé qu'un travailleur avait eu un comportement inadéquat envers une employée. Ledit service avait alors dû mener une enquête auprès de plusieurs collaboratrices travaillant dans plusieurs filiales de la société, pour conclure que le travailleur avait eu à maintes reprises des comportements répréhensibles, s'apparentant à des harcèlements sexuels, qui justifiaient son licenciement immédiat¹⁶.

De même, dans un contexte de « conflit personnel aigu », il est légitime que l'employeur s'efforce, dans un premier temps, de contrôler la véracité des accusations portées par trois collaboratrices envers leur supérieure hiérarchique directe. L'employeur agit en conséquence avec la diligence requise lorsqu'il ordonne simultanément un contrôle interne et demande auxdites collaboratrices d'assumer par écrit leurs accusations¹⁷.

Le Tribunal fédéral a précisé que « lorsqu'un ou des travailleurs se plaignent de harcèlement sexuel, l'employeur doit contrôler le bien-fondé de l'accusation, en veillant à protéger la personnalité de tous les travailleurs impliqués, accusateur(s) et accusé. Il convient de tenir compte, d'une part, de la gravité d'une telle accusation et de la nécessité de protéger les travailleurs victimes de tels actes et, d'autre part, des conséquences négatives pour le travailleur accusé, que ce soit sur le plan personnel ou sur l'avenir professionnel ; l'employeur doit dès lors tirer les choses au clair avec rapidité et détermination, mais également avec prudence et sans partis pris »¹⁸.

Vu les exigences élevées qui sont imposées à l'employeur lorsqu'il enquête pour éclaircir les faits dans des affaires délicates comportant par exemple la suspicion d'un harcèlement psychologique ou sexuel, on fera preuve d'une certaine mansuétude envers lui lorsqu'il s'agira de juger s'il a agi avec la célérité et la diligence requises.

En certaines circonstances, les soupçons à l'encontre d'un employé ne pourront pas être confirmés avant la conclusion d'une enquête ou d'une procédure pénale. En principe, l'employeur est en droit d'attendre les résultats de cette procédure, en tout cas, le résultat de l'interrogatoire de l'employé par

¹⁵ WYLER/HEINZER (2014), p. 592 s.

¹⁶ TF 4A_238/2007 du 1^{er} octobre 2007, c. 4.2-3.

¹⁷ TF 4A_236/2012 du 2 août 2012, c. 2.5.

¹⁸ TF 4A_251/2009 du 29 juin 2009, c. 2.1.

la police, avant de prendre la décision de notifier un licenciement immédiat¹⁹. La situation juridique est cependant délicate lorsque c'est l'employeur lui-même qui a déposé une plainte pénale à l'encontre de l'employé. On peut se demander dans cette hypothèse si l'employeur est vraiment en droit d'attendre la fin de l'enquête pour licencier le travailleur avec effet immédiat puisqu'il connaît les éléments fondant le juste motif et qu'il s'en est prévalu en justice²⁰. Il risque en effet de se voir opposer qu'il a renoncé au licenciement immédiat ou à tout le moins que la continuation des rapports de travail était possible jusqu'à la fin du délai de congé.

Dans ce genre de cas, l'employeur estimera s'il veut prendre le risque de licencier son employé avec effet immédiat sur la base de soupçons (*Verdachtskündigung*). S'il ne parvient pas lors de la procédure en justice à démontrer que le soupçon correspond à la réalité, l'employeur devra verser au travailleur les indemnités prévues en cas de licenciement injustifié (cf. art. 337c CO)²¹.

III. Délai de réflexion (*Überlegungsfrist*)

Une fois que les faits ont été établis ou éclaircis, l'employeur se voit reconnaître un délai de réflexion pour signifier la rupture immédiate des relations de travail. Concrétisant l'article 4 CC, le Tribunal fédéral a établi des directives pour fixer le délai maximal :

« La durée admissible de la période de réflexion dépend des circonstances de l'espèce. Néanmoins, les principes de l'égalité devant la loi et de la sécurité du droit doivent être observés. A défaut de règles légales précises, il incombe à la jurisprudence de fixer des directives suffisamment claires pour permettre aux partenaires contractuels de connaître leurs droits et obligations respectifs et d'adapter leur comportement en fonction de la situation juridique prévisible [...]. Pour atteindre cet objectif, il convient de poser un délai général, présumé approprié, et de n'accorder de délai supplémentaire à celui qui entend résilier le contrat que lorsque les circonstances particulières du cas exigent d'admettre une exception »²².

¹⁹ TF du 22 août 1997, in : JAR 1998 218 ; GLOOR (2003), p. 143.

²⁰ SUBILIA/DUC (2010), N 34 ad art. 337 CO, p. 626.

²¹ TF 4A_251/2009 du 29 juin 2009, c. 2.1. Sur cette question, cf. GLOOR (2003), p. 143 s.

²² TF 4C.364/2001 du 19 juillet 2002, c. 1.2.2.

En application de ses propres lignes directrices, le Tribunal fédéral considère que l'employeur dispose, en règle générale, d'un délai de réflexion de deux à trois jours (ouvrables) avant de signifier la résiliation immédiate du contrat. Un tel laps de temps « suffit en général à l'intéressé pour mûrir sa réflexion et réunir les renseignements juridiques utiles »²³.

