

Titre dixième : Du contrat de travail

Chapitre premier : Du contrat individuel de travail

Art. 319

A. Définition et formation	¹ Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche).
I. Définition	² Est aussi réputé contrat individuel de travail, le contrat par lequel un travailleur s'engage à travailler régulièrement au service de l'employeur par heures, demi-journées ou journées (travail à temps partiel).
A. Begriff und Entstehung	¹ Durch den Einzelarbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) oder nach der geleisteten Arbeit (Ak-kordlohn) bemessen wird.
I. Begriff	² Als Einzelarbeitsvertrag gilt auch der Vertrag, durch den sich ein Arbeitnehmer zur regelmässigen Leistung von stunden-, halbtage-oder tageweiser Arbeit (Teilzeitarbeit) im Dienst des Arbeitgebers verpflichtet.
A. Definizione e formazione	¹ Il contratto individuale di lavoro è quello con il quale il lavoratore si obbliga a lavorare al servizio del datore di lavoro per un tempo deter-minato o indeterminato e il datore di lavoro a pagare un salario stabili-to a tempo o a cottimo.
I. Definizione	² È considerato contratto individuale di lavoro anche il contratto con il quale un lavoratore si obbliga a lavorare regolarmente al servizio del datore di lavoro per ore, mezze giornate o giornate (lavoro a tempo parziale).

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	2
II. Eléments caractéristiques du contrat de travail (art. 319 al. 1 CO).....	8	4
1. Une prestation de travail.....	9	4
2. Un élément de durée.....	12	4
3. Un rapport de subordination	16	5
4. Un salaire.....	23	7
5. Indices complémentaires.....	31	8
III. La qualification du contrat par le juge.....	32	9
1. Les enjeux de la qualification	33	9
2. Les règles d'interprétation	37	10

	note marginale	page
IV. Le contrat de travail à temps partiel (art. 319 al. 2 CO).....	47	12
1. La notion de contrat de travail à temps partiel	49	12
2. Travail sur appel (ou à la demande).....	54	13
3. Travail auxiliaire (ou occasionnel)	60	15
V. Contrats de travail spécifiques.....	63	16
1. Contrats individuels de travail à caractère spécial	64	16
2. Contrat de travail temporaire	68	17
3. Contrats mixtes	74	19
4. L'employé-administrateur d'une personne morale	78	20
5. Employeur faisant partie d'un groupe de sociétés.....	81	21

Bibliographie spécifique

AUBERT GABRIEL, Le travail à temps partiel irrégulier, in : Le droit social à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges Alexandre Berenstein, Lausanne 1989, pp. 215 ss ; AUBERT GABRIEL, Le contrat de travail partiaire, in : RSJ 79 (1983), pp. 169 ss ; BYRNE-SUTTON PASCALE, Le contrat de travail à temps partiel, Genève 2001 ; EGLI HANS-PETER, Neue Tendenzen bei Teilzeitarbeit, in : RSJ 96 (2000), pp. 205 ss ; GEISER THOMAS, Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Flexibilisierung der Arbeit, in : PJA 1998, pp. 1019 ss ; GEISER THOMAS et UHLIG KAI-PETER, Arbeitsverhältnisse im Konzern, in : ZBJV 139/2003, pp. 757 ss ; HARDER WOLFGANG S., Freie Mitarbeit und ähnliche Formen freier Zusammenarbeit, Berne 2003 ; HEINZER BORIS, Le double statut de l'administrateur-travailleur en droit privé, in : WYLER, Panorama I, pp. 349 ss ; HEIZ ROMAN, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Saint-Gall 2004 ; MATHIS ZWYGART ESTELLE, L'application des conventions collectives de travail aux contrats de travail temporaire, Bâle 2012 ; MÜLLER ROLAND A., Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zurich 2005 ; MURER ERWIN, Soll die Arbeit auf Abruf gesetzlich geregelt werden ?, in : Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Zurich/Bâle/Genève 2008, pp. 355 ss ; RONCORONI GIACOMO, Arbeit auf Abruf und Gelegenheitsarbeit, in : PJA 1998, pp. 1410 ss ; ROUSSELLE-RUFFIEUX SARA, Activité dépendante et indépendante au regard du CO et de la LAVS, in : WYLER, Panorama II, pp. 177 ss ; STÖCKLI HUBERT, « Ménage à trois » bei der Temporärarbeit, in : Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Mélanges en l'honneur d'Erwin Murer, Berne 2010, pp. 893 ss ; THÉVENOZ LUC, Le travail intérimaire, Lausanne 1987 ; WINIGER BÉNÉDICT, in : CR, ad art. 18 CO, Bâle 2012.

I. Généralités

- Objet et but** – L'article 319 CO est consacré à la définition du contrat de travail en général (al. 1) et du contrat de travail à temps partiel (al. 2). La définition légale permet de distinguer le contrat de travail d'autres contrats qui peuvent comporter des similitudes importantes, comme le contrat d'entreprise (cf. art. 363 ss CO), le contrat de mandat (cf. art. 394 ss CO) ou le contrat de société simple (cf. art. 530 ss CO).
- Systématique** – L'article 319 CO constitue logiquement la première disposition des règles sur le contrat de travail. Il fait partie de la section A (définition et formation) du chapitre premier sur le contrat individuel de travail. Il est complété par

l'article 320 CO qui précise notamment les modalités de conclusion d'un contrat de travail.

Contrat individuel de travail – L'article 319 CO définit le contrat individuel de travail, c'est-à-dire aussi bien le contrat « général » de travail au sens des articles 319 à 342 CO que les contrats de travail « à caractère spécial » qui sont plus spécifiquement traités aux articles 344 à 354 CO¹. 3

Contrat de droit privé – Les articles 319 ss CO s'appliquent aux relations de travail qui sont nouées avec un employeur régi par le droit privé (CC et CO), ce qui exclut en principe la fonction publique, sauf si le statut concerné renvoie à certaines dispositions du Code des obligations². 4

Statut du travailleur – Les articles 319 ss CO s'appliquent en principe de la même manière à tout contrat de travail soumis au droit privé, indépendamment du statut du travailleur³. Il en résulte qu'un cadre, et même un cadre dirigeant, bénéficie également des règles protectrices du droit du travail, pour autant que le contrat qui le lie à son entreprise corresponde aux critères légaux du contrat de travail. 5

Caractère impératif – Bien qu'il ne figure pas dans la liste des dispositions impératives (cf. art. 361 CO) ou semi-impératives (cf. art. 362 CO) de la loi, il va de soi que l'article 319 CO définit le contrat de travail de manière impérative⁴. Les critères énoncés à l'al. 1 sont cumulatifs et intangibles. Dès lors, les parties ne peuvent ni les modifier ni décider librement d'exclure l'application du droit du travail à leurs relations lorsque le contrat qu'elles ont conclu correspond à la définition du contrat de travail⁵. 6

Origine et évolution – La teneur de l'article 319 CO date de la révision de 1971⁶. En effet, les versions antérieures ne contenaient pas de référence explicite au contrat de travail à temps partiel. La définition du contrat de travail s'est d'ailleurs affinée avec le temps. Ainsi, le Code des obligations de 1881 définissait le contrat de travail, appelé alors « louage de services », comme le « contrat par lequel l'une des parties s'oblige envers l'autre à certains services personnels moyennant une rémunération » (art. 338 al. 1 CO 1881). Lors de la révision générale du Code des obligations de 1911 apparaît la notion de temps : « Le contrat de travail est la convention par laquelle une personne (l'employé) promet à une autre 7

¹ DIETSCHY, N 5, p. 8.

² PORTMANN, BaK 2011, N 2 ad art. 319 CO, p. 1799 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 22 ad art. 319 CO, p. 122. Cf. dans le présent ouvrage, N 10 ad art. 342 CO.

³ ATF 130 III 213, c. 2.1, JdT 2004 I 223 (trad.).

⁴ SUBILIA/DUC, N 1 ad art. 319 CO, p. 78.

⁵ AUBERT, CR 2012, N 23 ad art. 319 CO, p. 1968.

⁶ Cf. Message 1967, p. 301 ; RO 1971 1461.

(l'employeur) son travail pour un temps déterminé ou indéterminé, contre paiement d'un salaire » (art. 319 al. 1 CO 1911).

II. Eléments caractéristiques du contrat de travail (art. 319 al. 1 CO)

8 **Principe** – Le contrat de travail est un contrat bilatéral parfait (synallagmatique) dont l'existence dépend de la réalisation de quatre conditions cumulatives, à savoir : une prestation de travail, un élément de durée, un rapport de subordination et un salaire (cf. art. 319 al. 1 CO). Le contrat de travail est conclu entre un travailleur et un employeur déterminés ; alors que le travailleur doit nécessairement être une personne physique (cf. art. 321 CO), l'employeur peut être une personne physique ou une personne morale⁷. En cas de doute sur la qualification du contrat, on recourt à des indices complémentaires.

1. Une prestation de travail

9 **Toute activité humaine** – La prestation de travail peut consister en toute activité humaine, manuelle, physique, intellectuelle ou artistique, qui tend à la satisfaction d'un besoin⁸. Sauf accord entre les parties ou circonstances particulières, le travailleur est tenu d'exécuter personnellement la prestation de travail et ne peut donc ni se faire remplacer ni se faire assister par un tiers (cf. art. 321 CO).

10 **Différence avec le contrat d'entreprise** – Contrairement à l'entrepreneur qui s'engage à fournir un ouvrage (cf. art. 363 CO), la prestation du travailleur est envisagée comme telle, indépendamment de son résultat⁹.

11 **Similitude avec les contrats de mandat et de société simple** – En revanche, le critère de l'activité se retrouve de manière similaire dans les contrats de mandat (cf. art. 394 al. 1 CO) et de société simple (cf. art. 531 al. 1 CO) ; il ne permet donc pas de distinguer le contrat de travail de ces deux contrats¹⁰.

2. Un élément de durée

12 **Rapport durable** – Le travailleur met son temps à disposition de l'employeur en vue de l'accomplissement de l'activité prévue. Le contrat ne

⁷ DIETSCHY, N 4, pp. 7 s.

⁸ ATF 124 III 249, c. 3, JdT 1999 I 275 (trad.) ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 319 CO, p. 37 ; TERCIER/FAVRE, N 3262, p. 477.

⁹ AUBERT, CR 2012, N 2 ad art. 319 CO, p. 1966.

¹⁰ *Ibid.*

s'éteint pas par l'échange d'une prestation et d'une contre-prestation, mais par l'écoulement du temps (contrats de durée déterminée) ou par le congé donné par l'une des parties (contrats de durée indéterminée)¹¹. La prestation du travailleur peut durer plus ou moins longtemps (par exemple : trois ans ou une heure)¹².

Durée déterminée ou indéterminée – Le contrat de travail est conclu pour une durée déterminée (cf. art. 334 CO) ou indéterminée (cf. art. 335 ss CO). La pratique a toutefois consacré des formes mixtes. Ainsi, le contrat de durée maximale est, selon le Tribunal fédéral, un contrat de durée déterminée auquel il convient d'appliquer par analogie les dispositions relatives à la résiliation aussi longtemps qu'il dure, mais qui prend fin par lui-même à l'échéance de la durée prévue¹³; alors que le contrat de durée minimale est un contrat de durée indéterminée qui ne peut être résilié avant la fin de la durée minimum prévue par les parties¹⁴. 13

Différence avec les contrats d'entreprise et de mandat – Le contrat de travail constitue un rapport durable qui, contrairement au mandat, ne s'éteint pas par l'échange unique d'une prestation et d'une contre-prestation¹⁵. L'élément de durée permet de distinguer aussi le contrat de travail du contrat d'entreprise puisque le temps nécessaire à l'entrepreneur pour réaliser et livrer l'ouvrage promis est un élément secondaire¹⁶. 14

Similitude avec le contrat de société simple – Dans le contrat de société simple, qui est également conclu pour une durée déterminée (cf. art. 545 CO) ou indéterminée (cf. art. 546 CO), les parties peuvent prévoir une obligation de mise à disposition de son temps, comme dans le contrat de travail, à charge d'un ou de plusieurs associés (cf. art. 531 al. 1 CO)¹⁷. 15

3. Un rapport de subordination

Subordination fonctionnelle – L'élément caractéristique essentiel du contrat de travail réside dans le rapport de subordination qui place le travailleur dans la dépendance de son employeur sous l'angle temporel (horaire de travail), spatial (lieu de travail), personnel et hiérarchique (instructions et contrôle)¹⁸. En 16

¹¹ TF 2C_714/2010 du 14 décembre 2010, c. 3.4.1 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 16 ad art. 319 CO, p. 24.

¹² STAEHELIN, ZK 2006, N 18 ad art. 319 CO, pp. 24 s.

¹³ ATF 114 II 349, c. 2a = JdT 1989 I 188 ; TF 4C.62/2001 du 8 juin 2001, c. 2a. Voir aussi CARRUZZO, N 10 ad art. 319 CO, pp. 9 s.

¹⁴ ATF 110 II 167 = JdT 1984 I 469. Voir aussi CARRUZZO, N 9 ad art. 319 CO, p. 9.

¹⁵ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 319 CO, p. 38.

¹⁶ AUBERT, CR 2012, N 5 ad art. 319 CO, p. 1966.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ AUBERT, CR 2012, N 6-13 ad art. 319 CO, pp. 1966 s.

principe, des instructions qui ne se limitent pas à de simples directives générales sur la manière d'exécuter la tâche, mais influent sur l'objet et l'organisation du travail et instaurent un droit de contrôle de l'ayant droit, manifestent l'existence d'un contrat de travail¹⁹. Le travailleur n'est pas en droit de faire prévaloir, en cas de divergence d'opinions, sa propre vision de l'organisation à adopter dans l'entreprise²⁰.

- 17 **Subordination organisationnelle** – En pratique, le degré d'indépendance n'est toutefois pas toujours un critère décisif étant donné que certains travailleurs, par exemple ceux qui exercent des fonctions dirigeantes, typiquement libérales, ou ceux qui sont payés à la commission, peuvent disposer d'une large autonomie dans l'organisation de leur travail²¹. Il faut alors apprécier la situation en se fondant sur l'image globale que présente l'intégration du prestataire de services dans l'entreprise²². Selon la jurisprudence, pour conclure à l'existence d'un rapport de subordination, et partant d'un contrat de travail, il faut que le prestataire de services déploie son activité en étant intégré dans l'organisation de l'entreprise qui l'emploie sous le contrôle et l'autorité des organes de l'employeur²³. La subordination est alors essentiellement organisationnelle et non plus fonctionnelle. Plaideront en faveur du contrat de travail : une rémunération fixe et périodique ; la mise à disposition d'une place de travail et des outils de travail ; ainsi que la prise en charge par l'employeur du risque de l'entreprise²⁴.
- 18 **Exemple des médecins** – Si les médecins sont réputés accomplir une activité libérale, rien ne s'oppose à ce qu'ils exercent leur profession dans le cadre d'un contrat de travail, que ce soit dans un hôpital public, une clinique privée ou un cabinet d'autres médecins²⁵. Il a par exemple été jugé qu'un médecin bénéficiant d'une grande liberté dans l'organisation de son travail était au bénéfice d'un contrat de travail réunissant des éléments du *job sharing*, du travail sur appel et du télétravail²⁶.

¹⁹ TF 2C_714/2010 du 14 décembre 2010, c. 3.4.2.

²⁰ TF 4A_381/2011 du 24 octobre 2011, c. 6.

²¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 6 ad art. 319 CO, pp. 38 s. ; WYLER, p. 58. Voir aussi TF 4C.226/2003 du 25 février 2004, c. 3.

²² TF 4P.83/2003 du 9 mars 2004, c. 3.2 ; AUBERT, CR 2012, N 11-12 ad art. 319 CO, p. 1967.

²³ TF 4C.346/1999 du 4 février 2000, c. 2c ; PORTMANN, BaK 2011, N 14 ss, pp. 1802 ss.

²⁴ TF 4A_194/2011 du 5 juillet 2011, c. 5.6.1.

²⁵ CAPH/GE du 9 avril 2010, c. 2.6, in : JAR 2011, p. 459.

²⁶ CAPH/GE du 9 avril 2010, c. 3.1, in : JAR 2011, p. 459.

Critère décisif – Le lien de subordination est souvent le critère décisif qui permet d'admettre ou au contraire d'exclure l'existence d'un contrat de travail au profit d'un contrat d'entreprise, de mandat ou de société simple²⁷. 19

Contrat d'entreprise – L'entrepreneur n'est ni subordonné ni intégré dans l'organisation du maître de l'ouvrage, mais agit au contraire de manière parfaitement indépendante²⁸. 20

Contrat de mandat – Le mandataire, tout comme le travailleur, doit suivre les directives et instructions qui lui sont données (cf. art. 397 CO), et rendre compte (cf. art. 400 CO)²⁹. En général, cependant, les instructions et les directives données à un mandataire sont moins détaillées et moins contraignantes que celles données à un travailleur³⁰. Par ailleurs, le mandataire agit de manière indépendante et sous sa seule responsabilité³¹. 21

Contrat de société – Les associés d'une société simple se trouvent sur un pied d'égalité (cf. art. 534 CO) qui exclut tout rapport de subordination d'un associé envers un autre³². 22

4. Un salaire

Tout travail mérite salaire ! – Le versement du salaire constitue la prestation principale de l'employeur. Toute prestation de travail doit être rémunérée : par définition le travail ne peut être accompli à titre gratuit. 23

Montant du salaire – Il faut cependant relever que la détermination du montant du salaire n'est pas nécessaire lors de la conclusion du contrat. En effet, l'art. 322 al. 1 CO prévoit que l'employeur paye le salaire convenu, usuel ou fixé par contrat-type de travail ou convention collective. On précisera par ailleurs que la loi pose la condition irréfutable qu'un contrat de travail a été conclu, alors même qu'aucun salaire n'a été convenu entre les parties, lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire (cf. art. 320 al. 2 CO)³³. 24

²⁷ ATF 130 III 213, c. 2.1, JdT 2004 I 223 (trad.) ; TF 4C.346/1999 du 4 février 2000, c. 2 ; CAPH/GE du 9 avril 2010, c. 2.4-5, in : JAR 2011, p. 459 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 30 ss ad art. 319 CO, pp. 27 ss ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ss ad art. 319 CO, pp. 82 ss.

²⁸ ATF 112 II 41, c. 1.a.aa = JdT 1986 I 253 = SJ 1986 388.

²⁹ TF 4C.346/1999 du 4 février 2000, c. 2b.

³⁰ CAPH/GE du 9 avril 2010, c. 2.5.2.2, in : JAR 2011, p. 459.

³¹ ATF 130 III 213, c. 2.1, JdT 2004 I 223 (trad.) ; TERCIER/FAVRE, N 5002, p. 748.

³² TF 4A_194/2011 du 5 juillet 2011, c. 5.6.1 ; TC/FR du 10 juillet 1997, c. 3a, in : JAR 1998, p. 115 ; AUBERT, CR 2012, N 13 ad art. 319 CO, p. 1967.

³³ TF du 16 décembre 1985, in : SJ 1986, p. 290 ; WYLER, p. 58.

- 25 **Salaire en espèces ou en nature** – Le salaire est en principe versé en espèces (sous forme d'argent). Il peut cependant aussi consister, en tout ou partie, en des prestations en nature, telles que la jouissance d'un logement, l'usage d'un véhicule ou encore la remise d'actions de l'entreprise ou d'options sur ses actions³⁴.
- 26 **Salaire au temps ou à la tâche** – Dans la très grande majorité des cas, le salaire est versé en fonction du temps pendant lequel le travailleur se met à disposition de son employeur. Il peut toutefois aussi être versé d'après le travail fourni (travail aux pièces ou à la tâche).
- 27 **Prestations accessoires** – Bien que l'art. 319 al. 1 CO ne le mentionne pas, l'employeur doit s'acquitter de nombreuses prestations accessoires envers son employé (par exemple : salaire en cas de maladie, aux conditions de l'art. 324a CO)³⁵.
- 28 **Distinction avec les contrats voisins** – Il est fréquent qu'un entrepreneur ou un mandataire facturent, tout comme le travailleur, leur intervention à l'heure. La différence réside cependant dans le fait que la rémunération rétribue l'ouvrage, dans le cas du contrat d'entreprise, ou l'activité même dans le contrat de mandat, et non la mise à disposition de son temps, comme dans le contrat de travail³⁶. Quant aux associés, ils ne perçoivent pas de rémunération périodique³⁷.
- 29 **Services effectués à titre gratuit** – Certains services peuvent être rendus à titre purement gratuit. Ils résultent de relations de complaisance qui se nouent sans que les parties souhaitent se lier par un contrat. Dans ces cas, il n'existe aucune obligation de rémunération à charge du bénéficiaire des services³⁸.
- 30 **Stage** – Dans le même ordre d'idée, il faut admettre qu'un stage de quelques jours auprès d'une entreprise échappe au droit du travail et ne doit pas être rémunéré lorsqu'il est effectué dans l'intérêt prépondérant du stagiaire³⁹.

5. Indices complémentaires

- 31 **Plusieurs indices** – Sont en principe considérés comme des indices de la conclusion d'un contrat de travail :

³⁴ ATF 131 III 615, c. 5.1 = SJ 2006 I 45.

³⁵ SUBILIA/DUC, N 3 ad art. 319 CO, p. 79 et N 11 ad art. 319 CO, pp. 80 s.

³⁶ AUBERT, CR 2012, N 16 ad art. 319 CO, p. 1967.

³⁷ TF 4A_194/2011 du 5 juillet 2011, c. 5.6.1.

³⁸ TF 4A_195/2007 du 16 juillet 2007, c. 4 ; TF 4P. 194/2004 du 24 novembre 2004, c. 2.4 ; TERCIER/FAVRE, N 3266, p. 577 ; WYLER, p. 59. Voir également, dans le présent ouvrage, N 29 ad art. 320 CO.

³⁹ Sur cette question, cf. BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 8 ad art. 319 CO, p. 40 ; CARRUZZO, N 5 ad art. 319 CO, p. 5.

- des clauses prévoyant un délai de congé, des vacances, un salaire en cas de maladie ou une interdiction de concurrence⁴⁰ ;
- l'existence d'un traitement fixe ou de rapports contractuels d'une certaine durée⁴¹ ;
- le fait de devoir respecter le même horaire que les autres collaborateurs et d'annoncer ses absences, ou encore d'exercer son activité dans les locaux de l'employeur et d'utiliser le matériel fourni par celui-ci, son papier à lettres ou son adresse électronique⁴² ;
- l'obligation de remettre des rapports périodiques d'activité, de devoir participer à des réunions hebdomadaires ou de devoir visiter un certain nombre de clients⁴³ ;
- le devoir du travailleur de mettre en œuvre toutes ses forces au service de son employeur⁴⁴ ;
- ou encore, le prélèvement de cotisations sociales sur la rémunération due, ainsi que la qualification d'activité lucrative dépendante, opérée par les autorités fiscales ou en matière d'assurances sociales⁴⁵.

III. La qualification du contrat par le juge

Introduction – Il est fréquent que les parties à un litige se disputent la qualification du contrat. Il faut cependant rappeler que le régime juridique du contrat de travail comporte de nombreuses dispositions impératives que les parties ne peuvent écarter (cf. *supra* ch. I). La qualification n'est donc pas laissée à la libre appréciation des parties, mais dépendra des circonstances matérielles et objectives de la relation contractuelle⁴⁶.

32

1. Les enjeux de la qualification

Règles matérielles impératives – Les enjeux de la qualification sont importants. En effet, le contrat de travail est soumis à de nombreuses règles impératives qui résultent non seulement du Code des obligations (cf. art. 341, 361 et 362 CO), mais aussi de plusieurs législations de droit public, comme la loi sur le tra-

33

⁴⁰ AUBERT, CR 2012, N 19 ad art. 319 CO, p. 1968.

⁴¹ TF du 24 février 1997, in : SARB 1998, p. 275 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 6 ad art. 319 CO, p. 39.

⁴² CARRUZZO, N 6 ad art. 319 CO, pp. 5 ss ; ROUSSELLE-RUFFIEUX, Panorama II, p. 182 ; GS/BS du 20 décembre 2010, c. 3a-b, in : JAR 2011, p. 433.

⁴³ ROUSSELLE-RUFFIEUX, Panorama II, p. 182.

⁴⁴ TAppello/TI du 4 novembre 1998, c. 5, in : JAR 1999, p. 97.

⁴⁵ TF 4A_194/2011 du 5 juillet 2011, c. 5.6.1.

⁴⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 6 ad art. 319 CO, p. 38.

vail (LTr), la loi sur l'égalité (LEg) ou encore la loi sur les travailleurs détachés (LTrD). Dans une même situation de fait, le travailleur est bien mieux protégé que ne le serait un mandataire ou un entrepreneur (cf., par exemple, les règles sur le droit à une rémunération en cas d'incapacité non fautive, art. 324a et 324b CO, ou sur la fin du contrat, art. 335 ss CO)⁴⁷.

34 **Interdiction de contourner les règles sur le contrat de travail** – Lorsque le travailleur est également partie à un pacte d'actionnaires relatif à la société qui l'emploie, l'employeur ne saurait contourner les règles sur le contrat de travail en insérant une clause d'interdiction de concurrence dans le pacte d'actionnaires. Une telle clause doit donc respecter les articles 340 ss CO qui régissent les clauses de prohibition de concurrence dans le contrat de travail⁴⁸.

35 **Sécurité sociale** – Par ailleurs, le statut de travailleur implique le plus souvent celui de personne réalisant un revenu provenant d'une activité dépendante (salaire), au sens de l'art. 5 LAVS, qui assure la couverture des assurances sociales en cas de retraite, accident et chômage⁴⁹.

36 **Règles procédurales spécifiques** – Enfin, le contentieux du contrat de travail est régi par des règles de procédure spécifiques (cf., par exemple, les art. 113 et 114 CPC)⁵⁰ et soumis dans de nombreux cantons à des tribunaux spécialisés⁵¹.

2. Les règles d'interprétation

37 **Prise en compte des critères légaux** – Pour déterminer si les parties ont conclu un contrat de travail, le juge doit vérifier l'existence des quatre critères légaux cumulatifs et des indices complémentaires rappelés ci-dessus (cf. *supra* ch. II).

38 **Présomption de l'existence d'un contrat de travail** – On rappellera que, selon l'art. 320 al. 2 CO, il y a lieu de présumer l'existence d'un contrat de travail lorsque l'employeur a accepté pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne devait être fourni que contre un salaire. En revanche, en cas de doute sur la qualification d'un contrat, il n'existe pas de présomption générale en faveur du contrat de travail⁵².

⁴⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 319 CO, p. 81.

⁴⁸ TC/VD du 12 août 2008, c. V.b, in : JAR 2009, p. 651.

⁴⁹ AUBERT, CR 2012, N 24 ad art. 319 CO, p. 1968 ; ROUSSELLE-RUFFIEUX, Panorama II, pp. 196 ss.

⁵⁰ DIETSCHY, N 77 ss, pp. 43 ss.

⁵¹ DIETSCHY, N 41 ss, pp. 28 ss.

⁵² AUBERT, CR 2012, N 21 ad art. 319 CO, p. 1968. Avis contraire : OG/LU du 16 août 2007, c. 2.2 et 3, in : JAR 2008, p. 441.

Intention des parties – Lorsqu’il doit qualifier un contrat ou l’interpréter, le juge s’efforce tout d’abord de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s’arrêter aux expressions inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO).

Dénomination du contrat – Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la dénomination d’un contrat n’est pas déterminante pour évaluer sa nature juridique⁵³. Peu importe si, au moment de la signature du contrat, l’employeur pensait conclure un autre contrat, par exemple un contrat de mandat. Ce qui compte, c’est la réalité des relations contractuelles finalement conclues entre les parties⁵⁴. Ainsi que l’a rappelé récemment la Cour civile vaudoise : « Aussi explicite soit-il, le texte du contrat n’est pas décisif. Au-delà des termes utilisés, il faut considérer les circonstances de fait qui entourent le contenu de ce contrat et la réalité de son exécution. Seul un examen détaillé des circonstances du cas particulier permet de qualifier les relations contractuelles liant les parties⁵⁵. »

Volonté subjective – Selon les principes généraux d’interprétation, le juge doit en premier lieu rechercher la volonté subjective des parties⁵⁶. Il s’intéressera non seulement aux expressions de volonté lors de la conclusion, mais éventuellement aussi aux circonstances antérieures ou survenues postérieurement qui peuvent constituer un indice de la volonté des parties⁵⁷.

Interprétation objective – Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si elle est divergente, le juge doit, en second lieu, interpréter les comportements et les déclarations selon la théorie de la confiance⁵⁸. Le juge est alors chargé de rechercher quel sens les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques. Il analysera d’abord le texte du contrat et s’intéressera, ensuite, au contexte qui comprend l’ensemble des circonstances avant et pendant la conclusion, y compris les actes concludants⁵⁹.

Appréciation globale – On l’aura compris, quel que soit la méthode d’interprétation, le juge effectuera une appréciation globale dans laquelle il prendra en compte l’ensemble des circonstances intervenues avant, pendant, et après la conclusion du contrat.

⁵³ ATF 99 II 313 = JdT 1974 I 287 ; TF 2C_714/2010 du 14 décembre 2010, c. 3.4.2.

⁵⁴ ATF 129 III 664, c. 3.2 = JdT 2004 I 60.

⁵⁵ TC/VD du 28 janvier 2009, c. II.c, in : JAR 2010, p. 617.

⁵⁶ ATF 125 III 263, c. 4/bb, SJ 1999 469 (trad.).

⁵⁷ WINIGER, CR 2012, N 133 ad art. 18 CO, p. 162.

⁵⁸ ATF 131 III 217, c. 3 = SJ 2005 I 437.

⁵⁹ TF du 8 novembre 1995, in : SJ 1996 549, c. 3.a.

- 44 **Caractère prépondérant** – Dans les cas douteux, le juge recherchera le caractère prépondérant des rapports entre les parties⁶⁰.
- 45 ***In dubio contra stipulatorem*** – Par ailleurs, lorsque la formulation d'un contrat de travail écrit est ambiguë, le juge pourra interpréter la clause litigieuse en défaveur de son rédacteur, qui est évidemment dans la plupart des cas l'employeur⁶¹.
- 46 **Indépendance du juge civil** – Dans la mesure où il existe des recoupements évidents entre les deux domaines, la classification comme activité dépendante au sens de l'art. 5 LAVS sera considérée comme un indice de l'existence d'un contrat de travail⁶². On rappellera cependant que la qualification opérée par les autorités des assurances sociales ou des administrations fiscales ne lie pas le juge civil⁶³.

IV. Le contrat de travail à temps partiel (art. 319 al. 2 CO)

- 47 **Formes multiples** – La formulation du second alinéa de l'art. 319 CO a été critiquée à juste titre, car elle énonce une évidence, à savoir que le contrat de travail à temps partiel est également un contrat de travail, mais de manière maladroite, puisqu'elle ne prend en compte que le contrat de travail à temps partiel régulier⁶⁴. En pratique, le contrat de travail à temps partiel peut revêtir des formes multiples comme le travail sur appel ou le travail occasionnel.
- 48 **Risque de précarité** – Le travail à temps partiel, et plus particulièrement le travail à temps partiel irrégulier, comporte un important risque de précarité du fait, par exemple, que le travailleur n'est souvent pas assuré contre la perte de gain en cas de maladie ou que les parties ne tiennent pas compte des règles sur les heures supplémentaires.

1. La notion de contrat de travail à temps partiel

- 49 **Notion relative** – Le travail à temps partiel est une notion relative. Il correspond, dans une entreprise donnée, à un temps de travail qui est réduit par rapport à la pratique de l'entreprise et qui est souvent exprimé en pour cent d'un poste à plein temps. Travaille, par exemple, à temps partiel, le travailleur qui s'est engagé à fournir trente heures de travail par semaine dans une entreprise où l'on travaille généralement quarante heures hebdomadaires.

⁶⁰ AUBERT, CR 2012, N 21 ad art. 319 CO, p. 1968.

⁶¹ TF 4C.339/2003 du 19 février 2004, c. 2.1. Voir BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 12 ad art. 320 CO, p. 50.

⁶² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 319 CO, p. 72.

⁶³ ATF 122 V 169, c. 3a ; CAPH/GE du 9 avril 2010, c. 2.5.7, in : JAR 2011, p. 459.

⁶⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 et 2 ad « Travail à temps partiel », p. 407.

Travail à temps partiel régulier et irrégulier – De manière plus large que ne le laisse supposer le texte incomplet de la loi, il est possible que le travailleur s'engage à travailler à temps partiel de manière régulière ou irrégulière⁶⁵. Travaille de manière régulière l'employé qui fournit sa force de travail selon une durée stable par semaine, par mois ou par année (par exemple : 20 heures de travail toutes les semaines), que l'horaire soit fixe (par exemple : tous les lundis, mardis et mercredis matin) ou variable (jours variables suivant les besoins de l'employeur). Travaille en revanche de manière irrégulière l'employé qui travaille selon une durée variable (par exemple : quelques heures de travail dont le nombre varie de semaine en semaine).

50

Application des règles ordinaires – Le Code des obligations ne contient pas de dispositions qui régiraient uniquement aux contrats de travail à temps partiel. Il faut rappeler que le contrat de travail à temps partiel est un contrat de travail ordinaire auquel s'appliquent en principe toutes les dispositions qui régissent les rapports de travail (notamment les art. 319 ss CO, ainsi que la loi sur le travail)⁶⁶. La pratique a cependant consacré des exceptions.

51

Activité accessoire – On admet que la règle contenue à l'art. 321a al. 3 CO, sur l'interdiction du travail accessoire, ne s'applique qu'avec retenue au travailleur à temps partiel⁶⁷. En effet, ce dernier est en principe libre de travailler simultanément pour plusieurs employeurs, pour autant que les prescriptions de la législation sur le travail, notamment sur la durée du travail et du repos (cf. art. 9 ss LTr), soient respectées.

52

Conventions collectives de travail – Il faut enfin relever que plusieurs conventions collectives de travail contiennent des dispositions qui régissent de manière spécifique le travail à temps partiel ou certaines formes de travail à temps partiel⁶⁸.

53

2. Travail sur appel (ou à la demande)

Notion – Le contrat de travail sur appel a la particularité que l'horaire, voire le nombre d'heures de travail, est adapté ou modifié régulièrement en fonction des besoins de l'employeur. Il en résulte que le travailleur doit se tenir à disposition de son employeur et répondre à ses « appels ».

54

55

⁶⁵ AUBERT, CR 2012, N 27 ad art. 319 CO, p. 1969 ; CARRUZZO, N 3 ad art. 319 CO, p. 2 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 18 ss ad art. 319 CO, pp. 108 ss.

⁶⁶ Cf. Message 1967, p. 303.

⁶⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 11 ad « Travail à temps partiel », p. 412 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 54 ad art. 319 CO, p. 40 ; SUBILIA/DUC, N 30 ad art. 319 CO, p. 85.

⁶⁸ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 1 ad « Travail à temps partiel », p. 407.

Validité admise – Le Tribunal fédéral a expressément admis la validité du travail sur appel, car le droit suisse ne s’oppose pas à une certaine flexibilisation dans l’organisation du travail, en fonction notamment de la quantité de travail disponible⁶⁹. L’organisation du travail sur appel doit évidemment respecter les règles impératives sur le contrat de travail (cf. art. 361 et 362 CO)⁷⁰.

56 **Contrat de durée indéterminée** – Le travail sur appel prend généralement la forme d’un contrat de durée indéterminée qui peut et doit être résilié selon les règles propres à ce type de contrat (cf. art. 335 ss CO).

57 **Obligations des parties** – Le travailleur est à disposition de son employeur. Il ne peut en principe refuser d’accomplir une prestation de travail lorsqu’il est sollicité. L’employeur doit de son côté fournir un nombre d’heures de travail plus ou moins constant qui permette au travailleur de percevoir une rémunération convenable. Selon le Tribunal fédéral, lorsqu’il permet une diminution brutale du volume mensuel de travail, le contrat de travail vide de sa substance la protection impérative liée au délai de congé (cf. art. 335c CO)⁷¹. Autrement dit, le contrat de travail sur appel se résilie comme tout autre contrat de travail de durée indéterminée, et le travailleur sur appel a droit à son salaire jusqu’à l’échéance du délai de congé. Ce salaire est calculé sur la base de la moyenne des rémunérations perçues pendant une période déterminée équitablement⁷².

58 **Disponibilité du travailleur** – La prestation de travail comprend non seulement le travail effectif, mais aussi la disponibilité du travailleur qui se tient à disposition de son employeur. Il en résulte que le temps d’attente doit également être rémunéré, généralement à un tarif inférieur que les heures de travail effectif⁷³. Selon certaines jurisprudences cantonales, une indemnité correspondant à 25 % du salaire horaire est équitable⁷⁴. On admet cependant que les parties peuvent convenir que le salaire pour l’activité principale inclut l’indemnisation du temps d’attente⁷⁵.

59 **Prévisibilité** – L’employeur n’est pas autorisé à moduler l’horaire et le volume de travail selon son bon vouloir (cf. notamment les art. 319, 321c al. 1, 321d al. 2 et 328 CO). Le travailleur doit pouvoir compter sur une certaine prévisibilité. Les parties devraient donc définir dans le contrat les éléments essentiels de l’organisation du travail sur une base mensuelle : nombre d’heures de travail

⁶⁹ ATF 124 III 249, c. 2a, JdT 1999 I 275 (trad.).

⁷⁰ ATF 125 III 65, c. 3b = JdT 2000 I 355 = SJ 1999 I 293.

⁷¹ ATF 125 III 65, c. 4b = JdT 2000 I 355 = SJ 1999 I 293 ; TF 4A_509/2009 du 7 janvier 2010, c. 2.3.

⁷² ATF 125 III 65, c. 5 = JdT 2000 I 355 = SJ 1999 I 293.

⁷³ ATF 124 III 249, c. 3, JdT 1999 I 275 (trad.).

⁷⁴ CAPH/GE du 20 décembre 2006, c. 3.3, in : JAR 2007, p. 433.

⁷⁵ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 6 ad « Travail à temps partiel », p. 410. Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte : ATF 124 III 249, c. 3c, JdT 1999 I 275 (trad.).

minimales et maximales ; jours de travail ; tranches horaires ; rémunération⁷⁶. On rappellera, dans ce contexte, que lorsque le rapport de travail a été convenu pour une durée indéterminée ou pour plus d'un mois, l'employeur est tenu de communiquer par écrit au travailleur le montant du salaire et des éventuels suppléments salariaux, ainsi que la durée hebdomadaire du travail (cf. art. 330b al. 1 let. d et e CO). Enfin, l'employeur doit communiquer ses besoins le plus tôt possible au travailleur (cf. art. 321d al. 2 CO).

3. Travail auxiliaire (ou occasionnel)

Notion – Le travail auxiliaire ou occasionnel intervient lorsque l'employeur a besoin de temps en temps des prestations d'un travailleur (par exemple : pour servir dans une auberge de campagne dont la clientèle afflue en cas de beau temps). Il comporte certaines similitudes avec le contrat de travail sur appel du fait que l'employeur « fait appel » à l'employé en fonction des besoins de l'entreprise. Il s'en distingue cependant dans la mesure où les parties conservent chacune une plus grande liberté.

Régime juridique – Le travail auxiliaire repose sur la multiplication des contrats de travail de durée déterminée⁷⁷. En effet, chaque fois que la personne sollicitée offre sa prestation de travail, il y a conclusion d'un contrat de travail de durée déterminée qui prend fin par la simple expiration de l'engagement prévu. Une fois le contrat terminé, l'employeur n'a pas d'obligation de faire appel une nouvelle fois au travailleur. De son côté, le travailleur ne se tient pas à disposition de l'employeur et peut refuser une nouvelle prestation de travail⁷⁸.

Contrats successifs – Le travail auxiliaire trouve sa limite dans l'interdiction des « contrats en chaîne »⁷⁹. Lorsque les engagements occasionnels sont réguliers, on doit se demander si l'on n'est pas en présence d'un contrat de travail de durée indéterminée, avec toutes les conséquences qui en découlent⁸⁰.

⁷⁶ STAEHELIN, ZK 2006, N 59 ad art. 319 CO, p. 43.

⁷⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad « Travail à temps partiel », p. 407 ; ArbG/ZH du 11 juin 2008, in : JAR 2009, p. 698.

⁷⁸ CAPH/GE du 20 décembre 2006, c. 2.2, in : JAR 2007, p. 433 ; TAppello/TI du 24 août 1998, c. 4 et 5, in : JAR 1999, p. 115 ; TA/NE du 4 juillet 1996, c. 3, in : RJN 1996, p. 238.

⁷⁹ TF 28 juillet 1999, in : SARB 2000, p. 907.

⁸⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 5 ad « Travail à temps partiel », pp. 408 s. ; STAEHELIN, ZK 2006, N 56 ad art. 319 CO, pp. 41 s.