La jurisprudence n'accorde ainsi qu'un court délai de principe à l'employeur parce que, « s'il attend trop longtemps, ce dernier donne à penser au salarié qu'il pardonne le comportement reproché ou que, même en l'absence de pardon, la continuation des rapports de travail est possible »²⁴. Il s'agit, autrement dit, de trouver un équilibre entre l'urgence impliquée par la notion de licenciement immédiat et l'obligation de prendre une décision mûrement réfléchie²⁵.

Il ne semble pas que notre Haute Cour ait eu l'occasion de préciser dans quels cas un délai de réflexion de deux jours ou au contraire de trois jours serait admissible²⁶. En conséquence, on peut se demander s'il ne serait pas préférable et plus simple de retenir un délai minimal uniforme de trois jours²⁷.

Selon la jurisprudence, le délai de deux à trois jours, qui peut être « considéré comme sévère »²⁸, est susceptible d'être étendu lorsque l'on se trouve en présence d'événements particuliers qui justifient une exception à la règle dans le cas concret, en particulier quand les « nécessités pratiques » de la vie économique ordinaire font apparaître comme compréhensible et justifié un délai plus long²⁹.

Diverses circonstances sont prises en considération. Il s'agit tout d'abord de tenir compte de la période durant laquelle l'employeur va exercer son délai de réflexion. Seuls les jours ouvrables sont compris dans le calcul de ce délai, à l'exception des jours du week-end (samedi et dimanche) et des jours fériés³⁰. Ainsi, un délai de réflexion étendu sera accordé lorsque l'événement déclencheur survient pendant une période de congé, comme les fêtes de Noël ou les fêtes pascales³¹. De plus, il peut être parfois malaisé d'exercer son délai de réflexion ou de prendre la décision du licenciement immédiat la veille d'un jour férié. Le Tribunal fédéral a, par exemple, considéré qu'il serait malvenu, « sans tomber dans une analyse trop formaliste des circonstances concrètes »,

²³ TF 4C.364/2001 du 19 juillet 2002, c. 1.2.2.

²⁴ ATF 127 III 310, c. 4b ; TF 4C.178/2002 du 13 septembre 2002, c. 2.1.

²⁵ TF 4C.23/2006 du 4 mai 2006, c. 4.1.

²⁶ RUDOLPH (2012), p. 230.

²⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), N 17 ad art. 337 CO, p. 1128.

²⁸ TF 4A_236/2012 du 2 août 2012, c. 2.4.

²⁹ TF 4A_251/2009 du 29 juin 2009, c. 2.1 ; TF 4C.345/2001 du 16 mai 2002, c. 3.2 ; TF du 26 octobre 1999, in : JAR 2000 232.

³⁰ ATF 130 III 28, c. 4.4 ; TF 4A_236/2012 du 2 août 2012, c. 2.5 ; TF 8C_211/2010 du 19 août 2010, c. 2.2.4.

³¹ TF 4C.291/2005 du 13 décembre 2005, c. 3.2.

de reprocher à un employeur de ne pas avoir tenu une séance de licenciement la veille du week-end de Pâques³².

De même, si l'employeur apprend l'existence d'un juste motif durant les vacances de l'employé, il peut en principe patienter jusqu'à la rentrée de l'intéressé pour lui signifier son licenciement immédiat, en tous les cas lorsqu'une telle attitude ne peut, de bonne foi, être interprétée par le travailleur comme la volonté de son employeur de poursuivre les rapports de travail malgré le manquement reproché³³. Ainsi, l'employeur peut très bien attendre le retour de vacances d'une employée pour l'entendre une première fois et lui communiquer ensuite, avec la célérité requise, son congé immédiat. L'employée ne saurait alors, « sans violer le principe de la bonne foi, se plaindre de ce que l'employeur lui ait donné l'occasion de se défendre contre les reproches qui lui étaient adressés »³⁴.

Par ailleurs, diverses circonstances pourront permettre à l'employeur de mûrir la réflexion et de réunir les renseignements juridiques utiles. On citera, par exemple, l'attente d'une détermination de l'employé³⁵, de l'avocat de celui-ci³⁶, ou d'une représentation des travailleurs³⁷, ou encore le temps nécessaire à la consultation d'un juriste ou du secrétariat d'une association patronale³⁸.

De plus, s'agissant des personnes morales, la jurisprudence considère que des questions d'organisation qui leur sont inhérentes peuvent imposer des délais plus longs³⁹. Ainsi, un délai de réflexion d'environ une semaine est admissible lorsque la décision de licenciement est de la compétence d'un organe composé de plusieurs membres auquel il faut donner le temps nécessaire à la formation de sa volonté⁴⁰. On tiendra compte aussi de la procédure relativement complexe qui peut exister dans certaines grandes entreprises dans lesquelles les dossiers sensibles sont traités par divers services (service des ressources humaines, comité exécutif, service juridique)⁴¹.

³² TF 4A_236/2012 du 2 août 2012, c. 2.5.

³³ AUBERT (2012), N 11 ad art. 337 CO, p. 2098 ; SCHNEIDER (1994), p. 65 ; STAHELIN (2014), N 35 ad art. 337 CO, p. 241.

³⁴ TF 4A_236/2012 du 2 août 2012, c. 2.5.

³⁵ ATF 93 II 18.

³⁶ TF 4C.291/2005 du 13 décembre 2005, c. 3.2 ; OG/LU du 28 octobre 1997, in : JAR 1998 231.

³⁷ TF 4C.382.1998 du 2 mars 1999, c. 1b.

³⁸ ATF 93 II 18.

³⁹ TF 4C.291/2005 du 13 décembre 2005, c. 3.2.

⁴⁰ TF 4A_454/2007 du 5 février 2008, c. 2.4 ; TF du 21 mai 1995, in : JAR 1997 208.

⁴¹ TF 4A_236/2012 du 2 août 2012, c. 2.5.

Le Tribunal fédéral a toutefois précisé que l'on pouvait exiger d'une grande entreprise qu'elle soit organisée de manière à ce que des décisions importantes, du type d'un licenciement immédiat, puissent être prises même pendant les vacances du directeur, surtout lorsqu'il fallait s'attendre à une pareille décision⁴².

La nécessité de conserver des moyens de preuve peut également justifier le report de la communication du licenciement. Dans un litige tranché par le Tribunal fédéral, l'employeur, après enquête interne, avait déposé plainte pénale un 19 mai et sollicité une perquisition chez son ancienne collaboratrice. Il avait ensuite attendu le lendemain de la perquisition effectuée par la police le 1^{er} juin suivant pour licencier l'employée avec effet immédiat. Notre Haute Cour a considéré que le licenciement avait été communiqué à temps, car l'on n'aurait pu exiger de l'employeur qu'il congédie son employée avant la perquisition et qu'il éveille ainsi sa méfiance au « risque de susciter la perte de moyens de preuve pour les justes motifs de licenciement immédiat, alors qu'il supporte le fardeau de la preuve de ces motifs (art. 8 CC) »⁴³.

On relèvera encore que l'employeur qui dispose d'un juste motif de licenciement immédiat a la faculté de laisser quelques jours à l'employé concerné pour s'amender ou exécuter un ordre particulier⁴⁴. L'employeur pourra, dans des telles circonstances, attendre la fin du délai prescrit pour vérifier si ses instructions ont bien été respectées et décider s'il entend ou non notifier le congé immédiat⁴⁵. Toutefois, lorsque le travailleur a exécuté l'ordre prescrit ou s'est conformé aux instructions de l'employeur, ce dernier n'aura en principe plus la possibilité de mettre fin au contrat de travail avec effet immédiat⁴⁶.

Enfin, deux cas particuliers doivent être mentionnés. Nous avons vu que le délai de réflexion portait dans la règle du moment de la connaissance de la nature des faits reprochés. Le Tribunal fédéral a toutefois jugé qu'il fallait distinguer la situation dans laquelle les soupçons, clairs en eux-mêmes, doivent être simplement confirmés ou infirmés, de la situation dans laquelle les faits sont obscurs et doivent donner lieu à des vérifications plus compliquées ou si les manquements viennent à jour peu à peu.

⁴² TF 4C.345/2001 du 16 mai 2002, c. 4.2.

⁴³ TF 4A_169/2007 du 20 août 2007, c. 3.2.

⁴⁴ HUMBERT/VOLKEN (2004), p. 574 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), N 14 ad art. 337 CO, p. 1124 s. ; WACHTER (1990), p. 47 s.

⁴⁵ ATF 69 II 311 ; TF du 21 mai 1995, in : JAR 1997 208.

⁴⁶ TF 4C.137/2000 du 16 août 2001, c. 2b.

En effet, dans la première hypothèse, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit simplement pour l'employeur d'établir l'exactitude d'un reproche clair en soi, on peut attendre de lui qu'il réfléchisse déjà pendant qu'il réunit les renseignements utiles aux suites qu'il donnera à ses craintes si celles-ci s'avèrent réelles, avec la conséquence que le congé devra être, cas échéant, signifié immédiatement dès la confirmation des soupçons⁴⁷.

Deuxième cas de figure, il peut arriver qu'un état de fait répréhensible soit durable ou qu'il se reproduise périodiquement. La question est alors de déterminer à partir de quel moment l'on doit décompter le délai de réflexion. Dans ce genre de situation, il est difficile de déterminer précisément le moment de la survenance du juste motif et celui à partir de quand la poursuite du contrat est devenue intolérable. « En particulier, le fait de ne pas résilier tout de suite le contrat ne signifie pas que l'on renonce au juste motif, surtout si le caractère intolérable se renforce avec le temps. C'est pourquoi on admettra plus facilement que la résiliation est intervenue à temps »⁴⁸.

Ainsi, la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève a estimé que le délai de réflexion devait partir de la disparition de cet état de fait durable ou du dernier fait confirmant cette répétition⁴⁹. Dans le même sens, le Tribunal fédéral a précisé que, par analogie avec la conception du droit pénal sur le délit continu, le délai de péremption du droit d'invoquer le juste motif ne commence à courir que du jour où les agissements coupables du travailleur ont cessé⁵⁰. On réservera les cas dans lesquels on peut considérer qu'en attendant ce moment, l'employeur s'est en réalité accommodé de la situation⁵¹.