V. Contrats de travail spécifiques

63 **Diversité des contrats spécifiques** – L'ordre juridique suisse connaît certains contrats de travail spécifiques qui sont régis en partie par d'autres règles que celles relatives au contrat individuel de travail (art. 319 à 342 CO). Il en va ainsi des contrats individuels de travail à caractère spécial, du contrat de travail temporaire et de quelques contrats mixtes. On mentionnera aussi dans ce contexte deux situations particulières : le cas de l'employé qui est également administrateur de la société qui l'emploie, d'une part, et le cas du contrat de travail conclu avec un employeur qui fait partie d'un groupe de sociétés, d'autre part.

1. Contrats individuels de travail à caractère spécial

64 **Contrat d'apprentissage** – Le contrat d'apprentissage est un contrat de travail spécial dont le but principal consiste à permettre à l'apprenti de se former à l'exercice d'une profession déterminée conformément aux règles du métier (cf. art. 344 CO). La relation entre le maître d'apprentissage et l'apprenti est soumise aux art. 344-346a CO, ainsi qu'à certaines dispositions de la loi fédérale sur la formation professionnelle (LFPr)⁸¹.

65 **Contrat d'engagement des voyageurs de commerce** – Le contrat d'engagement des voyageurs de commerce est un contrat de travail spécial qui se caractérise par le fait que l'employé est chargé de négocier ou de conclure des affaires pour le compte de son employeur, et qu'il accomplit son activité de manière itinérante (cf. art. 347 al. 1 CO). La délimitation entre le contrat d'engagement des voyageurs de commerce, contrat de travail spécial soumis aux art. 347-350a CO, et le contrat d'agence, contrat de mandat spécial soumis aux art. 418a-418v CO, n'est pas toujours aisée⁸². L'activité de voyageur de commerce est également régie par la loi fédérale sur le commerce itinérant⁸³.

66 **Contrat de travail à domicile** – Le contrat de travail à domicile est un contrat de travail spécial qui présente les particularités que le travailleur exécute le travail dans son propre logement ou dans un autre local de son choix, et qu'il peut se faire aider par des membres de sa famille (cf. art. 351 CO). Le contrat est soumis aux art. 351-354 CO ainsi qu'à certaines règles de la loi fédérale sur le travail à domicile (LTrD)⁸⁴.

⁸¹ RS 412.10.

⁸² WYLER, pp. 64 s.

⁸³ RS 943.1.

⁸⁴ RS 822.31.

Application des dispositions sur le contrat individuel de travail – Notons que les art. 319 ss CO s'appliquent à titre supplétif au contrat d'apprentissage, au contrat d'engagement des voyageurs de commerce ainsi qu'au contrat de travail à domicile (cf. art. 355 CO).

67

2. Contrat de travail temporaire

Relation triangulaire – Le contrat de travail temporaire ou intérimaire est un contrat de travail atypique qui s'inscrit dans le cadre d'une relation dite « triangulaire » mettant en relation une agence temporaire, une entreprise utilisatrice et un travailleur⁸⁵.

68

Contrat de location de services – Il s'agit d'un contrat innommé *sui generis*, comportant des aspects du contrat de mandat, par lequel une agence temporaire (bailleresse de service) s'engage, moyennant rémunération, à mettre à disposition de l'entreprise utilisatrice (locataire de services) un travailleur pendant une certaine durée ou pour une certaine mission, et à abandonner à celle-ci l'essentiel de ses pouvoirs de direction à l'égard du travailleur (cf. art. 26 OSE)⁸⁶. Le contrat de location de services est principalement régi par les articles 22 LSE et 50 OSE. En pratique, les agences temporaires prévoient souvent des conditions générales de location de services qui entrent en vigueur dès l'acceptation par l'entreprise utilisatrice d'un travailleur temporaire.

69

Contrat de travail – L'agence temporaire conclut un contrat de travail avec le travailleur temporaire qu'elle loue à l'entreprise utilisatrice. Ce contrat est soumis aux dispositions du Code des obligations sur le contrat de travail (art. 319 ss CO), ainsi qu'à des règles spécifiques, prévues à l'art. 19 de la loi fédérale sur le service de l'emploi (LSE) : ces règles prévoient notamment la forme écrite (al. 1-3 ; cf. aussi art. 48 OSE) ainsi que des délais de résiliation particulièrement brefs pendant les six premiers mois de service (al. 4). L'article 20 alinéa 1 LSE prévoit quant à lui que lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une convention collective de travail étendue, le bailleur de services doit appliquer au travailleur celles des dispositions de la convention qui concernent le salaire et la durée du travail.

70

Convention collective de travail de la branche du travail temporaire – Une convention collective de travail de la branche du travail temporaire a été conclue par les partenaires sociaux concernés, le 17 mars 2009 et le 15 juillet 2011. Elle prévoit notamment un salaire minimal, un temps de travail hebdomadaire normal de 42 heures, cinq semaines de vacances pour les travailleurs âgés d'au moins 50 ans révolus, ainsi qu'une assurance perte de gains. En date du 13 dé-

71

⁸⁵ MATILE/ZILLA, pp. 7 ss.

⁸⁶ ATF 137 V 114, c. 4.2.1 ; CJ/GE du 19 janvier 2007, c. 2.2, in : JAR 2008, p. 370.

cembre 2011, le Conseil fédéral a étendu le champ d'application de cette convention collective pour les entreprises de location de services de taille moyenne et grande, ainsi qu'aux travailleurs loués par ces entreprises, pour la période allant du 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2014⁸⁷. L'extension du champ d'application est opérante, même si une autre convention collective s'applique à une entreprise locataire de services. Si l'autre convention collective est une convention étendue ou une convention mentionnée dans l'annexe 1 de la convention de la branche du travail temporaire, cette dernière reprend les dispositions de l'autre convention sur les salaires, le temps de travail, les vacances, les jours fériés ainsi que les éventuelles dispositions sur la retraite-vieillesse flexible.

- 72 **Contrat-cadre et contrat de mission** – En pratique, comme l'a relevé le Tribunal fédéral, l'agence temporaire ne conclut pas, dans un premier temps, de véritable contrat de travail avec le travailleur temporaire, mais plutôt « un contrat-cadre, soit une convention générale de services permettant d'obtenir l'adhésion du travailleur à ses conditions de travail. Elle lui propose ensuite un contrat de mission dans une entreprise tierce. Si le travailleur accepte la mission offerte, alors il conclut un contrat de travail effectif avec l'agence de placement⁸⁸. » En principe, chaque nouvelle mission donne lieu à la conclusion d'un nouveau contrat de travail de durée déterminée ; entre deux missions, le rapport est en général interrompu, et aucun salaire n'est dû. Le travailleur temporaire est alors libre d'accepter ou de refuser une nouvelle mission, mais n'a, en revanche, pas le droit d'exiger que l'agence temporaire lui en propose une⁸⁹.
- 73 **Relation « quasi-contractuelle »** – Le travailleur temporaire n'est lié à l'entreprise utilisatrice par aucun contrat, même si c'est entre eux que se noue la véritable relation de travail⁹⁰. Toutefois, pour l'exécution de son travail, le travailleur temporaire est nécessairement subordonné au locataire de services auquel l'agence temporaire a cédé une part importante de son pouvoir de direction⁹¹. La jurisprudence en a déduit que le travail temporaire faisait naître des relations « quasi-contractuelles » entre le travailleur temporaire et l'entreprise utilisatrice⁹². Il n'en résulte cependant pas la présomption d'une relation contractuelle de fait, au sens de l'art. 320 al. 2 CO⁹³.

⁸⁷ Arrêté du Conseil fédéral étendant le champ d'application de la convention collective de travail de la branche du travail temporaire du 13 décembre 2011, in : FF 2011 8459.

⁸⁸ TF 4C.356/2004, c. 2.3.

⁸⁹ CAPH/GE du 12 février 1998, c. 3a, in : JAR 1999, p. 300.

⁹⁰ TC/VD du 2 septembre 2010, c. 4, in : JAR 2011, p. 596 ; KG/SG du 20 juillet 2009, c. 3c, in : JAR 2010, p. 570.

⁹¹ CAPH/GE du 12 février 1998, c. 3a, in : JAR 1999, p. 300.

⁹² TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.3.1 ; TF du 7 juillet 1954, in : SJ 1955, p. 353 ; PORTMANN, BaK 2011, N 23 ad art. 319 CO, p. 1806.

⁹³ TF 4C.245/2006 du 12 décembre 2006, c. 3.

3. Contrats mixtes

Contrat de conciergerie – Il s'agit d'un contrat mixte, qui combine des prestations du contrat individuel de travail et du contrat de bail à loyer, en sorte qu'il est régi par le droit du contrat de travail pour ce qui a trait à l'activité de conciergerie et par le droit du bail pour la cession de l'usage du logement mis à disposition du concierge⁹⁴. S'agissant de la fin du contrat, on applique les règles sur la résiliation du contrat de travail, si l'on estime que le travail constituait la prestation déterminante ou, au contraire, les règles du contrat de bail à loyer, si la location était la composante prépondérante⁹⁵.

74

Contrat partiaire – Il s'agit d'un contrat dans lequel la rémunération du prestataire de services dépend du résultat économique de l'activité exercée ou de l'affaire. Dans une jurisprudence ancienne, le Tribunal fédéral a considéré qu'il s'agissait d'un contrat *sui generis*⁹⁶. Lorsque la relation est caractérisée par un rapport de subordination, il paraît toutefois plus juste de la considérer comme une relation de travail, soumise aux art. 319 ss CO, dont la caractéristique est de prévoir une rémunération variable liée au profit de l'activité (cf. art. 322b CO)⁹⁷.

75

Contrat de partenariat – Il peut arriver qu'un travailleur soit également partie à un contrat de partenariat ou à un pacte d'actionnaires relatifs à la société qui l'emploie⁹⁸. Souvent, le contrat de travail et le contrat de partenariat sont étroitement liés : le collaborateur n'est pas disposé à travailler pour le groupe sans disposer d'un contrat de partenariat, et le groupe n'est pas disposé à lui reconnaître, selon le contrat de partenariat, la qualité et les prérogatives d'un associé, s'il ne travaille pas. Dans une situation de ce genre, le Tribunal fédéral a considéré qu'il était possible de retenir, sans arbitraire, que les deux contrats n'en constituaient en réalité qu'un seul, qui était mixte ou composé. Il n'était par conséquent pas arbitraire non plus d'admettre que le Tribunal des prud'hommes était compétent pour l'ensemble des prétentions en cause, à l'exception du tribunal ordinaire, alors même que certaines de ces prétentions reposaient exclusivement sur le contrat dit de partenariat⁹⁹.

76

⁹⁴ ATF 131 III 566, c. 3.1 = SJ 2005 I 561 ; CM/GE du 5 novembre 1980, in : SJ 1981 593, c. 4.

⁹⁵ ATF 131 III 566, c. 3.1 = SJ 2005 I 561 ; CM/GE du 5 novembre 1980, in : SJ 1981 593, c. 4 ; DIETSCHY, N 30, p. 21 ; TERCIER/FAVRE, N 3270, p. 478.

⁹⁶ ATF 106 II 45, c. 3 = JdT 1980 I 600 = SJ 1981 41.

⁹⁷ AUBERT, CR 2012, N 33 ad art. 319 CO, p. 1971 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 9 ad art. 319 CO, p. 40.

⁹⁸ TF 4A_453/2010 du 18 novembre 2010 ; TC/VD du 12 août 2008, c. V.b, in : JAR 2009, p. 651.

⁹⁹ TF 4A_453/2010 du 18 novembre 2010, c. 4.3.

77 **Travailleur libre** – Le travailleur libre est un prestataire de services qui déploie son activité professionnelle de manière relativement indépendante, tant du point de vue temporel que matériel, mais qui dépend fortement d'un point de vue économique d'une entreprise déterminée¹⁰⁰. Selon le Tribunal fédéral, comme cette catégorie d'intervenants ne répond clairement ni à la définition du travailleur ni à celle de l'indépendant, il convient de déterminer de cas en cas si les art. 319 ss CO peuvent s'appliquer, par analogie, pour mettre ces personnes au bénéfice d'une partie des normes protectrices du droit du travail, sans les assimiler toutefois entièrement au travailleur¹⁰¹.

4. L'employé-administrateur d'une personne morale

78 **Directeur ou administrateur** – D'un point de vue contractuel, les directeurs et sous-directeurs sont généralement liés à la personne morale par un contrat de travail, alors que les membres des organes supérieurs, tels les administrateurs, sont eux liés par un contrat innommé, analogue au mandat¹⁰².

79 **Double relation** – Il est cependant possible que l'administrateur soit considéré comme un employé et non un mandataire de la société s'il est effectivement subordonné à celle-ci et qu'il y déploie une activité à titre de profession principale¹⁰³. Selon le Tribunal fédéral, il existe alors une double relation juridique, le contrat de travail venant se superposer au rapport d'organe régi par le droit des sociétés. Les deux relations juridiques doivent être clairement distinguées lorsqu'il s'agit de la naissance, des effets et de la fin des rapports contractuels : les règles de chaque domaine s'appliquent de manière parallèle et indépendante¹⁰⁴. Il en résulte, par exemple, que si la société veut se séparer de son collaborateur, elle doit respecter les règles sur la fin du contrat de travail et sur la fin du rapport d'organe¹⁰⁵.

80 **Actionnaire unique** – Ne peut, en revanche, être considéré comme employé d'une société la personne qui en est à la fois actionnaire et administrateur unique.

¹⁰⁰ PORTMANN, BaK 2011, N 48 ad art. 319 CO, p. 1811 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 45 ss ad art. 319 CO, pp. 36 ss.

¹⁰¹ TF 4P.36/2005 du 24 mai 2005, c. 2.3 ; TF 4P.83/2003 du 9 mars 2004, c. 3.2 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 319 CO, p. 76 ; TERCIER/FAVRE, N 5006, p. 749.

¹⁰² ATF 128 III 129, c. 1a, JdT 2003 I 10 (trad.), SJ 2002 I 389 (trad.) ; ATF 125 III 78, c. 4, SJ 1999 I 385 (trad.).

¹⁰³ ATF 130 III 213, c. 2.1, JdT 2004 I 223 (trad.) ; HEINZER, Panorama I, pp. 350 ss.

¹⁰⁴ ATF 130 III 213, c. 2.1, JdT 2004 I 223 (trad.) ; WYLER, pp. 66-68.

¹⁰⁵ ATF 128 III 129, c. 1a et 1b, JdT 2003 I 10 (trad.), SJ 2002 I 389 (trad.) ; HEINZER, Panorama I, pp. 355 ss.

Dans ce cas, il y a en effet identité économique entre la personne morale et son organe dirigeant, et il n'existe aucun rapport de subordination¹⁰⁶.

5. Employeur faisant partie d'un groupe de sociétés

Notion – Un groupe de sociétés existe lorsque plusieurs sociétés juridiquement indépendantes sont réunies sous une direction économique unique. En principe, les sociétés dominées (ou sociétés filles) peuvent se prévaloir de leur indépendance par rapport à la société dominante (société mère) et elles n'agissent généralement pas au nom du groupe¹⁰⁷. 81

Détermination de l'employeur – Lorsque les rapports de travail s'inscrivent dans un groupe de sociétés, il n'est pas toujours aisé de déterminer quel est le véritable employeur, car l'entité qui apparaît dans le contrat de travail n'est pas forcément celle auprès de laquelle la prestation de travail est effectuée¹⁰⁸. Il est d'ailleurs fréquent qu'une société apparaisse comme l'employeur et qu'elle prête ses employés à d'autres sociétés du même groupe. La loi ne l'interdit pas, pour autant que ce procédé soit prévu expressément ou tacitement dans le contrat de travail (cf. art. 333 al. 4 CO)¹⁰⁹. 82

Un seul employeur – Selon une conception traditionnelle, les rapports de travail ne peuvent être noués qu'avec une seule société¹¹⁰. Des variantes sont cependant possibles. Ainsi, dans un cas où un travailleur était employé à plein temps par deux sociétés d'un groupe, le Tribunal fédéral a considéré qu'il fallait admettre que ces entités étaient liées entre elles par un contrat de société simple dont le but était l'utilisation des services du travailleur et qu'elles répondaient dès lors solidairement pour l'ensemble des dettes à l'égard du travailleur¹¹¹. 83

Prise en compte de la réalité économique – La tendance la plus récente est de protéger le travailleur qui ne doit pas être préterité par la complexité de l'organisation du groupe et les ambiguïtés qui peuvent en résulter. Ainsi, la théorie de la transparence (« *Durchgriff* ») permet de lever le voile social et d'invoquer l'identité économique avec la société dominante lorsque le fait 84

¹⁰⁶ ATF 125 III 78, c. 4, SJ 1999 I 385 (trad.) ; HEINZER, Panorama I, pp. 350 s.

¹⁰⁷ ATF 137 III 550, c. 2.3.1 ; TF 4C.217/2003 du 29 janvier 2004, c. 3.3.

¹⁰⁸ AUBERT, CR 2012, N 26 ad art. 319 CO, p. 1969 ; OG/ZH du 19 novembre 2007, c. 4, in : JAR 2010, p. 666.

¹⁰⁹ ATF 132 III 32, c. 5.1 = JdT 2006 I 257 = SJ 2006 I 193 ; CAPH/GE du 3 juin 2009, c. 4.2.2.2, in : JAR 2010, p. 507. Cf. aussi CARRUZZO, N 4 ad art. 319 CO.

¹¹⁰ ATF 130 III 213, c. 2.2.1, JdT 2004 I 223.

¹¹¹ TF 4C.41/1999 du 12 juillet 2000, c. 5.

d'opposer l'indépendance juridique des deux entités constitue un abus de droit au sens de l'article 2 al. 2 CC¹¹².

- 85 **Apparence d'unité** – Dans certains cas, la responsabilité de la société dominante est engagée en vertu d'un fondement propre, par exemple lorsqu'elle déçoit la confiance de tiers ou doit se laisser imputer des déclarations propres à faire naître une obligation. Il peut exister une confusion des sphères lorsqu'extérieurement, l'identité d'une société-fille ne peut plus être distinguée de celle de la société mère, en particulier lorsqu'une « apparence d'unité est créée par des signes extérieurs tels que des raisons sociales identiques ou très semblables, des sièges sociaux, des locaux, des organes, du personnel ou des coordonnées téléphoniques identiques »¹¹³.

¹¹² ATF 137 III 550, c. 2.3.1

¹¹³ ATF 137 III 550, c. 2.3.1 et 2.3.2.

Art. 320

II. Formation

¹ Sauf disposition contraire de la loi, le contrat individuel de travail n'est soumis à aucune forme spéciale.

² Il est réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire.

³ Si le travailleur fournit de bonne foi un travail pour l'employeur en vertu d'un contrat qui se révèle nul par la suite, tous deux sont tenus de s'acquitter des obligations découlant des rapports de travail, comme s'il s'agissait d'un contrat valable, jusqu'à ce que l'un ou l'autre mette fin aux rapports de travail en raison de l'invalidité du contrat.

II. Entstehung

¹ Wird es vom Gesetz nicht anders bestimmt, so bedarf der Einzelarbeitsvertrag zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form.

² Er gilt auch dann als abgeschlossen, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist.

³ Leistet der Arbeitnehmer in gutem Glauben Arbeit im Dienste des Arbeitgebers auf Grund eines Arbeitsvertrages, der sich nachträglich als ungültig erweist, so haben beide Parteien die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis in gleicher Weise wie aus gültigem Vertrag zu erfüllen, bis dieses wegen Ungültigkeit des Vertrages vom einen oder andern aufgehoben wird.

II. Formazione

¹ Salvo disposizione contraria della legge, il contratto individuale di lavoro non richiede per la sua validità forma speciale.

² Esso è considerato conchiuso anche quando il datore di lavoro accetta, per un certo tempo, l'esecuzione d'un lavoro, la cui prestazione secondo le circostanze non può attendersi senza salario.

³ Se il lavoratore, in buona fede, lavora al servizio del datore di lavoro in base ad un contratto che risulti successivamente nullo, ambedue devono adempiere gli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro come nel caso di contratto valido, fino a quando l'uno o l'altro mette fine al rapporto per invalidità del contratto.

Table des matières¹

	note marginale	page
I. Généralités	1	24
II. Conclusion et forme du contrat	4	25
1. Accord de volontés	4	25
2. Règle générale : pas d'exigence de forme.....	5	25

¹ L'auteur remercie M^{me} Virginie Panchaud, assistante diplômée à l'Université de Lausanne, pour l'aide précieuse apportée à la mise au point du commentaire de l'art. 320 CO.

	note marginale	page
3. Exceptions : exigence de forme écrite	7	26
a. Contrat d'apprentissage.....	7	26
b. Contrat d'engagement des voyageurs de commerce.....	8	27
c. Contrat d'engagement des marins	9	27
d. Contrat de travail temporaire (location de services).....	10	27
e. Forme réservée par les parties.....	12	29
III. Restrictions à la liberté contractuelle.....	13	29
1. Dispositions impératives.....	13	29
a. Code des obligations	14	30
b. Loi sur l'égalité	15	31
c. Loi sur le travail	16	32
d. Loi sur le service de l'emploi et la location de services	17	32
e. Convention collective de travail.....	18	34
f. Contrat-type de travail.....	19	34
2. Exigences de formes relatives à la validité des accords dérogatoires.....	20	35
IV. Conclusion tacite du contrat.....	21	35
1. Présomption	21	35
2. Exceptions au caractère irréfragable	24	37
a. Epoux	25	37
b. Rapport de filiation	26	38
c. Union libre	27	39
d. Partenariat enregistré.....	28	39
e. Bénévolat	29	40
V. Relation de fait en présence d'un contrat nul ou annulable	30	41
1. But de l'art. 320 al. 3 CO.....	30	41
2. Conditions d'application de l'art. 320 al. 3 CO et effets.....	31	41
a. Nullité du contrat	31	41
b. Travail fourni	32	42
c. Bonne foi du travailleur	33	42
d. Effet ex nunc	34	43
e. Absence d'autorisation.....	35	43
VI. Modification du contrat	36	44
VII. Phase précontractuelle.....	37	44
1. Culpa in contrahendo.....	37	44
2. Questions lors de l'entretien d'embauche	38	45

I. Généralités

- ¹ **Teneur actuelle** – Les alinéas 1 et 2 de l'art. 320 CO correspondent à la substance de l'art. 320 du Code des obligations du 30 mars 1911², laquelle était la suivante : « Sauf disposition contraire [321, 322, 324, 325, 358], le contrat de travail n'est soumis à aucune forme spéciale [11]. Il est notamment présumé conclu dès que du travail a été accepté pour un temps donné et que, d'après les circonstances, ce travail ne devait être fourni que contre un salaire. »

² RS 2 189, p. 251 ; RO 27 (1911) 321, p. 414.

Révision de 1971 – La révision du 25 juin 1971 n’a apporté que des modifications de nature rédactionnelle en ce qui concerne la forme du contrat (al. 1) et la présomption de sa conclusion (al. 2)³. Le troisième alinéa est une disposition nouvelle introduite par la loi du 25 juin 1971, qui s’applique aux rapports de travail fondés sur un contrat affecté d’un vice touchant à sa validité, au regard des règles générales du droit⁴. Depuis son entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1972, l’art. 320 CO n’a subi aucune modification.

Caractère impératif – Même si l’art. 320 CO n’est pas mentionné aux art. 361 et 362 CO, il est de nature absolument impérative⁵.

II. Conclusion et forme du contrat

1. Accord de volontés

Accord concordant – Conformément aux règles générales du droit des obligations, le contrat de travail est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d’une manière concordante, manifesté leur volonté (art. 1^{er} al. 1^{er} CO)⁶.

2. Règle générale : pas d’exigence de forme

Accord exprès ou tacite – Sauf disposition contraire de la loi, le contrat individuel de travail n’est soumis à aucune forme spéciale (art. 320 al. 1^{er} CO). La manifestation concordante de volonté peut être expresse ou tacite (art. 1^{er} al. 2 CO), étant précisé que la conclusion tacite d’un contrat intervient lorsque l’employeur accepte pour un temps donné l’exécution d’un travail qui, d’après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire (art. 320 al. 2 CO)⁷. En principe, l’accord de volonté devrait porter sur tous les points essentiels du contrat de travail (art. 2 al. 1^{er} CO), en particulier sur les prestations réciproques principales que sont la détermination de la prestation de travail et du salaire. La portée de cette exigence doit être relativisée en raison de la présomption de conclusion du contrat résultant des circonstances de fait (art. 320 al. 2 CO), d’une part, et de la règle selon laquelle le salaire usuel doit être payé au travailleur en l’absence d’accord à ce sujet, d’autre part (art. 322 al. 1^{er} CO). Si le salaire est un élément essentiel du contrat de travail, il n’est pas un élément nécessaire à sa conclusion. En règle générale, il est l’objet d’un accord de volonté entre parties.

³ Message 1967, spéc. pp. 304 et 305.

⁴ Message 1967, spéc. p. 305.

⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 17 ad art. 320 CO, p. 159.

⁶ Message 1967, spéc. p. 304.

⁷ Message 1967, spéc. p. 304.

A défaut d'accord, le salaire usuel doit être payé ; il est déterminé en fonction des usages locaux dans la branche ou l'entreprise pour des travaux semblables⁸.

- 6 **Obligation d'informer** – En vertu de l'art. 330b CO, une obligation d'informer le travailleur est à charge de l'employeur lorsque le rapport de travail a été conclu pour une durée indéterminée ou pour plus d'un mois. Cette obligation d'informer en la forme écrite porte sur les éléments du contrat de travail considérés comme essentiels, à savoir le nom des parties (a), la date du début du rapport de travail (b), la fonction du travailleur (c), le salaire et les éventuels suppléments salariaux (d) et la durée journalière ou hebdomadaire du travail (e)⁹. L'art. 330b CO a été introduit comme une mesure d'accompagnement à l'extension de l'accord sur la libre-circulation des personnes, afin de faciliter l'exécution des contrôles¹⁰. Il a une portée générale et s'applique à l'ensemble des rapports de travail soumis au Code des obligations. Cependant, le défaut d'information est dépourvu de sanction directe et n'affecte, en particulier, pas la validité du contrat¹¹.

3. Exceptions : exigence de forme écrite

a. Contrat d'apprentissage

- 7 **Forme écrite** – Selon l'art. 344a CO, le contrat d'apprentissage n'est valable que s'il est passé par écrit. La forme écrite porte sur tous les éléments énumérés à l'art. 344a al. 2 CO, soit la nature et la durée de la formation professionnelle, le salaire, le temps d'essai, l'horaire de travail et les vacances¹². Le défaut de respect de la forme écrite, sur un point essentiel du contrat, tels la nature et la durée de la formation professionnelle ou le salaire, est un vice de forme qui entraîne sa nullité¹³. En revanche, à notre avis, le défaut de respect de la forme écrite sur les éléments secondaires mentionnés à l'art. 344a al. 2 CO, tels que le temps d'essai, l'horaire de travail et les vacances, n'affecte pas la validité du contrat d'apprentissage, dans la mesure où les dispositions légales du Code des obligations et usuelles des professions concernées sont applicables à titre supplétif. Lorsque la prestation de travail a été fournie nonobstant la nullité du contrat, l'art. 320 al. 3 CO est applicable^{14 15}.

⁸ Message 1967, spéc. pp. 320-321 ; pour plus de précisions, voir dans le présent ouvrage, commentaire ad art. 322 CO.

⁹ Message 2004, spéc. p. 6206.

¹⁰ Message 2004, spéc. p. 6206.

¹¹ CARRUZZO, N 5 ad art. 320 CO, p. 16 ; WYLER, p. 87.

¹² ATF 132 III 753, c. 2.3, JdT 2007 I 239 (trad.), SJ 2007 I 253 (trad.).

¹³ Sur l'absence d'indication au sujet du salaire, ATF 132 III 753, c. 2.3, JdT 2007 I 239 (trad.), SJ 2007 I 253 (trad.).

¹⁴ ATF 132 III 753, c. 2.4, JdT 2007 I 239 (trad.), SJ 2007 I 253 (trad.).

b. Contrat d'engagement des voyageurs de commerce

Forme écrite – Selon l'art. 347a al. 1 CO, le contrat doit être conclu par écrit et régler notamment la durée et la fin du contrat (a), les pouvoirs du voyageur (b), la rémunération et le remboursement des frais (c), le droit applicable et le for lorsqu'une des parties est domiciliée à l'étranger (d). Le défaut de respect de l'exigence de forme écrite n'affecte pas la validité du contrat¹⁶. En effet, dans cette hypothèse, l'art. 347a al. 2 CO précise que les questions non réglées par contrat écrit le seront par les dispositions légales et, au surplus, par les conditions habituelles de travail. L'objectif principal de l'exigence de forme écrite est de clarifier les rapports entre parties¹⁷. 8

c. Contrat d'engagement des marins

Forme écrite – Le contrat d'engagement des marins servant à bord des navires suisses, quelle que soit leur nationalité, est régi par les articles 68 et ss LNM¹⁸. Le contrat d'engagement doit être conclu en la forme écrite (art. 69 al. 2 LNM). L'exigence de forme écrite est une condition nécessaire à la validité du contrat¹⁹; elle porte sur tous les éléments mentionnés à l'art. 70 LNM; cette disposition reprend les éléments figurant dans la convention de l'OIT n° 22 sur le contrat d'engagement des marins du 24 juin 1926²⁰. En raison du renvoi supplétif général au Code des obligations figurant à l'art. 68 al. 2 LNM, en cas de nullité du contrat, notamment en raison du défaut de respect de la forme écrite, l'art. 320 al. 3 CO est applicable. 9

d. Contrat de travail temporaire (location de services)

Forme écrite – En règle générale, le bailleur de services doit conclure un contrat écrit avec le travailleur (art. 19 al. 1 LSE). Il doit, en principe, être conclu avant l'entrée en fonction, à moins que l'urgence ne permette plus la conclusion d'un 10

¹⁵ Au surplus, voir dans le présent ouvrage, commentaire ad art. 344a CO.

¹⁶ CARRUZZO, N 5 ad art. 320 CO, p. 16.

¹⁷ AUBERT D., N 401, p. 92; voir dans le présent ouvrage, commentaire ad art. 347a CO.

¹⁸ Loi fédérale du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse (RS 747.30).

¹⁹ Message 1952, spéc. p. 300.

²⁰ Cette convention a été remplacée par la Convention du travail maritime de 2006 de l'OIT. L'exigence du respect de la forme écrite n'est pas expressément précisée, toutefois elle se déduit des différentes normes relatives à l'engagement de marins, en particulier de la norme A2.1 du Code de la convention de travail maritime, « http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_090215.pdf » (consulté le 27.06.2012).

contrat écrit, auquel cas il devra être rédigé et signé dans les plus brefs délais (art. 48 al. 1 OSE). En cas d'urgence, les parties peuvent renoncer définitivement à conclure un contrat écrit si la durée de la mission n'excède pas six heures (art. 48 al. 2 OSE). Selon l'art. 19 al. 2 LSE, le contrat écrit doit régler le genre de travail à fournir (a), le lieu de travail et le début de l'engagement (b), la durée de l'engagement ou le délai de congé (c), l'horaire de travail (d), le salaire, les indemnités et allocations éventuelles, ainsi que les déductions afférentes aux assurances sociales (e), les prestations dues en cas d'heures supplémentaires, de maladie, de maternité, d'accident, de service militaire et de vacances (f), les dates de paiement du salaire, des allocations et des autres prestations (g). La forme écrite est respectée lorsque les éléments susmentionnés résultent du rapprochement de plusieurs documents, lesquels se concrétisent généralement dans un contrat-cadre qui contient les conditions générales d'emploi, complété par un contrat de mission comprenant les conditions concrètes de chaque engagement²¹. Le respect de la forme écrite n'est pas déterminant pour la validité de la conclusion du contrat ; elle n'a qu'une fonction de preuve et de protection du travailleur²². Si les exigences relatives à la forme et au contenu du contrat de travail ne sont pas remplies, les conditions de travail selon les usages locaux et professionnels ou les dispositions légales en la matière sont applicables (art. 319 et ss CO), à moins que des conditions plus favorables n'aient été conclues verbalement (art. 19 al. 3 LSE). Ainsi, l'art. 320 al. 3 CO n'est pas applicable, la volonté du législateur étant notamment de ne pas priver le travailleur de la protection liée à la résiliation des rapports de travail en présence d'un vice de forme²³.

- 11 **CCT travail temporaire étendue** – Par arrêté du 13 décembre 2011²⁴, le Conseil fédéral a étendu le champ d'application de la convention collective de travail de la branche du travail temporaire, laquelle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012²⁵. La CCT pour le travail temporaire est applicable dans toute la Suisse (art. 1 CCT). Elle contient des dispositions relatives au salaire minimum (art. 20), aux suppléments de salaire (art. 24), à l'indemnisation et à l'assurance en cas de perte de gain résultant d'une maladie (art. 28 et 29). Les clauses étendues de la convention s'appliquent impérativement aux employeurs et travailleurs auxquels la convention a été étendue (art. 4 LECCT), de sorte que la liberté des parties s'en trouve réduite. En effet, il n'est pas possible de déroger au détriment des travailleurs aux dispositions qui régissent directement les rapports entre employeurs et travailleurs (art. 4 al. 2 LECCT, 357 et 341 CO). L'extension s'applique sur tout le territoire suisse. Elle concerne toutes les entreprises qui sont titulaires d'une

²¹ Message 1985, spéc. p. 586.

²² MATILE/ZILLA, p. 107.

²³ Message 1985, spéc. p. 587.

²⁴ Arrêté du Conseil fédéral étendant le champ d'application de la convention collective de travail de la branche du travail temporaire, FF 2011 8459.

²⁵ L'extension prononcée le 13 décembre 2011 porte sur la période du 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2014, FF 2011 8459, spéc. p. 8460.

autorisation de location de services fédérale ou cantonale conformément à la loi sur le service de l'emploi et la location de services (a) et qui sont assurées dans la classe 70C de la SUVA conformément à l'art. 66 LAA (b) et qui ont, en ce qui concerne les travailleurs loués, une masse salariale d'au moins un million deux cent mille francs par année civile (c). Sont exclus du champ d'application de l'extension les travailleurs dont le salaire dépasse le gain maximal assuré par la SUVA (art. 22 OLAA²⁶) ainsi que les travailleurs qui sont loués par des entreprises agricoles en difficulté²⁷.

e. Forme réservée par les parties

Forme écrite – Conformément à l'art. 16 CO, les parties peuvent convenir que la forme réservée est une condition de validité du contrat. En principe, la forme réservée est une condition de validité de l'acte lorsqu'elle a trait à l'exercice de droits formateurs, étant précisé que cette présomption peut être renversée²⁸. Toutefois, en ce qui concerne la conclusion du contrat de travail, l'exigence de forme convenue par les parties présente un intérêt très limité. En effet, aux conditions prévues par l'art. 320 al. 2 CO, le contrat est tacitement conclu, nonobstant le non-respect de la forme convenue, lorsque le travailleur a effectivement débuté son activité²⁹ avec le consentement, même tacite, d'un organe ou d'un représentant autorisé de l'employeur³⁰. En revanche, l'exigence de forme solennelle présente un intérêt particulier pour les modifications des contrats de travail, auxquelles la présomption de l'art. 320 al. 2 CO ne s'applique pas.

12

III. Restrictions à la liberté contractuelle

1. Dispositions impératives

Code des obligations et lois spéciales – La liberté contractuelle des parties (art. 19 CO) est restreinte par les dispositions impératives de la loi. En ce qui concerne les rapports de droit privé entre employeurs et travailleurs, les art. 361 et 362 CO contiennent une énumération des dispositions impératives relatives au contrat de travail, liste qui n'est cependant pas exhaustive³¹. Nombres de restrictions figurent dans les lois spéciales, telles que la Loi fédérale du 24 mars 1995

13

²⁶ Valeur 2012 : 126'000 fr. par an.

²⁷ Art. 2 de l'arrêté du Conseil fédéral, FF 2011 8459.

²⁸ ATF 128 III 212, c. 2b = SJ 2002 I 581 ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 16 ad art. 320 CO, pp. 76 s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 320 CO, pp. 134-135.

²⁹ KG/SG du 23 juillet 2007, in : JAR 2008, p. 460, c. 5.

³⁰ TF 4C.307/2001 du 14 mars 2002, c. 2b et c.

³¹ ATF 132 III 32, c. 4.2.2 = JdT 2006 I 257 = SJ 2006 I 193.

sur l'égalité entre hommes et femmes (LEg)³², la Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr)³³, la Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE)³⁴. D'autres lois et ordonnances contiennent de telles restrictions. Il est notamment fait référence aux nombreuses ordonnances rendues en matière de prévention des accidents et des maladies professionnelles, à la Loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation³⁵ (en particulier art. 63 LA), à l'Ordonnance du 14 novembre 1973 sur l'aviation (OSAv)³⁶, à la Loi fédérale du 8 octobre 1971 sur le travail dans les entreprises de transports publics (LDT)³⁷, à l'Ordonnance du 26 janvier 1972 sur le travail dans les entreprises de transports publics (OLDT)³⁸, aux Ordonnances du 19 juin 1995 et du 6 mai 1981 sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles (OTR 1)³⁹ et sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules légers affectés au transport de personnes et de voitures de tourisme lourdes (OTR 2)⁴⁰. Compte tenu de leurs spécificités, elles ne sont pas examinées dans le présent commentaire. Des limitations peuvent également résulter de l'application d'une convention collective de travail ou d'un contrat-type.

a. Code des obligations

14

Art. 361 et 362 CO – L'art. 361 CO contient une énumération des dispositions absolument impératives du titre dixième du Code des obligations. Il n'est possible d'y déroger ni au détriment de l'employeur ni au détriment du travailleur, toute dérogation étant absolument nulle⁴¹. L'art. 362 CO contient une liste des dispositions relativement impératives, lesquelles ne peuvent être exclues ou modifiées au détriment du travailleur. Ces restrictions s'appliquent également aux contrats-types de travail et aux conventions collectives (art. 361 al. 2 et 362 al. 2 CO). Cependant, les énumérations figurant aux art. 361 et 362 CO ne sont pas exhaustives⁴². Par exemple, nonobstant le texte de l'art. 321c al. 3 CO, le droit à la rétribution des heures supplémentaires revêt un caractère impératif en l'absence

³² RS 151.1.

³³ RS 822.11.

³⁴ RS 823.11.

³⁵ RS 748.0.

³⁶ RS 748.01, spécialement art. 30 à 37.

³⁷ RS 822.21.

³⁸ RS 822.211.

³⁹ RS 822.221.

⁴⁰ RS 822.222.

⁴¹ Message 1967, spéc. p. 298.

⁴² ATF 124 III 469, c. 2a = JdT 1999 I 354 ; ATF 132 III 32, c. 4.2.2.2 et 4.2.2.3 = JdT 2006 I 257 = SJ 2006 I 193. Pour plus de précisions, voir dans le présent ouvrage, commentaire ad art. 361 et 362 CO.

d'un accord formellement valable et antérieur à leur accomplissement⁴³. En ce qui concerne les transferts d'entreprises, l'art. 333 CO présente un caractère impératif en ce qui concerne le transfert automatique des rapports de travail (al. 1) et la solidarité entre l'ancien employeur et l'acquéreur⁴⁴.

b. Loi sur l'égalité

Interdiction de discriminer – Entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1996, la Loi du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg) a pour but de promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes. Elle s'applique aux rapports de travail régis par le Code des obligations (art. 2 LEg). L'interdiction de toute discrimination s'applique à tous les aspects de la relation de travail, notamment à la phase précontractuelle de l'embauche ainsi qu'aux conditions contractuellement convenues. En particulier, l'attribution des tâches et la rémunération ne doivent pas être discriminatoires (art. 3 al. 2 LEg). L'interdiction de discriminer est absolument impérative. La faute ne joue aucun rôle⁴⁵. En cas de discrimination portant sur un refus d'embauche, le tribunal peut condamner l'employeur à verser au candidat une indemnité qui n'excèdera pas le montant correspondant à trois mois du salaire auquel il aurait vraisemblablement eu droit ; lorsque plusieurs personnes prétendent au versement d'une telle indemnité, la somme totale des indemnités n'excèdera pas non plus ce montant (art. 5 al. 3 et 4 LEg). Dans les domaines exhaustivement énumérés à l'art. 6 LEg, il est instauré un allègement du fardeau de la preuve. Ce dernier ne s'applique pas à l'embauche, pour laquelle il appartient à la partie qui se prévaut de la discrimination de la prouver (art. 8 CC). S'agissant des éléments liés à la conclusion du contrat, l'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable, en ce qui concerne notamment le salaire, l'attribution des tâches et l'aménagement des conditions de travail. Pour que le fardeau de la preuve soit renversé, il suffit que la personne employée qui se plaint d'une discrimination liée au sexe établisse la vraisemblance d'une différence de traitement avec son ou ses collègues de l'autre sexe, ayant une position semblable dans l'entreprise avec des cahiers des charges comparables⁴⁶. Il est donc important que l'employeur mette en œuvre une politique égalitaire, fondée sur des critères objectifs en relation avec la valeur du travail, dans un rapport de finalité et de proportionnalité, ou qui tienne compte de préoccupations sociales. Les sanctions des violations de la LEg sont énumérées aux art. 5 et 10 LEg.