IV. Délai pour notifier le congé (*Kündigungserklärung*)

Le délai de réflexion de deux à trois jours prévu par la jurisprudence est celui durant lequel l'employeur doit accomplir l'acte de résiliation, même si l'employé le reçoit plus tard⁵². Ainsi, il ne comprend pas le délai de notification du licenciement⁵³.

⁴⁷ TF 4A_95/2009 du 2 novembre 2009, c. 4.2.1 ; TF 4C.348.2003 du 24 août 2008, c. 3.2 ; TF 4C.345.2001 du 16 mai 2002, c. 3.2.

⁴⁸ VENTURI-ZEN-RUFFINEN (2007), N 1213, p. 319.

⁴⁹ CAPH/GE du 11 février 1998, in : SARB 1/1999, Nr. 80, p. 498, 501.

⁵⁰ TF 4A_559/2008 du 12 mars 2009, c. 4.3.2.

⁵¹ TC/VD du 10 mars 2011, c. 4.2, in : JAR 2012 531.

⁵² WYLER/HEINZER (2014), p. 592.

⁵³ AUBERT (2012), N 11 ad art. 337 CO, p. 2098.

Certes, il peut arriver que la communication et la notification du licenciement se déroulent de manière concomitante. Il en va notamment ainsi lorsque le licenciement est communiqué directement au travailleur de manière orale dans les locaux de l'entreprise. Dans d'autres cas, en revanche, il faudra tenir compte du délai supplémentaire nécessaire entre la communication du licenciement et sa réception (notification) par le travailleur.

Sauf disposition contraire, la résiliation du contrat de travail n'est soumise à aucune forme. Elle peut donc être notifiée par écrit, oralement ou même par actes concluants⁵⁴. Elle est aussi communicable par fax, courrier électronique, SMS ou par le biais d'un message laissé sur la boîte vocale du destinataire⁵⁵.

Déclaration de volonté soumise à réception, la résiliation du contrat déploie ses effets dès qu'elle parvient à son destinataire⁵⁶. A moins d'un accord contraire des parties, elle est irrévocable⁵⁷. Lorsque la déclaration est émise sous forme de lettre, la question était discutée de savoir s'il fallait privilégier la théorie de la réception dite absolue ou relative. Dans l'ATF 137 III 208 consacré à la résiliation du contrat de bail, le Tribunal fédéral a clairement opté pour une application stricte de la théorie absolue : la notification a lieu au moment où la lettre est parvenue dans la sphère d'influence du destinataire ou de son représentant, de telle sorte qu'en organisant normalement ses affaires celui-ci soit à même d'en prendre connaissance⁵⁸.

A défaut d'arguments de principe qui s'y opposeraient, cette jurisprudence doit être appliquée également en matière de résiliation du contrat de travail⁵⁹.

Il s'agit de distinguer divers cas de figure. S'agissant d'un pli ordinaire communiqué par la poste, la manifestation de volonté est reçue lorsqu'elle est déposée dans la boîte aux lettres ou la case postale du destinataire si l'on peut escompter qu'il lève le courrier à ce moment-là ; savoir si le destinataire prend effectivement connaissance de l'envoi n'est pas déterminant⁶⁰. En ce qui concerne une lettre recommandée, si l'agent postal n'a pas pu la remettre effectivement au destinataire ou à un tiers autorisé à prendre livraison de l'envoi et qu'il laisse un avis de retrait dans sa boîte aux lettres ou sa case postale, le pli est reçu dès que le destinataire est en mesure d'en prendre

⁵⁴ AUBERT (2012), N 3 ad art. 335 CO, p. 2065.

⁵⁵ WYLER/HEINZER (2014), p. 501.

⁵⁶ ATF 113 II 259, c. 2a, JdT 1988 I 175 ; TF 4A_559/2012 du 18 mars 2013, c. 5.1.2. Voir aussi BONARD (2013), N 4 ad art. 335 CO, p. 576 et STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), N 5 ad art. 335 CO, p. 897.

⁵⁷ WYLER/HEINZER (2014), p. 596.

⁵⁸ ATF 137 III 208, c. 3.1.2. Principe confirmé dans l'ATF 140 III 244, c. 5 (contrat de bail également).

⁵⁹ BONARD (2013), N 4 ad art. 335 CO, p. 576 s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), N 5 ad art. 335 CO, p. 898 ; WYLER/HEINZER (2014), p. 502 s. Voir à ce sujet, le TF 4A_89/2011 du 27 avril 2011, c. 3.

⁶⁰ ATF 137 III 208, c. 3.1.2.

connaissance au bureau de la poste selon l'avis de retrait ; il s'agit soit du jour même où l'avis de retrait est déposé dans la boîte aux lettres si l'on peut attendre du destinataire qu'il le retire aussitôt, sinon en règle générale le lendemain de ce jour⁶¹. S'agissant, enfin, d'une résiliation signifiée par courrier électronique, SMS ou par le biais d'un message laissé sur la boîte vocale du travailleur, l'on doit retenir, de cas en cas, que le congé est censé avoir été notifié dès la date à laquelle un travailleur diligent en aurait pris connaissance dans des circonstances normales, une fois le message parvenu dans sa sphère d'influence⁶².