⁴³ ATF 124 III 469, c. 2a = JdT 1999 I 354 ; CARRUZZO, N 7 ad art. 320 CO, p. 18.

⁴⁴ ATF 132 III 32, c. 4.2.2 = JdT 2006 I 257 = SJ 2006 I 193.

⁴⁵ ATF 127 III 207, c. 4b = JdT 2001 I 265 = SJ 2001 I 500 ; ATF 130 III 145, c. 3.2 = SJ 2004 I 489 ; LEMPEN, Commentaire LEg, N 5 ad art. 3 LEg, p. 36 ; WYLER, p. 711.

⁴⁶ Pour plus de précisions, voir WYLER, Commentaire LEg, N 26 ss ad art. 6 LEg, pp. 164 s.

c. Loi sur le travail

16

Enveloppe protectrice de droit public – La Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce est une œuvre portant sur la santé au travail, garantissant un standard minimal pour la protection des travailleurs dans un état social⁴⁷. Le champ d'application de la loi sur le travail est de droit impératif, la protection de la santé et de l'hygiène au travail présentant un but d'intérêt public qui n'est pas à la disposition des parties au contrat individuel de travail⁴⁸. La loi sur le travail présente nombre d'incidences sur le droit privé du travail. En particulier, lorsque la loi sur le travail prévoit une obligation de droit public susceptible d'être l'objet d'un contrat individuel de travail, le travailleur peut civilement agir en vue d'obtenir l'exécution de cette obligation (art. 342 al. 2 CO)⁴⁹. Par exemple, il en est ainsi de l'obligation de payer ou de compenser le travail supplémentaire (art. 13 LTr), ou de l'interdiction de remplacer des temps de repos par des prestations en argent (art. 21 LTr). Préalablement, dans chaque cas, il convient de déterminer si l'entreprise et la personne entrent dans le champ d'application de la loi sur le travail.

d. Loi sur le service de l'emploi et la location de services

17

Travailleurs temporaires – La loi sur le service de l'emploi et la location de services a notamment pour but de protéger les travailleurs qui recourent à la location de services (art. 1 let. c LSE). Ce mandat constitutionnel se concrétise principalement dans l'exercice par les autorités publiques d'un contrôle des activités de location de services⁵⁰. Aussi, tout employeur qui entend procéder à de la location de services doit avoir préalablement obtenu une autorisation (art. 12 LSE). Les conditions d'octroi de l'autorisation sont destinées à assurer une activité sérieuse, qui comprend notamment la garantie des connaissances et l'indépendance destinées à exercer cette activité dans le respect des droits des travailleurs (art. 13 LSE et 32 et ss OSE). Si le bailleur de services ne possède pas l'autorisation nécessaire, son contrat de travail avec le travailleur est nul et non avenu. Dans ce cas, l'art. 320 al. 3 CO est applicable (art. 19 al. 6 LSE)⁵¹. L'invalidation n'est pas automatique et nécessite que le travailleur temporaire ou le bailleur de services mette fin aux rap-

⁴⁷ TSCHUDI/GEISER/WYLER/LÜTHI, Commentaire LTr, N 25 ad Introduction, p. 8.

⁴⁸ Voir notamment, GEISER, Commentaire LTr, N 49 ad art. 1 LTr, p. 42, N 36 ad art. 3 LTr, p. 84.

⁴⁹ TSCHUDI/GEISER/WYLER/LÜTHI, Commentaire LTr, N 34 ad Introduction, pp. 11 s. ; GEISER, Commentaire LTr, N 51 ad art. 1 LTr, p. 43 ; DUNAND, Commentaire LTr, N 21 ad art. 13 LTr, p. 237.

⁵⁰ Message 1985, spéc. p. 525.

⁵¹ CARRUZZO, N 20 ad art. 320 CO, p. 32 ; MATILE/ZILLA, p. 104.

ports de travail en se prévalant de l'invalidité (art. 320 al. 3 CO)⁵². Cependant, la conséquence du défaut d'autorisation n'a pas pour effet de construire une relation juridique directe entre le travailleur et le locataire de services⁵³, l'art. 320 al. 2 CO étant inapplicable dans ces circonstances. Cette solution est justifiée par la nécessité d'une sécurité de droit, afin d'éviter l'existence d'une double relation contractuelle jusqu'à la formalisation de l'invalidité du contrat, et d'une identification de la personne de l'employeur au regard des assurances sociales, afin d'éviter d'éventuelles incohérences ou lacunes en ce domaine. Dès lors, en l'absence d'autorisation du bailleur de services, le travailleur temporaire et le locataire de services ne peuvent *a posteriori* soutenir l'existence d'une relation directe entre eux, notamment dans la perspective d'économiser les charges liées à l'intervention du bailleur de services. Le défaut d'autorisation est également sanctionné par des sanctions pénales (art. 39 LSE). Il y a lieu de relever que l'art. 19 LSE n'apporte pas de grande protection complémentaire aux travailleurs, en comparaison du régime général figurant aux art. 319 et ss CO. En effet, l'art. 19 al. 4 LSE libéralise le régime de la résiliation durant les six premiers mois de service, durant lesquels les parties disposent d'un délai de résiliation de deux jours au moins durant les trois premiers mois, puis de sept jours au moins entre le quatrième et le sixième mois d'un emploi ininterrompu (art. 19 al. 4 LSE), alors que le régime ordinaire prévoit un délai de résiliation d'un mois dès la fin du temps d'essai (art. 335b et 335c CO). Les aménagements favorables au travailleur portent sur la nullité des accords qui exigent de ce dernier le paiement d'émoluments ou de prestations financières préalables, ou qui entravent son transfert à l'entreprise locataire de services à l'échéance du contrat de travail temporaire (art. 19 al. 5 LSE). Pour lutter contre le *dumping* social, lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une convention collective de travail étendue, le bailleur de services doit appliquer au travailleur les dispositions de la CCT qui concernent le salaire et la durée du travail, la contribution obligatoire aux frais de formation continue et aux frais d'exécution, ainsi que les dispositions relatives au régime de retraite anticipée (art. 20 LSE). Actuellement, la CCT pour le travail temporaire est étendue dans toute la Suisse⁵⁴. Cette CCT étendue prévoit un mécanisme de coordination entre son champ d'application et celui des entreprises locataires de services liées à d'autres conventions collectives de travail, qui tient compte des exigences posées à l'art. 20 LSE (art. 3 CCT pour le travail temporaire).

⁵² Message 1985, spéc. p. 588.

⁵³ Message 1985, spéc. pp. 588-589.

⁵⁴ Arrêté du Conseil fédéral étendant le champ d'application de la convention collective de travail de la branche du travail temporaire, FF 2011 8459, qui porte sur la période du 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2014.

e. Convention collective de travail

18

CCT ordinaire et étendue – Sauf disposition contraire de la CCT, les dispositions normatives d'une CCT présentent un effet direct et impératif dans les relations de droit privé entre un employeur et un travailleur liés par la CCT (art. 357 al. 1 CO). Par conséquent, les clauses contractuelles qui dérogent en défaveur des travailleurs aux dispositions protectrices de la CCT sont nulles et remplacées par ces dernières, étant précisé que les dérogations convenues en faveur des travailleurs sont valables (art. 357 al. 2 CO). S'agissant des CCT étendues en application de la Loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT⁵⁵), les mêmes principes sont applicables, de sorte que les clauses de la convention étendue s'appliquent également aux employeurs et travailleurs qui appartiennent à la branche économique ou à la profession visée à laquelle la convention est étendue (art. 4 al. 1 LECCT). Lorsque employeur et travailleur sont liés par deux CCT, l'une non étendue et l'autre étendue, les clauses de cette dernière l'emportent, sous réserve des dérogations stipulées en faveur des travailleurs (art. 4 al. 2 LECCT). La liste des conventions collectives de travail dont le champ d'application est étendu est publiée sur le site internet du SECO⁵⁶.

f. Contrat-type de travail

19

CTT – Le Conseil fédéral et les cantons peuvent édicter des contrats-types, lesquels contiennent des clauses sur la conclusion, l'objet et la fin de diverses espèces de contrats de travail (art. 359 CO). En principe, ces contrats-types de travail sont de droit dispositif, en ce sens qu'ils s'appliquent directement aux rapports de travail qu'ils régissent, à moins que les parties ne conviennent du contraire (art. 360 al. 1 CO). Le contrat-type peut subordonner la validité des accords dérogatoires au respect de la forme écrite (art. 360 al. 2 CO), cette faculté étant fréquemment utilisée. Toutefois, lorsque le contrat-type a été édicté en application de l'art. 360a CO, il ne peut être dérogé aux salaires minimaux prévus par celui-ci en défaveur du travailleur (art. 360d al. 2 CO). La liste des contrats-types de travail édictés en application de l'art. 360a CO est publiée par le SECO sur son site internet⁵⁷.

⁵⁵ RS 221.215.311.

⁵⁶ Cf. « www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/index.html?lang=fr » (consulté le 28.06.2012).

⁵⁷ Cf. « www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/04526/index.html?lang=fr » (consulté le 28.06.2012).

2. Exigences de formes relatives à la validité des accords dérogatoires

Forme écrite – Certaines dispositions du Code des obligations requièrent le respect de la forme écrite comme condition de validité à la dérogation du régime dispositif légal. Sont ainsi soumis à une exigence de forme écrite les accords relatifs à la réduction de l'obligation légale d'indemniser les heures de travail supplémentaires (art. 321c al. 3 CO), à l'instauration d'un régime dérogatoire au paiement du salaire en cas d'empêchement non fautif de travailler (art. 324a al. 4 CO), au remboursement forfaitaire des frais (art. 327a al. 2 CO), au droit de l'employeur d'acquérir les inventions ou les designs réservés (art. 332 al. 2 CO), à la modification du régime légal relatif au temps d'essai (art. 335b al. 2 CO) et aux délais légaux de résiliation (art. 335c al. 2 CO), à la fixation de l'indemnité à raison de longs rapports de travail (art. 339c al. 1 CO), à l'instauration d'une clause de prohibition de concurrence (art. 340 al. 1 CO). Sauf exception (telle que pour les clauses de prohibition de concurrence), les dispositions précitées mentionnent également qu'il est possible d'y déroger par convention collective ou contrat-type de travail. 20

IV. Conclusion tacite du contrat

1. Présomption

Conditions de la conclusion tacite – Selon l'art. 320 al. 2 CO, le contrat de travail est réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire. Cette disposition crée une présomption irréfragable lorsque, au regard des circonstances de fait objectives, la rémunération apparaît comme l'élément unique ou principal pour lequel le travailleur fournit sa prestation⁵⁸. Pour que la conclusion tacite d'un contrat de travail puisse être admise, il convient que soient réunis, au regard des circonstances de fait, les éléments caractéristiques essentiels du contrat de travail que sont le motif de la rémunération, le lien de subordination, l'élément de durée et la prestation de travail ou de service⁵⁹. L'art. 320 al. 2 CO pose deux conditions à son application : la *fourniture effective* de travail par le travailleur et son *acceptation* par l'employeur. La condition de la fourniture d'un travail est réalisée lorsque le travailleur a débuté son activité avant que les parties ne se soient entendues sur les conditions contractuelles essentielles⁶⁰. L'acceptation doit émaner de l'employeur, conformément aux 21

⁵⁸ Message 1967, spéc. p. 304 ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 17 ad art. 320 CO, p. 78.

⁵⁹ TF 4C.346/1999 du 4 février 2000 = in : JAR 2001, p. 135, c. 2a ; KG/SG du 23 juillet 2007, in : JAR 2008, p. 460, c. 5 ; CARRUZZO, N. 8 ad art. 320 CO, p. 19.

⁶⁰ KG/SG du 23 juillet 2007, in : JAR 2008, p. 460, c. 5.

règles usuelles relatives aux pouvoirs de l'organe (formel, de fait ou apparent)⁶¹ (art. 55 CC) et des règles relatives à la représentation (art. 32 et suivants CO)⁶². Ainsi, l'acceptation fait défaut lorsque l'administrateur unique d'une société anonyme ignore l'activité déployée, alors même que cette activité était connue d'autres employés ne disposant d'aucune procuration inscrite au registre du commerce et qui n'ont pas porté ce fait à la connaissance de l'administrateur unique⁶³. Une acceptation tacite ne peut émaner d'une personne ne disposant d'aucun pouvoir à cet effet. Lorsque les conditions de fait, objectives, sont réalisées, le contrat de travail est conclu, sans égard à la volonté des parties⁶⁴.

- 22 **Objet de la présomption** – La présomption ne porte pas sur les circonstances de fait justifiant la conclusion tacite du contrat, lesquelles doivent être prouvées par la partie qui s'en prévaut conformément à l'art. 8 CC. La présomption porte exclusivement sur la conclusion d'un contrat de travail, mais non sur son contenu⁶⁵. S'agissant en particulier du salaire, l'art. 322 al. 1 CO s'applique, de sorte que le salaire est fixé en tenant compte de ce qui est habituel dans la région et la branche considérées pour des travaux comparables, compte tenu de la situation personnelle des intéressés et de la période durant laquelle l'activité est développée⁶⁶. Lorsqu'une convention collective de travail est en vigueur au sein de l'entreprise, elle constitue un élément de référence ; il en va de même lorsque des conditions de travail collectives sont appliquées par l'entreprise (telle qu'un règlement ou un contrat standard usuellement utilisé). Le défaut du respect des règles de forme exigé pour déroger au système légal ne peut être comblé par les règles usuelles en vigueur au sein de l'entreprise, s'agissant notamment des délais de résiliation (art. 335b et 335c CO) ou de l'existence d'un accord dérogatoire relatif au paiement des incapacités non fautes de travailler (art. 324a al. 4 CO).

- 23 **Cas d'application** – Dans le service de piquet ou le travail sur appel, le temps durant lequel le travailleur se tient à disposition de l'employeur justifie une rémunération, celle-ci pouvant être inférieure au tarif de l'activité principale⁶⁷ ; à défaut d'accord, elle est fixée en fonction de l'ensemble des circonstances, notamment des contraintes imposées, du délai d'intervention et de la possibilité pour le travailleur de vaquer à d'autres occupations durant le temps d'attente. L'indemnité pour le service de piquet ou pour le temps d'attente peut être intégrée dans le taux de salaire pour l'activité principale, étant précisé que la part du

⁶¹ TF 4C.307/2001 du 14 mars 2002, c. 2b ; pour cette notion, voir également TF 4A_544/2008 du 10 février 2009.

⁶² TF 4C.307/2001 du 14 mars 2002, c. 2b et c.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ TF 4C.307/2001 du 14 mars 2002, c. 2a ; KG/SG du 23 juillet 2007, in : JAR 2008, p. 460, c. 5.

⁶⁵ Celui-ci sera établi conformément aux règles usuelles.

⁶⁶ TF du 26 septembre 1997, c. 4b, in : JAR 1998, p. 131.

⁶⁷ ATF 124 III 249, c. 3, JdT 1999 I 275 (trad.).

salaire destinée à rémunérer le service doit, à notre avis, être spécifiquement mentionnée sur le bulletin de salaire⁶⁸. Lorsqu'un employé débute effectivement son activité avec le consentement de l'employeur, avant que les parties ne se soient mises d'accord sur les éléments essentiels du contrat, l'art. 320 al. 2 CO est applicable⁶⁹; en revanche, lorsque l'activité n'a pas encore été déployée, notamment en raison de l'incapacité des parties à conclure un accord, l'art. 320 al. 2 CO ne trouve pas application. Lorsqu'un conseiller juridique déploie une activité en disposant d'un bureau dans les locaux de la société, d'une adresse électronique et de cartes de visite, prenant part à des réunions professionnelles et étant présenté comme « *legal Counsel* », les conditions propres à l'application de l'art. 320 al. 2 CO sont réunies⁷⁰. Il en est de même lorsqu'un régisseur développe une activité consistant à rechercher des acteurs et à mener des interviews dans le but de réaliser une pièce de théâtre, alors même que les parties n'ont jamais convenu le principe d'une rémunération⁷¹. S'agissant du travail temporaire, nonobstant l'absence d'autorisation du bailleur de services, on ne saurait admettre *a posteriori* un consentement tacite du locataire de services propre à créer une relation contractuelle directe entre ce dernier et le travailleur, l'art. 320 al. 3 CO étant seul applicable aux rapports qui unissent le travailleur au bailleur de services⁷².

2. Exceptions au caractère irréfragable

Exception – Les relations personnelles entre les parties peuvent justifier une exception à la présomption irréfragable posée par l'art. 320 al. 2 CO, lorsque la prestation fournie s'inscrit dans le contexte d'un autre rapport juridique liant les parties, tel que le mariage, d'autres rapports familiaux, un partenariat enregistré ou une union libre. 24

a. *Epoux*

Contribution à la profession d'un des époux – Lorsqu'un époux contribue à la profession de l'autre, il convient de déterminer si cette activité est déployée dans le cadre d'un contrat de travail en application de l'art. 320 al. 2 CO ou si elle constitue une contribution extraordinaire d'un époux à la profession ou à l'entreprise de son conjoint s'inscrivant dans le cadre de l'art. 165 CC. La jurisprudence reconnaît l'existence des deux possibilités, étant précisé que l'art. 165 25

⁶⁸ Cette question étant laissée ouverte par notre Haute Cour, in : ATF 124 III 249, c. 3c, JdT 1999 I 275 (trad.).

⁶⁹ KG/SG du 23 juillet 2007, in : JAR 2008, p. 460, c. 5.

⁷⁰ TF 4A_404/2009 du 22 octobre 2009, c. 4.

⁷¹ ArbG/ZH du 15 octobre 1986, in : JAR 1987, p. 136.

⁷² Message 1985, spéc. p. 586 et *supra* N 17.

CC pose de manière générale des conditions moins rigoureuses que l'art. 320 al. 2 CO⁷³. Ainsi, il a été jugé que, « lorsqu'en raison de circonstances particulières, les efforts d'un époux n'apparaissent pas suffisamment compensés par l'élévation de son niveau de vie, ainsi que par ses droits en cas de liquidation du régime matrimonial et ses espérances successorales, sa collaboration doit être rétribuée en tant qu'elle excède les limites de son devoir d'assistance dans une mesure « notablement supérieure » à ce qui peut être exigé de lui »⁷⁴. L'application de l'art. 165 CC ne saurait entrer en ligne de compte lorsque l'activité est déployée pour une société anonyme dont le conjoint ne détient que la moitié du capital-actions au moment du mariage, actions qu'il a cédées quelques mois plus tard, pour ensuite acquérir une nouvelle participation de 45 % et devenir plus tard seul actionnaire, étant précisé que les époux avaient de surcroît adopté le régime de la séparation des biens⁷⁵. Pour que l'art. 165 CC soit applicable, l'activité doit être accomplie essentiellement au profit personnel du conjoint. De surcroît, notre Haute Cour considère que lorsque le travail accompli dans l'entreprise du mari excède, de par son ampleur et sa régularité, les limites du devoir d'assistance entre conjoints, il tombe sous le coup de la présomption de l'art. 320 al. 2 CO⁷⁶. Lorsque l'épouse passe de temps en temps dans l'entreprise de son mari pour voir si tout se passe bien, qu'elle s'occupe de l'éducation de quatre enfants encore en bas âge, il est douteux qu'elle puisse dans ces conditions travailler à mi-temps dans l'entreprise de son mari ; dans ces circonstances, compte tenu du défaut d'ampleur et de régularité du travail effectué, l'art. 165 CC est applicable⁷⁷.

b. Rapport de filiation

26

Art. 334 CC ou 320 al. 2 CO – Selon l'art. 334 CC, les enfants ou petits-enfants majeurs qui vivent en ménage commun avec leurs parents ou grands-parents et leur consacrent leur travail ou leurs revenus ont droit de ce chef à une indemnité équitable. Même lorsque les conditions matérielles de l'art. 334 CC sont réunies, les parties peuvent convenir du régime qu'elles entendent appliquer, à savoir celui de l'art. 334 CC ou d'un contrat de travail⁷⁸. S'il résulte des circonstances que l'enfant attendait une rémunération, même payée de manière différée, il convient de reconnaître l'existence d'un contrat de travail. Tel est le cas lorsque l'artisan travaille durant de nombreuses années dans l'entreprise de

⁷³ ATF 113 II 414, c. 2a et b = JdT 1988 I 93 = SJ 1988 209 ; ATF 120 II 280, c. 6a = JdT 1997 I 316 ; TF 5C.290/2006 du 9 mars 2007, c. 2.1.

⁷⁴ ATF 113 II 414, c. 2b/cc = JdT 1988 I 93 = SJ 1988 209 ; TF 5C.290/2006 du 9 mars 2007, c. 2.1 ; SUBILIA/DUC, N 29 ad art. 320 CO, p. 102.

⁷⁵ ATF 113 II 414, c. 2c/bb = JdT 1988 I 93 = SJ 1988 209.

⁷⁶ ATF 113 II 414, c. 2c = JdT 1988 I 93 = SJ 1988 209.

⁷⁷ TF 5C.290/2006 du 9 mars 2007, c. 2.2.

⁷⁸ ATF 49 II 1, JdT 1923 I 418 (trad.) ; ATF 90 II 443, c. 1, JdT 1965 I 364 (trad.).

son père, en qualité de successeur probable, supposant que le commerce de son père lui serait remis au plus tard à son décès et qu'il sera ainsi désintéressé pour ses services. Dans ces circonstances, la renonciation à une rémunération n'était que momentanée. Il n'est pas usuel qu'un jeune homme rende service durant de nombreuses années de manière gratuite, ce qui justifie l'application de l'art. 320 al. 2 CO. Conformément à l'art. 134 al. 1 ch. 4 CO, la prescription ne court pas pendant la durée des rapports de travail, lorsque le travailleur vit dans la même communauté ménagère (au sens large) que son père, qui met à sa disposition un logement étroitement lié à l'exploitation commerciale⁷⁹. En définitive, il apparaît que l'application de l'art. 320 al. 2 CO doit être largement reconnue dans les rapports entre enfants et parents⁸⁰, les circonstances de l'art. 334 CO se rencontrant surtout dans l'agriculture et l'artisanat.

c. Union libre

Société simple ou contrat de travail – Lorsque deux personnes vivent en union libre et que l'une est au service de l'exploitation commerciale de l'autre, il convient de déterminer si la prestation de service est rendue dans le cadre d'un contrat de société simple (art. 530 et ss CO) ou dans le cadre d'un contrat de travail (art. 320 al. 2 CO). Pour déterminer le régime applicable, il y a lieu de tenir compte du rapport de connexité entre l'activité déployée et le but recherché par la société simple. Lorsque les amants veulent la prospérité de l'union et qu'ils ont travaillé ensemble pour atteindre ce but, l'application des règles de la société simple peut apporter une solution plus nuancée et appropriée que le contrat de travail⁸¹. 27

d. Partenariat enregistré

Application de l'art. 320 al. 2 CO – La Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (LPart)⁸² ne prévoit aucun mécanisme de compensation semblable à celui de l'art. 165 CC⁸³. Toutefois, le message précise que la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'application 28

⁷⁹ ATF 90 II 443, c. 2, JdT 1965 I 364 (trad.), dans lequel le Tribunal fédéral procède à une interprétation extensive de la notion de ménage figurant à l'art. 134 al. 1 ch. 4 CO, qu'il convient d'approuver pour des questions d'équité.

⁸⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 14 ad art. 320 CO, p. 51 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 18 ad art. 320 CO, pp. 54 s.

⁸¹ ATF 109 II 228, c. 2b, JdT 1984 I 482 (trad.), confirmé par ATF du 23 août 1999, c. 2c, in : JAR 2000, p. 109 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 14 ad art. 320 CO, p. 51 ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 22 ad art. 320 CO, pp. 82 ss.

⁸² RS 211. 231.

⁸³ Message 2002 (LEg), spéc. p. 1215.

de l'art. 320 al. 2 CO entre époux doit aussi s'appliquer aux partenaires enregistrés, d'autant plus que la réglementation concernant les régimes matrimoniaux entre partenaires se fonde sur la séparation des biens⁸⁴. En raison de ce qui précède, lorsqu'un partenaire enregistré contribue à la profession ou à l'entreprise de l'autre, il convient de reconnaître largement l'application de l'art. 320 al. 2 CO.

e. Bénévolat

29

Inapplicabilité de l'art. 320 al. 2 CO – Pour que l'art. 320 al. 2 soit applicable, il convient que l'activité soit fournie dans des circonstances où la rémunération apparaît comme le seul ou le principal motif du travail⁸⁵. Tel n'est pas le cas du bénévolat. En effet, une personne peut rendre des services gratuits, sans qu'il y ait contrat et même si le service a été sollicité. Même en présence de prestations de travail, de tels cas de pure complaisance ne créent aucune relation contractuelle⁸⁶. Les parties peuvent convenir expressément du caractère gratuit de la prestation, celle-ci pouvant également résulter des circonstances⁸⁷. A moins qu'elles ne l'aient clairement exprimée, il convient d'interpréter la volonté des parties sur le caractère bénévole ou onéreux de la prestation en tenant compte de l'ensemble des circonstances. Il est usuel que des prestations soient fournies à titre bénévole pour des associations sportives (caissier du club de foot) ou locales (direction d'une fanfare), organisations humanitaires, œuvres de bienfaisance, œuvres d'aide sociale ou pour des connaissances (amis, voisins, personnes âgées). Les compétences mises à disposition ne suffisent pas en elles-mêmes à qualifier la prestation. Un expert-comptable peut mettre ses compétences professionnelles au service du club sportif, un juriste au service d'une association gérant des crèches de la petite enfance, un chef d'orchestre au service d'un chœur local, etc. En particulier, passé l'âge de la retraite, de nombreuses personnes souhaitent mettre leurs compétences au profit de collectivités, dans un cadre associatif. Il s'agit de prestations fournies à titre bénévole, qui ne créent pas de rapport de travail. Dans ce contexte, dans un même environnement social, il est possible qu'œuvrent simultanément des salariés et des bénévoles. Il pourrait en être ainsi des éducatrices de la petite enfance développant leur activité professionnelle, aux côtés du trésorier retraité qui s'occupe bénévolement de la comptabilité de l'association.

⁸⁴ Message 2002 (LEg), spéc. pp. 1215-1216.

⁸⁵ Message 1967, spéc. p. 304 ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 18 ad art. 320 CO, p. 79.

⁸⁶ TF 4P.194/2004 du 24 novembre 2004, c. 2.

⁸⁷ STAEHELIN, ZK 2006, N 11 ad art. 320 CO, pp. 51 s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 320 CO, pp. 139 ss.

V. Relation de fait en présence d'un contrat nul ou annulable

1. But de l'art. 320 al. 3 CO

Non-rétroactivité de l'invalidation – L'art. 320 al. 3 CO a été introduit à l'occasion de la révision du 25 juin 1971, de manière à remédier aux strictes conséquences de l'application des principes généraux du droit au contrat de travail souffrant d'un vice affectant sa validité ; dans un tel cas, compte tenu des effets *ex tunc*, le travailleur serait privé de faire valoir une prétention en paiement du salaire pour le travail déjà fourni, de sorte qu'il serait réduit à se fonder sur les dispositions sur l'enrichissement illégitime ou, éventuellement, la responsabilité pour acte illicite à l'encontre du bénéficiaire de la prestation⁸⁸. L'art. 320 al. 3 CO a pour but de proposer une solution équitable, compatible avec la nature des rapports de travail, de manière à exclure les conséquences injustes de l'effet rétroactif de l'invalidité du contrat. Ainsi, selon l'art. 320 al. 3 CO, lorsque le travailleur fournit de bonne foi un travail pour l'employeur en vertu d'un contrat qui se révèle nul par la suite, tous deux sont tenus de s'acquitter des obligations découlant des rapports de travail, comme s'il s'agissait d'un contrat valable, jusqu'à ce que l'une ou l'autre des parties mette fin au rapport de travail en raison de l'invalidité du contrat⁸⁹.

30

2. Conditions d'application de l'art. 320 al. 3 CO et effets

a. Nullité du contrat

Nullité relative et absolue – La première condition est la nullité du contrat, comprise *lato sensu* comme étant sa non-validité (*ungültig*). Cette nullité peut être relative ou absolue. La nullité relative concerne les vices de la volonté, tels que la lésion (art. 21 CO), l'erreur essentielle (art. 23 et 24 CO), le dol (art. 28 CO), la crainte fondée (art. 29 CO)⁹⁰. La partie qui se prévaut d'une nullité relative doit déclarer qu'elle résilie le contrat dans le délai prévu par les art. 21 CO ou 31 CO, à défaut de quoi le vice est couvert⁹¹. Dans les cas de nullité absolue, il résulte de l'application de l'art. 20 CO que le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs ; il en est ainsi de la conclusion d'un contrat avec une partie qui n'a pas l'exercice des droits civils, de l'interdiction légale d'employer des jeunes gens âgés de moins de quinze ans

31

⁸⁸ Message 1967, spéc. p. 305.

⁸⁹ CARRUZZO, N 17 ad art. 320 CO, pp. 28 s.

⁹⁰ SUBILIA/DUC, N 41 ad art. 320 CO, p. 106 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 9 ad art. 320 CO, pp. 146 s.

⁹¹ TF 4A_173/2010 du 22 juin 2010, c. 3.3 ; TF 4A_476/2011 du 11 novembre 2011, c. 5.

(art. 30 LTr) ou du défaut d'autorisation du bailleur de services nécessaire à l'exercice de son activité (art. 12 et 19 al. 6 LSE)⁹².

b. Travail fourni

32 **Activité commencée** – La deuxième condition est que le travailleur soit effectivement entré au service de l'employeur et qu'il ait effectivement développé une activité. Lorsque le vice est invoqué avant la prise d'emploi effective, les principes généraux sont applicables, en ce sens que la nullité ou l'invalidation du contrat produit des effets rétroactifs, *ex tunc*. Ainsi, lorsque les parties conviennent au moment de la conclusion du contrat que celui-ci est subordonné à l'obtention par le travailleur étranger d'une autorisation valable de travailler en Suisse, que ce dernier a donné l'impression qu'il disposait d'une telle autorisation contrairement à la réalité, qu'en raison de ce motif l'employeur invalide le contrat pour erreur essentielle, l'art. 320 al. 3 CO ne trouve aucune application lorsque le travailleur n'est pas encore entré en fonction et qu'il n'a fourni aucune prestation de travail⁹³.

c. Bonne foi du travailleur

33 **Interprétation extensive** – La troisième condition est que le travailleur ait fourni un travail de bonne foi. Sa bonne foi est présumée⁹⁴. Afin d'éviter des résultats inéquitable, le Tribunal fédéral interprète l'art. 320 al. 3 CO en ce sens que la bonne foi ne doit être niée que si le travailleur connaît non seulement le vice dans la formation du contrat, mais a également une connaissance positive de l'invalidité juridique comme conséquence du vice⁹⁵. Ainsi, le travailleur, qui obtient son engagement sur la base d'un certificat de travail établi par lui-même et signé par son épouse, lui attribuant faussement des qualités exceptionnelles, est de bonne foi au sens de l'art. 320 al. 3 CO, dans la mesure où il ignore les conséquences juridiques de sa tromperie⁹⁶. En définitive, seuls les travailleurs disposant de connaissances juridiques idoines sont privés de la protection prévue par l'art. 320 al. 3 CO. Cette interprétation extensive de la bonne foi vise à faciliter la

⁹² Sur les conséquences du défaut d'autorisation, voir *supra* N 17.

⁹³ Message 1967, spéc. p. 305 ; TF 4A_493/2010 du 13 décembre 2010, c. 6 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 29 ad art. 320 CO, p. 61.

⁹⁴ Message 1967, spéc. p. 306 ; ATF 132 III 242, c. 4.2.3, JdT 2006 I 49 (trad.), SJ 2006 I 317 (trad.).

⁹⁵ ATF 132 III 242, c. 4.2.4 et 4.2.5, JdT 2006 I 49 (trad.), SJ 2006 I 317 (trad.) ; CARRUZZO, N 17 ad art. 320 CO, pp. 28 s. ; STAEHELIN, ZK 2006, N 30 ad art. 320 CO, pp. 61 s.

⁹⁶ ATF 132 III 242, c. 4.2.4 et 4.2.5, JdT 2006 I 49 (trad.), SJ 2006 I 317 (trad.) ; CARRUZZO, N 17 ad art. 320 CO, pp. 28 s. ; SUBILIA/DUC, N 44 ad art. 320 CO, p. 108.

liquidation du rapport contractuel et à éviter les difficultés pratiques importantes liées à la restitution des prestations, laquelle peut s'avérer excessivement difficile, voire impossible⁹⁷. En revanche la bonne foi de l'employeur n'est pas déterminante pour l'application de l'art. 320 al. 3 CO.

d. Effet ex nunc

Conséquences – Lorsque les trois conditions d'application de l'art. 320 al. 3 CO sont réunies, il existe une relation contractuelle de fait entre les parties, au sein de laquelle chacune doit respecter ses droits et obligations comme s'il s'agissait d'un contrat valable, tant et aussi longtemps qu'aucune d'entre elles ne se prévaut de l'invalidité du contrat. Dans ce contexte, la bonne foi de l'employeur ne joue aucun rôle. Sitôt que l'une des parties invoque la nullité, elle peut mettre fin à la relation de fait avec effet immédiat. En cas d'application de l'art. 320 al. 3 CO, les délais de résiliation sont inapplicables et le travailleur ne bénéficie d'aucune protection contre la résiliation, en particulier contre la résiliation en temps inopportun (art. 336c CO) ou abusive (art. 336 à 336b CO)⁹⁸. Le travailleur a droit au salaire pour l'activité fournie jusqu'au jour où l'une des parties se prévaut de l'absence de validité du contrat⁹⁹. 34

e. Absence d'autorisation

Contrat de travail valide – Dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral a examiné les conséquences du défaut d'autorisation de travailler en Suisse sur la validité du contrat. Il convient d'opérer une distinction selon que l'autorisation est exigée dans un but de protection sociale (médecin, dentiste, avocat), hypothèse dans laquelle le contrat serait nul en l'absence d'autorisation, ou selon qu'elle l'est pour l'exercice de n'importe quelle activité, tel le permis de travail pour les étrangers, éventualité qui n'affecte pas la validité du contrat. Ainsi, le contrat de travail demeure valable nonobstant le défaut d'autorisation requise en raison de la nationalité étrangère du travailleur¹⁰⁰. 35

⁹⁷ ATF 132 III 242, c. 4.2.4 et 4.2.5, JdT 2006 I 49 (trad.), SJ 2006 I 317 (trad.).

⁹⁸ Message 1967, spéc. p. 306 ; CARRUZZO, N 17 ad art. 320 CO, pp. 28 s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 ad art. 320 CO, p. 152.

⁹⁹ ATF 132 III 242, c. 4.3, JdT 2006 I 49 (trad.), SJ 2006 I 317 (trad.).

¹⁰⁰ ATF 114 II 279, c. 2 = JdT 1988 I 537 = SJ 1988 609 ; ATF 122 III 110, c. 4e = JdT 1996 I 618 ; au vu des arrêts précités, c'est à tort que le Tribunal fédéral mentionne qu'un étranger qui travaille sans autorisation valable pourrait se prévaloir de l'art. 320 al. 3 CO in : ATF 132 III 242, c. 4.2.4, JdT 2006 I 49 (trad.), SJ 2006 I 317 (trad.), en méconnaissance de sa jurisprudence antérieure à laquelle il ne se réfère pas, qui pourtant est convaincante.

VI. Modification du contrat

36

Inapplicabilité de l'art. 320 al. 2 et al. 3 CO – Les principes exprimés à l'art. 320 al. 2 CO quant à la conclusion tacite du contrat de travail et à l'art. 320 al. 3 CO quant aux conséquences juridiques d'un contrat conclu sans cause valable s'appliquent exclusivement à la conclusion du contrat de travail et non à sa modification. Dès lors, la modification du contrat de travail est régie par les règles habituelles relatives aux accords de volonté¹⁰¹. Si un accord entre parties intervient, elles peuvent librement convenir de l'entrée en vigueur de la modification. Pour recueillir le consentement du travailleur, l'employeur peut également recourir au congé-modification. Au sens étroit, le congé-modification est la résiliation par l'une des parties du contrat de travail pour sa prochaine échéance contractuelle, accompagnée simultanément d'une offre de conclure un nouveau contrat à des conditions modifiées, la modification ne devant entrer en vigueur qu'à l'échéance du délai de résiliation. Au sens large, le congé-modification est la proposition de modification du contrat de travail qui n'est pas immédiatement couplée avec la résiliation qui interviendra ultérieurement en cas de refus. Pour être licite, la modification proposée ne doit entrer en vigueur qu'à l'expiration du délai de résiliation et ne doit pas être dépourvue de justification matérielle ou intervenir pour un motif qui n'est pas digne d'être protégé¹⁰².

VII. Phase précontractuelle

1. Culpa in contrahendo

37

Rupture des pourparlers – En principe, chaque partie a le droit de rompre des pourparlers sans en donner les raisons ; pour qu'une rupture des pourparlers apparaisse comme une *culpa in contrahendo*, il ne suffit pas que les négociations aient duré longtemps, ni que la partie à l'origine de la rupture ait été au courant des investissements effectués par l'autre¹⁰³. Ainsi, la *culpa in contrahendo* de l'employeur n'est pas engagée, lorsque les parties n'arrivent pas à s'entendre sur les termes définitifs du contrat, suite à des pourparlers qui ont duré quatre mois, le désaccord des parties portant sur des commissions, considérées comme un élément non négligeable tout au long des pourparlers ; il a été retenu

¹⁰¹ Voir à ce sujet CARRUZZO, N 13 et 14 ad art. 320 CO, pp. 24 s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH N 4 ad art. 320 CO, pp. 135 ss ; WYLER, pp. 88-89.

¹⁰² TF 4C.282/2006 du 1^{er} mars 2007, c. 4.2 ; ATF 130 III 19, c. 3.1.2.2 ; ATF 123 III 246, JdT 1998 I 300 (trad.) ; CARRUZZO, N 15 ad art. 320 CO, pp. 25 ss ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH N 4 ad art. 320 CO, pp. 135 ss ; WYLER, pp. 441-442.

¹⁰³ TF 4C.247/2005 du 17 novembre 2005, c. 3 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 14 ad art. 320 CO, pp. 155 s. ; WYLER, pp. 84-86.

que la candidate a été imprudente en renonçant à son précédent emploi alors que le nouveau contrat n'avait pas été conclu¹⁰⁴.

2. Questions lors de l'entretien d'embauche

Mensonge autorisé – Lors de l'entretien d'embauche, le droit de l'employeur de poser des questions est limité par les dispositions protectrices de la personnalité et par la protection des données. Seules sont admissibles les questions liées aux rapports de travail. Par exemple, des questions relatives à une maternité future, à une infection HIV, aux opinions politiques, ou aux orientations de choix de vie ne sont en principe pas admissibles. Il convient de réserver les situations particulières où ces éléments personnels présentent une importance dans les rapports de travail, par exemple l'existence d'une séropositivité pour du personnel-soignant directement en contact avec des malades à plaies ouvertes pour lesquels un contact direct présenterait un risque d'infection¹⁰⁵, ou pour des entreprises à but idéal (*Tendenzbetriebe*) telle qu'une association syndicale¹⁰⁶. En présence d'une question non admissible, nous estimons que le travailleur peut se prévaloir d'un état de nécessité qui lui permet de répondre de manière inexacte à une question illicite¹⁰⁷. Si l'on admet la conséquence de l'admission de l'état de nécessité, l'employeur ne peut ensuite se prévaloir d'une erreur essentielle pour mettre fin au contrat de travail en présence d'une réponse inexacte à une question illicite et un tel licenciement revêtirait un caractère abusif. 38

¹⁰⁴ TF 4C.247/2005 du 17 novembre 2005, c. 3.2.

¹⁰⁵ STAEHELIN, ZK 2006, N 38 ad art. 320 CO, p. 67.

¹⁰⁶ ATF 130 III 699, c. 4.1 = JdT 2006 I 193 = SJ 2005 I 152.

¹⁰⁷ AUBERT, CR 2012, N 5 ad art. 328b CO, p. 2030 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 9 ad art. 320 CO, p. 48 ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 42 ad art. 320 CO, p. 103 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 39 ad art. 320 CO, p. 68 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 19 ad art. 328b CO, pp. 624 ss ; WYLER, pp. 314-316. *Contra* : BRÜHWILER, N 8b ad art. 320 CO, p. 45 ; SUBILIA/DUC, N 10 ad art. 320 CO, p. 94.

Art. 321

B. Obligations du travailleur **Le travailleur exécute en personne le travail dont il s'est chargé, à moins que le contraire ne résulte d'un accord ou des circonstances.**

I. Travail personnel

B. Pflichten des Arbeitnehmers Der Arbeitnehmer hat die vertraglich übernommene Arbeit in eigener Person zu leisten, sofern nichts anderes verabredet ist oder sich aus den Umständen ergibt.

I. Persönliche Arbeitspflicht

B. Obblighi del lavoratore Il lavoratore deve prestare personalmente il lavoro stipulato, in quanto il contrario non risulti da un accordo o dalle circostanze.

I. Adempimento personale

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	46
II. Obligation d'exécuter personnellement sa prestation de travail	5	47
1. Exécution personnelle.....	6	47
2. Sanctions	8	48
II. Les exceptions au principe de l'exécution personnelle.....	12	48
1. Statut du remplaçant ou de l'aide.....	13	49
2. Exception résultant d'une disposition expresse de la loi.....	17	50
3. Exception résultant d'un accord entre les parties ou des usages	18	50
4. Exception résultant des circonstances.....	22	51

Bibliographie spécifique

GEISER THOMAS, Haftung bei neuen Arbeitsformen (Job sharing, Computer-Arbeitsplätze, Personalverleih), in : PJA 1997, pp. 787 ss ; SUBILIA OLIVIER, Le partage du temps de travail en droit suisse, Lausanne 1997.

I. Généralités

1 **Objet et but** – L'article 321 CO précise que le travailleur doit exécuter personnellement la prestation de travail convenue sauf accord contraire ou circonstances particulières.

2 **Systématique** – L'article 321 CO constitue la première disposition de la section B (obligations du travailleur) du chapitre premier sur le contrat individuel de travail. Il est complété par les articles 321a à 321e CO qui précisent les obligations du travailleur.

Nature de la norme – L'article 321 CO ne fait pas partie des listes des dispositions impératives (cf. art. 361 CO) ou semi-impératives (art. 362 CO). Il convient cependant de distinguer deux questions. L'obligation pour l'employé de fournir une prestation de travail constitue un critère impératif du contrat de travail (cf. art. 319 al. 1 CO). En revanche, le principe de l'obligation personnelle de travail est de droit dispositif puisque le texte même de la disposition prévoit des possibilités de dérogation.

Origine et évolution – La teneur de l'article 321 CO date de la révision de 1971¹. Le principe de l'exécution personnelle se trouve cependant déjà dans le Code des obligations de 1881 (cf. art. 339 CO 1881), puis dans la version révisée en 1911 (cf. art. 327 al. 1 CO 1911).

II. Obligation d'exécuter personnellement sa prestation de travail

Principe – L'art. 321 CO prescrit que le travailleur doit, en principe, exécuter personnellement le travail convenu. Le travailleur qui n'accomplit pas sa prestation de travail s'expose à des sanctions à moins que l'employeur soit lui-même en demeure.

1. Exécution personnelle

Principe inversé – Contrairement aux règles générales du droit des obligations qui autorisent un débiteur à se faire substituer par un autre débiteur (cf. art. 68 CO), le rapport de travail est lié étroitement aux qualités et prestations du travailleur, ce qui implique que celui-ci exécute personnellement la prestation de travail².

Conséquences juridiques – Sauf exceptions résultant de la loi (cf. art. 351 CO), de l'accord entre les parties ou des circonstances, l'employé ne peut se faire remplacer ni faire appel à un auxiliaire³. Inversement, l'employé qui est empêché de remplir ses obligations n'est pas tenu de se faire remplacer⁴.

¹ Cf. Message 1967, p. 306 ; RO 1971 1461.

² CARRUZZO, N 1 ad art. 321 CO, p. 37 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 321 CO, p. 160 ; TERCIER/FAVRE, N 3357, p. 493.

³ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 321 CO, p. 54 ; WYLER, p. 104.

⁴ CARRUZZO, N 2 ad art. 321 CO, p. 37 ; PORTMANN, BaK 2011, N 1 ad art. 321 CO, p. 1821.

2. Sanctions

- 8 **Demeure du travailleur** – Le travailleur qui ne fournit pas sa prestation de travail sans être dans un état d'empêchement non fautif (cf. art. 324a CO) est en demeure⁵. Il s'expose à diverses sanctions⁶. Son employeur peut notamment agir en exécution, réclamer des dommages-intérêts, selon les principes généraux (cf. art. 97 ss CO) et spéciaux (cf. art. 321e CO), voire mettre en œuvre les sanctions et pénalités prévues dans le contrat (cf. art. 164 ss CO). Il peut aussi refuser de payer le salaire (cf. art. 82 CO) et menacer l'employé de licenciement immédiat (cf. art. 337 CO)⁷.
- 9 **Abandon d'emploi** – A certaines conditions, l'employé qui n'exécute pas sa prestation de travail se verra reprocher un abandon d'emploi (cf. art. 337d CO).
- 10 **Demeure de l'employeur** – Lorsque l'employeur ne verse pas le salaire dû à son employé, il est en demeure, ce qui justifie l'interruption de la prestation de travail de la part de l'employé (cf. art. 82 CO)⁸. Le travailleur est aussi en droit de cesser de travailler lorsque les conditions d'une grève licite sont réalisées⁹.
- 11 **Situations confuses** – Dans certaines hypothèses, il n'est pas facile de déterminer si l'employé a volontairement abandonné son emploi ou si, au contraire, il a cessé sa prestation de travail parce qu'il considère avoir été licencié par son employeur ou parce qu'il ne reçoit plus son salaire. Les tribunaux tranchent au cas par cas en tenant compte de l'ensemble des circonstances¹⁰.

III. Les exceptions au principe de l'exécution personnelle

- 12 **Principe** – Les exceptions au principe de l'exécution personnelle peuvent résulter d'une disposition expresse de la loi, comme dans le cas du travail à domicile, d'un accord entre les parties, express ou tacite, pouvant résulter des usages, ou encore, de circonstances particulières. En pratique, le statut juridique de la personne qui remplace ou aide le travailleur est problématique.

⁵ SUBILIA/DUC, N 6 ad art. 321 CO, p. 114.

⁶ PORTMANN, BaK 2011, N 31 ad art. 321 CO, pp. 1827 s.

⁷ CARRUZZO, N 3 ad art. 321 CO, p. 38. Pour un exemple de manquement si grave qu'il ne nécessitait pas d'avertissement préalable, cf. TF 4A_559/2008 du 12 mars 2009, c. 4.

⁸ TF du 21 octobre 1996, c. 2c, in : SJ 1997 149.

⁹ PORTMANN, BaK 2011, N 28 ad art. 321 CO, p. 1827.

¹⁰ TF 4C.155/2005 du 6 juillet 2005, c. 2 ; TF du 21 octobre 1996, in : SJ 1997 149 ; CAPH/GE du 25 novembre 2010, c. 2 et 3, in : JAR 2011, p. 483.

1. Statut du remplaçant ou de l'aide

Application des principes généraux – L'art. 321 CO autorise des exceptions au principe de l'exécution personnelle, mais ne dit rien du statut juridique du remplaçant ou de l'aide. Il faut donc recourir aux principes généraux.

Contrats de travail « en cascade » – Selon une optique, le remplaçant ou l'aide peuvent être considérés comme des auxiliaires (cf. art. 101 CO) du travailleur principal avec lequel ils sont censés avoir conclu un contrat de travail¹¹. Le Tribunal fédéral a précisé que le statut de salarié n'était pas incompatible avec l'engagement, sous la propre responsabilité du travailleur, d'un auxiliaire¹². Il en résulterait alors des contrats de travail « en cascade » : le travailleur principal serait dans le même temps employé de l'employeur principal et employeur de ses propres auxiliaires¹³.

Engagement d'un orchestre – Le Tribunal fédéral a validé cette forme d'organisation des rapports de travail dans un arrêt ancien relatif à l'engagement d'un orchestre. Notre Haute Cour a en effet considéré que lorsqu'une personne (en l'occurrence, le chef de l'orchestre) s'engage à fournir non seulement sa propre activité artistique, mais aussi celle d'autres artistes dont elle est le chef, et qu'elle choisit et rétribue elle-même, il peut y avoir, suivant les circonstances, conclusion d'un contrat de travail « en cascade ». Dans ce contexte, le chef d'orchestre est à la fois employé du tenancier de l'établissement et employeur des musiciens¹⁴. Une partie de la doctrine s'est toutefois montrée réticente, à juste titre, en estimant que l'employeur transférerait ainsi ses responsabilités à une personne qui n'était pas en mesure de les assumer¹⁵. Nous approuvons dès lors les auteurs qui estiment que la figure des contrats de travail en cascade ne devrait être admise que de manière restrictive¹⁶.

La conclusion d'un contrat de travail avec l'employeur principal – Dans la plupart des cas, il faut considérer que le travailleur principal a agi en qualité de représentant direct (cf. art. 32 CO) de son propre employeur. Il en résulte que le remplaçant ou l'aide est lié par un contrat de travail directement à l'employeur principal¹⁷. A défaut d'accord, il est possible de recourir à la notion de contrat de travail de fait (cf. art. 320 al. 2 CO)¹⁸. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a distingué suivant que le remplaçant était ou non un proche du remplacé. Dans

¹¹ STAEHELIN, ZK 2006, N 7 ad art. 321 CO, p. 73.

¹² TF 4P.87/2002 du 20 juin 2002, c. 2.3.

¹³ WYLER, pp. 61 et 105-106.

¹⁴ ATF 112 II 41, c. 1b = JdT 1986 I 253 = SJ 1986 388.

¹⁵ AUBERT, CR 2012, N 34 ad art. 319 CO, p. 1971 et N 2 ad art. 321 CO, p. 1975.

¹⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 321 CO, p. 54.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ AUBERT, CR 2012, N 2 ad art. 321 CO, p. 1975.

l'affirmative, il s'agit d'une simple activité bénévole. En revanche, lorsque le remplaçant n'est pas un proche, « il entre lui-même dans une relation de contrat de travail avec l'employeur »¹⁹.

2. Exception résultant d'une disposition expresse de la loi

- 17 **Travail à domicile** – La loi prévoit expressément que le travailleur à domicile peut se faire aider dans l'accomplissement de son travail par des membres de sa famille (cf. art. 351 CO).

3. Exception résultant d'un accord entre les parties ou des usages

- 18 **Contrat de conciergerie** – L'employé-concierge recourt souvent à une aide, généralement son conjoint, qui l'assiste dans l'exécution de sa prestation de travail²⁰. Cette organisation résulte d'ailleurs de l'usage de la profession²¹.
- 19 **Contrat de nettoyage** – Le recours à l'aide de tiers est également fréquent dans le domaine des travaux ménagers, où l'employé peut se faire assister d'un auxiliaire pour les grands nettoyages²².
- 20 **Contrat de vignolage** – Le contrat de vignolage est un contrat de travail par lequel un viticulteur-propriétaire engage un vigneron-tâcheron qu'il charge de cultiver un ou plusieurs clos moyennant un salaire généralement fixé d'après la surface de la vigne. Le travailleur engage souvent à ses frais des aides tels que des vendangeurs ou des ouvriers journaliers²³.
- 21 **Job sharing (poste de travail partagé)** – Plus qu'une question de remplacement ou d'aide d'un travailleur principal, le travail partagé est à vrai dire une forme d'organisation du travail dans laquelle un poste de travail est partagé par deux ou plusieurs travailleurs qui en prennent ensemble la responsabilité²⁴. Dans une jurisprudence déjà ancienne, le Tribunal fédéral a considéré qu'une telle organisation était compatible avec le droit suisse qui autorise des aménagements très libres des relations de travail²⁵. Le travail partagé soulève néanmoins des questions délicates, notamment en cas de maladie de l'un des deux employés ou lorsqu'il

¹⁹ TF 4A_573/2010 du 28 mars 2011, c. 7.2.

²⁰ SUBILIA/DUC, N 8 ad art. 319 CO, p. 80.

²¹ AUBERT, CR 2012, N 1 ad art. 321 CO, p. 1975.

²² TF 4P.87/2002 du 20 juin 2002, c. 2.3 ; CARRUZZO, N 2 ad art. 321 CO, pp. 37 s.

²³ ATF 107 II 430, c. 1 = JdT 1982 I 94 = SJ 1982 241. Voir aussi WYLER, pp. 62 s.

²⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 7 ad « Travail à temps partiel », p. 410 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 57 ad art. 319 CO, pp. 41 s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 321 CO, p. 161.

²⁵ ATF 122 V 169, c. 6.

s'agit de déterminer le temps de travail et les éventuelles heures supplémentaires effectuées par chacun des travailleurs²⁶. Le respect des dispositions impératives sur le contrat de travail paraît imposer à l'employeur de conclure un contrat de travail à temps partiel avec chacun des travailleurs concernés²⁷.

4. Exception résultant des circonstances

Autres exceptions ? – Dans la mesure où le principe est l'exécution personnelle et qu'il existe des exceptions prévues par la loi ou fondées sur un accord entre les parties, y compris déduit des usages, la possibilité d'admettre des exceptions qui résulteraient de circonstances particulières nous paraît fort restreinte. Il a par exemple été jugé qu'une employée de nettoyage enceinte était en droit de se faire remplacer temporairement par son mari, qui a accompli ses tâches bénévolement²⁸. Une telle possibilité résulte certainement autant des usages que des circonstances particulières.

22

²⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 7 ad « Travail à temps partiel », p. 41 ; SUBILIA/DUC, N 34 ad art. 319 CO, p. 86.

²⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 7 ad « Travail à temps partiel », p. 411.

²⁸ TC/FR du 7 juin 2004, c. 2b, in : RFJ 2005, p. 18. Voir aussi CARRUZZO, N 2 ad art. 321 CO, pp. 37 s.

Art. 321a

II. Diligence et fidélité à observer

¹ Le travailleur exécute avec soin le travail qui lui est confié et sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur.

² Il est tenu d'utiliser selon les règles en la matière les machines, les instruments de travail, les appareils et les installations techniques ainsi que les véhicules de l'employeur, et de les traiter avec soin, de même que le matériel mis à sa disposition pour l'exécution de son travail.

³ Pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas accomplir du travail rémunéré pour un tiers dans la mesure où il lèse son devoir de fidélité et, notamment, fait concurrence à l'employeur.

⁴ Pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas utiliser ni révéler des faits destinés à rester confidentiels, tels que les secrets de fabrication et d'affaires dont il a pris connaissance au service de l'employeur ; il est tenu de garder le secret même après la fin du contrat en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur.

II. Sorgfalts- und Treuepflicht

¹ Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren.

² Er hat Maschinen, Arbeitsgeräte, technische Einrichtungen und Anlagen sowie Fahrzeuge des Arbeitgebers fachgerecht zu bedienen und diese sowie Material, die ihm zur Ausführung der Arbeit zur Verfügung gestellt werden, sorgfältig zu behandeln.

³ Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses darf der Arbeitnehmer keine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten, soweit er dadurch seine Treuepflicht verletzt, insbesondere den Arbeitgeber konkurrenziert.

⁴ Der Arbeitnehmer darf geheim zu haltende Tatsachen, wie namentlich Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, von denen er im Dienst des Arbeitgebers Kenntnis erlangt, während des Arbeitsverhältnisses nicht verwerten oder anderen mitteilen ; auch nach dessen Beendigung bleibt er zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist.

II. Diligenza e fedeltà

¹ Il lavoratore deve eseguire con diligenza il lavoro assegnatogli e salvaguardare con fedeltà gli interessi legittimi del datore di lavoro.

² Egli deve adoperare secondo le regole le macchine, gli utensili e le installazioni tecniche nonché i veicoli del datore di lavoro e trattarli con cura, come pure il materiale messo a sua disposizione.

³ Durante il rapporto di lavoro, il lavoratore non può eseguire lavoro remunerato per conto di un terzo nella misura in cui leda il dovere di fedeltà verso il datore di lavoro, segnatamente facendogli concorrenza.

⁴ Durante il rapporto di lavoro, il lavoratore non può utilizzare né rilevare fatti di natura confidenziale, segnatamente i segreti di fabbricazione e di affari, di cui ha avuto conoscenza al servizio del datore di

lavoro ; egli è tenuto al segreto anche dopo la fine del rapporto di lavoro nella misura in cui la tutela degli interessi legittimi del datore di lavoro lo esiga.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	54
II. Obligation de diligence et de fidélité : principes généraux (art. 321a al. 1 CO).....	5	55
1. Eléments communs.....	5	55
2. L'obligation de diligence du travailleur.....	9	56
3. L'obligation de fidélité du travailleur.....	12	56
III. Obligation de traiter avec soin le matériel mis à disposition (art. 321a al. 2 CO).....	23	60
IV. Interdiction du travail rémunéré pour un tiers (art. 321a al. 3 CO).....	26	60
1. Principes généraux.....	27	61
2. Travail rémunéré concurrent.....	32	62
3. Travail rémunéré non concurrent.....	36	63
V. Obligation de garder le secret (art. 321a al. 4 CO).....	38	63
1. Faits destinés à rester confidentiels.....	39	63
2. Après la fin du contrat.....	50	65
3. Dénonciation de faits répréhensibles (whistleblowing).....	54	66
VI. Autres cas d'application.....	61	69
1. Délits commis par l'employé.....	62	69
2. Inexécution de la prestation de travail.....	64	70
3. Préparation d'une activité future.....	66	70
4. Comportement envers des collègues ou des tiers.....	69	71
5. Utilisation de l'Internet.....	71	72
6. Grève.....	75	73
VII. Sanctions.....	79	74

Bibliographie spécifique

BRÄNDLI THOMAS, Arbeitsvertrag und Nebenbeschäftigung unter besonderer Berücksichtigung von Nebenbeschäftigungsverboten im Individualarbeitsrecht, Zurich 2000 ; CARRANZA CARLOS JAÏCO et MICOTTI SÉBASTIEN, Whistleblowing en Suisse : constats d'insuffisance et besoin de réglementation, in : Jusletter du 7 janvier 2008 ; DUNAND JEAN-PHILIPPE, L'usage de l'Internet sur le lieu de travail au vu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, in : Internet au lieu de travail, Lausanne 2004, pp. 1 ss ; EGLI URS, Soziale Netzwerke und Arbeitsverhältnis, in : Jusletter du 17 janvier 2011 ; GEISER THOMAS, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Bâle 1982 ; GIROD CHRISTIAN et CARRON VINCENT, La protection du dénonciateur en droit du travail de *lege ferenda* : quelques réflexions, in : Transparence et secret dans l'ordre juridique, Liber amicorum pour M^c Vincent Jeanneret, Genève 2010, pp. 15 ss ; HEINZER BORIS, Le double statut de l'administrateur-travailleur en droit privé, in : WYLER, Panorama I, pp. 349 ss ; KÄLIN THOMAS et KIRCHHOFF KERSTIN, Whistleblowing – Eine Anleitung, in : Jusletter du 20 juin 2011 ; MARTINELLI PETER RAFFAELLA, Activité accessoire ou travail au noir ?, in : WYLER, Panorama II, pp. 165 ss ; MEIER PHILIPPE, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE, Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'internet et du courrier électronique

au lieu de travail, Berne 2007, dernière modification le 22 janvier 2010 ; UDRY PATRICK, Pour être licite, la grève doit-elle avoir été déclarée par un syndicat ?, in : WYLER, Panorama I, pp. 557 ss ; WENIGER OLIVIER, La protection des secrets économiques et du savoir-faire (know-how), Lausanne 1994 ; WITZIG AURÉLIEN, Secrets de fabrication et secrets d'affaires (art. 340 CO), in : WYLER, Panorama II, pp. 247 ss.

I. Généralités

- 1 **Objet et but** – L'article 321a CO énonce le principe de l'obligation de diligence et de fidélité du travailleur (al. 1) et en décrit certaines modalités (al. 2 à 4). En pratique, il s'agit d'une norme d'importance centrale puisque la mise en œuvre de la responsabilité civile du travailleur (cf. art. 321e CO) ou son licenciement immédiat (cf. art. 337 CO) présupposent une violation du devoir de diligence et/ou de fidélité.
- 2 **Systématique** – L'article 321a CO constitue la deuxième disposition de la section B (obligations du travailleur) du chapitre premier sur le contrat individuel de travail. Il est complété par les articles 321b (obligation de rendre compte et de restituer) et 321c CO (obligation d'exécuter des heures de travail supplémentaires) qui traitent d'autres cas d'application concrets du devoir de diligence et de fidélité du travailleur.
- 3 **Nature de la norme** – L'article 321a CO est de nature dispositif. L'obligation de diligence et de fidélité peut ainsi être étendue ou limitée par une convention entre les parties¹. Dans un éventuel accord dérogatoire, les parties doivent cependant respecter les règles absolument (art. 361 CO) et relativement (art. 362 CO) impératives des dispositions sur le contrat individuel de travail.
- 4 **Origine et évolution** – La teneur de l'article 321a CO date de la révision de 1971². Auparavant, la version résultant de la révision générale du Code des obligations de 1911 se limitait à indiquer que « l'employé est tenu d'exécuter avec soin le travail promis » (art. 328 al. 1 CO 1911).

¹ ATF 117 II 72, c. 4a, JdT 1992 I 569 (trad.) ; PORTMANN, BaK 2011, N 16 ad art. 321a CO, p. 1832.

² Cf. Message 1967, p. 307 ; RO 1971 1461.

II. Obligation de diligence et de fidélité : principes généraux (art. 321a al. 1 CO)

1. Eléments communs

Relations de confiance – Vu le rapport personnel privilégié qui résulte du contrat de travail, le travailleur doit consacrer toutes ses forces physiques et intellectuelles pour exécuter le travail confié et servir les intérêts légitimes de son employeur³. Ce devoir général est concrétisé par deux obligations spécifiques, l'obligation de diligence et l'obligation de fidélité. La loi met l'accent sur certaines hypothèses importantes (cf. art. 321a al. 2-4, 321b et 321c al. 1 CO), mais les cas d'application sont innombrables. 5

Statut et rémunération du travailleur – L'étendue et la mesure de l'obligation de diligence et de fidélité doivent être analysées en fonction de la position du travailleur dans l'entreprise⁴. En raison du crédit particulier et de la responsabilité que lui confère sa fonction dans l'entreprise, le comportement d'un cadre sera apprécié avec une rigueur accrue⁵. De même, l'employeur peut s'attendre de l'employé auquel il verse une rémunération très importante une prudence et une diligence particulièrement marquées⁶. En revanche, l'attitude d'un employé qui n'exerce pas une fonction à responsabilités, n'a personne sous ses ordres et perçoit un salaire moyen, doit être jugée avec moins de sévérité⁷. 6

Directives – L'étendue du devoir de diligence et de fidélité doit être appréciée dans chaque cas d'espèce en fonction de l'ensemble des circonstances⁸. On prendra notamment en compte les usages propres à chaque profession⁹, ainsi que les directives de l'employeur sur l'accomplissement du travail, les comportements tolérés et prohibés (cf. art. 321d CO). Plus celles-ci seront précises et plus facilement pourra être évalué le respect de l'obligation de diligence et de fidélité. 7

Obligation de diligence ou de fidélité ? – Dans une situation concrète, il n'est pas toujours facile de distinguer clairement l'obligation de diligence de celle de fidélité. La classification n'a cependant pas d'incidence pratique¹⁰. 8

³ Cf. Message 1967, p. 307 ; PORTMANN, BaK 2011, N 2 ad art. 321a CO, p. 1830.

⁴ WYLER, p. 115.

⁵ ATF 127 III 86, c. 2c = JdT 2001 I 160 = SJ 2001 I 320 ; TF 4A_32/2008 du 20 mai 2008, c. 3.1.

⁶ TF 4A_723/2011 du 5 mars 2012, c. 4.

⁷ TF 4 A_115/2010 du 14 mai 2010, c. 2.3.

⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 321a CO, pp. 1710.

⁹ PORTMANN, BaK 2011, N 14 ad art. 321a CO, p. 1832.

¹⁰ WYLER, p. 108.

2. L'obligation de diligence du travailleur

- 9 **Notion** – Le travailleur doit exécuter « avec soin le travail qui lui est confié » (art. 321a al. 1 CO), au plus près des intérêts de son employeur, conformément aux règles de la bonne foi¹¹. Il observe à cet effet les directives générales de l'employeur sur l'exécution du travail, ainsi que les instructions particulières qui lui ont été données (cf. art. 321d al. 2 CO). Le devoir d'exécution diligente comprend celui de traiter avec soin le matériel mis à disposition par l'employeur (cf. art. 321a al. 2 CO). Le travailleur ne viole pas son devoir de diligence pour la simple raison qu'il n'a pas atteint le but qui avait été fixé. Il n'a, en effet, pas à répondre des risques professionnels survenant sans faute de sa part et ne répond pas d'un résultat¹².
- 10 **Mesure de la diligence** – La diligence requise dépend du type de travail à exécuter et de l'ensemble des circonstances¹³. Sa mesure se détermine par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail, ainsi que des aptitudes et qualités du travailleur (cf. art. 321e al. 2 CO)¹⁴.
- 11 **Convention dérogatoire** – L'article 321a CO est, certes, de nature dispositive. Les parties ont donc la possibilité de préciser la nature et les effets de l'obligation de diligence. Leur marge de manœuvre est cependant réduite, car elles ne sauraient valablement conclure une convention qui augmenterait l'obligation de diligence ou l'étendue du devoir de réparation du travailleur au-delà de ce que prévoit l'article 321e CO, qui constitue une disposition relativement impérative¹⁵.

3. L'obligation de fidélité du travailleur

- 12 **Notion** – Le travailleur est tenu de sauvegarder « fidèlement les intérêts légitimes » de son employeur (art. 321a al. 1 CO). L'obligation de fidélité peut être considérée comme le pendant du devoir d'assistance de l'employeur déduit de l'art. 328 CO¹⁶. Elle consiste à mettre toutes ses forces au service de son employeur et à renoncer à tout ce qui pourrait lui nuire : elle comporte ainsi un aspect positif et un aspect négatif¹⁷.

¹¹ TF 4C.71/2002 du 31 juillet 2002, c. 5.1.

¹² TAF A-286/2007 du 23 juillet 2009, c. 4.2.1 ; TF 4C.71/2002 du 31 juillet 2002, c. 5.1.

¹³ TERCIER/FAVRE, N 3367, p. 495.

¹⁴ WYLER, p. 107.

¹⁵ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 321a CO, p. 55 ; SUBILIA/DUC, N 1 ad art. 321a CO, pp. 118 s.

¹⁶ PORTMANN, BaK 2011, N 2 ad art. 321a CO, p. 1830 ; SUBILIA/DUC, N 7 ad art. 321a CO, p. 120.

¹⁷ Message 1967, p. 307 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 10 ss ad art. 321a CO, pp. 84 ss.

Aspect positif – Le travailleur doit se consacrer entièrement à l'exécution de sa tâche et prendre les mesures adéquates pour prévenir la survenance d'un dommage ou en réduire les conséquences¹⁸. En cas de nécessité, il peut être tenu d'exécuter temporairement, spontanément ou sur demande de l'employeur, d'autres tâches que celles prévues initialement¹⁹. L'obligation de fidélité comprend aussi un devoir d'information à charge du travailleur : il doit signaler à ses supérieurs les perturbations que pourrait subir l'exécution du travail²⁰, avertir l'employeur d'éventuels dommages imminents, abus ou irrégularités menaçant l'entreprise afin qu'il puisse prendre lui-même toute mesure utile²¹. Les absences prévisibles, comme une période de service militaire, doivent être annoncées à l'employeur en temps utile²². Lorsqu'il s'estime malade et incapable de travailler, le travailleur a une obligation d'information rapide, continue et complète relative à l'existence, au degré et à la durée prévisible de son incapacité de travail²³. Le cas de la grossesse est soumis à un régime particulier. On estime en effet que l'employée n'a, en principe, pas l'obligation d'annoncer immédiatement qu'elle est enceinte²⁴.

Aspect négatif – Le travailleur doit s'abstenir de tout comportement susceptible de léser l'employeur dans ses intérêts légitimes et éviter, en particulier, tout ce qui pourrait lui causer un dommage économique²⁵. Il s'abstiendra, par exemple, de débaucher des collaborateurs dans le but de les engager dans une entreprise concurrente qu'il est en train d'organiser²⁶ ou de porter atteinte à la personnalité de ses collègues de travail²⁷.

Affaires générales de l'entreprise – L'employeur est en droit d'exiger un comportement loyal et fidèle non seulement dans le cadre limité de l'activité explicitement convenue, mais aussi, le cas échéant, en rapport avec les autres affaires de l'entreprise auxquelles le travailleur prend également part²⁸. Ainsi, le collaborateur d'une banque viole le devoir de fidélité s'il propose un nouveau client en sachant que la relation nuira très probablement à la réputation ou à d'autres inté-

¹⁸ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 321a CO, p. 56.

¹⁹ SUBILIA/DUC, N 11 ad art. 321a CO, p. 121.

²⁰ Cf. Message 1967, pp. 307-308.

²¹ SUBILIA/DUC, N 11 ad art. 321a CO, p. 121. Voir aussi TF 4C.442/1996 du 30 avril 1997, c. 3b, in : sic ! 1997, p. 382.

²² STAEHELIN, ZK 2006, N 10 ad art. 321a CO, p. 84.

²³ CAPH/GE du 21 février 2007, c. 2.2, in : JAR 2008, p. 376. Voir aussi TF 4C.346/2004 du 15 février 2005, c. 5.1 ; PORTMANN, BaK 2011, N 12 ad art. 321a CO, p. 1831.

²⁴ STAEHELIN, ZK 2006, N 11 ad art. 321a CO, p. 85. Voir aussi ATF 135 III 349, c. 2 et 3 = SJ 2009 I 405.

²⁵ ATF 117 II 72, c. 4a, JdT 1992 I 569 (trad.) ; TF 4C.442/1996 du 30 avril 1997, c. 3b, in : sic ! 1997, p. 382.

²⁶ ATF 104 II 28, JdT 1978 I 514 (trad.).

²⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 321a CO, p. 56.

²⁸ TF 4A_723/2011 du 5 mars 2012, c. 4.

rêts de son employeur. Il en va de même s'il intercède en faveur d'un client, même en marge de son activité habituelle, en sachant que l'opération favorisée par lui entraînera selon toute vraisemblance une perte pour l'employeur²⁹.

- 16 **Convention dérogatoire** – Vu la nature dispositive de l'art. 321a CO, les parties peuvent étendre ou limiter le devoir de fidélité du travailleur³⁰. Lorsqu'elles le définissent de manière plus stricte que ne le prévoit l'article 321a CO, l'accord dérogatoire devra cependant respecter les limites de la liberté contractuelle, notamment de l'article 27 alinéa 2 CC³¹.
- 17 **Limites** – Plus généralement, l'obligation de fidélité trouve ses limites dans les intérêts légitimes du travailleur³² qui comprennent le droit au libre épanouissement de sa personnalité (cf. art. 328 CO)³³ et le droit à la sauvegarde de ses intérêts financiers³⁴. Ainsi, sauf circonstances particulières, le travailleur a le droit de refuser d'exécuter une tâche qui n'est pas prévue dans son contrat de travail³⁵. Il est également légitimé à faire valoir, de bonne foi, des prétentions résultant du contrat de travail (cf. art. 336 al. 1 let. d CO) ou à exercer une activité syndicale conforme au droit (cf. art. 336 al. 2 let. a CO)³⁶. Enfin, étant liée aux rapports de travail, l'obligation de fidélité ne s'étend en principe pas à la vie privée et sociale du travailleur³⁷.
- 18 **Entreprises dites « à tendance »** – Les employés des entreprises dites « à tendance » (*Tendenzbetriebe*) sont régis par un régime particulier³⁸. Les « Tendenzbetriebe » sont les entreprises qui n'ont pas un but essentiellement lucratif et qui exercent une activité à caractère spirituel ou intellectuel, c'est-à-dire politique, confessionnel, syndical, scientifique, artistique, caritatif ou similaire. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que l'employé d'une telle entreprise est nécessairement soumis à un devoir de fidélité plus exigeant. Il en résulte qu'il doit éviter tout comportement qui pourrait nuire à l'image de l'entreprise, même en dehors de son activité professionnelle³⁹.

²⁹ TF 4A_723/2011 du 5 mars 2012, c. 4.

³⁰ MARTINELLI PETER, Panorama II, p. 166.

³¹ TF 4A_408/2011 du 15 novembre 2011, c. 5.4.1 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 33 ad art. 321a CO, p. 92 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 321a CO, p. 178.

³² STAEHELIN, ZK 2006, N 8 ad art. 321a CO, p. 83.

³³ ATF 117 II 72, c. 4a, JdT 1992 I 569 (trad.) ; TF 4C.350/1994 du 14 décembre 1994, in : RSJ 91 (1995), p. 177.

³⁴ TF 4C.442/1996 du 30 avril 1997, c. 3b, in : sic ! 1997, p. 382.

³⁵ TF 4C.303/2005 du 1^{er} décembre 2005, c. 2.4.

³⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 321a CO, p. 56.

³⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 321a CO, p. 56.

³⁸ PORTMANN, BaK 2011, N 10 ad art. 321a CO, p. 1831 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 29 ad art. 321a CO, pp. 90 s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 321a CO, p. 177.

³⁹ ATF 130 III 699, c. 4.1 = JdT 2006 I 193 = SJ 2005 I 152.

Début et fin de l'obligation – L'obligation de fidélité débute dès le commencement de l'activité du travailleur. Durant la période allant de la conclusion du contrat au début effectif de l'activité, le travailleur est cependant tenu de ne rien entreprendre qui puisse porter atteinte à la relation de travail convenue⁴⁰. L'obligation de fidélité prend fin en même temps que les rapports de travail, sous réserve de l'interdiction de divulguer des secrets (cf. art. 321a al. 4 CO)⁴¹. Il va de soi que le travailleur reste soumis au devoir de fidélité pendant le délai de congé, même s'il a été libéré de son obligation de travailler puisqu'il continue à être lié par un rapport de travail⁴².

19

Liberté économique après la fin du contrat – Le Tribunal fédéral a récemment rappelé que le travailleur peut se prévaloir, après l'extinction du contrat de travail, de la liberté économique qui comprend le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice. Il en résulte qu'en dehors de l'hypothèse d'une clause de prohibition de concurrence valablement conclue (cf. art. 340 CO), les parties au contrat de travail ne peuvent restreindre le droit du travailleur d'exercer une activité économique après la fin du contrat⁴³.

20

Groupe de sociétés – Lorsque le travailleur est l'employé d'une entreprise qui fait partie d'un groupe de sociétés, il se pose la question de savoir si son devoir de fidélité n'est dû qu'à cette entreprise ou au groupe dans son ensemble ? Selon le Tribunal fédéral, il faut en principe partir de l'idée que seul le partenaire contractuel peut se prévaloir du devoir de fidélité. Notre Haute Cour a toutefois laissé la question ouverte de savoir si, dans certains cas, on ne devrait pas admettre que le lien propre au groupe se répercute effectivement sur le rapport de travail et sur le devoir de fidélité qui en découle⁴⁴.

21

Devoir de fidélité de l'administrateur – Lorsque le travailleur est également administrateur de la société qui l'emploie, il est soumis à un double devoir de fidélité qui relève à la fois du droit du travail (art. 321a CO) et du droit des sociétés (art. 717 CO)⁴⁵. On admet que le standard imposé par le droit des sociétés est plus étendu⁴⁶.

22

⁴⁰ STAHELIN, ZK 2006, N 30 ad art. 321a CO, p. 91.

⁴¹ WYLER, p. 108.

⁴² ATF 128 III 271, c. 4a, JdT 2003 I 606 (trad.) ; KG/GR du 19 février 2008, c. 4b, in : JAR 2009, p. 536.

⁴³ ATF 138 III 67, c. 2.3.3 = JdT 2012 II 207 = SJ 2012 I 297.

⁴⁴ ATF 130 III 213, c. 2.2.1, JdT 2004 I 223 (trad.).

⁴⁵ ATF 130 III 213, c. 2.2.2, JdT 2004 I 223 (trad.).

⁴⁶ HEINZER, Panorama I, p. 359 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 321a CO, p. 172.

III. Obligation de traiter avec soin le matériel mis à disposition (art. 321a al. 2 CO)

23 **Principe** – L’employeur fournit généralement à ses employés les instruments et le matériel nécessaires à l’exécution de leur travail (cf. art. 327 al. 1 CO). La loi énonce quelques exemples importants (art. 321a al. 2 CO) : machines, instruments de travail, appareils, installations techniques et véhicules. Il peut s’agir aussi d’autres objets, comme des habits ou tenues de travail, casques de protection, matériel de bureau. Qu’il utilise le matériel en commun avec plusieurs collègues (machines, installations techniques) ou seul, lorsqu’il lui est remis personnellement (habit ou table de travail, ordinateur), le travailleur est tenu de le traiter « avec soin » et de l’utiliser « selon les règles en la matière » (art. 321a al. 2 CO), et les instructions reçues (cf. art. 321d CO). Cela implique le devoir de maintenir le matériel en bon état, de signaler les défauts et de le protéger contre les risques de détériorations ou les vols⁴⁷.

24 **Matériel informatique** – Suite au développement impressionnant de la technologie en ce domaine, les appareils électroniques sont devenus des instruments de travail privilégiés, en particulier dans le secteur tertiaire. Prenons l’exemple de l’ordinateur. Le travailleur est tenu de le traiter avec soin et de le maintenir en bon état. Cela implique qu’il actionne régulièrement les mises à jour et antivirus qui lui sont mis à disposition par son employeur. L’employé est également tenu d’utiliser son ordinateur selon les règles en la matière. Il en résulte qu’il doit, par exemple, s’abstenir de toute activité qui contreviendrait aux prescriptions sur la protection et la sécurité des données ou à celles sur le droit d’auteur, ou qui exposerait l’entreprise à un risque d’endommagement ou de paralysie de son réseau informatique⁴⁸.

25 **Restitution** – Pendant les rapports de travail, il va de soi que le travailleur est tenu de restituer à son employeur les instruments et le matériel reçu lorsque celui-ci le lui demande. A la fin du contrat, l’art. 339a al. 1 CO prévoit expressément que les parties se rendent tout ce qu’elles se sont remis. Les droits de rétention demeurent réservés (art. 339a al. 3 CO).

IV. Interdiction du travail rémunéré pour un tiers (art. 321a al. 3 CO)

26 **Introduction** – A certaines conditions, l’art. 321a al. 3 CO interdit le « travail rémunéré pour un tiers ». Il s’agit d’une concrétisation de l’obligation

⁴⁷ STAEHELIN, ZK 2006, N 34 ad art. 321a CO, p. 93 ; TERCIER/FAVRE, N 3368, p. 495.

⁴⁸ DUNAND, pp. 10 ss ; PORTMANN, BaK 2011, N 8 ad art. 321a CO, p. 1831.

générale de fidélité du travailleur⁴⁹. On admet que les travailleurs à temps partiel ne sont en principe pas soumis à cette obligation.

1. Principes généraux

Interdiction relative – La loi n'interdit pas au travailleur, de manière absolue, de travailler contre rémunération pour un tiers, mais seulement de manière relative, lorsque le travailleur lèse de la sorte son devoir de fidélité⁵⁰. L'art. 321a al. 3 CO nous paraît avoir un sens tautologique : le travail rémunéré pour un tiers constitue une violation du devoir de fidélité seulement dans la mesure où le travailleur « lèse son devoir de fidélité » ! 27

« **Travail au noir** » – On parle parfois dans ce contexte de « l'interdiction du travail au noir ». Il s'agit ici de l'une des modalités du travail au noir au sens large, qui vise tous les travaux effectués en violation d'une obligation contractuelle ou légale⁵¹. Cette acception ne doit pas être confondue avec d'autres formes plus connues, dans le langage courant, comme le fait de travailler sans autorisation ou sans être déclaré aux autorités étatiques compétentes⁵². 28

Relation entre l'art. 321a al. 3 CO et l'art. 321a al. 1 CO – L'art. 321a al. 3 CO constituant un cas d'application du principe général prévu à l'art. 321a al. 1 CO, il est en pratique peu important de déterminer si un comportement répréhensible du travailleur tombe sous le coup du premier alinéa ou du troisième alinéa de l'art. 321a CO. L'article 321a al. 3 CO prohibe plus particulièrement le travail rémunéré concurrent ou le travail rémunéré non concurrent, mais qui porte d'une autre manière atteinte au devoir de fidélité du travailleur. 29

Convention dérogatoire ? – La question de savoir si les parties au contrat de travail peuvent convenir de l'interdiction de tout travail rémunéré au profit d'un tiers ou de le subordonner à l'autorisation préalable de l'employeur est controversée⁵³. Vu la teneur de l'article 321a al. 3 CO, ainsi que l'intérêt reconnu du travailleur au libre épanouissement de sa personnalité (cf. art. 328 CO, art. 27 al. 2 CC), il nous semble que la validité d'une telle convention ne devrait être admise que lorsque l'employeur peut se prévaloir d'un intérêt digne de protection (par exemple : motifs de sécurité, de confidentialité ou d'image de marque de l'entreprise). 30

⁴⁹ TF 4C.210/1996 du 18 décembre 1996, c. 2b, in : SARB 1999, p. 419.

⁵⁰ PORTMANN, BaK 2011, N 19 ad art. 321a CO, p. 1833.

⁵¹ TERCIER/FAVRE, N 3388, p. 498.