On réservera évidemment des cas particuliers comme celui de la livraison du courrier pendant les vacances de l'employé. Dans cette dernière hypothèse, le congé ne sera en principe considéré comme notifié que dès le retour de vacances de l'intéressé⁶³.

Qu'elle soit justifiée ou non, la résiliation immédiate met fin, en fait et en droit, aux rapports de travail dès sa réception par l'autre partie⁶⁴. Elle est valable même si elle n'est pas motivée (cf. art. 335 al. 2 CO), ou en cas de motivation fautive ou incomplète⁶⁵.

V. Délai social (*Sozialfrist*)

Le thème du « délai social » est en partie étranger au titre de notre contribution puisqu'il ne concerne pas la question du délai maximal reconnu à l'employeur pour notifier un congé immédiat, mais plutôt celle des effets juridiques de cette notification. Un arrêt récent du Tribunal fédéral⁶⁶ nous incite cependant à revenir sur ce thème pour tenter de dissiper quelques malentendus.

Il n'est pas inutile de rappeler ici quelques principes communément admis relatifs à la portée d'un licenciement immédiat. Lorsque l'employeur apprend l'existence d'un manquement du travailleur propre à fonder un congé immédiat, il a le choix entre la résiliation ordinaire, soumise aux articles 335 ss CO, et la résiliation extraordinaire, soumise à l'article 337 CO. Quand il opte pour une résiliation ordinaire, l'employeur renonce définitivement au droit de résilier de manière immédiate (pour les mêmes motifs) ; inversement, s'il opte

⁶¹ ATF 137 III 208, c. 3.1.2.

⁶² BONARD (2013), N 4 ad art. 335 CO, p. 577 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), N 5 ad art. 335 CO, p. 901 s. ; WYLER/HEINZER (2014), p. 503.

⁶³ BONARD (2013), N 4 ad art. 335 CO, p. 577 ; HUMBERT/VOLKEN (2004), p. 572 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), N 5 ad art. 335 CO, p. 900 s. ; WYLER/HEINZER (2014), p. 502 s.

⁶⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2004), N 5 ad art. 337 CO, p. 274.

⁶⁵ AUBERT (2012), N 8 ad art. 335 CO, p. 2066 ; BONARD (2013), N 26 ad art. 335 CO, p. 589 ; CARRUZZO (2009), N 4 ad art. 335 CO, p. 477.

⁶⁶ TF 8C_340/2014 du 15 octobre 2014, publication prévue dans les ATF.

pour un congé immédiat, l'employeur renonce définitivement au droit d'opérer un licenciement ordinaire⁶⁷.

Il résulte de ce qui précède que la loi et la jurisprudence distinguent clairement les conditions et les effets de la résiliation immédiate et de la résiliation ordinaire, chaque forme excluant l'autre. En doctrine, certains auteurs ont toutefois affirmé qu'à certaines conditions, il devait être possible pour un employeur qui résilie un contrat de travail avec effet immédiat d'accorder au travailleur un « délai social » ayant pour effet de prolonger à bien plaisir et pendant une durée limitée (en principe à une semaine au maximum) l'existence du contrat de travail⁶⁸.

Dans un arrêt rendu en matière civile en 2003, le Tribunal fédéral a prêté attention à ce courant doctrinal : « La doctrine moderne est cependant d'avis que la partie qui résilie le contrat pour justes motifs peut accorder un délai à caractère social (Sozialfrist) à l'autre partie avant que se terminent les rapports de travail. Cette forme de résiliation, qui est qualifiée de congé prématuré (vorzeitige Kündigung), n'est admissible que si la continuation de la relation contractuelle est dans l'intérêt de celui qui a reçu le congé – auquel est octroyée en quelque sorte une forme de compensation au licenciement dont il a été l'objet –, et non pas si elle est exclusivement dans l'intérêt de la partie qui a donné le congé »⁶⁹. En l'espèce, un congé avait été notifié à une salariée un 3 novembre pour le 7 novembre suivant. Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas eu à appliquer concrètement cette théorie dans la mesure où il a considéré que le licenciement immédiat n'était de toute manière pas justifié⁷⁰.

Comme nous l'avons déjà relevé, les juges de Mon-Repos ont eu dernièrement l'occasion de se pencher à nouveau sur la question dans un arrêt destiné à la publication dans les ATF. Il s'agissait d'un professeur de gymnastique relevant de l'administration publique obwaldienne qui avait eu à plusieurs reprises un comportement inadéquat envers de jeunes écolières (remarques sarcastiques, tournage de films avec son téléphone portable sans le consentement des écolières). Malgré un premier avertissement et l'engagement qu'il avait formellement pris par écrit de se comporter correctement, l'employé avait suscité de nouvelles plaintes. La direction avait alors décidé de le licencier avec effet immédiat tout en décidant que les relations de travail ne prendraient fin que trois mois plus tard. En se basant sur la doctrine, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'existait aucune raison fondamentale qui s'opposait à l'admission en droit de la fonction publique, tout comme en droit

⁶⁷ WYLER/HEINZER (2014), p. 593 s. Voir aussi ATF 123 III 86 et GLOOR (2013), N 59 ad art. 337 CO, p. 764.