⁵² Cf. loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 17 juin 2005, RS 822.41. Voir aussi STAEHELIN, ZK 2006, N 35 ad art. 321a CO, p. 93 ; SUBILIA/DUC, N 16 ad art. 321a CO, pp. 122 s.

⁵³ *Pro* : SUBILIA/DUC, N 19 ad art. 321a CO, pp. 123 s. ; *contra* : BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 5 ad art. 321a CO, p. 57.

- 31 **Travailleurs à temps partiel** – Il est admis que l'art. 321a al. 3 CO ne s'applique que de manière limitée aux travailleurs à temps partiel⁵⁴. Ceux-ci ont, en principe, le droit de compléter leur revenu en se mettant au service d'un second employeur, pour autant évidemment qu'ils ne portent pas ainsi préjudice aux intérêts légitimes du premier employeur⁵⁵. La question est délicate lorsque le second employeur est un concurrent du premier. Il ne semble pas que l'on puisse présumer dans ce cas que la seconde activité soit prohibée, sous réserve que le travailleur ne trahisse pas de secrets d'affaires ou ne détourne pas des clients⁵⁶. L'employé qui travaille à temps partiel pour plusieurs employeurs est tenu de les informer qu'il cumule plusieurs emplois afin qu'ils puissent vérifier le respect du devoir de fidélité par le travailleur ainsi que des prescriptions de la législation sur le travail en matière de durée du travail et du repos⁵⁷.

2. Travail rémunéré concurrent

- 32 **Présomption légale** – La loi présume que le fait d'effectuer un travail rémunéré concurrent constitue une violation du devoir de fidélité. L'employeur n'a pas à démontrer avoir subi un réel dommage. La simple potentialité suffit⁵⁸.
- 33 **Notion de concurrence** – Selon le Tribunal fédéral, il y a rapport de concurrence lorsque les personnes concernées offrent des prestations de même nature et satisfaisant directement le même besoin, auprès d'un cercle de clients en tout ou partie concordant⁵⁹.
- 34 **Pendant les vacances** – Le travailleur qui effectue un travail rémunéré concurrent durant ses vacances et qui revient surmené sur son lieu de travail peut se voir reprocher une double violation de son devoir de fidélité : premièrement, car il effectue un travail rémunéré au profit d'un concurrent (cf. art. 321a al. 3 CO), et deuxièmement, car il détourne le but des vacances qui est de se reposer et de se ressourcer, et risque ainsi de mettre en péril la qualité de son travail (cf. art. 321a al. 1 CO)⁶⁰. Le cas est également régi par l'article 329d alinéa 3 CO, selon lequel, si, pendant les vacances, le travailleur exécute un travail rémunéré pour un tiers au mépris des intérêts légitimes de son employeur, celui-ci peut lui refuser le salaire afférant aux vacances ou en exiger le remboursement s'il l'a déjà versé.
- 35 **Pendant une incapacité de travail** – Il va de soi que le travail rémunéré concurrent durant une prétendue incapacité de travail constitue une violation grave du

⁵⁴ STAEHELIN, ZK 2006, N 41 ad art. 321a CO, pp. 96 s.

⁵⁵ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 11 ad « Travail à temps partiel », p. 412.

⁵⁶ AUBERT, CR 2012, N 9 ad art. 321a CO, pp. 1977 s.

⁵⁷ CARRUZZO, N 3 ad art. 321 CO, p. 45.

⁵⁸ TF 4C.221/2004 du 26 juillet 2004, c. 3.3.

⁵⁹ TF 4C.210/1996 du 18 décembre 1996, c. 4b, in : SARB 1999, p. 419.

⁶⁰ SUBILIA/DUC, N 19 ad art. 321a CO, p. 124.

devoir de fidélité qui comporte une circonstance aggravante résidant dans le fait de se prétendre faussement incapable et de ne pas accomplir la prestation de travail qui est due.

3. Travail rémunéré non concurrent

Principe – Un travail rémunéré peut aussi constituer une violation de l'art. 321a al. 3 CO lorsque le travailleur lèse son devoir de fidélité, non pas parce qu'il fait concurrence à son employeur, mais parce que le déploiement de l'activité accessoire compromet la qualité et la sécurité du travail principal⁶¹. 36

Travail non concurrent pendant les vacances – L'employé qui effectue pendant ses vacances un travail rémunéré pour un tiers, qui n'est pas concurrent de son employeur principal, est susceptible de violer son devoir de fidélité s'il retourne dans l'entreprise dans un état manifeste de surmenage ou sans s'être suffisamment reposé⁶². 37

V. Obligation de garder le secret (art. 321a al. 4 CO)

Principe – L'obligation de garder le secret à charge du travailleur constitue une concrétisation de son devoir de fidélité : le travailleur ne doit « pas utiliser ni révéler des faits destinés à rester confidentiels ». Absolue pendant la durée du contrat, elle devient relative après la fin du contrat. S'agissant de droit dispositif, les parties peuvent en moduler la portée. L'obligation de garder le secret, opposable à l'employé envers son employeur, ne doit pas être confondue avec la notion de secret professionnel visée à l'art. 321 CPS⁶³. 38

1. Faits destinés à rester confidentiels

Notion de secret – Constitue un secret toute connaissance particulière qui n'est pas de notoriété publique et qui n'est pas facilement accessible, dont un commerçant ou un fabricant a un intérêt légitime à conserver l'exclusivité et qu'il n'entend pas divulguer⁶⁴. 39

⁶¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 9 ad art. 321a CO, p. 58 ; PORTMANN, BaK 2011, N 21 ad art. 321a CO, pp. 1833 s.

⁶² TF 4C.210/1996 du 18 décembre 1996, c. 3, in : SARB 1999, p. 419.

⁶³ STAEHELIN, ZK 2006, N 46 ad art. 321a CO, p. 99 ; SUBILIA/DUC, N 23 ad art. 321a CO, p. 125.

⁶⁴ TC/VD du 27 avril 2007, c. II.c, in : JAR 2008, p. 497.

- 40 **Volonté de l'employeur** – L'obligation de discrétion s'étend non seulement aux faits que l'employeur a expressément qualifiés de secrets, mais aussi à tous ceux dont il apparaît, selon les circonstances, que l'employeur veut interdire la divulgation, l'intérêt légitime au maintien du secret étant présumé⁶⁵.
- 41 **Faits appris au service de l'employeur** – Il faut et suffit que le travailleur ait pris connaissance de ces faits alors qu'il était au service de son employeur, peu importe la manière⁶⁶.
- 42 **Enumération non exhaustive** – De manière exemplative (« tels que »), l'art. 321a al. 4 CO donne deux catégories de faits pouvant être destinés à rester confidentiels, à savoir les secrets de fabrication et les secrets d'affaires. D'autres types de secrets peuvent être envisagés⁶⁷.
- 43 **Secrets de fabrication** – Cette catégorie comprend notamment les procédés de production et de fabrication à caractère technique, ainsi que les plans de construction⁶⁸.
- 44 **Secrets d'affaires** – Cette catégorie comprend notamment la pratique et l'organisation commerciale et financière de l'entreprise (liste de clients, calculs des prix, marges de bénéfice, marketing)⁶⁹.
- 45 **Connaissances spécifiques** – Pour être qualifiées de secrets d'affaires ou de fabrication, les connaissances acquises par le travailleur doivent toucher à des questions techniques, organisationnelles ou financières, qui sont spécifiques : il ne peut s'agir de connaissances pouvant être acquises dans toutes les entreprises de la même branche⁷⁰.
- 46 **Expérience professionnelle** – La seule connaissance de la clientèle ne saurait constituer un secret⁷¹. Plus généralement, l'obligation de discrétion ne s'étend pas à l'expérience professionnelle de l'employé, comme ses connaissances, ses qualités propres, son habileté, son expérience accumulée, qualités qu'il est en droit de faire fructifier librement⁷². Dans le même sens, le Tribunal fédéral a précisé que sous l'angle du droit de la concurrence également les connaissances acquises auprès d'un cocontractant, en l'occurrence un ancien employeur, peuvent être en principe librement utilisées et développées⁷³.

⁶⁵ ATF 127 III 310, c. 5a = JdT 2001 I 367.

⁶⁶ SUBILIA/DUC, N 24 ad art. 321a CO, p. 125 ; TERCIER/FAVRE, N 3392, p. 499.

⁶⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 ad art. 321a CO, p. 194.

⁶⁸ SUBILIA/DUC, N 25 ad art. 321a CO, p. 126 ; TERCIER/FAVRE, N 3392, p. 499.

⁶⁹ PORTMANN, BaK 2011, N 24 ad art. 321a CO, p. 1834 ; SUBILIA/DUC, N 25 ad art. 321a CO, p. 126 ; WITZIG, Panorama II, pp. 250 s.

⁷⁰ ATF 138 III 67, c. 2.3.2 = JdT 2012 II 287 = SJ 2012 I 297.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² TC/VD du 27 avril 2007, c. II.c, in : JAR 2008, p. 497.

⁷³ ATF 133 III 431, c. 4.6, JdT 2008 I 34 (trad.), SJ 2007 I 562 (trad.).

Infractions commises par l'employeur – On considère généralement que le salarié doit aussi garder le secret sur des infractions pénales ou administratives commises par l'employeur, à moins qu'un intérêt supérieur ne s'y oppose⁷⁴.

47

Dissensions dans l'entreprise – Un employé a la possibilité de formuler certaines critiques envers son employeur, même publiquement, car il exerce sa liberté d'opinion, pour autant qu'il le fasse de manière objective, sans tomber dans la polémique⁷⁵. Il faut dans chaque cas peser les intérêts en présence. Un cadre n'a pas à communiquer à ses subordonnés des informations relatives à des dissensions importantes qui l'opposent à la direction de l'entreprise. Dès lors, en diffusant à ses collaborateurs un rapport intitulé « Projet de plan de restructuration » qui contenait une critique virulente de la direction, en des termes insultants, ainsi que des doléances sous forme de menaces, l'employé a gravement violé son devoir de fidélité. Selon le Tribunal fédéral, la diffusion du texte incriminé ne reflétait pas la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur, mais exprimait avant tout l'intention de l'employé de nuire à son employeur⁷⁶. Dans une autre affaire, le Tribunal fédéral a considéré que l'employée qui s'est engagée dans une diatribe virulente et avait déclenché une polémique injurieuse envers son employeur et ses collègues de travail avait aussi violé son devoir de fidélité⁷⁷.

48

Montant du salaire – Le Tribunal fédéral a jugé que le devoir de fidélité du travailleur ne lui interdisait pas de parler de son propre salaire à ses collègues et de les encourager à demander des augmentations⁷⁸.

49

2. Après la fin du contrat

Principe – Après la fin du contrat, l'obligation de garder le secret n'est opérante, selon la lettre de la loi, que dans la mesure où « l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur ». Le caractère légitime est toutefois présumé⁷⁹. L'obligation de garder le secret après la fin du contrat de travail est indépendante d'une éventuelle clause d'interdiction de concurrence⁸⁰. Sa violation

50

⁷⁴ ATF 127 III 310, c. 5a = JdT 2001 I 367 ; PORTMANN, BaK 2011, N 25 ad art. 321a CO, p. 1834.

⁷⁵ TF 4C.91/2002 du 23 novembre 2001, c. 3a.

⁷⁶ TF 4C.400/2004 du 14 février 2005, c. 3.

⁷⁷ TF 4C.91/2002 du 23 novembre 2001, c. 3a.

⁷⁸ TF 4C.350/1994 du 14 décembre 1994, in : RSJ 91 (1995), p. 177. Voir aussi BRUNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 12 ad art. 328 CO, p. 147.

⁷⁹ ATF 127 III 310, c. 5a = JdT 2001 I 367.

⁸⁰ ATF 64 II 162, JdT 1938 I 522 (trad.). Cf., dans le présent ouvrage, N 5 ad art. 340 CO.

peut intervenir aussi bien par la divulgation des secrets protégés que par l'exploitation de ceux-ci par le travailleur dans son propre intérêt⁸¹.

- 51 **Pesée des intérêts** – Pour déterminer si le travailleur reste soumis au devoir de discrétion, après la fin des rapports de travail, il faut procéder, dans chaque cas d'espèce, à une pesée des intérêts en présence. On appréciera, d'un côté, l'intérêt de l'employeur à conserver la confidentialité, et de l'autre, celui du travailleur à poursuivre normalement sa vie professionnelle⁸². Cette évaluation permettra également de déterminer la durée pendant laquelle l'employé sera éventuellement tenu par son devoir de fidélité, l'intérêt de l'employeur à son maintien s'atténuant avec l'écoulement du temps⁸³.
- 52 **Devoir de restitution à charge du travailleur** – Selon le Tribunal fédéral, se référant à Wyler⁸⁴, il n'est pas arbitraire de considérer que l'obligation générale de restitution à la fin du contrat, fondée sur l'art. 339a CO, vise tous les types de documents, physiques ou informatiques, et que le travailleur n'est pas autorisé à conserver une copie de ce qu'il a restitué. Il s'agit, selon notre Haute Cour, de préserver les intérêts de l'employeur quant à l'obligation de fidélité qui perdure après la fin des rapports de travail (art. 321a al. 4 CO)⁸⁵.
- 53 **Convention dérogatoire** – Les parties peuvent préciser les modalités de l'obligation de garder le secret après la fin du contrat. Leur convention aura cependant une portée limitée en raison du régime de la clause de prohibition de concurrence qui est fondé sur plusieurs dispositions impératives (cf. art. 340 ss CO)⁸⁶.

3. Dénonciation de faits répréhensibles (whistleblowing)

- 54 **Notion** – Le whistleblowing est un terme anglais utilisé pour qualifier les cas dans lesquels un travailleur dénonce, à l'intérieur ou à l'extérieur de l'entreprise, des actes répréhensibles ou des soupçons sérieux de la commission de tels actes. Il vient de l'expression « *to blow the whistle* » qui signifie « lancer un coup de sifflet », tels l'arbitre ou le policier⁸⁷. Le comportement du dénonciateur est généralement peu apprécié par son employeur. Pourtant, l'entreprise a le plus souvent intérêt à ce que les graves dysfonctionnements soient révélés. Il peut

⁸¹ TC/VD du 27 avril 2007, c. II.c, in : JAR 2008, p. 497 ; PORTMANN, BaK 2011, N 26 ad art. 321a CO, p. 1835.

⁸² TF 4C.69/2007 du 21 juin 2007, c. 3.3.3.

⁸³ TC/VD du 27 avril 2007, c. II.c, in : JAR 2008, p. 497.

⁸⁴ WYLER, p. 584.

⁸⁵ TF 4A_611/2011 du 3 janvier 2012, c. 4.3.

⁸⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 13 ad art. 321a CO, p. 60 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 51 ad art. 321a CO, p. 100.

⁸⁷ CARRANZA/MICOTTI, N 1.

aussi y avoir un intérêt public à la révélation de faits graves qui portent atteinte à la sécurité ou à la santé publique. En droit suisse, le whistleblowing n'est pas régi par une disposition légale spécifique. Son régime juridique résulte de l'interprétation jurisprudentielle des dispositions sur le contrat de travail.

Problématique – La dénonciation de faits répréhensibles pose la question de la délimitation du devoir de fidélité du travailleur. Nous l'avons vu, cette obligation exige que le travailleur signale les perturbations et dysfonctionnements qu'il a constatés dans l'entreprise (cf. art. 321a al. 1 CO). Toutefois, le travailleur a aussi l'obligation de garder le secret sur les faits destinés à rester confidentiels (art. 321a al. 4 CO). En principe, la dénonciation doit ainsi être effectuée à l'interne, auprès des supérieurs hiérarchiques. Le travailleur pourra se trouver dans une situation fort délicate lorsque l'auteur des faits répréhensibles est un cadre de l'entreprise. 55

Protection de la personnalité – Le whistleblowing pose également des questions délicates eu égard au devoir de l'employeur de protéger la personnalité de ses employés (cf. art. 328 CO). L'employé dénonciateur peut être confronté à l'hostilité de sa direction et de ses collègues. Il risque d'être discriminé, harcelé ou licencié. L'employeur a l'obligation de le protéger et d'élucider les faits dénoncés. Il convient aussi de s'interroger sur les possibilités de lui assurer un certain anonymat⁸⁸. Dans le même temps cependant, la personnalité du dénoncé doit également être protégée. Il faut prendre en compte le risque d'une dénonciation calomnieuse⁸⁹. On rappellera dans ce contexte que l'employeur ne peut traiter des données concernant ses employés que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes des travailleurs à remplir leur emploi ou sont nécessaires à l'exécution de leurs contrats de travail (cf. art. 328b CO). 56

Dénonciation de l'employeur – Dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral a strictement limité la possibilité pour le travailleur de dénoncer un fait répréhensible de l'employeur. Comme déjà évoqué, le travailleur doit en principe garder le secret sur des infractions pénales et administratives commises par l'employeur, à moins qu'un intérêt supérieur de ne s'y oppose. C'est seulement lorsque l'activité de l'employeur cause ou risque de causer illicitement un dommage à autrui qu'il pourra faire valoir un intérêt supérieur à rompre le secret, tout en étant astreint à respecter scrupuleusement le principe de la proportionnalité. Il interpellera dans un premier temps son employeur, avant de saisir éventuellement, dans un second temps, l'autorité compétente ; ce n'est que si l'autorité demeure inactive qu'il pourra, dans un troisième temps, et pour autant que les circonstances le justifient, saisir l'opinion publique⁹⁰. 57

⁸⁸ GIROD/CARRON, pp. 35 ss.

⁸⁹ WYLER, pp. 112 s.

⁹⁰ ATF 127 III 310, c. 5a = JdT 2001 I 367.

- 58 **Dénonciation d'un collègue** – Il n'existe en principe pas d'obligation, découlant de l'art. 321a CO, de dénoncer un collègue. Le devoir de fidélité peut cependant imposer une dénonciation des manquements préjudiciables à l'employeur lorsque le dénonciateur, de par son statut ou les instructions reçues, est tenu de surveiller ses collègues, ou que les fautes commises sont de nature à léser gravement les intérêts de l'employeur⁹¹.
- 59 **Protection du dénonciateur** – Le licenciement du dénonciateur peut constituer un congé abusif au sens de l'art. 336 CO. La Chambre d'appel des prud'hommes de Genève a, par exemple, considéré qu'un tel licenciement était assurément abusif lorsque la démarche du dénonciateur, non anonyme, se fondait sur un règlement interne encourageant l'annonce d'irrégularités et assurant la protection des dénonciateurs contre toute mesure de représailles⁹². Dans un arrêt plus récent, le Tribunal fédéral a lui-même estimé qu'en l'absence de procédure spécifique prévue par l'employeur, le collaborateur qui, de bonne foi, informait un avocat de la banque qu'il soupçonnait le directeur d'actes délictueux n'avait pas commis d'acte répréhensible. Son licenciement, notifié de manière humiliante sans lui laisser la possibilité de s'expliquer et avec l'obligation de quitter les lieux immédiatement, était manifestement abusif⁹³.
- 60 **Avant-projet de loi** – Au mois de décembre 2008, le Conseil fédéral a ouvert une procédure de consultation relative à une modification partielle du Code des obligations, ayant pour but de protéger le travailleur signalant des faits répréhensibles⁹⁴. L'avant-projet comporte un nouvel article 321a bis CO selon lequel le signalement de bonne foi de faits répréhensibles à l'employeur serait conforme au devoir de fidélité de l'employeur ; il détaille aussi la procédure de dénonciation. Selon l'avant-projet, le congé donné au travailleur en raison d'un signalement conforme à l'art. 321a bis CO deviendrait un nouveau cas de congé abusif (nouvel art. 336 al. 2 let. d CO). Il résulte du rapport sur les résultats de la consultation, établi en décembre 2009 par le département, que l'avant-projet a été fortement critiqué, pour les raisons les plus diverses⁹⁵. Il faut cependant tenir compte du fait qu'en date du 1^{er} octobre 2010, le Conseil fédéral a mis en consultation un second avant-projet relatif à une « révision partielle du Code des obligations

⁹¹ ATF 113 IV 68, c. 6a-b, JdT 1988 IV 74 (trad.) ; CARRUZZO, N 7 ad art. 321a CO, pp. 48 s. ; PORTMANN, N 17 ad art. 321a CO, p. 1833.

⁹² CAPH/GE du 1^{er} février 2006, c. 35-36, in : JAR 2007, p. 405.

⁹³ TF 4A_2/2008 du 8 juillet 2008, c. 7.

⁹⁴ FF 2008, p. 8229.

⁹⁵ Voir Département fédéral de justice et de police, « Révision partielle du Code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur), Rapport sur les résultats de la consultation », Berne, 2009.

(sanction en cas de congé abusif ou injustifié) »⁹⁶. Il semblerait que le Conseil fédéral souhaite prendre le temps d'une réflexion globale sur la problématique du régime juridique du licenciement abusif. Sa position devrait être connue courant 2012.

VI. Autres cas d'application

Généralités – La jurisprudence traite de très nombreux cas d'application du devoir de diligence et de fidélité du travailleur⁹⁷. Nous évoquerons ici quelques problématiques importantes comme les délits commis par l'employé, la préparation d'une activité future ou encore l'usage d'internet. 61

1. Délits commis par l'employé

Au détriment de l'employeur – Il va de soi que tout crime ou délit commis au détriment de l'employeur constitue une grave violation du devoir de fidélité du travailleur qui dans la plupart des cas justifie son licenciement immédiat (cf. art. 337 CO)⁹⁸. 62

Au détriment de collègues ou de tiers – La jurisprudence est plus fluctuante lorsque le travailleur a commis une infraction pénale au détriment d'un tiers. Sera en principe considéré comme un manquement grave toute infraction susceptible de porter atteinte à la réputation de l'entreprise, comme le fait de s'approprier sans droit des biens appartenant au maître de l'ouvrage avec qui l'employeur a conclu un contrat d'entreprise⁹⁹. En revanche, une infraction relevant de la sphère privée du travailleur, sans incidence sur son activité professionnelle, ne constitue en principe pas une violation du devoir de fidélité. Le Tribunal fédéral a ainsi considéré que la condamnation pénale d'un travailleur reconnu coupable d'actes sexuels avec des enfants ne constituait pas un manquement aux devoirs contractuels envers son employeur dans la mesure où la condamnation portait sur des infractions dans le cercle familial du travailleur qui n'avaient aucun rapport, même lointain, avec l'activité exercée au service de l'employeur¹⁰⁰. 63

⁹⁶ Voir Département fédéral de justice et de police, « Révision partielle du Code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié), Rapport explicatif et avant-projet », Berne, septembre 2010.

⁹⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 ad art. 321a CO, pp. 178 ss.

⁹⁸ ATF 130 III 28, c. 4.1 = JdT 2004 I 63 ; TF 4A_347/2008 du 29 octobre 2008, c. 2.

⁹⁹ TF 4C.400/2006 du 9 mars 2007, c. 3.

¹⁰⁰ TF 4C.431/2005 du 31 janvier 2006, c. 3.

2. Inexécution de la prestation de travail

64

Principe – L'obligation principale du travailleur consiste à accomplir la prestation de travail convenue. Viole gravement son obligation le travailleur qui effectue pendant son temps de travail une activité pour son propre compte ou en faveur d'un tiers. Suivant les cas, on pourra se demander si l'on est en présence d'une violation du devoir de fidélité (art. 321a CO) ou de l'obligation de travail (art. 319 et 321 CO)¹⁰¹. Lorsque le travailleur utilise pour ce faire le matériel mis à disposition par son employeur, la violation du devoir de diligence et de fidélité consiste autant dans l'utilisation du temps de travail qui aurait dû être consacré à l'employeur que dans l'usage du matériel à d'autres fins que celles qui étaient prévues¹⁰².

65

Cas jurisprudentiels – On citera trois cas de violation grave du devoir de fidélité et de loyauté : le fait de tromper sur son horaire de travail pendant de nombreux mois son employeur dont on sait qu'il nous fait aveuglément confiance¹⁰³ ; le fait de travailler plusieurs heures par jour dans l'entreprise de son époux durant une prétendue incapacité de travail¹⁰⁴ ; le fait de n'accomplir aucune prestation concrète en faveur de son employeur pendant environ six mois alors que l'on perçoit une rémunération annuelle brute dépassant 300'000 fr.¹⁰⁵.

3. Préparation d'une activité future

66

Principe – Le travailleur a un intérêt légitime au libre épanouissement de sa personnalité qui comprend l'intérêt au développement d'une nouvelle activité. Pour autant qu'il respecte les règles de la bonne foi et qu'il ne contrevenne pas à une éventuelle clause d'interdiction de concurrence, le travailleur a ainsi le droit de préparer une activité ultérieure, même avant qu'il ait résilié son contrat de travail¹⁰⁶. Il n'est en principe pas tenu d'en informer son employeur¹⁰⁷. Il n'a, de même, aucune obligation de communiquer le nom de son nouvel employeur¹⁰⁸.

67

Actes autorisés – On reconnaît au travailleur une grande liberté d'organisation lui permettant par exemple de créer et inscrire une entreprise concurrente au Re-

¹⁰¹ ATF 117 II 72, c. 4a, JdT 1992 I 569 (trad.).

¹⁰² SUBILIA/DUC, N 17 ad art. 321a CO, p. 123.

¹⁰³ TF 4A_123/2007 du 31 août 2007, c. 5.2.

¹⁰⁴ TF du 2 avril 1998, c. 1.b.aa, in : JAR 1999, p. 289.

¹⁰⁵ TF 4A_559/2008 du 12 mars 2009, c. 4.

¹⁰⁶ ATF 117 II 72, c. 4a-b, JdT 1992 I 569 (trad.) ; STAEHELIN, ZK 2006, N 39 ad art. 321a CO, pp. 95 s.

¹⁰⁷ TF du 13 septembre 1994, c. 2a, in : JAR 1995, p. 203.

¹⁰⁸ STAEHELIN, ZK 2006, N 11 ad art. 321a CO, p. 85.

giste du commerce, pour autant que celle-ci ne débute pas son activité avant l'écoulement du délai de résiliation¹⁰⁹.

Actes prohibés – Le travailleur viole en revanche son obligation de fidélité si les préparatifs contreviennent à la bonne foi. C'est avant tout le cas lorsqu'il se met à faire concurrence à son employeur avant la fin du délai de congé, par exemple en recrutant des employés ou en débauchant des clients¹¹⁰. Il en va ainsi lorsque le travailleur distribue des cartes de visite sur lesquelles il se présente comme entrepreneur indépendant et propose des prix inférieurs à son employeur actuel¹¹¹. 68

4. Comportement envers des collègues ou des tiers

Protection de la personnalité – Selon l'article 328 alinéa 1 CO, 69 l'employeur doit protéger et respecter, dans les rapports de travail, la personnalité de ses employés. Il doit non seulement s'abstenir de toute atteinte, mais aussi agir pour les prévenir. Il répond des actes de ses auxiliaires (cf. art. 101 CO), c'est-à-dire notamment de ses employés.

Comportement des travailleurs – L'employeur peut légitimement s'attendre à 70 ce que les employés adoptent un comportement correct envers leurs collègues et les clients de l'entreprise, et qu'ils respectent leur personnalité. Un comportement agressif, des voies de fait ou des lésions corporelles constituent autant de manquements au devoir de diligence et de fidélité qui pourront être sanctionnés¹¹². Lorsqu'un employé porte sérieusement atteinte aux droits de la personnalité de l'un de ses collègues, par exemple en proférant des menaces à son encontre, il viole gravement son obligation découlant de l'art. 321a CO, de sorte qu'une résiliation immédiate de son contrat de travail peut s'imposer. Dans cette hypothèse, c'est l'obligation pour l'employeur de protéger ses autres employés, sous peine d'engager sa propre responsabilité, qui est à l'origine du licenciement immédiat¹¹³. Toutefois, pour qu'il y ait de justes motifs au sens de l'art. 337 CO, il ne suffit pas toujours que le comportement réprimé soit constitutif d'une infraction pénale. Encore faut-il qu'il atteigne une certaine intensité¹¹⁴.

¹⁰⁹ ATF 117 II 72, c. 4b, JdT 1992 I 569 (trad.).

¹¹⁰ ATF 123 III 257, c. 5, JdT 1998 I 176 (trad.) ; ATF 117 II 72, c. 4a, JdT 1992 I 569 (trad.) ; ATF 104 II 28, c. 2, JdT 1978 I 514 (trad.).

¹¹¹ ArbG/ZH du 17 décembre 2009, in : JAR 2010, p. 683.

¹¹² AUBERT, CR 2012, N 11 ad art. 321a CO, p. 1978 ; PORTMANN, BaK 2011, N 4 ad art. 321a CO, p. 1830 ; SUBILIA/DUC, N 10 ad art. 321a CO, p. 121.

¹¹³ ATF 127 III 351, c. 4b = JdT 2001 I 369.

¹¹⁴ TF 4C.331/2005 du 16 décembre 2005, c. 2.1.1.2.

5. Utilisation de l'Internet

- 71 **Problématique** – Selon de nombreuses études dans divers pays, il est fréquent que des travailleurs fassent un usage privé de l'Internet sur leur lieu de travail, c'est-à-dire un usage qui n'est pas effectué dans l'intérêt de leur employeur, mais dans leur intérêt propre. La participation à des réseaux sociaux et à des forums de discussion en ligne (Facebook, LinkedIn, MySpace, Twitter, etc.), la mise en ligne et la gestion de blogs, ainsi que l'utilisation de plateformes de partage de données (Youtube) ou de connaissances (Wikipedia, par exemple) figurent parmi les activités en vogue¹¹⁵. Il est évident que ces pratiques sont problématiques eu égard à la correcte exécution de la prestation de travail, mais aussi au respect de la confidentialité, de la sécurité et de la réputation de l'entreprise¹¹⁶.
- 72 **Absence de directives** – En l'absence de directives ou d'indications contraires de l'employeur, il ne nous semble pas que l'on puisse considérer que toute utilisation privée de l'Internet constitue une violation du devoir de diligence et de fidélité du travailleur. Celui-ci doit se voir reconnaître, dans une certaine mesure, le droit de communiquer à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise par le biais des moyens informatiques qui sont mis à sa disposition, pour autant évidemment qu'il ne porte pas atteinte aux intérêts légitimes de son employeur¹¹⁷.
- 73 **Existence de directives** – L'employeur est en droit d'interdire, sauf cas d'urgence, toute utilisation privée de l'Internet sur le lieu de travail (cf. art. 321d CO)¹¹⁸. Toutefois, pour garantir une gestion efficiente de son personnel, il peut lui être conseillé d'autoriser un usage privé limité, tout en prévenant et sanctionnant les abus. En pratique, de nombreuses entreprises et collectivités ont institué un règlement sur l'utilisation de la messagerie électronique et de l'Internet, qui précise les droits et obligations des employés, définit les moyens de surveillance et prévoit les sanctions applicables en cas de manquements du travailleur¹¹⁹. Lorsqu'un usage privé est autorisé, le respect de la sphère privée des travailleurs doit être garanti¹²⁰.
- 74 **Jurisprudence peu sévère** – Le Tribunal fédéral a montré jusqu'ici une certaine clémence envers des travailleurs ayant abusé des moyens de communication électronique, en considérant dans la plupart des cas comme injustifiés les licen-

¹¹⁵ EGLI, N 1 ss.

¹¹⁶ DUNAND, p. 6 ss ; EGLI, N 21 ss ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, pp. 6 s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 17 ad art. 328b CO, p. 620 ; TERCIER/FAVRE, N 3554, pp. 527 s.

¹¹⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 5 ad art. 328 CO, pp. 142 s. ; DUNAND, p. 7 ; EGLI, N 33 ss ; MEIER, N 2202, p. 711.

¹¹⁸ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 5 ad art. 328 CO, p. 142 ; MEIER, N 2198, p. 710 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, p. 14 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 17 ad art. 328b CO, p. 619.

¹¹⁹ DUNAND, pp. 14 ss ; EGLI, N 43 ss.

¹²⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 5 ad art. 328 CO, pp. 143 s.

ciements immédiats notifiés à l'employé¹²¹. Ne constitue ainsi pas un juste motif de licenciement le fait de consulter un site à connotation sexuelle¹²², de jouer aux cartes sur son ordinateur¹²³ ou encore de consulter avec une certaine assiduité des sites internet à des fins privées lorsque l'employeur connaît et tolère la situation¹²⁴.

6. Grève

Problématique – La grève peut être définie comme un refus collectif de la prestation de travail due, dans le but d'obtenir des conditions de travail déterminées de la part d'un ou plusieurs employeurs¹²⁵. Suivant les cas, une grève peut constituer une grave violation du devoir de fidélité ou alors un moyen de combat parfaitement légitime du travailleur. Tout dépend de savoir si la grève est licite ou non. 75

Art. 28 Cst. fédérale – Selon l'article 28 alinéa 3 de la Constitution fédérale, qui déploie un effet horizontal indirect sur les relations de travail dans le secteur privé, la « grève et lock-out sont licites quand ils se rapportent aux relations de travail et sont conformes aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation ». Il résulte du libellé de cette disposition et de la jurisprudence, qu'une grève est considérée comme licite lorsque quatre conditions cumulatives sont réalisées : la grève doit se rapporter aux conditions de travail, être conforme aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation, respecter le principe de la proportionnalité, et enfin, être appuyée par une organisation de travailleurs¹²⁶. 76

Conséquences d'une grève licite – La participation à une grève licite et la cessation momentanée du travail ne constituent pas une violation du contrat¹²⁷. Durant une grève licite, les obligations principales des parties sont suspendues, mais les obligations secondaires perdurent¹²⁸. Il en résulte que l'employeur est dispensé de son obligation de payer le salaire (obligation principale)¹²⁹, alors que le travailleur reste tenu par son obligation de diligence et de fidélité (obligation secondaire). 77

78

¹²¹ DUNAND, pp. 20 s.

¹²² TF 4C.349/2002 du 25 juin 2003, c. 5.

¹²³ TF 4C.106/2001 du 14 février 2002, c. 3c.

¹²⁴ TF 4C.173/2003 du 21 octobre 2003, c. 3.2.

¹²⁵ ATF 125 III 277, c. 3a, JdT 2000 I 240 (trad.).

¹²⁶ ATF 132 III 122, c. 4.4.2 = JdT 2006 I 258 = SJ 2006 I 181 ; ATF 125 III 277, c. 3a, JdT 2000 I 240 (trad.) ; UDRY, Panorama I, pp. 557 ss.

¹²⁷ ATF 125 III 277, c. 3c, JdT 2000 I 240 (trad.).

¹²⁸ WYLER, p. 661.

¹²⁹ ATF 125 III 277, c. 3c, JdT 2000 I 240 (trad.).

Conséquences d'une grève illicite – Le travailleur qui participe à une grève lors de laquelle au moins l'une des quatre conditions cumulatives rappelées ci-dessus n'est pas réalisée viole son devoir de diligence et de fidélité envers son employeur, et s'expose aux sanctions habituelles¹³⁰.

VII. Sanctions

- 79 **Principes** – En cas de violation de l'obligation de diligence et de fidélité, l'employeur peut recourir à diverses actions et sanctions¹³¹. Leur étendue et modalité sont parfois précisées dans le contrat individuel de travail ou un règlement d'entreprise. Il faut cependant préciser que les sanctions prévues ne sauraient jamais être appliquées de manière mécanique dans un cas d'espèce. En effet, le juge vérifiera si les conditions légales de leur mise en œuvre ont été respectées. La sanction doit dans tous les cas être adaptée et proportionnée à la violation en cause¹³².
- 80 **Licenciement immédiat** – Une violation grave du devoir de diligence et de fidélité peut justifier un licenciement avec effet immédiat (cf. art. 337 CO), d'autant plus lorsque le travailleur est un cadre¹³³. La jurisprudence en la matière est pléthorique. Le juge tranche au cas par cas en tenant compte de l'ensemble des circonstances. Il exige le plus souvent que le congé immédiat soit précédé d'un ou plusieurs avertissements¹³⁴. L'employeur a souvent intérêt à notifier au travailleur un licenciement ordinaire s'il ne veut pas prendre le risque des conséquences financières importantes résultant de la constatation d'un congé immédiat injustifié (cf. art. 337c CO)¹³⁵.
- 81 **Action en dommages-intérêt** – Dans les conditions prévues à l'article 321e CO, le travailleur répond du dommage qu'il a causé en adoptant un comportement contraire à son obligation de diligence et de fidélité. La mesure de sa diligence se détermine par le contrat de travail, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis, ainsi que des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître (art. 321e al. 2 CO).
- 82 **Peine conventionnelle** – Le contrat de travail ou un règlement d'entreprise peuvent prévoir des peines conventionnelles sanctionnant la violation de l'obligation

¹³⁰ WYLER, p. 663. Voir aussi ATF 111 II 245, c. 5, JdT 1986 I 2 (trad.).

¹³¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 321a CO, pp. 173 s. ; PORTMANN, BaK 2011, N 18 ad art. 321a CO, p. 1833.

¹³² SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 321a CO, p. 119.

¹³³ TF du 11 octobre 1994, c. 4, in : SJ 1995 809.

¹³⁴ ATF 117 II 560, c. 3b, JdT 1993 I 148 (trad.).

¹³⁵ TF 4C.210/1996 du 18 décembre 1996, in : SARB 1999, p. 419.

de diligence et de fidélité. Pour être valables, les peines conventionnelles, qui sont assimilées à des clauses pénales (cf. art. 160 CO), doivent être déterminées ou déterminables à l'avance, et être appliquées de manière proportionnée dans chaque cas concret¹³⁶.

Pas de réduction du salaire – Selon la définition du contrat de travail, le travailleur s'engage à fournir une prestation de travail pendant le temps convenu et non à garantir un résultat (cf. art. 319 al. 1 CO). Il en résulte qu'une mauvaise exécution du travail ou un rendement insuffisants ne permettent pas à l'employeur de réduire unilatéralement le salaire dû¹³⁷.

83

¹³⁶ ATF 119 II 162, c. 2, JdT 1994 I 105 (trad.).

¹³⁷ STAEHELIN, ZK 2006, N 4 ad art. 321a CO, p. 82 ; SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 321a CO, p. 119. Voir aussi ATF 97 II 142, c. 4 = JdT 1972 I 157.

Art. 321b

III. Obligation de rendre compte et de restituer

¹ Le travailleur rend compte à l'employeur de tout ce qu'il reçoit pour lui dans l'exercice de son activité contractuelle, notamment des sommes d'argent ; il lui remet immédiatement ce qu'il a reçu.

² Il remet en outre immédiatement à l'employeur tout ce qu'il produit par son activité contractuelle.

III. Rechenschafts- und Herausgabepflicht

¹ Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber über alles, was er bei seiner vertraglichen Tätigkeit für diesen von Dritten erhält, wie namentlich Geldbeträge, Rechenschaft abzulegen und ihm alles sofort herauszugeben.

² Er hat dem Arbeitgeber auch alles sofort herauszugeben, was er in Ausübung seiner vertraglichen Tätigkeit hervorbringt.

III. Rendiconto e restituzione

¹ Il lavoratore deve presentare al datore di lavoro un rendiconto di tutto ciò che riceve per quest'ultimo da terzi nell'esercizio dell'attività contrattuale, segnatamente denaro, e consegnarglielo subito.

² Egli deve consegnare subito al datore di lavoro anche tutto ciò che produce nell'esercizio dell'attività contrattuale.

Table des matières

	note marginale	page
I. Généralités	1	77
II. Obligation de rendre compte et de restituer (art. 321b al. 1 CO)	5	77
III. Obligation de remettre le produit de l'activité contractuelle (art. 321b al. 2 CO)	13	79
IV. Droits de compensation et de rétention du travailleur	16	80
1. Droit de rétention en faveur du travailleur	17	80
2. Compensation en faveur du travailleur	23	81

Bibliographie spécifique

MÜLLER ROLAND et RIDER STEFAN, Retentionsrecht des Arbeitnehmers – Konsequenzen für den Arbeitgeber, in : PJA 2009, pp. 267 ss ; TERCIER PIERRE, Le droit des obligations, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2009.

Voir aussi la bibliographie spécifique ad art. 321a CO.

I. Généralités

Objet et but – L'article 321b CO traite du devoir de rendre compte et de restituer du travailleur pendant les rapports de travail. Au moment où le contrat prend fin, c'est l'art. 339a CO qui s'applique.

Systématique – L'article 321b CO constitue la troisième disposition de la section B (obligations du travailleur) du chapitre premier sur le contrat individuel de travail. Il énonce un cas d'application concret du devoir de diligence et de fidélité du travailleur dont le principe se trouve à l'art. 321a al. 1 CO.

Nature – L'article 321b CO est de nature dispositive.

Origine et évolution – La teneur de l'article 321a CO date de la révision de 1971¹. Auparavant, le Code des obligations de 1881 et la version résultant de la révision générale de 1911 ne contenaient aucune règle relative au devoir de fidélité du travailleur.

II. Obligation de rendre compte et de restituer (art. 321b al. 1 CO)

Principe – Dans le cadre de son activité contractuelle, le travailleur reçoit souvent des sommes d'argent, des marchandises, des documents ou d'autres choses de tiers, pour le compte de son employeur. Son devoir de fidélité lui impose d'en rendre compte et de les lui remettre². L'art. 321b al. 1 CO porte, comme la version allemande le précise textuellement, sur l'argent ou les choses reçus de tiers³.

Travailleur en contact avec la clientèle – Comme l'a relevé le Tribunal fédéral, l'employeur a un intérêt tout particulier à pouvoir se fier à la rectitude absolue du travailleur lorsque ce dernier exerce une fonction à responsabilités. Dans ces circonstances, l'employé doit être à même d'agir seul sans le contrôle de son employeur et sans exposer celui-ci à un dommage. Il en va ainsi plus particulièrement lorsque le travailleur se trouve en contact direct avec la clientèle⁴.

Obligation de rendre compte – Le travailleur est tenu de rendre compte exactement et en temps voulu à son employeur de tout ce qu'il a reçu⁵. Il doit en particulier établir un décompte des sommes d'argent qu'il encaisse pour lui, le cas échéant avec les pièces justificatives correspondantes. La confiance nécessaire à l'exécution du contrat de travail est ruinée si le travailleur crée, aux fins de trom-

¹ Message 1967, p. 310 ; RO 1971 1461.

² ATF 101 Ia 545 = JdT 1976 I 605.

³ TF 4A_310/2007 du 4 décembre 2007, c. 5.1.

⁴ ATF 124 III 25, c. 3a = JdT 1998 I 175.

⁵ Message 1967, p. 310.

per son employeur, des pièces destinées à la comptabilité et ne correspondant pas à la réalité⁶.

- 8 **Obligation de restituer** – Tous les objets, documents, papiers-valeurs, sommes d'argent que le travailleur a reçus de tiers dans l'exercice de son activité contractuelle doivent être immédiatement remis à l'employeur⁷. On doit considérer que le travailleur doit l'intérêt des sommes pour le versement desquelles il est en retard, sans nécessité d'une mise en demeure par l'employeur (art. 400 al. 2 CO par analogie)⁸.
- 9 **Pots-de-vin, ristournes et libéralités excessives** – Il peut arriver qu'un fournisseur attribue des pots-de-vin, des ristournes ou des libéralités excessives à un employé. Comme l'a relevé le Tribunal fédéral, de tels versements sont destinés à ménager au donateur les bonnes grâces du travailleur qui les reçoit. Il existe ainsi un risque évident que ce dernier soit amené, dans l'accomplissement de ses obligations contractuelles, à faire passer les intérêts de son employeur après ceux du donateur ou après son propre intérêt⁹. L'acceptation de pots-de-vin ne peut que ruiner les rapports de confiance entre l'employeur et le travailleur, même si le premier ne subit pas de préjudice. Il en va a fortiori ainsi lorsque l'employé à lui-même sollicité des pots-de-vin en prenant l'initiative de la corruption¹⁰. Le devoir de fidélité auquel il est soumis impose au travailleur de refuser de tels versements ou de les restituer au donateur. Lorsqu'il ne les a pas restitués, le travailleur est tenu de céder à l'employeur toutes les libéralités qui excèdent ce que l'usage autorise, ainsi que les pots-de-vin et les ristournes¹¹. Le droit de l'employeur à la cession est fondé autant sur l'article 321b CO que sur l'article 423 al. 1 CO, applicable en cas de gestion d'affaires sans mandat¹².
- 10 **Pourboires et cadeaux usuels** – En revanche, le travailleur est en droit de conserver les pourboires et menus cadeaux (échantillons, calendriers, bouteilles de vin, chocolats, etc.) qu'il reçoit, lorsqu'ils lui sont destinés, pour autant qu'ils restent dans les limites de l'usuel et qu'ils ne puissent précisément pas être considérés comme des pots-de-vin¹³. La question de savoir si une libéralité constitue un cadeau, que le travailleur peut conserver, ou alors un pot-de-vin, qu'il doit restituer à son employeur, doit être examinée en fonction des usages et des cir-

⁶ ATF 124 III 25, c. 3a = JdT 1998 I 127.

⁷ Message 1967, p. 311.

⁸ STAEHELIN, ZK 2006, N 5 ad art. 321b CO, pp. 104 s.

⁹ ATF 92 II 184, c. 5, JdT 1967 I 146 (trad.).

¹⁰ ATF 124 III 25, c. 3b = JdT 1998 I 127.

¹¹ ATF 129 IV 124, c. 4.1, JdT 2005 IV 112 (trad.); TF 4A_310/2007 du 4 décembre 2007, c. 5.1; TF du 26 mai 1992, in : SJ 1993, p. 369; STAEHELIN, ZK 2006, N 24 ad art. 321a CO, pp. 88 s. et N 3 ad art. 321b CO, p. 103.

¹² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 321a CO, p. 175.

¹³ Message 1967, p. 311; STAEHELIN, ZK 2006, N 25 ad art. 321a CO, p. 89.

constances du cas d'espèce. En cas de doute, il revient au travailleur d'informer et d'interpeller son employeur¹⁴.

Conventions particulières – Dans la mesure où l'art. 321b CO est de droit dispositif, les parties peuvent préciser, étendre ou restreindre les modalités de l'obligation de rendre compte et de restituer. Un accord pourra, par exemple, porter sur le sort des pourboires et cadeaux usuels¹⁵. Toutefois, selon nous, un accord prévoyant que les pourboires reviennent intégralement à l'employeur devrait en principe être considéré comme portant atteinte à la personnalité des travailleurs concernés (cf. art. 328 CO). En ce qui concerne le secteur de l'hôtellerie et de la restauration, la CCNT prévoit d'ailleurs à son article 9 alinéa 3 que le système de rémunération choisi par les parties « ne peut en aucun cas inclure toute contribution spontanée de la clientèle (pourboires, par exemple) »¹⁶.

Restitution des gains illégitimes ? – Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte de savoir si l'employeur était ou non au bénéfice d'une action – fondée sur l'article 423 alinéa 1 CO, respectivement sur les articles 321b et 464 alinéa 2 CO, par analogie – en restitution des gains que son employé a illégitimement acquis pendant les heures de travail en lui faisant concurrence¹⁷.

III. Obligation de remettre le produit de l'activité contractuelle (art. 321b al. 2 CO)

Principe – Le travailleur doit remettre à l'employeur tout ce qu'il produit dans le cadre de son travail, y compris les plans, les calculs, les expertises et les esquisses ; en effet, le droit au résultat de l'activité professionnelle exercée par le travailleur appartient à l'employeur¹⁸. Violer, par exemple, cette disposition légale le travailleur qui refuse de restituer les codes sources de programmes informatiques qu'il a créés dans le cadre de son travail¹⁹.

Spécification – Selon les règles ordinaires sur la spécification, quand une « personne a travaillé ou transformé une matière qui ne lui appartenait pas, la chose nouvelle est acquise à l'ouvrier, si l'industrie est plus précieuse que la matière, sinon, au propriétaire de celle-ci » (art. 726 al. 1 CC). Cependant, lorsque c'est un employé qui a travaillé ou transformé la matière en exécution de son contrat de

¹⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 321b CO, p. 61.

¹⁵ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 321b CO, p. 62.

¹⁶ Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés, état au 1^{er} janvier 2012.

¹⁷ ATF 137 III 607, c. 2.4.

¹⁸ TF 4A_310/2007 du 4 décembre 2007, c. 5.1. Voir aussi, BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 321b CO, p. 61.

¹⁹ TF 4C.442/1996 du 30 avril 1997, c. 4d, in : sic ! 1997, p. 382.

travail, c'est son employeur qui est réputé avoir transformé la matière et qui devient en conséquence propriétaire de la chose produite²⁰.

- 15 **Inventions et designs** – L'art. 332 CO contient des règles spécifiques qui régissent les inventions et designs créés par le travailleur dans l'exercice de son activité, mais en dehors de ses obligations contractuelles²¹.

IV. Droits de compensation et de rétention du travailleur

- 16 **Principes** – Aux conditions prévues par les règles générales, le travailleur bénéficiera d'un droit de rétention ou invoquera une compensation qui pourront faire obstacle à l'obligation de restitution qui résulte de l'art. 321b CO.

1. Droit de rétention en faveur du travailleur

- 17 **Conditions** – Selon l'art. 895 al. 1 CO, le « créancier qui, du consentement du débiteur, se trouve en possession de choses mobilières ou de papiers-valeurs appartenant à ce dernier, a le droit de les retenir jusqu'au paiement, à la condition que sa créance soit exigible et qu'il y ait un rapport naturel de connexité entre elle et l'objet retenu ». Le droit de rétention du travailleur est ainsi soumis à la réalisation de quatre conditions cumulatives : le travailleur doit être au bénéfice d'une créance exigible à l'encontre de son employeur ; il doit être en possession de choses mobilières ou de papiers-valeurs appartenant à l'employeur ; il doit avoir reçu ces choses du consentement de l'employeur ; et dans le cadre de l'exécution du contrat de travail²². En pratique, ces quatre conditions sont rarement réunies.

- 18 **Statut de possesseur** – Dans la plupart des cas, le travailleur ne remplit pas la deuxième condition, car il ne possède pas les instruments de travail ni les objets qui lui sont remis pour le compte de son employeur. En effet, selon le droit des biens, il en est un simple utilisateur-détenteur²³.

- 19 **Exclusion des sommes d'argent** – Contrairement au voyageur de commerce, dont le droit de rétention s'étend aux sommes que le voyageur recouvre de ses clients en vertu de son pouvoir d'encaissement (cf. art. 349e al. 1 CO), le travailleur ordinaire ne peut exercer un droit de rétention que sur des choses mobilières

²⁰ Message 1967, p. 311 ; STAHELIN, ZK 2006, N 8 ad art. 321b CO, pp. 106 s.

²¹ CARRUZZO, N 2 ad art. 321b CO, p. 54.

²² BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 321b CO, p. 62 ; MÜLLER/RIEDER, p. 270.

²³ ATF 67 II 16, c. 2 = JdT 1941 I 622 = SJ 1941 p. 289. Voir aussi BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 321b CO, p. 62.

ou des papiers-valeurs, mais pas sur des sommes d'argent²⁴. Cette exclusion réduit fortement l'intérêt pratique du droit de rétention.

Objets sans valeur marchande – Le travailleur ne peut exercer de droit de rétention sur des choses, qui par leur nature, ne sont pas réalisables (cf. art. 896 al. 1 CC). Il lui est donc interdit de conserver des documents de travail, comme de la correspondance ou des listes de clients²⁵.

Consentement – Il va de soi que la condition du consentement de l'employeur fait défaut lorsque l'employé s'introduit illégalement dans le local de l'entreprise pour s'emparer d'un bien appartenant à l'employeur²⁶.

Effets – Lorsque les conditions légales sont réalisées, le travailleur peut exercer son droit de rétention jusqu'au paiement de sa créance. Quand il ne reçoit ni paiement ni garantie suffisante, il peut faire réaliser les choses retenues, après avertissement préalable donné à l'employeur (cf. art. 898 al. 1 CC)²⁷.

2. Compensation en faveur du travailleur

Principe – Selon les principes généraux (cf. art. 120 ss CO), le travailleur est en droit de compenser sa dette en restitution avec des créances qu'il aurait envers son employeur (par exemple, créances de salaires) à moins qu'il ait renoncé d'avance à une compensation (cf. art. 126 CO)²⁸.

Conditions – Selon l'art. 120 al. 1 CO, lorsque « deux personnes sont débitrices l'une envers l'autre de sommes d'argent ou d'autres prestations de même espèce, chacune des parties peut compenser sa dette avec sa créance, si les deux dettes sont exigibles ». La condition essentielle de la compensation est que le débiteur manifeste sa volonté par une déclaration de compensation. Pour le surplus, la compensation est soumise aux cinq conditions cumulatives suivantes : la réciprocité des créances, l'identité des prestations dues, l'exigibilité de la créance compensante, la possibilité de faire valoir la créance compensante en justice et, enfin, l'absence de cause d'exclusion²⁹.

Modalités – Le travailleur peut opposer la compensation même si sa créance est contestée (cf. art. 120 al. 2 CO). Il a aussi la possibilité d'invoquer la compensation d'une créance prescrite, si cette créance n'était pas éteinte par la prescription au moment où elle pouvait être compensée (cf. art. 120 al. 3 CO).

²⁴ Message 1967, p. 311.

²⁵ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 321b CO, p. 62.

²⁶ ATF 98 IV 19, c. 1, JdT 1973 IV 29 (trad.).

²⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 321b CO, p. 62.

²⁸ Cf. Message 1967, p. 311.

²⁹ TERCIER, N 1522 ss, pp. 310 ss.

- ²⁶ **Effets** – La compensation a lieu dès que le travailleur aura fait connaître à son employeur son intention de l'invoquer (cf. art. 124 al. 1 CO). Les deux dettes seront alors réputées éteintes, jusqu'à concurrence du montant de la plus faible, depuis le moment où elles pouvaient être compensées (cf. art. 124 al. 2 CO).

Art. 321c

IV. Heures de travail supplémentaires

¹ Si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat ou l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective, le travailleur est tenu d'exécuter ce travail supplémentaire dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander.

² L'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale, qui doit être accordé au cours d'une période appropriée.

³ L'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective.

IV. Überstundenarbeit

¹ Wird gegenüber dem zeitlichen Umfang der Arbeit, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist, die Leistung von Überstundenarbeit notwendig, so ist der Arbeitnehmer dazu soweit verpflichtet, als er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann.

² Im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer kann der Arbeitgeber die Überstundenarbeit innert eines angemessenen Zeitraumes durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgleichen.

³ Wird die Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen und ist nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt, so hat der Arbeitgeber für die Überstundenarbeit Lohn zu entrichten, der sich nach dem Normallohn samt einem Zuschlag von mindestens einem Viertel bemisst.

IV. Lavoro straordinario

¹ Quando le circostanze esigono un tempo di lavoro maggiore di quello convenuto o d'uso o stabilito mediante contratto normale o contratto collettivo, il lavoratore è tenuto a prestare ore suppletive nella misura in cui sia in grado di prestarle e lo si possa ragionevolmente pretendere da lui secondo le norme della buona fede.

² Con il consenso del lavoratore, il datore di lavoro può compensare il lavoro straordinario, entro un periodo adeguato, mediante un congedo di durata almeno corrispondente.

³ Se il lavoro straordinario non è compensato mediante congedo e se mediante accordo scritto, contratto normale o contratto collettivo non è stato convenuto o disposto altrimenti, il datore di lavoro deve pagare per il lavoro straordinario il salario normale più un supplemento di almeno un quarto.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	84
II. Notion d'heures supplémentaires	6	86
III. Obligation d'effectuer des heures supplémentaires (art. 321c al. 1 CO)	14	89
1. Les circonstances l'exigent	15	90
2. Le travailleur peut s'en charger	20	91
3. Les règles de la bonne foi permettent de le lui demander	23	92
IV. Compensation des heures supplémentaires (art. 321c al. 2 et 3 CO)	28	92
1. Compensation en argent (art. 321c al. 3 CO)	29	93
2. Compensation en temps de congé (art. 321c al. 2 CO)	33	94
3. Exclusion de toute compensation (art. 321c al. 3 CO)	40	95
V. Exercice du droit par le travailleur	46	97
1. Preuve des heures supplémentaires	47	97
2. Prescription	56	99
VI. Coordination avec la LTr (travail supplémentaire)	60	101
VII. Régimes applicables aux cadres supérieurs	64	102
1. Heures supplémentaires (CO)	65	103
2. Travail supplémentaire (LTr)	68	103

Bibliographie spécifique

BREGNARD-LUSTENBERGER JUDITH, *Überstunden- und Überzeitarbeit*, Berne 2006 ; MANGOLD PATRICK, *Le travailleur exerçant une fonction dirigeante élevée au sens de l'article 3 lettre d LTr*, in : WYLER, *Panorama I*, pp. 393 ss ; SENTI CHRISTOPH, *Überstunden*, in : PJA 2003, pp. 373 ss.

I. Généralités

- 1 **Objet et but** – L'article 321c CO traite des conditions auxquelles un travailleur peut être tenu d'effectuer des heures de travail supplémentaires (al. 1), ainsi que des modalités d'une compensation due par l'employeur, en nature (al. 2) ou en espèces (al. 3). Alors que le législateur a donné la priorité à la question de l'obligation du travailleur, c'est bien la problématique de la compensation, et en particulier de la rémunération des heures supplémentaires, qui donne lieu aux conflits les plus nombreux, et par voie de conséquence, à la jurisprudence la plus abondante.
- 2 **Systématique** – L'article 321c CO constitue la quatrième disposition de la section B (obligations du travailleur) du chapitre premier sur le contrat individuel de travail. L'obligation d'effectuer à certaines conditions des heures de travail supplémentaires est considérée comme un cas d'application du devoir de diligence et de fidélité à charge du travailleur (cf. art. 321a al. 1 CO).
- 3 **Heures supplémentaires et travail supplémentaire** – Il faut distinguer le régime des « heures de travail supplémentaires », ou « heures supplémentaires » (*Überstundenarbeit*), qui est déterminé par l'article 321c CO, de celui du « travail sup-

plémentaire » (*Überzeitarbeit*), qui découle des articles 9, 12 et 13 LTr¹. Les heures supplémentaires sont les heures de travail qui excèdent la durée du travail normalement convenue et qui sont nécessaires à l'accomplissement du travail demandé (art. 321c al. 1 CO). Sont, en revanche, considérées comme travail supplémentaire les heures de travail qui excèdent la durée maximale de la semaine de travail définie à l'art. 9 LTr. Pour la plupart des salariés, notamment les employés de bureau, les techniciens et le personnel de vente des grands établissements du commerce de détail, cette durée est de 45 heures (art. 9 al. 1 let. a LTr) ; elle est toutefois de 50 heures pour les salariés dont la tâche se compose essentiellement d'activités manuelles, telles que l'artisanat, le travail auxiliaire d'ordre manuel et la vente dans des petites entreprises du commerce de détail (art. 9 al. 1 let. b LTr)². Dès que les heures supplémentaires, au sens de 321c CO, dépassent le maximum légal prévu à l'art. 9 LTr, elles constituent du travail supplémentaire, au sens de l'art. 12 LTr³.

Nature – Selon les listes établies par le législateur, seul l'article 321c alinéa 1 CO aurait une teneur (absolument) impérative (cf. art. 361 CO). Il est cependant admis que les catalogues des articles 361 et 362 CO ne sont pas exhaustifs et que le caractère impératif de certaines dispositions sur le contrat de travail peut résulter directement de leur contenu⁴. On considère ainsi que l'art. 321c al. 2 et 3 CO contient des règles minimales que les parties doivent respecter⁵ : l'art. 321c al. 2 CO prévoit de manière impérative la durée minimale du congé compensatoire (« par un congé d'une durée au moins égale ») et la période durant laquelle la compensation doit s'opérer (« au cours d'une période appropriée ») ; quant à l'art. 321c al. 3 CO, il prescrit que la dérogation doit impérativement respecter la forme écrite (« sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective »)⁶.

Origine et évolution – La teneur de l'article 321c CO date de la révision de 1971⁷. Auparavant, la version résultant de la révision générale du Code des obligations de 1911 contenait une réglementation plus sommaire de la compensation du « surcroît de travail ». La loi se limitait en effet à prévoir que l'employé avait droit « à une rémunération supplémentaire, fixée proportionnellement au salaire convenu et en raison des circonstances particulières » (cf. art. 336 al. 2 CO 1911).

¹ Message 1967, p. 312 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 321c CO, pp. 210 ss.

² TF 4A_523/2010 du 22 novembre 2010, c. 4.1.

³ ATF 126 III 337, c. 6c = JdT 2001 I 299 = SJ 2000 I 629.

⁴ ATF 124 III 469, c. 2a = JdT 1999 I 354.

⁵ AUBERT, CR 2012, N 20 ad art. 321c CO, p. 1983.

⁶ ATF 124 III 469, c. 2a = JdT 1999 I 354, TF 4A_172/2012 du 22 août 2012, c. 6.1.

⁷ Cf. Message 1967, p. 312 ; RO 1971 1461.

II. Notion d'heures supplémentaires

- 6 **Diversités de la pratique** – Le Code des obligations définit les heures supplémentaires à l'article 321c al. 1 CO. En pratique, la détermination de l'existence des heures supplémentaires peut être ardue dans les cas notamment de travail à temps partiel, d'horaire libre ou de temps de travail annualisé. Comme nous le verrons, on doit aussi se demander parfois si l'on n'est pas en présence d'un contrat accessoire ou d'une augmentation conventionnelle du temps de travail initialement prévu dans le contrat de travail.
- 7 **Notion** – La durée du travail est généralement fixée en nombre d'heures par semaine⁸. Constituent des heures supplémentaires les heures de travail effectuées par le travailleur qui excèdent la durée du travail convenue, ou, selon le texte légal, les « heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat ou l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective » (art. 321c al. 1 CO). Par exemple, lorsqu'un travailleur qui s'est engagé à travailler quarante heures par semaine effectue quarante-deux heures de travail, il a fourni deux heures de travail supplémentaires la semaine en question. L'heure supplémentaire est ainsi une notion relative qui dépend du temps de travail convenu. En l'absence d'accord des parties sur la durée contractuelle du travail, il faut se référer à l'horaire usuel pris comme référence⁹.
- 8 **Calcul par mois** – En principe, le salaire est payé au travailleur à la fin de chaque mois (cf. art. 323 al. 1 CO), y compris le salaire dû pour les heures de travail supplémentaires. On additionnera donc toutes les heures et minutes de travail supplémentaires de manière à calculer le total d'heures supplémentaires effectué le mois en question.
- 9 **Travail à temps partiel** – En cas de travail à temps partiel, il est parfois difficile de déterminer l'existence d'heures supplémentaires. Tout dépend de savoir si le travailleur s'est engagé à travailler à temps partiel de manière régulière ou irrégulière¹⁰. Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque l'employé fournit sa force de travail selon une durée stable par semaine, par mois ou par année, que l'horaire soit fixe ou variable, toute heure de travail qui excède la durée convenue constitue une heure supplémentaire, de la même manière que pour une activité à plein temps¹¹. En revanche, dans le second cas, c'est-à-dire lorsque l'employé travaille selon une durée variable (par exemple : quelques heures de travail dont le nombre varie de semaine en semaine), tant que le travailleur n'a pas dépassé la durée

⁸ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 321c CO, p. 63.

⁹ TF du 2 octobre 1998, c. 4, in : JAR 1999, p. 145.

¹⁰ Sur la distinction, cf. AUBERT, CR 2012, N 27 ad art. 319 CO, p. 1969 ; CARRUZZO, N 3 ad art. 319 CO, p. 2.

¹¹ STAEHELIN, ZK 2006, N 5 ad art. 321c CO, p. 112 ; WYLER, p. 133. Voir aussi TF 4C.177/2002 du 31 octobre 2002, c. 2.

maximale de la semaine définie à l'art. 9 LTr, il n'est guère possible de constater l'existence d'heures supplémentaires, puisque les parties n'ont pas convenu d'une durée précise¹².

Horaire libre – Dans de nombreuses entreprises, les employés ont une certaine liberté d'organiser leur horaire de travail pour autant qu'ils soient présents pendant certaines heures bloquées et qu'ils respectent globalement, pendant la période de référence choisie, la durée de travail convenue¹³. L'employeur ne peut alors donner des directives qui dérogent au système convenu¹⁴. En principe, le travailleur doit spontanément compenser les heures effectuées en trop par un congé. Il lui appartient de faire en sorte que l'excédent d'heures puisse être facilement compensé par la prise de congés. A défaut, il encourt le risque de ne plus pouvoir récupérer entièrement les heures travaillées en trop jusqu'à la fin de la durée de travail contractuelle¹⁵. Dans un tel système, il n'y a en principe pas la place pour des heures supplémentaires de travail puisque, d'une part, le travailleur est censé fournir, sur une période de référence déterminée (par exemple, un mois ou une semaine), un nombre d'heures de travail conforme à ce qui a été convenu, et que d'autre part, c'est l'employé lui-même qui décide de travailler, à certains moments (par exemple, tel ou tel jour), plus ou moins d'heures que ne le prévoit le contrat. Selon le Tribunal fédéral, ce n'est que dans des cas exceptionnels que l'employé pourra réclamer la rémunération des heures de travail excédant la durée convenue, comme s'il s'agissait d'heures supplémentaires, par exemple, lorsque les besoins de l'entreprise ont rendu impossible une compensation par du temps libre¹⁶. La même solution sera retenue en cas de résiliation du contrat de travail. Le travailleur n'aura en principe droit à la prise en compte et à la rémunération d'heures supplémentaires que s'il avait souhaité compenser le crédit d'heures, mais que l'employeur ou les conditions de travail ne l'ont pas permis¹⁷. Le Tribunal fédéral a encore précisé que lorsque l'employeur libère l'employé de sa prestation de travail pendant le délai de congé, ce dernier doit compenser ses excédents d'heures pendant le temps libre mis à sa disposition, pour autant qu'il n'ait pas encore à prendre des jours de vacances. Si cela n'est plus possible jusqu'à l'expiration des rapports de travail, la prestation excédentaire de travail n'a en principe pas à être rémunérée¹⁸.

¹² WYLER, p. 133.

¹³ PORTMANN, BaK 2011, N 11 ad art. 321 CO, p. 1824 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 321c CO, p. 214 ; SUBILIA/DUC, N 12 ad art. 321 CO, p. 117.

¹⁴ STAEHELIN, ZK 2006, N 14 ad art. 321d CO, p. 132.

¹⁵ ATF 123 III 469, c. 3b, JdT 1999 I 23 (trad.) ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 13 ad art. 321c CO, pp. 69 ss ; PORTMANN, BaK 2011, N 18 ad art. 321c CO, pp. 1842 s.

¹⁶ ATF 123 III 469, c. 3b, JdT 1999 I 23 (trad.).

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

- 11 **Temps de travail annualisé** – Dans certains secteurs ou entreprises, on tend à instaurer un horaire annualisé du temps de travail¹⁹. Un tel système est pratiqué, par exemple, dans le secteur de la construction qui dépend fortement des conditions climatiques : l'activité est généralement plus soutenue pendant les belles saisons et ralentie en hiver²⁰. La différence avec le système de l'horaire libre tient au fait que c'est l'employeur qui détermine les jours et horaires de travail en fonction des besoins de l'entreprise. Dans une telle organisation, il n'y a en principe pas non plus de raison d'envisager des heures supplémentaires puisque, sur une base annuelle, le travailleur fournit une prestation de travail conforme à la durée prévue. La situation juridique est toutefois délicate en cas de résiliation du contrat de travail en cours d'année, lorsqu'au terme du contrat le travailleur a fourni un nombre d'heures de travail qui excède ou qui au contraire est inférieur à la moyenne annuelle. En principe, ces questions sont expressément réglées dans le contrat de travail ou une convention collective. A défaut de règles convenues, l'on raisonnera sur la base des critères généraux. Dans le premier cas, soit celui d'un excédent d'heures, on doit, selon nous, considérer qu'il s'agit d'heures supplémentaires puisqu'elles ont été accomplies à la demande de l'employeur. Les heures excédentaires devraient donc être compensées dans les limites de l'art. 321c al. 2 et 3 CO²¹. Dans le second cas, le travailleur devrait recevoir le salaire convenu, sans retenue, si l'on peut considérer que le solde négatif d'heures résulte d'un risque d'entreprise dont l'employeur doit répondre, conformément aux règles des art. 324 et 324b CO²².
- 12 **Contrat accessoire** – Dans certains cas, une prestation supplémentaire du travailleur ne correspond pas à des heures supplémentaires, mais à l'exécution d'un second contrat de travail, autonome du premier, avec le même employeur²³. Le cas de figure s'est présenté dans une affaire soumise au Tribunal fédéral. Deux époux avaient conclu un contrat de travail avec une société portant sur la gestion d'un snack-bar. Leur activité avait ensuite été étendue à la gestion d'un kiosque. Interprétant la réelle et commune intention des parties, notre Haute Cour a jugé que les heures de travail effectuées pour cette seconde activité ne devaient pas

¹⁹ PORTMANN, BaK 2011, N 13 ad art. 321 CO, p. 1824.

²⁰ La Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse 2008-2010 (CN 2008) du 14 avril 2008, dont le champ d'application était étendu jusqu'au 31 décembre 2011, instaurait le principe de la durée annuelle du travail (cf. art. 24 et 26 CN). Le total des heures annuelles déterminant s'élevait à 2112 heures correspondant à une moyenne de 40,5 heures par semaine (art. 24 al. 2 CN). La convention 2012 (CN 12/15), entrée en vigueur le 1^{er} avril 2012 et valable jusqu'au 31 décembre 2015, reprend l'essentiel des dispositions de la CN 2008.

²¹ *Contra* : CARRUZZO, N 8 ad art. 321c CO, p. 65, qui estime que les heures excédentaires doivent être rémunérées au taux normal au motif qu'il s'agit d'heures de travail anticipées.

²² TF 4A_291/2008 du 2 décembre 2008, c. 3 ; CARRUZZO, N 8 ad art. 321c CO, p. 65.

²³ CARRUZZO, N 7 ad art. 321c CO, pp. 63 s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 321c CO, p. 213.

être considérées comme des heures supplémentaires du premier contrat, mais bien comme l'exécution d'un deuxième contrat de travail²⁴.

Modification du contrat de travail – Lorsque le travailleur exécute systématiquement des heures de travail supplémentaires sur une durée assez longue, on doit se demander si les parties n'ont pas décidé, du moins tacitement, de modifier le contrat de travail d'un commun accord et d'augmenter la durée de travail. Il convient alors de déterminer précisément la date de l'entrée en vigueur du contrat modifié, car du moment que l'employé travaille un nombre d'heures conforme à la nouvelle durée convenue, il n'exécute plus d'heures supplémentaires et ne saurait en conséquence réclamer une compensation basée sur l'art. 321c al. 2 ou 3 CO²⁵. 13

III. Obligation d'effectuer des heures supplémentaires (art. 321c al. 1 CO)

Principe – Selon la loi, le travailleur est obligé d'effectuer des heures supplémentaires de travail lorsque les « circonstances [l'] exigent », « dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander » (art. 321c al. 1 CO). Pour déterminer si le travailleur est tenu ou non de travailler au-delà de l'horaire convenu, il y a lieu d'opérer, dans chaque cas d'espèce, une pesée des intérêts sur la base des critères susmentionnés²⁶. Lorsque les trois conditions légales sont réunies, le travailleur qui refuse d'accomplir des heures supplémentaires s'expose aux sanctions prévues en cas de violation du devoir de diligence et de fidélité²⁷. Lorsque, en revanche, l'une au moins de ces conditions n'est pas réalisée, l'employé est en droit de refuser d'exécuter les heures supplémentaires, et toute sanction prise à son encontre par son employeur pourra être envisagée comme une mesure de rétorsion non justifiée. En particulier, il existe une forte probabilité qu'un licenciement notifié en raison d'un refus justifié soit considéré comme abusif (cf. art. 336 CO)²⁸. 14

²⁴ ATF 110 II 264, c. 3, JdT 1985 I 267 (trad.).

²⁵ AUBERT, CR 2012, N 11 ad art. 321c CO, p. 1981 ; CARRUZZO, N 3 ad art. 321c CO, p. 60.

²⁶ TF du 13 juin 2000, c. 3, in : JAR 2001, p. 164 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 10 ad art. 321c CO, p. 114.

²⁷ Cf. dans le présent ouvrage, N 79 ad art. 321a CO. Voir aussi TF du 13 juin 2000, c. 3, in : JAR 2001 164 ; KG/GR du 8 juin 2010, c. 2, in : JAR 2011, p. 506.

²⁸ AUBERT, CR 2012, N 15 ad art. 321c CO, p. 1982.

1. Les circonstances l'exigent

- 15 **Nécessité** – Les heures de travail supplémentaires ne doivent être ordonnées que lorsqu'elles sont nécessaires à la sauvegarde des intérêts économiques de l'employeur²⁹.
- 16 **Circonstances momentanées** – Par définition, le recours aux heures supplémentaires doit être justifié par l'existence de circonstances momentanées qui sont dues à des événements inhabituels ou étrangers à l'organisation normale du travail dans l'entreprise (surcroît de travail dû à l'absence temporaire d'un collègue, clôture de l'exercice comptable, prévention d'un dommage)³⁰. Une mauvaise organisation ou un manque chronique de personnel ne constituent pas des motifs admissibles³¹.
- 17 **Heures ordonnées par l'employeur ou nécessaires** – Les heures supplémentaires doivent être exécutées dans l'intérêt de l'employeur³². Selon la logique de l'art. 321c al. 1 CO, elles sont généralement ordonnées par celui-ci. On admet cependant que les heures accomplies par le travailleur sans demande expresse de l'employeur, mais au su de celui-ci doivent être traitées comme si elles avaient été ordonnées lorsque le travailleur a pu déduire de bonne foi du silence de l'employeur que ce dernier en approuvait le principe³³. Enfin, les heures supplémentaires peuvent également être exécutées de la propre initiative du travailleur, en cas d'urgence, lorsque leur accomplissement est indispensable à la bonne marche de l'entreprise ou qu'elles sont accomplies dans l'intérêt manifeste de l'employeur (cf. art. 321a al. 1 CO)³⁴. Le travailleur doit alors les annoncer sans retard, afin notamment que l'employeur puisse prendre des mesures organisationnelles pour éviter de nouvelles heures supplémentaires à l'avenir, ou qu'il puisse les approuver³⁵. Si le travailleur tarde à les annoncer et accepte sans réserve le paiement de son salaire afférant à la période concernée, il risque de se voir déchoir par le juge du droit de réclamer ultérieurement le paiement des heures supplémentaires³⁶.

²⁹ TF du 13 juin 2000, c. 3, in : JAR 2001, p. 164.

³⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 321c CO, p. 65 ; CARRUZZO, N 2 ad art. 321c CO, p. 59 ; PORTMANN, BaK 2011, N 2 ad art. 321c CO, p. 1838.

³¹ OG/LU du 17 mai 1993, c. 7b, in : JAR 1994, p. 131 ; WYLER, p. 122.

³² WYLER, p. 116.

³³ TF 4A_495/2007 du 12 janvier 2009, c. 5.2 ; TF 4C.177/2002 du 31 octobre 2002, c. 2.1 ; KG/SG du 22 septembre 2008, c. 3d, in : JAR 2009, p. 609.

³⁴ ATF 86 II 155, c. 2 = JdT 1961 I 235 = SJ 1961 169 ; ArbG/BE du 7 février 1989, in : JAR 1992, p. 117 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 5 ad art. 321c CO, p. 65 ; Message 1967, p. 312.

³⁵ ATF 129 III 171, c. 2.2, JdT 2003 I 241 (trad.) ; TC/VS du 25 janvier 1989, c. 7, in : RVJ 1989, p. 208.

³⁶ FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.14 ad art. 321c CO, p. 66.

Décompte – Le travailleur est tenu d’informer son employeur du nombre d’heures de travail supplémentaires effectuées et de lui remettre périodiquement un décompte³⁷. Cette obligation résulte d’ailleurs du devoir de diligence et de fidélité auquel est soumis le travailleur³⁸. L’employé n’est cependant pas tenu de communiquer le détail des heures supplémentaires lorsqu’il existe dans l’entreprise un contrôle automatique des heures de travail (cartes de timbrage, agenda électronique)³⁹.

18

Heures exécutées spontanément par l’employé, sans nécessité – En principe, les heures de travail qui excèdent la durée convenue et qui sont exécutées par l’employé contrairement à la volonté de l’employeur ou à son insu, et sans que cela ne serve les intérêts légitimes de celui-ci, ne seront pas considérées comme des heures de travail supplémentaires au sens de l’art. 321c CO et ne donneront donc lieu à aucune compensation⁴⁰.

19

2. Le travailleur peut s’en charger

Capacité de travail – L’employé n’est tenu d’effectuer des heures supplémentaires que dans la mesure où cela est acceptable pour lui⁴¹. Les limites résident dans la capacité de travail de l’employé, ainsi que la protection de sa santé (cf. art. 6 LTr et 328 CO) et de sa personnalité (cf. art. 328 CO)⁴².

20

Maternité – La législation sur le travail interdit expressément « de prolonger la durée ordinaire convenue de la journée de travail des femmes enceintes et des mères qui allaitent » (art. 60 al. 1 OLT1).

21

Situation familiale – L’employeur doit aussi tenir compte de la situation personnelle et familiale du travailleur (âge, enfants à charge, éloignement du domicile). L’accomplissement d’heures supplémentaires ne doit, par exemple, pas mettre en péril les responsabilités familiales ou la vie sociale du travailleur⁴³. Ces limites découlent d’ailleurs également des règles de la bonne foi⁴⁴.

22

³⁷ WYLER, p. 123.

³⁸ TF 4A_40/2008 du 19 août 2008, c. 4.3.1.

³⁹ TF 4C.337/2001 du 1^{er} mars 2002, c. 2a.

⁴⁰ ATF 116 II 69, c. 4b = JdT 1990 I 384 ; TF 4C.92/2004 du 13 août 2004, c. 3.2.

⁴¹ WYLER, p. 122.

⁴² TF du 13 juin 2000, c. 3, in : JAR 2001, p. 164 ; Message 1967, p. 313.

⁴³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 321c CO, p. 65.

⁴⁴ TF du 13 juin 2000, c. 3, in : JAR 2001, p. 164.

3. Les règles de la bonne foi permettent de le lui demander

- 23 **Principe** – Selon la loi, le travailleur n'est tenu d'exécuter des heures de travail supplémentaires que dans la mesure où « les règles de la bonne foi permettent de le lui demander ». L'employeur doit ainsi fonder ce surcroît de travail sur des besoins objectifs et s'abstenir de toute demande chicanière.
- 24 **Fréquence** – Les règles de la bonne foi s'opposent à ce que l'employeur sollicite régulièrement des heures supplémentaires qui pourraient être évitées par une meilleure organisation du travail ou en faisant appel à du personnel auxiliaire⁴⁵.
- 25 **Compensations** – Le fait que les heures supplémentaires soient généreusement compensées (en temps ou en argent) peut constituer un indice de leur admissibilité. Inversement, il serait contraire aux règles de la bonne foi de solliciter fréquemment des heures supplémentaires lorsque leur indemnisation a été supprimée par convention écrite⁴⁶.
- 26 **Demande intempestive** – L'employeur doit organiser les horaires de travail avec un minimum de prévisibilité. Sauf urgence, il ne saurait, par exemple, avertir son employé à 16 h 00 qu'il doit effectuer des heures supplémentaires le soir même jusqu'à 21 h 00⁴⁷.
- 27 **Droits de la personnalité** – L'employeur n'est pas en droit de demander toujours au même travailleur d'effectuer des heures supplémentaires alors qu'il lui serait objectivement possible de solliciter d'autres employés⁴⁸.

IV. Compensation des heures supplémentaires (art. 321c al. 2 et 3 CO)

- 28 **Généralités** – Selon le système voulu par le législateur, les heures supplémentaires doivent, en principe, être compensées en espèces (art. 321c al. 3 CO). Les parties peuvent cependant convenir, sans forme particulière, de les compenser en nature (art. 321c al. 2 CO), voire, en la forme écrite, d'exclure une compensation (art. 321c al. 3 CO). La jurisprudence a toutefois fortement limité la possibilité de supprimer toute compensation des heures supplémentaires.

⁴⁵ SUBILIA/DUC, N 5 ad art. 321c CO, p. 135.

⁴⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 321c CO, p. 208.

⁴⁷ ArbG/ZH du 8 février 1988, in : JAR 1990, p. 156.

⁴⁸ CARRUZZO, N 2 ad art. 321c CO, p. 59.

1. Compensation en argent (art. 321c al. 3 CO)

Principe – A défaut d'accord contraire, l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires, qui ne sont pas compensées par un congé, à hauteur au moins de 125 % du salaire normal. Par un accord écrit, les parties peuvent modifier le régime légal et convenir, par exemple, que les heures supplémentaires seront rémunérées au même taux horaire que les heures normales, soit à 100 % et non à 125 %, ou que le treizième salaire ne sera pas pris en compte dans le calcul de la rémunération des heures supplémentaires⁴⁹. 29

Calcul du salaire – Il faut prendre en compte séparément le salaire annuel de chaque année pour laquelle l'employeur doit rémunérer les heures supplémentaires⁵⁰. Le salaire normal au sens de l'article 321c al. 3 CO comprend, sauf accord écrit contraire, tous les éléments composant la rémunération obligatoirement due par l'employeur, y compris le treizième salaire et les diverses indemnités prévues contractuellement en relation avec le contrat de travail, comme, par exemple, la prime de risque ou un supplément de salaire versé en compensation du travail de nuit ou du travail effectué en équipes⁵¹. De même, lorsque le contrat prévoit un montant fixe versé treize fois l'an, plus une indemnité de 0,25 % brut du chiffre d'affaires hors taxe mensuel au titre de salaire variable, il convient d'inclure cette indemnité dans le salaire normal pour calculer la rémunération des heures supplémentaires⁵². Comme le suggère Wyler, en proposant une application analogique de la jurisprudence relative au salaire afférant aux vacances⁵³, seuls les indemnités et suppléments ayant un caractère régulier devraient être pris en considération⁵⁴. 30

Exigibilité – Le paiement du salaire afférant aux heures supplémentaires est soumis aux règles applicables à l'exigibilité du salaire (art. 323 CO). Les heures supplémentaires doivent ainsi faire l'objet de décomptes réguliers et être payées à chaque terme en même temps que le salaire normal⁵⁵. 31

Intérêts moratoires – L'employeur en demeure pour le paiement d'heures supplémentaires doit, en vertu de l'art. 104 al. 1 CO, l'intérêt moratoire à 5 % l'an. A défaut d'interpellation antérieure, l'intérêt court dès la fin des rapports de travail sans nécessité d'une mise en demeure (cf. art. 339 al. 1 CO)⁵⁶. 32

⁴⁹ STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 321c CO, p. 215 ; WYLER, p. 130.