⁶⁸ Cf., par exemple, REHBINDER (1992), N 19 ad art. 337 CO, p. 144 ; SCHNEIDER (1994), p. 65 et SUBILIA/DUC (2010), N 36 ad art. 337 CO, p. 627.

⁶⁹ TF 4C.174/2003 du 27 octobre 2003, c. 3.2.1.

⁷⁰ TF 4C.174/2003 du 27 octobre 2003, c. 3.2.2.

privé, de la figure du délai social : « Sozial sein sollte nicht schaden », comme l'a résumé notre Haute Cour⁷¹.

La possibilité pour l'employeur d'accorder un « délai social » au travailleur de quelques jours ne paraît pas critiquable en soi. Comme le relèvent des auteurs, « il ne faudrait pas pénaliser celui qui accorde volontairement à l'employé licencié un sursis dans le but d'atténuer le caractère extrêmement dur d'une résiliation immédiate, et cela bien que les rapports de confiance soient détruits (si l'employeur accorde au travailleur quelques jours pour s'en aller, on ne saurait en déduire la présomption que la poursuite des rapports de travail sur une longue durée serait possible) »⁷².

Dans le cas tranché par le Tribunal fédéral, le sursis accordé au travailleur n'était cependant pas de quelques jours, mais apparemment de plusieurs mois ! L'admission d'un délai social d'une si longue durée nous semble comporter un fort risque d'insécurité juridique et de confusion entre licenciement ordinaire et licenciement immédiat⁷³.

VI. Rapports de travail de droit public

Le Tribunal fédéral a indiqué que la jurisprudence relative à l'article 337 CO, selon laquelle la partie qui résilie le contrat de travail en invoquant des justes motifs ne dispose que d'un court délai de réflexion pour signifier une rupture immédiate des relations de travail, « n'est pas transposable en matière de rapports de travail de droit public »⁷⁴.

Il faut dire qu'il existe en ce domaine deux différences majeures entre le droit de la fonction publique et le droit privé du travail. Tout d'abord, en ce qui concerne le droit de fond, les conséquences d'un licenciement immédiat injustifié ne sont pas les mêmes puisque, contrairement à la solution prévue dans le code des obligations (cf. art. 337c CO), la plupart des régimes de fonction publique prévoient qu'un congé injustifié peut être annulé⁷⁵. Par ailleurs, le droit de la fonction publique se distingue aussi du droit privé du travail en ce sens que le droit constitutionnel limite l'action de la collectivité publique : « Während der private Arbeitgeber sich auf die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit berufen kann, bleibt der staatliche Arbeitgeber an die Grundrechte und die rechtsstaatlichen Grundsätze des Verwaltungsrechts

⁷¹ TF 8C_340/2014 du 15 octobre 2014, c. 7.4, publication prévue dans les ATF.

⁷² SUBILIA/DUC (2010), N 36 ad art. 337 CO, p. 627.

⁷³ BRÜHWILER (2014), N 12 ad art. 337 CO, p. 470 s. Voir aussi AUBERT (2012), N 12 ad art. 337 CO, p. 2098 et STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), N 14 ad art. 337 CO, p. 1124.

⁷⁴ TF 8C_170/2009 du 25 août 2009, c. 6.2.1. Sur cette question, cf. HEINZER (2009), p. 425 s.

⁷⁵ ATF 138 I 113, c. 6.4.3, JdT 2012 I 231 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), N 17 ad art. 337 CO, p. 1127 s.

(Gesetzmässigkeit, Rechtsgleichheit, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Treu und Glauben, rechtliches Gehör) gebunden »⁷⁶.

Le respect des principes constitutionnels rappelés ci-dessus a des incidences importantes sur les trois délais que nous avons identifiés dans cette contribution. S'agissant, tout d'abord, du délai nécessaire à l'établissement des faits, le licenciement immédiat est généralement précédé dans la fonction publique d'une enquête lors de laquelle l'intéressé bénéficie des garanties propres à la procédure administrative, et en particulier du droit d'être entendu⁷⁷. L'administration publique doit absolument entendre l'employé avant d'envisager de le licencier de manière abrupte⁷⁸.

Dans les affaires complexes comprenant par exemple des griefs de mobbing ou de harcèlement sexuel, l'administration ne peut se prononcer objectivement et définitivement sans avoir fait toute la lumière sur les circonstances du cas d'espèce. En pareilles circonstances, le Tribunal fédéral est d'avis qu'il n'est pas contradictoire de maintenir les rapports de travail jusqu'à la fin de la procédure administrative visant à un licenciement immédiat pour justes motifs : le « maintien ou non des rapports de service pendant la procédure dépend, dans ce cas, pour une large part de la nature et de la gravité de la faute reprochée. L'autorité, par la force des choses, ne peut être amenée à prendre une décision qu'au terme de la procédure qu'elle a initiée. Jusque-là, le point de savoir si la continuation des rapports de service peut ou non être raisonnablement exigée ou si la nature des justes motifs permet d'ordonner, à la place du licenciement, le déplacement du fonctionnaire dans une autre fonction [...] reste forcément indécis »⁷⁹.

Le Tribunal fédéral a néanmoins précisé que si les spécificités de la procédure administrative qui s'imposent à l'employeur de droit public pour mettre fin aux rapports de service permettent de lui accorder un délai de réaction plus long qu'en droit privé, il ne doit pas pour autant laisser traîner les choses, ni tarder à informer l'employé qu'une telle résiliation immédiate des rapports de service est envisagée⁸⁰.