⁵⁰ CARRUZZO, N 17 ad art. 321c CO, pp. 72 s.

⁵¹ TF 4A_352/2010 du 5 octobre 2010, c. 3.1.

⁵² TF 4C.414/2005 du 29 mars 2006, c. 5.2.

⁵³ ATF 132 III 172, c. 3.1 = JdT 2006 I 572 = SJ 2006 I 252.

⁵⁴ WYLER, p. 128.

⁵⁵ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 14 ad art. 321c CO, p. 70 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 12 ad art. 321c CO, p. 234.

⁵⁶ TF 4C.414/2005 du 29 mars 2006, c. 6.

2. Compensation en temps de congé (art. 321c al. 2 CO)

- 33 **Principe** – En cas d'accord entre les parties, l'employeur peut « compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale, qui doit être accordé au cours d'une période appropriée » (art. 321c al. 2 CO).
- 34 **Rémunération** – Le travailleur a droit à la même rémunération et au même temps de repos que s'il n'avait pas effectué d'heures supplémentaires de travail. Il en résulte que l'employeur est tenu de rétribuer, à 100 %, soit l'heure compensée, soit l'heure compensatoire⁵⁷.
- 35 **Forme libre** – L'accord au sujet de la compensation en nature n'est soumis à aucune forme, même s'il peut être recommandé d'utiliser la forme écrite. Le Tribunal fédéral a précisé que cet accord peut aussi être tacite ou conclu à l'avance, inclus dans le contrat individuel de travail ou dans une convention collective de travail⁵⁸.
- 36 **Durée du congé** – En cas d'accord dérogatoire, les parties doivent prévoir un « congé d'une durée au moins égale ». Il résulte de la lettre de la loi, qui a en l'occurrence un contenu impératif, que les parties ont la possibilité de prévoir un congé d'une durée plus longue, mais non moins longue que la durée des heures de travail supplémentaires⁵⁹.
- 37 **Période appropriée** – Selon la loi, le congé doit être pris durant une « période appropriée ». L'employeur ne saurait la fixer unilatéralement. Les parties doivent au contraire s'être mis d'accord sur le moment exact de la compensation⁶⁰. En l'absence d'accord, la détermination du délai admissible pour accorder le congé dépendra de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce⁶¹.
- 38 **Compensation pendant le délai de congé** – Si le contrat de travail a été résilié avant que la compensation en temps ait eu lieu, le Tribunal fédéral considère que l'employeur ne peut contraindre l'employé à compenser pendant le délai de congé. Lorsque le contrat est résilié par l'employeur, le travailleur doit se consacrer à la recherche d'un emploi pendant le délai de congé, et la compensation d'heures supplémentaires n'entre en principe pas en ligne de compte. Il en résulte que l'employeur doit alors rémunérer les heures supplémentaires, en principe au taux de 125 %. On réservera les cas exceptionnels, par exemple quand la libération de l'obligation de travailler se prolonge, dans lesquels le refus du travailleur de compenser ses heures supplémentaires pourrait être considéré comme un abus

⁵⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 ad art. 321c CO, p. 233.

⁵⁸ TF 4C.32/2005 du 2 mai 2005, c. 2.3-5.

⁵⁹ AUBERT, CR 2012, N 20 ad art. 321c CO, p. 1983.

⁶⁰ ATF 123 III 84, c. 5a, JdT 1998 I 121 (trad.).

⁶¹ TF 4C.32/2005 du 2 mai 2005, c. 2.3-5.

de droit⁶². Il s'agira d'apprécier, dans chaque cas, le rapport existant entre la durée de la libération et le nombre d'heures supplémentaires à compenser⁶³. Plusieurs décisions cantonales ont retenu l'existence d'un abus de droit du travailleur⁶⁴.

Droit d'option – Les parties peuvent aussi convenir, sans forme spécifique, que l'employeur aura le droit de choisir de compenser les heures supplémentaires, soit en les rémunérant, selon le régime de l'art. 321c al. 3 CO, soit en accordant un congé compensatoire, dans les limites de l'art. 321c al. 2 CO⁶⁵. Les règles de la bonne foi imposeront à l'employeur de consulter le travailleur et de l'informer suffisamment à l'avance de la solution retenue. 39

3. Exclusion de toute compensation (art. 321c al. 3 CO)

Principe – Selon l'article 321c al. 3 CO, une clause « d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective » peut déroger au principe de la rémunération à 125 % des heures supplémentaires non compensées par un congé. Il semblerait résulter de cette disposition que, pour autant que la forme écrite soit respectée, les parties pourraient convenir que les heures supplémentaires ne seront rémunérées qu'au taux de 100 %, sans supplément, voire qu'elles ne donneront lieu à aucune rémunération. 40

Droit prétorien – La suppression de toute compensation des heures supplémentaires peut cependant mener à des situations contraires à la liberté personnelle (cf. art. 27 al. 2 CC) et aux droits de la personnalité du travailleur (cf. 328 CO)⁶⁶. Le Tribunal fédéral a fortement limité et encadré la possibilité d'une telle suppression. 41

Respect de la forme écrite – On rappellera d'abord que l'art. 321c al. 3 CO est en partie impératif en ce sens que les parties ne peuvent y déroger que dans le cadre d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective de travail⁶⁷. Selon les règles générales, la forme écrite est respectée lorsque les deux parties ont signé le texte contenant la clause (cf. art. 13 al. 1 CO). Des exceptions ont cependant été admises par la jurisprudence. Le Tribunal fédéral a ainsi considéré que lorsque la suppression de l'indemnisation résulte d'un règlement d'entreprise, la signature par le travailleur du contrat de travail qui renvoie de manière générale au règlement, sans mention expresse de l'existence d'une 42

⁶² ATF 123 III 84, c. 5a, JdT 1998 I 121 (trad.).

⁶³ CCC/NE du 29 novembre 2005, c. 4, in : RJN 2005, p. 108.

⁶⁴ FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 2.3 ad art. 321c CO, p. 69 et jurisprudences citées.

⁶⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 ad art. 321c CO, p. 232 ; WYLER, p. 130.

⁶⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 11 ad art. 321c CO, pp. 67 s.

⁶⁷ ATF 124 III 469, c. 2a = JdT 1999 I 354 ; TF 4A_172/2012 du 22 août 2012, c. 6.1 ; TF 4C.47/2007 du 8 mai 2007, c. 3.

règle dérogatoire relative aux heures supplémentaires, suffisait au respect de la forme écrite⁶⁸. De même, le Tribunal du travail de Zurich a estimé que la forme écrite était respectée lorsque le contrat de travail signé par les parties se référait expressément à une offre écrite de l'employeur dans laquelle l'indemnisation des heures supplémentaires était exclue⁶⁹.

43 **Heures passées, heures futures** – De manière significative, le Tribunal fédéral a déduit de l'art. 321c al. 3 CO combiné avec l'art. 341 al. 1 CO que le travailleur ne peut renoncer qu'à la rémunération des heures supplémentaires futures, mais non aux heures supplémentaires déjà accomplies, et encore, seulement dans la mesure où l'on peut considérer que la rémunération des heures supplémentaires est incluse dans le salaire⁷⁰.

44 **Rémunération forfaitaire** – La rémunération des heures supplémentaires doit être forfaitairement comprise dans le salaire de l'intéressé. Il en résulte que la validité d'une clause d'exclusion doit être appréciée dans chaque cas d'espèce en tenant compte de la quotité du salaire et du nombre d'heures supplémentaires effectuées. On vérifiera alors si le salaire versé est suffisamment élevé pour qu'il comprenne une rémunération forfaitaire des heures de travail supplémentaires normalement prévisibles⁷¹. Comme le relève Wyler, la « rémunération suffisamment élevée est donc une condition nécessaire à la validité matérielle d'une clause d'exclusion »⁷². A notre avis, la clause d'exclusion doit expressément mentionner, sous peine de nullité, que les heures supplémentaires sont rémunérées forfaitairement⁷³.

45 **Clausula** – Dans une jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a estimé que lorsqu'un travailleur accomplit des heures supplémentaires en nombre excédant notablement ce qui était prévisible lors de la conclusion de l'accord, il peut solliciter l'application de la théorie de l'imprévision. Il en résulte que l'employeur ne pourra plus se prévaloir de l'accord dérogatoire et qu'il sera tenu de rémunérer les heures supplémentaires. La *clausula rebus sic stantibus* permet, en effet, à la partie liée par un contrat de se dégager de ses obligations en cas de changement important et imprévisible des circonstances, ayant pour conséquence de créer une

⁶⁸ TF 4C.407/2004 du 7 janvier 2005, c. 3.1. Avis contraire : STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 ad art. 321c CO, p. 222.

⁶⁹ ZR 99 (2000) N° 71, p. 196.

⁷⁰ ATF 126 III 337, c. 7b = JdT 2001 I 299 = SJ 2000 I 629 ; ATF 124 III 469, c. 3a = JdT 1999 I 354.

⁷¹ TF 4A_73/2011 du 2 mai 2011, c. 4.

⁷² WYLER, p. 130.

⁷³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 321c CO, pp. 215 s. *Contra* : WYLER, pp. 129 s.

disproportion si grave, entre sa prestation et la contre-prestation de l'autre partie, que le maintien du contrat se révélerait abusif⁷⁴.

V. Exercice du droit par le travailleur

Principe – Le travailleur doit apporter la preuve qu'il a effectivement accompli des heures supplémentaires s'il entend réclamer le paiement des indemnités compensatrices. Dans certains cas, l'employeur pourra lui opposer la prescription.

46

1. Preuve des heures supplémentaires

Charge de la preuve – Conformément au principe général (cf. art. 8 CC), il appartient au travailleur de prouver, d'une part, qu'il a accompli des heures supplémentaires et, d'autre part, que celles-ci ont été ordonnées par l'employeur ou qu'elles étaient nécessaires à la sauvegarde des intérêts légitimes de ce dernier⁷⁵. La preuve des heures supplémentaires peut être apportée par titre, par témoignage ou par expertise⁷⁶.

47

Carte de pointage et agenda électronique – Une carte de pointage permet en principe d'apporter la preuve du nombre d'heures supplémentaires effectuées⁷⁷. Il en va de même d'un agenda électronique, d'autant plus lorsqu'il est accessible, en réseau, à l'ensemble du personnel de bureau⁷⁸.

48

Registre des heures – Selon l'art. 46 LTr et l'art. 73 al. 1 let. c OLT1, l'employeur doit tenir un registre des durées quotidienne et hebdomadaire du travail effectivement fourni. Si l'employeur omet de tenir un tel registre ou ne le tient que de manière lacunaire, il n'aura pas de renversement du fardeau de la preuve qui incombe à l'employé, mais un allègement, en ce sens que le juge pourra retenir l'existence et le nombre d'heures supplémentaires pour autant qu'elles apparaissent comme hautement vraisemblables⁷⁹.

49

Hôtellerie et restauration – La Convention collective nationale relative aux hôtels, restaurants et cafés prévoit des règles spécifiques⁸⁰. L'employeur est res-

50

⁷⁴ TF 4A_73/2011 du 2 mai 2011, c. 4.

⁷⁵ TF 4A_40/2008 du 19 août 2008, c. 3.3.1 ; TF 4C.177/2002 du 31 octobre 2002, c. 2.1.

⁷⁶ DIETSCHY, N 670, p. 318 ; pour un exemple de preuve par des témoignages, cf. TF 4A_543/2011 du 17 octobre 2011, c. 3.1.3.

⁷⁷ TF 4P.96/2003 du 30 juillet 2003, c. 2.3.2.

⁷⁸ TF 4A_464/2007 du 8 janvier 2008, c. 2.

⁷⁹ DIETSCHY, N 675, p. 320.

⁸⁰ Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés, état au 1^{er} janvier 2012.

ponsable de l'enregistrement de la durée du temps de travail effectué. Cet enregistrement doit être signé par le collaborateur au moins une fois par mois. Si l'employeur délègue au collaborateur la tenue du contrôle du temps de travail, ce dernier doit être signé par l'employeur au moins une fois par mois (art. 21 al. 2 CCNT). Lorsque l'employeur ne se conforme pas à son obligation de tenir un registre des heures de travail et des jours de repos effectifs (contrôle de la durée du travail), l'enregistrement de la durée du travail ou le contrôle de la durée du travail réalisé par le collaborateur sera admis comme moyen de preuve en cas de litige (art. 21 al. 4 CCNT)⁸¹. Il ne s'agit ici pas non plus d'un renversement du fardeau de la preuve, mais on accordera une pleine valeur probante au décompte personnel de l'employé⁸².

51 **Estimation par le juge** – Dans certaines circonstances, il est impossible au travailleur de prouver dans le détail toutes les heures supplémentaires de travail effectuées. Par voie de conséquence, la jurisprudence admet que lorsque le travailleur parvient à prouver qu'il a effectué des heures supplémentaires sans être en mesure d'en établir le nombre exact, le juge pourra en faire l'estimation, par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO. Le travailleur doit toutefois alléguer et prouver, dans la mesure du possible, toutes les circonstances qui permettent d'apprécier le nombre d'heures supplémentaires exécutées, car la conclusion selon laquelle les heures alléguées ont effectivement été fournies doit s'imposer au juge avec une certaine force⁸³. Le Tribunal fédéral a précisé que le juge ne saurait faire application de l'art. 42 al. 2 CO lorsque le travailleur aurait eu la possibilité d'apporter la preuve d'un nombre déterminé de ses heures supplémentaires, par exemple en recourant à une carte de pointage, ou à tout document relatif à son devoir d'annoncer les heures supplémentaires à son employeur⁸⁴.

52 **Prise en compte de statistiques** – Dans certaines circonstances, il est possible de se référer aux chiffres fournis par l'Office fédéral de la statistique dans le cadre de ses enquêtes périodiques sur la population active de notre pays. Le Tribunal fédéral a ainsi récemment considéré qu'il n'était pas arbitraire de tenir compte des statistiques relatives au temps nécessaire aux activités ménagères pour estimer le nombre d'heures supplémentaires effectuées par une employée de maison⁸⁵.

⁸¹ TF 4A_86/2008 du 23 septembre 2008, c. 4.2 ; TF 4A_73/2008 du 4 juin 2008, c. 3.2 ; TF 4C.141/2006 du 24 août 2006, c. 4.2.3 ; TF 4P.80/2005 du 20 mai 2005, c. 3 ; OG/LU du 17 novembre 2008, c. 2, in : JAR 2009, p. 560.

⁸² TF 4A_467/2011 du 3 janvier 2012, c. 5 ; TF 4A_86/2008 du 23 septembre 2008, c. 4.2 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 ad art. 321c CO, p. 227.

⁸³ ATF 128 III 271, c. 2b, JdT 2003 I 606 (trad.) ; TF 4A_543/2011 du 17 octobre 2011, c. 3.1.3 ; TF 4C.142/2005 du 15 juin 2006, c. 5 ; TF 4C.92/2004 du 13 août 2004, c. 3.2 ; TF 4C.177/2002 du 31 octobre 2002, c. 2.1.

⁸⁴ TF 4P.96/2003 du 30 juillet 2003, c. 2.3.2.

⁸⁵ TF 4A_42/2011 du 15 juillet 2011, c. 7.

Distinction entre faits et droit – L'estimation du nombre d'heures supplémentaires selon l'art. 42 al. 2 CO relève de la constatation des faits et ne peut donc être revue par le Tribunal fédéral que sous l'angle de l'arbitraire. Constituent en revanche des questions de droit le point de savoir quel degré de vraisemblance l'existence d'heures supplémentaires doit atteindre pour justifier l'application de la disposition précitée et si les faits allégués, en la forme prescrite et en temps utile, permettent de statuer sur la rémunération réclamée en justice⁸⁶. 53

Existence des heures supplémentaires – Le Tribunal fédéral considère que, dans certaines circonstances exceptionnelles, lorsqu'il n'est pas possible ou raisonnablement exigible que le travailleur rapporte la preuve formelle de l'existence d'heures supplémentaires au sens de l'art. 321c al. 1 CO, le juge peut faire application de l'art. 42 al. 2 CO non seulement pour estimer le nombre d'heures supplémentaires, mais aussi pour déterminer si de telles heures ont été effectivement fournies⁸⁷. 54

Charge de la preuve à l'employeur – Lorsque le travailleur a prouvé avoir accompli les heures supplémentaires, il revient à l'employeur de prouver qu'elles ont été payées ou compensées⁸⁸. 55

2. Prescription

Délai – La créance en paiement des heures supplémentaires est soumise au délai de prescription de cinq ans (art. 128 ch. 3 CO)⁸⁹. Ce délai court dès l'exigibilité de la créance, soit, en principe, à la fin de chaque mois lors duquel elles sont exécutées (cf. art. 323 al. 1 CO). 56

Renonciation – Pendant les rapports de travail, on ne peut admettre une renonciation tacite par le travailleur à la rémunération des heures supplémentaires, car elle serait contraire à l'art. 341 CO. Même si le travailleur n'a pas fait valoir immédiatement ses prétentions, l'employeur ne saurait invoquer un abus de droit pour se soustraire à son obligation de payer le travailleur. Celui-ci est, en effet, en droit de faire valoir ses créances en paiement pendant tout le délai de prescription de cinq ans⁹⁰. Un abus de droit pour retard dans l'exercice du droit ne sera admis que dans des circonstances extraordinaires puisque le droit à la rémunération des heures supplémentaires déjà effectuées est une créance à laquelle le travailleur ne 57

⁸⁶ TF 4A_543/2011 du 17 octobre 2011, c. 3.1.1.

⁸⁷ TF 4A_383/2010 du 11 août 2010, c. 2.1 ; TF 4A_40/2008 du 19 août 2008, c. 3.3.2 ; TF 4C.142/2005 du 15 juin 2006, c. 5.2.

⁸⁸ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 15 ad art. 321c CO, p. 70 ; DIETSCHY, N 677, p. 322.

⁸⁹ TF 4A_464/2007 du 8 janvier 2008, c. 3.

⁹⁰ ATF 126 III 337, c. 7b = JdT 2001 I 299 = SJ 2000 I 629.

peut renoncer (cf. art. 341 al. 1 CO)⁹¹. Selon le Tribunal fédéral, le silence du travailleur ne signifie généralement pas qu'il a renoncé à faire valoir une créance envers son employeur, car une telle attitude n'est pas propre à éveiller la confiance que l'intéressé agira d'une certaine façon. En effet, selon l'expérience de la vie, il faut s'attendre à ce que l'intéressé tende à rejeter un acte juridique qui lui est défavorable⁹².

- 58 **Tardiveté de l'annonce** – Selon le Tribunal fédéral, il convient toutefois de distinguer la tardiveté de la demande d'indemnisation, en principe non opposable au travailleur, de la tardiveté de l'annonce par le travailleur qu'il a effectué des heures de travail supplémentaires. Le devoir du travailleur d'annoncer à son employeur les heures de travail supplémentaires effectuées doit permettre à celui-ci de prendre les mesures organisationnelles pour éviter des heures supplémentaires à l'avenir, ou qu'il puisse approuver un tel travail. Ce devoir est d'ailleurs une concrétisation du devoir de diligence et fidélité (cf. art. 321a al. 1 CO). En conséquence, si l'employeur n'a pas connaissance de la nécessité d'effectuer des heures supplémentaires, et si, compte tenu des circonstances, il n'avait pas non plus de raison de le savoir, on peut admettre que le fait pour le travailleur d'accepter sans réserve le salaire habituel revient à renoncer à une indemnité pour les heures supplémentaires effectuées⁹³. Le Tribunal fédéral a considéré, a contrario, que l'employeur n'avait pas à être avisé immédiatement dans un cas où il ne pouvait ignorer que le travailleur effectuait des heures supplémentaires en cas d'absence des autres employés, puisqu'il avait lui-même imposé ce système de remplacement. De plus, l'employeur savait pertinemment, s'agissant des heures non expressément imposées, que le temps convenu ne suffisait pas pour exécuter convenablement les tâches confiées⁹⁴.

- 59 **Valeur d'une quittance pour « solde de tout compte »** — Dans une jurisprudence déjà ancienne, le Tribunal fédéral a dû apprécier la valeur juridique d'une quittance pour « solde de tout compte » signée par le travailleur. Notre Haute Cour n'avait alors pas fait application de l'art. 341 al. 1 CO, mais considéré que la validité de la renonciation du travailleur était soumise à la condition tacite qu'il reste au service de l'employeur. Dès lors, si le travailleur devait quitter prématurément l'entreprise à la suite de la résiliation de son contrat de travail, la condition n'était plus réalisée, ce qui lui donnait le droit de réclamer le paiement des heures supplémentaires même s'il s'était abstenu pendant plus de deux ans de solliciter une rémunération⁹⁵.

⁹¹ ATF 129 III 171, c. 2.4, JdT 2003 I 241 (trad.) ; OG/LU du 13 juillet 2010, c. 4.1, in : JAR 2011, p. 538 ; OG/BE du 4 mars 2009, in : JAR 2010, p. 431.

⁹² TF 4A_419/2011 du 23 novembre 2011, c. 4.3.1.

⁹³ ATF 129 III 171, c. 2.3, JdT 2003 I 241 (trad.) ; TF 4A_40/2008 du 19 août 2008, c. 4.3.

⁹⁴ TF 4A_464/2007 du 8 janvier 2008, c. 3.

⁹⁵ ATF 86 II 155, c. 2 = JdT 1961 I 235 = SJ 1961 169.

VI. Coordination avec la LTr (travail supplémentaire)

Conditions – Les notions de durée maximale de la semaine de travail (art. 9 LTr) et de travail supplémentaire (art. 12 LTr) ne s'appliquent qu'aux entreprises et aux employés soumis au champ d'application de la législation sur le travail (cf. art. 1 à 4 LTr). Il faut par ailleurs tenir compte du fait que l'OLT1 et l'OLT2 contiennent de nombreuses dispositions particulières et exceptions. Le travail supplémentaire ne peut être ordonné par l'employeur qu'à « titre exceptionnel », la raison principale résidant dans les cas « d'urgence ou de surcroît extraordinaire de travail » (art. 12 al. 1 let. a LTr)⁹⁶. Par ailleurs, le travail supplémentaire est limité à deux heures par jour au maximum et à cent-septante heures par année civile pour les travailleurs dont la durée maximale de la semaine de travail est de quarante-cinq heures ou cent-quarante pour les travailleurs dont la durée maximale de la semaine de travail est de cinquante heures (art. 12 al. 2 LTr)⁹⁷. S'agissant d'une législation de droit public, les parties ne peuvent déroger, même d'un commun accord, aux règles définies à l'art. 12 LTr⁹⁸.

Compensations – L'employeur doit verser au travailleur un supplément de salaire d'au moins 25 %, portant la rémunération due à 125 % du salaire normal (art. 13 al. 1 LTr). Vu la nature impérative de la règle, le travailleur ne peut renoncer à la rétribution du travail supplémentaire au taux de 125 %⁹⁹. La loi prévoit cependant deux limites. Premièrement, les employés de bureau, les techniciens et autres employés, y compris le personnel de vente des grands établissements du commerce de détail, c'est-à-dire les catégories de travailleurs dont la durée maximale de la semaine est de quarante-cinq heures (cf. art. 9 al. 1 let. a LTr), n'ont droit au supplément de salaire d'au moins 25 % qu'à partir de la soixante-et-unième heure de travail supplémentaire accomplie dans l'année civile (art. 13 al. 1 LTr). Pour ces catégories de travailleurs, il faut considérer que les soixante premières heures de travail supplémentaires sont régies, quant à l'obligation de les effectuer, par les art. 321c al. 1 CO et 12 LTr, et quant aux compensations dues au travailleur, par le régime des heures supplémentaires de travail, au sens de l'art. 321c al. 2 et 3 CO¹⁰⁰. Deuxièmement, les parties peuvent convenir de compenser le travail supplémentaire par un congé de même durée, devant en principe intervenir dans un délai de quatorze semaines, mais pouvant être porté à douze mois par accord entre les parties (art. 13 al. 2 LTr et 25 al. 2 OLT1)¹⁰¹. Le congé compensatoire ne

⁹⁶ DUNAND, Commentaire LTr, N 14 ss ad art. 12 LTr, pp. 223 s.

⁹⁷ DUNAND, Commentaire LTr, N 17 ss ad art. 12 LTr, pp. 224 ss.

⁹⁸ DUNAND, Commentaire LTr, N 33 ad art. 12 LTr, p. 228.

⁹⁹ ATF 126 III 337, c. 6 = JdT 2001 I 299 = SJ 2000 I 629.

¹⁰⁰ TF 4C.47/2007 du 8 mai 2007, c. 3.1 ; TF 4C.177/2002 du 31 octobre 2002, c. 2.4. Voir aussi DUNAND, Commentaire LTr, N 12 ad art. 13 LTr, p. 234 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 9 ad art. 321c CO, p. 223 ; WYLER, p. 121.

¹⁰¹ TF 4C.32/2005 du 2 mai 2005, c. 2.4.

60

61

remplace pas le droit à une rémunération de base : soit, l'heure compensée est payée à 100 % et l'heure compensatoire n'est pas rémunérée ; soit, l'heure compensée n'est pas payée et l'heure compensatoire est rémunérée à 100 %¹⁰². En revanche, le travailleur n'aura pas droit à un supplément de salaire (art. 13 al. 2 LTr).

- 62 **Caractère impératif** – Les parties ne peuvent déroger à la législation protectrice du travailleur sur le travail supplémentaire. Hormis les soixante premières heures pour les employés de bureau, les techniciens et autres employés, le travail supplémentaire doit impérativement faire l'objet de l'un des deux modes de compensation prévus à l'art. 13 LTr, c'est-à-dire soit le versement d'un supplément de salaire d'au moins 25 %, soit, avec l'accord du travailleur, l'octroi d'un congé de même durée¹⁰³. Ainsi, une éventuelle renonciation du travailleur au paiement des heures supplémentaires, selon l'art. 321c al. 3 CO, ne peut valoir renonciation à la rémunération du travail supplémentaire fondée sur l'article 13 LTr.
- 63 **Action devant la juridiction civile** – L'art. 13 LTr prévoyant des obligations susceptibles de faire l'objet d'un contrat individuel de travail, le travailleur peut agir civilement en vue d'obtenir l'exécution de ces obligations (cf. art. 342 al. 2 CO). Il a en particulier la possibilité d'actionner son employeur devant la justice civile pour réclamer le paiement du salaire afférant au travail supplémentaire¹⁰⁴. La créance du travailleur est soumise au délai de prescription de cinq ans de l'art. 128 ch. 3 CO qui court dès l'exigibilité de la rémunération¹⁰⁵.

VII. Régimes applicables aux cadres supérieurs

- 64 **Problématique** – En principe, les articles 319 ss CO régissent de la même manière tous les contrats de travail indépendamment du statut du travailleur¹⁰⁶. Il en résulte qu'un cadre, et même un cadre dirigeant, bénéficie également des règles protectrices du droit du travail, pour autant que le contrat qui le lie à son entreprise corresponde aux critères légaux du contrat de travail. Il faut toutefois noter que le domaine des heures supplémentaires et du travail supplémentaire constitue, dans certaines limites, une exception au principe, en ce qui concerne les cadres supérieurs.

¹⁰² AUBERT, CR 2012, N 4 ad art. 321c CO, p. 1980 ; DUNAND, Commentaire LTr, N 15 ad art. 13 LTr, p. 235.

¹⁰³ ATF 126 III 337, c. 6 = JdT 2001 I 299 = SJ 2000 I 269 ; DUNAND, Commentaire LTr, N 19 ad art. 13 LTr, pp. 236 s.

¹⁰⁴ DUNAND, Commentaire LTr, N 21 ad art. 13 LTr, p. 237.

¹⁰⁵ DUNAND, Commentaire LTr, N 22 ad art. 13 LTr, p. 237.

¹⁰⁶ ATF 130 III 213, c. 2.1, JdT 2004 I 223 (trad.).

1. Heures supplémentaires (CO)

Notion de cadre – Dans la mesure où le Code des obligations ne la définit pas, la notion de cadre reste indéterminée et sujette à plusieurs acceptions. La jurisprudence que nous allons décrire qui exclut la compensation des heures supplémentaires ne s'applique cependant qu'aux cadres supérieurs¹⁰⁷. Il s'agira en principe de travailleurs qui ont certaines responsabilités dans la gestion de l'entreprise, une marge de décision, le pouvoir de donner des instructions à des subordonnés, la possibilité d'aménager leur temps de travail relativement librement et qui perçoivent un salaire élevé¹⁰⁸.

65

Exclusion de toute compensation – On admet que la notion d'heures supplémentaires de travail est en principe étrangère aux cadres supérieurs qui peuvent organiser librement leur temps de travail et dont la charge importante de travail est compensée par un salaire de base plus élevé¹⁰⁹. Le Tribunal fédéral considère qu'en l'absence d'une réglementation expresse du temps de travail, les cadres supérieurs ne peuvent en principe pas prétendre à une indemnisation pour les heures supplémentaires effectuées¹¹⁰.

66

Compensation exceptionnelle – Le Tribunal fédéral a encore précisé que, sauf accord contraire, la compensation des heures de travail supplémentaires effectuées par un cadre supérieur ne peut être envisagée, à titre exceptionnel, que dans les trois cas suivants : le temps de travail a été déterminé contractuellement ; on a confié au cadre des tâches qui excèdent son cahier des charges ; l'ensemble du personnel a dû fournir un nombre conséquent d'heures supplémentaires pendant une certaine durée¹¹¹. Par voie de conséquence, le cadre supérieur peut avoir intérêt à négocier un contrat dans lequel le cahier des charges, le temps et l'horaire de travail sont déterminés avec précision. De son côté, l'employeur prendra garde de ne pas indiquer ni de temps ni d'horaire de travail dans le contrat.

67

2. Travail supplémentaire (LTr)

Fonction dirigeante élevée – Sont exclus du champ d'application de la LTr les salariés qui exercent une fonction dirigeante élevée (art. 3 let. d LTr). Il s'agit des très rares employés qui disposent, de par leur position et leur responsabilité et eu égard à la taille de l'entreprise, d'un pouvoir de décision important, ou

68

¹⁰⁷ TF 4C.92/2004 du 13 août 2004, c. 3.1.1 ; AUBERT, CR 2012, N 13 ad art. 321c CO, p. 1982 ; MANGOLD, Panorama I, p. 403.

¹⁰⁸ PORTMANN, BaK 2011, N 10 ad art. 321c CO, p. 1840.

¹⁰⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 321c CO, pp. 218 ss ; WYLER, p. 126.

¹¹⁰ ATF 129 III 171, c. 2.1, JdT 2003 I 241 (trad.) ; TF 4A_172/2012 du 22 août 2012, c. 4.3.1.

¹¹¹ *Ibid.*

qui sont en mesure d'influer fortement sur des décisions de portée majeure concernant notamment la structure, la marche des affaires et le développement de l'entreprise ou d'une partie de celle-ci (art. 9 OLT1). Il résulte de ces prescriptions que la notion de fonction dirigeante élevée est très étroite.

- 69 **Interprétation restrictive** – De plus, le Tribunal fédéral a précisé que, s'agissant de dispositions d'exception, il convenait de les interpréter restrictivement : il faut que l'employé dispose d'un pouvoir de décision quant aux affaires essentielles de l'entreprise, soit celles qui influencent de manière durable la vie ou la structure de cette dernière, ou du moins, dans l'un de ses éléments principaux. En revanche, « le fait qu'un travailleur bénéficie d'une position de confiance au sein de l'entreprise ne permet pas à lui seul d'admettre que cette personne y exerce une fonction dirigeante. Ni la compétence d'engager l'entreprise par sa signature ou de donner des instructions, ni l'ampleur du salaire ne constituent en soi des critères décisifs. [...]. En tout état de cause, il faut trancher la question de cas en cas, sans égard ni au titre ni à la formation reçue par la personne concernée, mais d'après la nature réelle de la fonction et en tenant compte des dimensions de l'entreprise¹¹². » En résumé, seuls les cadres qui ont réellement la mainmise sur l'entreprise sont soustraits au champ d'application de la loi sur le travail¹¹³.

- 70 **Régime juridique** – Comme indiqué précédemment, les cadres qui exercent une fonction dirigeante élevée sont exclus du champ d'application de la législation sur le travail. Les dispositions sur la durée du travail (art. 9 LTr) et le travail supplémentaire (art. 12 et 13 LTr) ne leur sont donc pas applicables. Vu l'exception prévue à l'art. 3a let. b LTr, ils bénéficient cependant de l'application des dispositions relatives à la protection de la santé (cf. art. 6 LTr). Il est ainsi interdit à leur employeur d'ordonner des durées de travail qui seraient susceptibles de provoquer une atteinte à leur santé (cf. art. 6 LTr ; 328 CO). Il va de soi, au demeurant, que tous les cadres qui n'exercent pas une fonction dirigeante élevée, et qui sont soumis au champ d'application de la législation sur le travail, doivent se voir appliquer les règles sur le travail supplémentaire.

¹¹² ATF 126 III 337, c. 5a = JdT 2001 I 299 = SJ 2000 I 629.

¹¹³ MANGOLD, Panorama I, p. 402.

Art. 321d

V. Directives générales et instructions à observer

¹ L'employeur peut établir des directives générales sur l'exécution du travail et la conduite des travailleurs dans son exploitation ou son ménage et leur donner des instructions particulières.

² Le travailleur observe selon les règles de la bonne foi les directives générales de l'employeur et les instructions particulières qui lui ont été données.

V. Befolgung von Anordnungen und Weisungen

¹ Der Arbeitgeber kann über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb oder Haushalt allgemeine Anordnungen erlassen und ihnen besondere Weisungen erteilen.

² Der Arbeitnehmer hat die allgemeinen Anordnungen des Arbeitgebers und die ihm erteilten besonderen Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen.

V. Osservanza di direttive e di istruzioni

¹ Il datore di lavoro può stabilire direttive generali sull'esecuzione del lavoro e sul comportamento del lavoratore nell'azienda o nella comunione domestica e dargli istruzioni particolari.

² Il lavoratore deve osservare secondo le norme della buona fede le direttive generali stabilite dal datore di lavoro e le istruzioni particolari a lui date.

Table des matières

	note marginale	page
I. Généralités	1	106
II. Droit de l'employeur de donner des directives (art. 321d al. 1 CO)	5	106
1. Principes généraux.....	5	106
2. Forme des directives.....	11	108
3. Objet des directives	16	109
III. Devoir du travailleur de respecter les directives (art. 321d al. 2 CO)	23	112
IV. Principaux cas d'application : tâches et lieu de travail	27	113
1. Tâches.....	28	113
2. Lieu de travail.....	32	114
V. Sanctions contre le travailleur qui ne respecte pas les directives.....	38	116

Bibliographie spécifique

CHAPPUIS FERNAND, Règlement d'organisation du conseil d'administration et directives de l'employeur – Propos croisés à partir des art. 716b et 321d CO, in : GesKR 2007, pp. 68 ss ; DANTHE MARIE-GISÈLE, Les limites qu'instaure l'art. 328 CO au droit de l'employeur de donner des directives et de contrôler l'activité du travailleur, in : WYLER, Panorama I, pp. 163 ss ; DOGAN YENISEY KÜBRA, La modification du contrat de travail : étude de droit suisse et de droit français, Genève/Zurich/Bâle 2005 ; GLOOR WERNER, Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive, in : DTA 208, pp. 249 ss ; MÜLLER ROLAND, Übertragung neuer Aufgaben und Zuweisung eines neuen Arbeitsortes ohne Änderung des Arbeitsvertrages, in : PJA 1999, pp. 454 ss ; STAMM MARIE-LOUISE, Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und seine Schranken, Bâle 1977.

I. Généralités

- 1 **Objet et but** – L'article 321d CO énonce que l'employeur a le droit de donner des directives générales et des instructions particulières sur l'exécution du travail et la conduite des travailleurs (al. 1), et que ses employés ont l'obligation de les observer selon les règles de la bonne foi (al. 2). Cette obligation concrétise le rapport de subordination qui constitue l'élément caractéristique du contrat de travail (art. 319 al. 1 CO)¹.
- 2 **Systématique** – L'article 321d CO constitue la cinquième disposition de la section B (obligations du travailleur) du chapitre premier sur le contrat individuel de travail. Il est suivi par l'art. 321e CO qui traite de la responsabilité du travailleur.
- 3 **Nature de la norme** – L'article 321d CO est de nature dispositive. Dans un éventuel accord dérogatoire, les parties devront cependant respecter les règles absolument (art. 361 CO) et relativement (art. 362 CO) impératives des dispositions sur le contrat individuel de travail².
- 4 **Origine et évolution** – La teneur de l'article 321d CO date de la révision de 1971³. Auparavant, la version résultant de la révision générale du Code des obligations de 1911 ne contenait qu'une disposition consacrée à l'opposabilité des règlements de travail dans les entreprises industrielles et commerciales (cf. art. 321 CO 1911), disposition qui fut supprimée, car la matière était désormais principalement régie dans la loi sur le travail (cf. art. 37 ss LTr).

II. Droit de l'employeur de donner des directives (art. 321d al. 1 CO)

1. Principes généraux

- 5 **Droit et obligation** – L'employeur a évidemment le droit de donner des directives précises à ses employés afin de structurer l'organisation du travail et de tendre à la rentabilité de l'entreprise. L'employeur a cependant également l'obligation de donner les instructions nécessaires afin de garantir des conditions de travail optimales permettant de préserver la santé (cf. art. 6 LTr) et la personnalité des employés (cf. art. 328 CO)⁴.

¹ PORTMANN, BaK 2011, N 1 ad art. 321d CO, p. 1844.

² STAEHELIN, ZK 2006, N 24 ad art. 321d CO, p. 136.

³ Message 1967, p. 315 ; RO 1971 1461.

⁴ TF 4C.186/2006 du 5 septembre 2006, c. 2.3 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 321d CO, p. 72 ; PORTMANN, BaK 2011, N 4 ad art. 321d CO, p. 1844.

Droit de contrôle – Le droit de donner des directives comporte le droit de contrôler qu'elles ont été correctement appliquées⁵. Les moyens de contrôle devront respecter les droits de la personnalité des employés (cf. art. 328 et 328b CO). 6

Pendant le délai de congé – Le droit de donner des directives demeure durant le délai de congé, et ce même si l'employeur a libéré l'employé de sa prestation de travail. En effet, le Tribunal fédéral a précisé que l'art. 321d CO autorise en principe l'employeur qui verse régulièrement son salaire au travailleur à prier l'intéressé de rester à sa disposition pour l'exécution de tâches ponctuelles qu'il entend lui confier pendant la durée du délai de congé⁶. 7

Délégation du droit de donner des directives – Il est admis que le droit de donner des directives peut être délégué⁷. Lorsque l'employeur est une personne morale, soit dans la majorité des relations de travail, les directives sont données par des personnes physiques (organes, employés), au nom de l'employeur. Le droit de donner des directives peut cependant également être délégué en tout ou partie à un tiers externe à l'entreprise, comme par exemple dans le cas du travail temporaire⁸. 8

Travail temporaire – Dans le cadre du travail temporaire, le pouvoir de donner des directives est partagé entre l'agence temporaire (bailleur de services) et l'entreprise utilisatrice (locataire de services)⁹. Selon l'article 26 OSE, l'agence temporaire abandonne à l'entreprise utilisatrice l'essentiel de ses pouvoirs de direction à l'égard du travailleur. Toutefois, bien qu'il revient à l'entreprise utilisatrice de donner les directives nécessaires à l'exécution concrète du travail¹⁰, l'agence temporaire dispose d'un droit plus étendu, qui comprend celui d'ordonner la cessation de la prestation de travail¹¹. 9

Groupe de sociétés – Lorsque le travailleur est employé d'une entreprise qui fait partie d'un groupe de sociétés, le droit de donner des directives n'est en principe accordé qu'à la société qui a conclu le contrat de travail et non aux autres sociétés du groupe, sauf si le contrat de travail prévoit des modalités différentes¹². 10

⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 321d CO, p. 238.

⁶ TF 4C.240/2000 du 2 février 2001, c. 3c.