S'agissant du délai de réflexion, notre Haute Cour a relevé que les contingences liées aux procédures internes d'une administration ne permettent souvent pas de prendre une décision immédiate, surtout lorsque la décision ne peut être prise par le supérieur hiérarchique direct, mais qu'elle dépend d'une

⁷⁶ ATF 138 I 113, c. 6.4.2, JdT 2012 I 231. Sur cette question, voir aussi NGUYEN (2012), p. 176 ss et NÖTZLI (2013), NN 6 ss ad art. 10 LPers, p. 168 ss.

⁷⁷ TF 8D_5/2013 du 27 janvier 2014, c. 7 ; TF 8C_170/2009 du 25 août 2009, c. 6.2.1. Sur ces questions, voir par exemple HÄNNI (2012), p. 237 ss et ROUSSELLE-RUFFIEUX (2012), p. 525 ss.

⁷⁸ TF 8C_340/2014 du 15 octobre 2014, c. 5.2, publication prévue dans les ATF ; TF 2A.518.2003 du 10 février 2004, c. 5.1. Voir aussi NGUYEN (2012), p. 209 s.

⁷⁹ TF 8C_170/2009 du 25 août 2009, c. 6.2.2. Voir aussi TF 8C_422/2013 du 9 avril 2014, c. 9.

⁸⁰ ATF 138 I 113, c. 6.5, JdT 2012 I 231 ; TF 8C_141/2011 du 9 mars 2012, c. 5.5.

autorité de nomination qui se réunit périodiquement seulement ou d'une autorité de surveillance⁸¹. Le délai de réflexion doit aussi permettre à l'autorité administrative d'évaluer la situation d'une manière globale et prendre en compte la complexité de la situation, la portée de la décision, ainsi que les chances de l'employé de retrouver du travail⁸².

Par ailleurs, si une cause pénale peut avoir des incidences sur l'issue de la procédure administrative, la jurisprudence admet une suspension de cette procédure jusqu'à droit connu sur la cause pénale⁸³. La consultation d'une commission paritaire peut également justifier un retard supplémentaire⁸⁴.

Enfin, s'agissant du délai de notification, il faut tenir compte du fait que le licenciement se fera généralement par le biais d'une décision écrite et motivée⁸⁵.

En conclusion, vu les risques découlant des exigences de forme à respecter pour un congé abrupt valable, et aussi des conséquences d'un congé non valable, l'employeur de droit public se voit accorder un temps de réaction considérablement plus long afin qu'il puisse respecter les règles procédurales et élucider, puis prouver les faits avant de notifier le congé⁸⁶.

VII. Conclusion

La fixation du délai maximal pour notifier un congé immédiat est un cas d'application particulièrement intéressant de l'article 4 CC.

Dans une contribution remarquable, Gabriel AUBERT exhortait le Tribunal fédéral à plus d'audace et plus de nuances : « Sauf à inciter les tribunaux cantonaux à des démarches excessivement simplificatrices, le Tribunal fédéral devrait, dans ses considérants, exposer et soupeser les circonstances, avant d'en tirer les conséquences, plutôt que d'énoncer un délai " standard ", même seulement de principe, qui risquerait de s'ériger en règle sur un point où, précisément, le législateur a refusé d'en édicter une »⁸⁷.

Les vœux de Gabriel AUBERT semblent avoir été largement exaucés. Certes, la fameuse règle du délai de deux à trois jours (« Zwei-bis-drei-Tage-Regel ») est toujours d'actualité et rappelée systématiquement (parfois comme simple clause de style ?) dans tous les arrêts traitant du délai de réaction de

⁸¹ TF 8C_141/2011 du 9 mars 2012, c. 5.5 ; TF 8C_170/2009 du 25 août 2009, c. 6.2.1.

⁸² TF 8C_211/2010 du 19 août 2010, c. 2.2.4.

⁸³ ATF 138 I 113, c. 6.4.1, JdT 2012 I 231.

⁸⁴ TF 8C_170/2009 du 25 août 2009, c. 6.2.3.

⁸⁵ ATF 138 I 113, c. 6.4.1, JdT 2012 I 231.

⁸⁶ ATF 138 I 113, c. 6.5, JdT 2012 I 231.

⁸⁷ AUBERT (2002), p. 131.

l'employeur. Elle est toutefois de plus en plus souvent battue en brèche par la prise en compte des spécificités du cas d'espèce. Il n'est pas rare qu'un délai d'une semaine voire plus entre la connaissance des faits susceptibles de constituer des justes motifs et la notification du licenciement immédiat soit considéré comme adéquat.

L'un des derniers arrêts portant sur le sujet, rendu en août 2012, nous paraît emblématique. Entre le moment où un cadre d'une banque a été mis au courant par des employées des manquements graves d'une responsable de département, un 26 mars, et la notification du licenciement immédiat, le 12 avril suivant, s'est écoulé un délai de 17 jours. Le Tribunal fédéral a toutefois considéré que le licenciement avait été notifié en temps utile en prenant en compte les éléments suivants : temps nécessaire pour établir les faits ; période des fêtes pascales ; procédure complexe du traitement des affaires sensibles existant dans la banque (le dossier a été traité par plusieurs supérieurs hiérarchiques, le comité exécutif, le service des ressources humaines et le service juridique) ; et enfin attente du retour de vacances de l'intéressée⁸⁸. Nous nous situons ici pas loin du délai maximal de deux semaines (dès la connaissance des faits déterminants) prévu dans le code civil allemand (cf. § 626 al. 2 BGB) !

Nous avons vu qu'il fallait tenir compte du délai nécessaire à l'établissement des faits, du délai de réflexion et du délai de notification. Il nous semble qu'il existe finalement un critère déterminant qui doit être examiné dans tous les cas : peut-on déduire des circonstances et du comportement de l'employeur qu'il « a montré, par ses actes, qu'il pouvait encore tolérer la présence de [l'employé] dans l'entreprise »⁸⁹ ? Si la réponse est positive, la résiliation immédiate sera considérée comme tardive ; dans le cas contraire, elle sera considérée comme ayant été notifiée en temps utile.

Bibliographie

GABRIEL AUBERT, Le pouvoir d'appréciation du juge en droit du travail (observations sur l'art. 4 CC), in : Pour un droit pluriel - Etudes offertes au professeur Jean-François Perrin, Bâle 2002, p. 125-133.

GABRIEL AUBERT, Commentaire des articles 319-362 CO, in : Thévenoz/Werro (éd.), Commentaire romand, Code des obligations I, Bâle 2012.

ALINE BONARD, Commentaire de l'article 335 CO, in : Dunand/Mahon (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.

⁸⁸ TF 4A_236/2012 du 2 août 2012, c. 2.5.

⁸⁹ TF 4A_236/2012 du 2 août 2012, c. 2.5.

JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag – Kommentar zu den Art. 319-343 OR, Bâle 2014.

CHRISTIANE BRUNNER, JEAN-MICHEL BÜHLER, JEAN-BERNARD WAEBER et CHRISTIAN BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2004.

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

WERNER GLOOR, Le congé-souçon, in : DTA 2003, p. 133-145.

WERNER GLOOR, Commentaire de l'article 337 CO, in : Dunand/Mahon (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.

PETER HÄNNI, Beendigung öffentlicher Dienstverhältnisse, in : Münch/Metz (éd.), Stellenwechsel und Entlassung, Bâle 2012, p. 213-247.

BORIS HEINZER, La fin des rapports de service et le contentieux en droit fédéral de la fonction publique, in : Wyler (éd.), Panorama en droit du travail, Berne 2009, p. 409-439.

DENIS G. HUMBERT et ALFONS VOLKEN, Fristlose Entlassung (Art. 337 CO) – Unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung und der Erklärung der fristlosen Entlassung, in : PJA 2004, p. 564-577.

DOMINIQUE MANAI, Le juge entre la loi et l'équité – Essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse, Lausanne 1985.

ARIANE MORIN, Les articles 2 et 4 CC : deux règles dans l'esprit du Code civil suisse, in : RDS 126 (2007) II, p. 203-236.

MINH SON NGUYEN, Sanctions et licenciements : conditions matérielles et exigences procédurales, in : Tanquerel/Bellanger (éd.), Les réformes de la fonction publique, Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 169-216.

HARRY NÖTZLI, Commentaire de l'article 10 LPers, in : Portmann/Uhlmann (éd.), Bundespersonalgesetz (BPG), Berne 2013.

JEAN-FRANÇOIS PERRIN, Commentaire de l'article 4 CC, in : Pichonnaz/Foëx (éd.), Commentaire romand, Code civil I, Bâle 2010.

MANFRED REHBINDER, Commentaire de l'article 337 CO, in : Berner Kommentar, Berne 1992.

WOLFGANG PORTMANN, Richterliche Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht – Eine Würdigung der schöpferischen Leistungen in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts, in : ArbR 2005, p. 13-48.

SARA ROUSSELLE-RUFFIEUX, Licenciement immédiat dans la fonction publique cantonale, in : Wyler (éd.), Panorama II en droit du travail, Berne 2012.

ROGER RUDOLPH, Bagatelldelikte am Arbeitsplatz: Ein ausreichender Grund für eine fristlose Entlassung?, in : TREX 2012, p. 228-233.

BERNARD SCHNEIDER, La résiliation immédiate du contrat de travail : les justes motifs, in : Aubert (éd.), Journée 1993 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1994, p. 51-69.

ADRIAN STAEHELIN, Commentaire de l'article 337 CO, in : Schmid (éd.), Zürcher Kommentar, Zurich/Bâle/Genève 2014.

ÜLLIN STREIFF, Adrian von Kaenel et Roger Rudolph, Arbeitsvertrag - Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Zurich/Bâle/Genève 2012.

OLIVIER SUBILIA et JEAN-LOUIS DUC, Droit du travail - Eléments de droit suisse, Lausanne 2010.

MARIE-NOËLLE VENTURI-ZEN-RUFFINEN, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, Zurich/Bâle/Genève 2007.

GUSTAV WACHTER, Der Untergang des Rechts zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses, in : ArbR 1990, p. 37-53.

RÉMY WYLER et BORIS HEINZER, Droit du travail, Berne 2014.