⁷ STAEHELIN, ZK 2006, N 13 ad art. 321d CO, p. 130.

⁸ TF 4C.158/2002 du 20 août 2002, c. 2.4.

⁹ STAEHELIN, ZK 2006, N 13 ad art. 321d CO, pp. 130 s.

¹⁰ TC/VD du 2 septembre 2010, c. 4, in : JAR 2011, p. 596 ; MATILE/ZILLA, p. 9.

¹¹ TFA du 30 mai 1988, c. 3c, in : JAR 1989, p. 257.

¹² TF 4C.158/2002 du 20 août 2002, c. 3.1.3 ; PORTMANN, BaK 2011, N 6 ad art. 321d CO, p. 1845 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 ad art. 321d CO, p. 248 ; TERCIER/FAVRE, N 3366, pp. 494 s.

2. Forme des directives

- 11 **Principe** – Qu’elles prennent la forme d’instructions particulières ou de directives générales, la loi ne soumet pas la validité des directives au respect d’une forme spécifique. Les directives peuvent ainsi être communiquées oralement ou par écrit (circulaire, règlement du personnel, lettre, note, courrier électronique, SMS, inscription sur un tableau, etc.)¹³.
- 12 **Clarté de la communication** – Les directives seront formulées en des termes suffisamment précis pour ne pas prêter à confusion¹⁴. En outre, le travailleur doit avoir la possibilité d’en prendre connaissance sans difficulté¹⁵. L’employeur prendra garde de préciser ses instructions aux travailleurs ne maîtrisant pas bien la langue de leur communication. Enfin, comme l’a précisé le Tribunal cantonal jurassien, l’exigence « selon laquelle les instructions doivent être clairement communiquées permet difficilement d’admettre qu’elles puissent être manifestées tacitement ou résulter des circonstances. Seuls des actes concluants particulièrement significatifs desquels le travailleur pourrait inférer l’existence d’instructions claires pourraient être opposables au travailleur »¹⁶. C’est à l’employeur de prouver la communication effective et le contenu des instructions (cf. art. 8 CC)¹⁷.
- 13 **Instructions particulières** – Les instructions particulières règlent le déroulement quotidien détaillé de l’activité des travailleurs concernés¹⁸. Elles peuvent s’adresser à un ou plusieurs travailleurs déterminés.
- 14 **Directives générales** – Dans les moyennes et grandes entreprises, il est courant que des directives générales soient édictées. Elles peuvent prendre la forme d’un « règlement du personnel » et porter par exemple sur l’utilisation d’Internet ou sur la prévention et les sanctions en cas de harcèlement (psychologique et/ou sexuel). L’employeur peut les édicter de manière unilatérale et sans contrôle d’une autorité étatique. Il doit cependant informer et consulter les travailleurs ou leurs représentants dans l’entreprise lorsqu’il s’agit notamment de questions relatives à la sécurité au travail (cf. art. 48 LTr)¹⁹. Quelle que soit leur dénomination, et même si elles sont intitulées « règlement », ces directives générales ne doivent pas être confondues avec les « règlements d’entreprise » qui sont régis par les articles 37 ss LTr.

¹³ CHAPPUIS, p. 69 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 12 ad art. 321d CO, p. 130.

¹⁴ CARRUZZO, N 1 ad art. 321d CO, p. 79.

¹⁵ TC/JU du 7 mars 1996, c. 2a, in : JAR 1998, p. 162.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 321d CO, p. 237.

¹⁸ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 321d CO, p. 73.

¹⁹ WYLER, p. 137.

Règlement des entreprises industrielles – La loi sur le travail impose aux entreprises industrielles (cf. art. 5 LTr) d'édicter un règlement d'entreprise portant principalement sur la protection de la santé des travailleurs et la prévention des accidents (cf. art. 37 ss LTr). L'employeur peut soit convenir par écrit du texte du règlement avec une délégation librement élue par les travailleurs, soit l'établir seul après avoir entendu les travailleurs (art. 37 al. 4 LTr). Le règlement ne peut contenir de dispositions contraires au droit impératif, ni aux conventions collectives qui lient l'employeur (art. 38 al. 3 LTr). Des sanctions disciplinaires ne peuvent être infligées qu'au cas et dans la mesure où le règlement le prévoit d'une manière convenable (art. 38 al. 1 LTr). Le règlement doit être soumis à l'autorité cantonale (art. 39 al. 1 LTr). Il lie l'employeur et les travailleurs dès qu'il a été rendu public dans l'entreprise (art. 39 al. 2 LTr). Il doit être affiché de manière bien visible ou distribué aux employés (cf. art. 67 al. 2 OLT1). Son contenu a une valeur normative analogue à une loi²⁰.

3. Objet des directives

Principe – La prestation de travail est souvent décrite de manière sommaire dans le contrat de travail. Les directives permettront à l'employeur de détailler et d'adapter ce qui est attendu du travailleur. On distingue les directives portant sur les besoins de l'entreprise, celles relatives à la conduite des travailleurs et celles concernant l'exercice de la profession²¹.

Besoins de l'entreprise – Les directives peuvent porter sur l'exécution du travail en ce qui concerne notamment le lieu, le temps, la méthode et l'étendue du travail à fournir²². Elles seront en rapport direct avec les besoins de l'entreprise et se fonderont uniquement sur les exigences du travail à effectuer²³. Elles devront être adaptées au statut et aux responsabilités de l'employé²⁴.

Conduite des travailleurs – Les directives peuvent également porter sur la manière de se comporter au sein de l'entreprise, tant par rapport aux relations personnelles que dans l'observation des mesures de prévention et de sécurité²⁵. Elles pourront définir la manière d'annoncer à l'employeur les absences pour cause de maladie ou d'accident, ou, lorsqu'elles se fondent sur les exigences du travail à effectuer, les vêtements de travail de certains travailleurs (cuisiniers, infirmiers,

²⁰ VISCHER, Commentaire LTr, N 5 ad art. 37 LTr, p. 471 et N 11 ad art. 39 LTr, p. 502.

²¹ PORTMANN, BaK 2011, N 3 ad art. 321d CO, p. 1844.

²² BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 321d CO, p. 72 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 321d CO, pp. 79 s.

²³ TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, c. 6.2 ; ZivG/GL du 13 août 1982, in : JAR 1983, p. 91 ; WYLER, p. 301.

²⁴ ArbG/ZH du 18 août 1999, in : ZR 100 (2001) 70.

²⁵ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 321d CO, p. 72.

chauffeurs de bus)²⁶. Elles traiteront aussi, par exemple, de l'interdiction de tout comportement constitutif d'un harcèlement psychologique ou sexuel : l'employeur est tenu d'instruire ses employés des risques auxquels ils sont exposés et de leur prescrire le comportement à adopter pour les éviter. La nature et l'étendue des instructions dépendent dans une large mesure du statut de l'employé, de sa formation et de ses capacités²⁷.

- 19 **Conduite en dehors du temps de travail** – Par définition, les directives ne peuvent en principe porter que sur le comportement des travailleurs au sein de l'entreprise et dans le cadre de l'exécution de leur travail lorsqu'il est effectué à l'extérieur²⁸. A titre exceptionnel, l'employeur sera cependant habilité à donner des directives portant sur le comportement des travailleurs en dehors du temps de travail lorsque cela est nécessaire à la bonne exécution de leur contrat de travail. Il va de soi, par exemple, que la consommation de boissons alcooliques sera interdite aux chauffeurs dans un certain laps de temps avant leur entrée en service²⁹. De même, dans le but d'éviter des conflits d'intérêts, une banque pourra limiter la possibilité pour ses employés d'entrer dans le conseil d'administration de sociétés tierces³⁰. On comprendra aussi que les employés des entreprises dites « à tendance », soit les entreprises qui n'ont pas un but essentiellement lucratif et qui exercent une activité à caractère spirituel ou intellectuel, c'est-à-dire politique, confessionnel, syndical, scientifique, artistique, caritatif ou similaire, puissent être soumis à un régime particulier³¹. Selon le Tribunal fédéral, ces employés doivent respecter un devoir de fidélité plus exigeant et éviter tout comportement qui pourrait nuire à l'image de l'entreprise, même en dehors de leur activité professionnelle³².

- 20 **Exercice de la profession** – Certaines directives porteront sur les méthodes et techniques de travail, ainsi que sur le maniement des instruments de travail³³. Le droit de donner des directives portant sur l'exercice de la profession sera limité suivant la nature de l'activité exercée, par exemple lorsque l'employé fournit une prestation hautement qualifiée ou qui repose essentiellement sur sa créativité³⁴. Ainsi, comme l'a relevé la Cour d'appel des prud'hommes de Genève, un « mé-

²⁶ STAEHELIN, ZK 2006, N 10 ad art. 321d CO, p. 129.

²⁷ ATF 100 II 352, c. 2a = JdT 1975 I 186 = SJ 1975 353.

²⁸ Message 1967, p. 317 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 321d CO, p. 79.

²⁹ VISCHER, Commentaire LTr, N 14 ad art. 38 LTr, p. 485.

³⁰ TF du 19 juillet 1996, c. 3a, in : JAR 1998, p. 224.

³¹ PORTMANN, BaK 2011, N 7 ad art. 321d CO, p. 1845 ; VISCHER, Commentaire LTr, N 14 ad art. 38 LTr, p. 485.

³² ATF 130 III 699, c. 4.1 = JdT 2006 I 193 = SJ 2005 I 152.

³³ STAEHELIN, ZK 2006, N 9 ad art. 321d CO, p. 129.

³⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 6 ad art. 321d CO, p. 74 ; STAEHELIN, N 16 ad art. 321d CO, pp. 132 ss ; PORTMANN, BaK 2011, N 8 ad art. 321d CO, pp. 1845 s. ; ArbG/ZH du 18 août 1999, in ZR 100 (2001) 70.

decin-chirurgien, avocat ou ingénieur peut être salarié tout en n'ayant pas à se laisser imposer, par les services administratifs de l'Hôpital, de l'Etude ou du Bureau, la manière dont il opère, plaide ou calcule »³⁵.

Modification du contrat de travail – Le droit de donner des instructions ne peut pas élargir le cadre des obligations résultant du contrat de travail, ni modifier unilatéralement ces dernières, contrairement aux dispositions conventionnelles ou légales impératives³⁶. Si une instruction de l'employeur outrepassé ce cadre, elle ne constitue plus une directive au sens de l'art. 321d CO, mais doit être considérée comme une offre de l'employeur de modifier le contrat de travail, laquelle doit nécessairement obtenir l'assentiment du travailleur³⁷. En pratique, la distinction entre les deux cas de figure (directive légitime ou offre de modification) est parfois délicate, notamment parce que les éléments essentiels de la relation de travail ont pu évoluer sans que les parties aient formellement mis à jour le contrat initial³⁸. 21

Méthode d'interprétation – Plus le contrat et le cahier des charges fixés au moment de l'engagement ou adaptés ultérieurement d'un commun accord sont précis, et moins l'employeur ne pourra librement réviser, au moyen de directives, ce qui a été convenu. La fonction du travailleur, le lieu, la durée et l'horaire de travail sont des éléments essentiels de la relation de travail, qui ne devraient pas pouvoir être modifiés, sous réserve de l'exécution des heures supplémentaires (cf. art. 321c al. 1 CO), sans l'accord du travailleur³⁹. Demeure réservée la possibilité offerte à l'employeur de notifier à son employé un congé-modification⁴⁰. Lorsque l'employeur s'est expressément réservé le droit de déterminer ou de modifier ces éléments essentiels, il bénéficiera d'une plus grande liberté de décision, mais prendra toutefois garde, au moment de mettre en application les nouvelles directives, de respecter le principe de la bonne foi (art. 2 CC et 321d al. 2 CO), ainsi que les droits de la personnalité du travailleur concerné (art. 27 al. 2 CC ; art. 328 CO)⁴¹. 22

³⁵ CAPH/GE du 9 avril 2010, c. 2.5.2.3, in : JAR 2011, p. 459.

³⁶ TF 4C.186/2006 du 5 septembre 2006, c. 2.3 ; STAEHELIN, N 14 ad art. 321d CO, p. 131.

³⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 7 ad art. 321d CO, p. 74 ; DOĞAN YENİSEY, pp. 98 ss.

³⁸ AUBERT, CR 2012, N 2 et 4 ad art. 321d CO, p. 1984.

³⁹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 7 ad art. 321d CO, p. 74 ; GLOOR, p. 254 ; GS/BS du 15 septembre 1988, in : BJM 1990, p. 116.

⁴⁰ GLOOR, p. 254.

⁴¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 7 ad art. 321d CO, p. 74.

III. Devoir du travailleur de respecter les directives (art. 321d al. 2 CO)

- 23 **Principe** – Subordonné à son employeur, le travailleur a le devoir de s’acquitter, selon les règles de la bonne foi (cf. art. 2 CC), des instructions relatives à l’exécution du travail et au comportement dans l’entreprise⁴². L’appréciation de la bonne foi du travailleur variera suivant le poste que celui-ci occupe dans l’entreprise et le genre de travail convenu⁴³.
- 24 **Protection de la personnalité du travailleur** – Les directives trouvent leur limite dans le respect des règles de la bonne foi, opposables également à l’employeur, et des droits de la personnalité des travailleurs⁴⁴. Ainsi, l’employeur ne pourra imposer au travailleur des changements incompatibles avec sa situation personnelle, familiale ou sociale⁴⁵. Il ne pourra, par ailleurs, pas modifier ou restreindre le domaine d’activité d’un travailleur occupé depuis des années, sans avoir cherché au préalable à en discuter avec lui⁴⁶. Il évitera aussi de donner des directives contradictoires, chicanières ou discriminatoires⁴⁷. Enfin, même lorsqu’elles sont légitimes, les directives modifiant une pratique antérieure devront être annoncées suffisamment à l’avance⁴⁸.
- 25 **Tenue vestimentaire** – L’apparence des travailleurs (tenue vestimentaire, accessoires, couleur et coupe des cheveux, etc.) fait partie de leur personnalité (cf. art. 328 al. 1 CO). A moins qu’elles ne soient fondées sur les exigences du travail à effectuer (image de marque, propreté, sécurité), les directives ne pourront pas imposer une tenue vestimentaire spécifique ou interdire le port d’accessoires (bijoux, piercings)⁴⁹. En pratique, des motifs de sécurité et de salubrité, les usages, l’image de marque de l’entreprise ou le besoin d’identification des travailleurs peuvent légitimer des directives portant sur le port de tenues professionnelles spécifiques ou d’un certain type de tenue vestimentaire.
- 26 **Directives inopportunes ou contraires au droit** – N’ayant en principe ni l’obligation ni le droit de contrôler l’opportunité des directives, le travailleur devra s’y

⁴² Message 1967, p. 318.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, c. 6.2 ; ZivG/GL du 13 août 1982, in : JAR 1983, p. 91 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 14 ad art. 328 CO, pp. 541 s. ; WYLER, p. 136.

⁴⁵ TF du 7 avril 1989, in : JAR 1991, p. 114 ; GS/BS du 2 mai 1988, in : JAR 1990, p. 131 ; CAPH/GE du 16 juin 1983, in : JU-TRAV 1985, p. 12.

⁴⁶ TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, c. 4.2.

⁴⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 328 CO, p. 141 et N 8 ad art. 328 CO, p. 145 ; DANTHE, Panorama I, p. 168 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 20 ad art. 321d CO, p. 134.

⁴⁸ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 7 ad art. 321d CO, pp. 74 s.

⁴⁹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 328 CO, p. 141.

conformer, même si elles lui paraissent inappropriées ou inefficaces⁵⁰. En cas de divergence d'opinions avec son employeur, il n'est pas en droit de faire prévaloir sa propre vision de l'organisation à adopter dans l'entreprise⁵¹. Il faut cependant noter que le devoir de fidélité et de loyauté auquel il est soumis (cf. art. 321a CO) lui imposera de signaler toute directive susceptible de porter atteinte aux intérêts légitimes de son employeur⁵². Le travailleur a par ailleurs le droit de refuser d'exécuter des directives illicites ou contraires aux mœurs, qui seraient contraires à ses droits (résultant de la loi, du contrat de travail, d'une convention collective de travail ou d'un contrat-type), ou qui porteraient atteinte aux droits de tiers⁵³.

IV. Principaux cas d'application : tâches et lieu de travail

Cadre général – En pratique, la modification des tâches confiées au travailleur ou de son lieu de travail mène souvent à des situations conflictuelles. Les principes généraux exposés ci-dessus aux chapitres II et III sont évidemment applicables. On tiendra compte aussi des règles d'interprétation formulées dans de nombreuses jurisprudences.

27

1. Tâches

Principes – Si le contrat individuel de travail prévoit l'engagement du travailleur pour l'exécution de tâches déterminées, l'employeur ne peut, en principe, pas imposer d'autres tâches au travailleur⁵⁴. Sont réservées les mutations temporaires, pour autant encore qu'elles puissent être exigées du travailleur concerné, par exemple pour assurer le remplacement d'un collègue malade pour une courte durée ou dépanner l'entreprise lors d'une restructuration⁵⁵.

28

Poste équivalent – Lorsque l'employeur s'est réservé, dans le contrat de travail, la possibilité d'occuper le travailleur à un autre poste plus ou moins équivalent, il ne pourra exercer cette faculté que dans les limites compatibles avec les art. 27

29

⁵⁰ WYLER, p. 134 ; TF 4A_236/2012 du 2 août 2012, c. 2.3.

⁵¹ TF 4A_381/2011 du 24 octobre 2011, c. 6.

⁵² STAEHELIN, ZK 2006, N 21 ad art. 321d CO, p. 135.

⁵³ ATF 132 III 115, c. 5.2, JdT 2006 I 152 (trad.) ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 15 ad art. 328 CO, p. 149 ; PORTMANN, BaK 2011, N 9 ad art. 321d CO, p. 1846 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 14 ad art. 321d CO, p. 131 et N 22 ad art. 321d CO, p. 135 ; TERRIER/FAVRE, N 3363, p. 494.

⁵⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 7 ad art. 321d CO, p. 74 ; WYLER, p. 320.

⁵⁵ ATF 127 III 153, c. 2a = JdT 2001 I 366 = SJ 2001 I 505 ; TF 4C.155/2005 du 6 juillet 2005, c. 3.2.1 ; CARRUZZO, N 2 ad art. 321d CO, pp. 82 s. ; SUBILIA/DUC, N 9 ad art. 321d CO, pp. 149 s.

al. 2 CC, 20 CO et 328 CO⁵⁶. L'équivalence entre deux postes s'apprécie notamment par la comparaison des prestations demandées à l'employé (tâches à accomplir, cahiers des charges, exercice des responsabilités, prestige), ainsi que des contre-prestations fournies par l'employeur (salaire et gratifications, jours de vacances, indemnités diverses)⁵⁷.

30 **Travail moins qualifié** – L'employeur n'est en principe pas autorisé à déplacer un employé dans un poste de travail moins qualifié sans raison valable, même s'il ne réduit pas son salaire⁵⁸. Ainsi, le travailleur engagé en qualité de machiniste-grutier, et dont le contrat a été résilié, est en droit de refuser de travailler pendant le délai de congé comme aide-magasinier au dépôt⁵⁹. Dans une autre affaire soumise au Tribunal fédéral, le règlement du personnel, qui faisait partie intégrante du contrat de travail conclu avec une employée, prévoyait que l'employeur se réservait le droit d'attribuer à tous les collaborateurs « d'autres tâches allant au-delà du champ d'activité convenu, pour autant que l'on puisse raisonnablement l'exiger ». Notre Haute Cour a cependant considéré, qu'eu égard « aux circonstances très particulières de la cause en litige », l'employée n'était pas tenue d'accepter un changement d'affectation, même accompagné d'une augmentation de salaire, destiné à la faire passer de vendeuse à « préposée à la propreté »⁶⁰.

31 **Travail au profit d'un tiers** – L'employeur ne peut pas mettre le travailleur à la disposition d'un tiers, à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte des circonstances (cf. art. 333 al. 4 CO). Il peut être prévu, par exemple, dans un groupe de sociétés, qu'une société qui apparaît comme l'employeur prête ses employés à d'autres sociétés du même groupe⁶¹.

2. Lieu de travail

32 **Principes** – Le droit de l'employeur d'exiger du travailleur un changement du lieu de travail entre dans le cadre de son pouvoir d'énoncer des directives. Toutefois, ce pouvoir ne peut s'exercer que dans la mesure où le changement du lieu de travail est acceptable pour le travailleur⁶². Il faut toutefois tenir compte du fait que la situation et le genre de travail peuvent parfois imposer des change-

⁵⁶ TF 4C.155/2005 du 6 juillet 2005, c. 3.2.1.

⁵⁷ TF 4C.38/2007 du 30 avril 2007, c. 3.6 ; CARRUZZO, N 2 ad art. 321d CO, p. 82.

⁵⁸ TF 4C.155/2005 du 6 juillet 2005, c. 3.2.1.

⁵⁹ TF du 26 mai 1992, in : SJ 1993, p. 370.

⁶⁰ TF 4C.155/2005 du 6 juillet 2005, c. 3.2.2.

⁶¹ ATF 132 III 32, c. 5.1 = JdT 2006 I 257 = SJ 2006 I 193 ; CAPH/GE du 3 juin 2009, c. 4.2.2.2, in : JAR 2010, p. 507.

⁶² CAPH/GE du 22 avril 1998, c. 7, in : JAR 1999, p. 163 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 15 ad art. 321d CO, p. 132.

ments fréquents du lieu de travail⁶³. Par exemple, dans la profession du bâtiment et du génie civil, il apparaît que la nature même des travaux à exécuter implique le déplacement en dehors du lieu de travail où les travailleurs sont engagés⁶⁴. D'autres activités nécessitent également que la prestation de travail soit exécutée en des lieux divers, comme c'est le cas pour les conducteurs de cars, les installateurs et réparateurs de meubles électroménagers, ou encore les surveillants des manèges installés dans les fêtes foraines⁶⁵.

Lieu de travail indiqué dans le contrat – Lorsque le lieu de travail est expressément fixé dans le contrat de travail, l'employeur ne peut, en principe, le modifier sans l'accord du travailleur. Sont réservées les mutations temporaires, pour autant encore qu'elles puissent être exigées du travailleur concerné, qui sont nécessaires à la préservation des intérêts légitimes de l'employeur. Le défaut de rentabilité d'une succursale constitue un risque économique qui doit être supporté par l'employeur et qui n'autorise en conséquence pas la modification du lieu de travail⁶⁶.

Règles de la bonne foi – Une modification du lieu de travail doit pouvoir être exigée du travailleur dans le respect des règles de la bonne foi. L'employeur doit notamment tenir compte des obligations familiales de l'employé concerné, ainsi que du temps de déplacement et des frais supplémentaires engendrés par le changement⁶⁷. Selon le Tribunal fédéral, une modification du lieu de travail qui nécessite un changement de canton et un déplacement de plus de 50 km entraînent généralement, selon les usages en Suisse, un transfert de domicile. Il s'agit donc d'un changement important du poste convenu, qui nécessite l'accord du travailleur⁶⁸. Par ailleurs, selon la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève, même dans le « petit canton de Genève », l'employeur n'est pas légitimé à exiger de son employée, devant s'occuper des repas de midi pour son mari et leur fils âgé de dix ans, de travailler désormais dans la banlieue opposée à son domicile, ne serait-ce que pendant la durée contractuelle de résiliation⁶⁹.

Clause de mobilité – On trouve dans certains contrats de travail une clause dite de mobilité par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier ultérieurement le lieu de travail dans le cadre de son pouvoir d'énoncer des directives. Une telle clause ne constitue cependant pas un blanc-seing donné à l'employeur de réviser le lieu de travail dans n'importe quelle circonstance.

⁶³ CARRUZZO, N 2 ad art. 321d CO, pp. 81 s.

⁶⁴ CCC/NE du 24 avril 1978, c. 5, in : JAR 1981, p. 124.

⁶⁵ SUBILIA/DUC, N 8 ad art. 321d CO, p. 148.

⁶⁶ ArbG/ZH du 18 août 2000, in : JAR 2002, p. 165 ; CAPH/GE du 22 avril 1998, c. 6, in : JAR 1999, p. 163.

⁶⁷ ArbG/ZH du 18 août 2000, in : JAR 2002, p. 165 ; SUBILIA/DUC, N 8 ad art. 321d CO, pp. 148 s.

⁶⁸ TF 4C.115/2002 du 2 juillet 2002, c. 2.3.

⁶⁹ CAPH/GE du 16 juin 1983, in : JU-TRAV 1985, p. 12.

- 36 **Déplacement dans une succursale** – Dans une affaire soumise à l’appréciation du Tribunal fédéral, le contrat de travail d’une employée contenait la clause suivante : « L’employeur a également le droit d’occuper le collaborateur à un autre poste plus ou moins équivalent, ou attacher le collaborateur à une autre succursale du groupe. » L’employée s’engageait en outre à ne pas faire concurrence à son employeur pendant toute la durée du contrat et pendant les trois ans suivant l’expiration de celui-ci. Suite à un conflit relationnel survenu entre l’employée et le nouveau chef de l’agence de Lausanne, l’employeur décida de la muter à Bienne, bien que celle-ci n’avait aucune connaissance de l’allemand et qu’elle souhaitait rester auprès de ses deux enfants. Notre Haute Cour a considéré que la faculté donnée contractuellement par un travailleur à son employeur de l’affecter à n’importe quelle succursale du groupe n’est pas compatible avec les articles 27 al. 2 CC et 20 CO, en tout cas lorsque le travailleur a été engagé pour un poste et à un lieu précis. Un tel engagement tombe également sous le coup de l’art. 328 al. 1 CO, surtout s’il s’accompagne d’une clause de prohibition de concurrence⁷⁰.
- 37 **Déplacement à l’étranger** – Le déplacement du lieu de travail à l’étranger pose des problèmes spécifiques. Il a ainsi été jugé qu’une employée pouvait légitimement refuser une mutation de Genève à Saint-Ouen, en France, dans la mesure où elle n’avait pas été clairement informée par écrit et en détail des modalités relatives à l’autorisation de travail, au salaire et aux charges sociales⁷¹.

V. Sanctions contre le travailleur qui ne respecte pas les directives

- 38 **Principes** – Le travailleur qui ne se conforme pas aux directives légitimes de son employeur peut se voir infliger diverses sanctions, comme, par exemple, la réparation du dommage qu’il a causé (cf. art. 321e CO), un licenciement immédiat (cf. art. 337 CO) ou le paiement d’une peine conventionnelle (cf. art. 160 CO)⁷². Leur étendue et modalité sont parfois précisées dans le contrat individuel de travail ou un règlement d’entreprise. Toutefois, les sanctions prévues ne sauraient jamais être appliquées de manière mécanique dans un cas d’espèce. En effet, le juge vérifiera si les conditions légales de leur mise en œuvre ont été respectées. La sanction doit dans tous les cas être adaptée et proportionnée à la violation en cause⁷³.
- 39 **Cadre** – En raison du crédit particulier et de la responsabilité que lui confère sa fonction dans l’entreprise, le comportement d’un cadre sera apprécié avec une rigueur accrue⁷⁴. En revanche, celui d’un employé qui n’exerce pas une fonction à

⁷⁰ TF du 7 avril 1989, in : JAR 1991, p. 114.

⁷¹ CAPH/GE du 22 avril 1998, c. 7, in : JAR 1999, p. 163.

⁷² STAEHELIN, ZK 2006, N 23 ad art. 321d CO, pp. 135 s.

⁷³ SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 321a CO, p. 119.

⁷⁴ TF 4C.51/2006 du 27 juin 2006, c. 2.2.3.

responsabilités, n'a personne sous ses ordres et perçoit un salaire moyen, doit être jugé avec moins de sévérité⁷⁵.

Licenciement immédiat – Selon la jurisprudence, le refus d'exécuter une tâche assignée constitue généralement un manquement de gravité moyenne, voire légère, de sorte qu'il ne justifie un licenciement immédiat qu'après un ou plusieurs avertissements⁷⁶. Toutefois, la désobéissance à un ordre peut constituer un juste motif de résiliation immédiate lorsque l'injonction ou la prescription concerne des intérêts importants de l'employeur ; dans un tel cas suivant les intérêts en jeu, la résiliation immédiate est justifiée, même sans avertissement préalable⁷⁷. 40

Peines conventionnelles – Le contrat de travail ou un règlement d'entreprise prévoient parfois des peines conventionnelles sanctionnant le non-respect des directives par le travailleur. Elles sont assimilées à des clauses pénales (cf. art. 160 CO). Pour être valables, ces peines doivent être déterminées ou déterminables à l'avance, être appliquées de manière proportionnée dans chaque cas concret, et les états de fait qui les engendrent doivent être clairement définis⁷⁸. L'employeur mettra en œuvre rapidement la sanction après la découverte du manquement, à défaut de quoi il pourra lui être opposé une renonciation tacite à s'en prévaloir⁷⁹. Conformément à l'article 163 al. 3 CO, le juge devra réduire une peine qu'il estime excessive. 41

Refus d'observer une directive illégitime – Lorsque le travailleur refuse à bon droit de se conformer à une directive illégitime ou incompréhensible, toute sanction prise à son encontre par son employeur pourra être envisagée comme une mesure de rétorsion non justifiée. En particulier, il existe une forte probabilité qu'un licenciement notifié en raison d'un refus justifié soit considéré comme abusif (cf. art. 336 CO)⁸⁰. 42

⁷⁵ TF 4A_115/2010 du 14 mai 2010, c. 2.3.

⁷⁶ TF 4C.155/2005 du 6 juillet 2005, c. 3.1 ; TF 4C.106/2001 du 14 février 2002, c. 3c.

⁷⁷ TF 4A_236/2012 du 2 août 2012, c. 2.2.

⁷⁸ ATF 119 II 162, c. 2, JdT 1994 I 105 (trad.) ; VISCHER, Commentaire LTr, N 32 ad art. 38 LTr, p. 491 ; WYLER, p. 137.

⁷⁹ CARRUZZO, N 11 ad art. 321d CO, p. 90.

⁸⁰ CARRUZZO, N 10 ad art. 321d CO, p. 90 ; WYLER, p. 136.

Art. 321e

VI. Responsabilité du travailleur

¹ Le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence.

² La mesure de la diligence incombant au travailleur se détermine par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis, ainsi que des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître.

VI. Haftung des Arbeitnehmers

¹ Der Arbeitnehmer ist für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt.

² Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen.

VI. Responsabilità

¹ Il lavoratore è responsabile del danno che cagiona intenzionalmente o per negligenza al datore di lavoro.

² La misura della diligenza dovuta dal lavoratore si determina secondo la natura del singolo rapporto di lavoro, avuto riguardo al rischio professionale, al grado dell'istruzione o alle cognizioni tecniche che il lavoro richiede, nonché alle capacità e attitudini del lavoratore, quali il datore di lavoro conosceva o avrebbe dovuto conoscere.

Table des matières

	note marginale	page
I. Généralités	1	119
II. Conditions de la responsabilité (art. 321e al. 1 CO)	10	121
1. Dommage	13	121
2. Violation du contrat	18	123
3. Lien de causalité	22	124
4. Faute	24	125
III. Mesure de la diligence (art. 321e al. 2 CO)	28	127
1. Contrat de travail	29	127
2. Risque professionnel	30	127
3. Instruction et connaissances techniques nécessaires	34	128
4. Aptitudes du travailleur	35	129
IV. Calcul des dommages-intérêts (art. 99 al. 3 et 42 ss CO)	37	129
V. Prescription (art. 127 CO)	50	133

Bibliographie spécifique

BERENSTEIN ALEXANDRE, La responsabilité civile du travailleur en droit suisse, in : Die Haftung des Arbeitnehmers, Berne 1981, pp. 9 ss ; DUNAND JEAN-PHILIPPE, La responsabilité civile du travailleur (art. 321e CO), in : FRANÇOIS BOHNET (édit.), Quelques actions en responsabilité, Neuchâtel 2008, pp. 75 ss ; EGLI HANS-PETER, Der besondere Haftungsmaßstab von Art. 321e OR, in : PETER JUNG (édit.), Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht, Berne 2007, pp. 45 ss ; HEINZER BORIS, Le double statut de l'administrateur-travailleur en droit privé, in : WYLER, Panorama I, pp. 349 ss ; MARTINELLI PETER RAFFAELLA, Application de l'article 321e CO au dommage causé par l'employeur ?, in : WYLER, Panorama II, pp. 645 ss ; MÜLLER ROLAND, Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung des Arbeitnehmers, in : ArbR 2006, pp. 13 ss ; SCHMID JÖRG, Die Sorgfaltspflicht des Arbeitnehmers, in : Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Mélanges en l'honneur d'Erwin Murer, Berne 2010, pp. 741 ss ; STREIFF ULLIN, Besondere Fälle der Haftung des Arbeitnehmers : Manko, Schäden am Geschäftsauto und Kalkulationsirrtümer, in : PJA 1997, pp. 797 ss ; WERRO FRANZ, La responsabilité civile, 2^e éd., Berne 2011.

I. Généralités

Objet et but – Selon un principe général, tout débiteur d'une obligation contractuelle doit répondre du dommage qu'il cause à son cocontractant (cf. art. 97 ss CO). L'article 321e CO régit la responsabilité civile du travailleur qui crée un dommage à son employeur par la mauvaise exécution du contrat de travail. Il rappelle les conditions de la responsabilité (al. 1) et précise les critères à prendre en considération pour mesurer la diligence incombant au travailleur (al. 2). ¹

Action ou compensation – Lorsque la responsabilité civile de l'employé est engagée à son égard, l'employeur peut solliciter la réparation de tout ou partie de son dommage par le biais d'une action en dommages-intérêts ou alors compenser sa créance avec le salaire dû, dans le respect des articles 321e et 323b alinéa 2 CO¹. ²

Systématique – L'article 321e CO constitue la sixième et dernière disposition de la section B (obligations du travailleur) du chapitre premier sur le contrat individuel de travail. ³

Champ d'application – L'article 321e CO s'applique, en principe, à tout travailleur lié par un contrat de travail au sens des articles 319 ss CO. La responsabilité du travailleur à domicile est toutefois régie par des règles spécifiques (cf. art. 352 al. 2 et 352a al. 3 CO). Notons aussi que la responsabilité de l'entrepreneur (cf. art. 364 al. 1 CO) et du mandataire (cf. art. 398 al. 1 CO) sont soumises, d'une ⁴

¹ DUNAND, N 63 ss, pp. 94 s. ; PORTMANN, BaK 2011, N 23 ad art. 321e CO, p. 1851.

manière générale, aux mêmes règles que celles du travailleur dans les rapports de travail².

- 5 **Administrateur-travailleur** – Il est admis qu'un administrateur peut être considéré comme un employé de la société dont il est un organe, s'il est effectivement subordonné à celle-ci et qu'il y déploie une activité à titre de profession principale³. Une telle situation pourra donner lieu à des délimitations délicates puisque la responsabilité de l'administrateur est régie par l'article 754 CO qui institue une responsabilité bien plus étendue que celle résultant de l'article 321e CO⁴.
- 6 **Location de services** – Faute de contrat de travail entre eux, la responsabilité du travailleur à l'égard du locataire de services n'est pas régie directement par l'art. 321e CO. Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte de savoir si l'article 321e CO ne pouvait tout de même pas s'appliquer de manière indirecte, par analogie, ou s'il fallait lui préférer l'art. 41 CO. En tous les cas, pour apprécier dans quelle mesure le dommage causé au locataire de services peut être mis à la charge du travailleur temporaire, le juge est habilité à se référer, par analogie, aux critères énumérés à l'article 321e alinéa 2 CO⁵.
- 7 **Dommage subi par le travailleur ?** – Selon le Tribunal cantonal jurassien, l'article 321e al. 1 et 2 CO s'appliquerait non seulement pour régir la responsabilité du travailleur pour le dommage causé au patrimoine de l'employeur, mais aussi, « par extension », au dommage que le travailleur subit lui-même, mais que l'employeur doit réparer en raison du risque dont il a la charge⁶.
- 8 **Nature de la norme** – L'article 321e CO constitue une disposition relativement impérative, c'est-à-dire à laquelle il ne peut être dérogé au détriment du travailleur (cf. art. 362 CO)⁷. Comme nous le verrons plus en détail⁸, les parties au contrat de travail peuvent donc convenir d'une dérogation au régime légal, pour autant qu'elle soit favorable au travailleur. En revanche, les accords qui aggravent la responsabilité du travailleur sont nuls⁹.
- 9 **Origine et évolution** – La teneur de l'article 321e CO date de la révision de 1971¹⁰. Notons cependant que la version résultant de la révision générale du Code des obligations de 1911 contenait des règles similaires sous réserve que le risque

² SCHMID, pp. 750 s.

³ ATF 130 III 213, c. 2.1, JdT 2004 I 223 (trad.) ; HEINZER, Panorama I, pp. 350 ss.

⁴ HEINZER, Panorama I, pp. 361 s.

⁵ TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.3.1.

⁶ TC/JU du 7 mars 1996, c. 3, in : RJJ 1996, p. 246. Sur cette question, voir aussi MARTINELLI PETER, Panorama II, pp. 655 ss et PORTMANN, BaK 2011, N 24 ad art. 321e CO, p. 1851.

⁷ TF 4P.61/2004 du 9 septembre 2004, c. 4.1.

⁸ Cf. *infra* N 26 ss.

⁹ DUNAND, N 69 ss, pp. 95 ss.

¹⁰ Message 1967, p. 318 ; RO 1971 1461.

professionnel n'était pas mentionné dans les critères permettant de déterminer la mesure de la diligence du travailleur (cf. art. 328 al. 2 et 3 CO 1911)¹¹.

II. Conditions de la responsabilité (art. 321e al. 1 CO)

Rappel des conditions – Comme toute responsabilité contractuelle, la responsabilité du travailleur suppose la réalisation de quatre conditions cumulatives, à savoir un dommage, la violation d'une obligation contractuelle, un lien de causalité entre ladite violation et le dommage, ainsi qu'une faute intentionnelle ou par négligence. 10

Charge de la preuve – Selon les règles générales (cf. art. 8 CC), l'employeur doit apporter la preuve de la violation contractuelle, du dommage et du lien de causalité. Cependant, quand il est difficile, voire impossible d'apporter la preuve stricte du montant du dommage, « le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée » (art. 42 al. 2 CO). 11

Faute présumée – Selon les règles générales de la responsabilité contractuelle, la faute du débiteur est présumée (cf. art. 97 al. 1 CO). Pour se libérer de sa responsabilité, le débiteur doit prouver qu'il n'a commis aucune faute. Il est aujourd'hui largement admis que ce renversement du fardeau de la preuve s'applique aussi à la responsabilité du travailleur bien qu'il n'ait pas été expressément repris à l'article 321e alinéa 1 CO¹². Il revient en conséquence au travailleur d'apporter la preuve libératoire de son absence de faute. 12

1. Dommage

Notion – L'employeur doit avoir subi un dommage, lequel correspond à la différence entre le montant actuel de son patrimoine et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Le dommage peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif¹³. Bien que l'article 321e alinéa 1 CO ne mentionne que le « dommage », il faut comprendre le terme au sens large de « préjudice », qui englobe le tort moral, pour le cas d'une atteinte grave à la personnalité de l'employeur (art. 49 CO)¹⁴. 13

¹¹ SCHMID, p. 745.

¹² TF 4A_332/2007 du 15 novembre 2007, c. 3.1 ; TF 4C.103/2005 du 1^{er} juin 2005, c. 1.3 ; DUNAND, N 54, p. 91 ; SCHMID, p. 744 ; TERCIER/FAVRE, N 3402, p. 501.

¹³ ATF 133 III 462, c. 4.4.2 = JdT 2009 I 47 = SJ 2008 I 111.

¹⁴ TERCIER/FAVRE, N 3399, p. 500.

- 14 **Matériel endommagé et pertes sur caisse** – En pratique, les actions en responsabilité contre un travailleur concernent souvent des instruments de travail ou du matériel endommagé (vaisselle, véhicules), ainsi que des manques ou pertes sur caisse. Le dommage de l'employeur peut cependant prendre des formes variées de diminution de sa fortune nette.
- 15 **Autres exemples de dommages** – Le Tribunal fédéral a, par exemple, traité d'un cas dans lequel les travailleurs ont dû répondre du retard pris dans l'élimination des stocks des marchandises. Le dommage était alors constitué par l'occupation inutile des locaux, la détérioration supplémentaire de denrées périssables ou encore l'immobilisation de capitaux¹⁵. Dans un autre litige tranché par notre Haute Cour, le dommage de l'employeur a consisté dans le salaire versé à un travailleur en méconnaissance du fait qu'il avait travaillé pendant une demi-semaine pour une entreprise tierce¹⁶. Les juges lucernois ont quant à eux statué sur le cas d'un cadre supérieur qui avait omis de procéder à l'évaluation d'un nouveau collaborateur et de procéder à son licenciement pendant le temps d'essai au vu de son incompétence manifeste. Le dommage pour l'employeur a consisté dans l'obligation de payer à ce collaborateur un salaire pendant trois mois, ainsi qu'aux honoraires dus à un tiers pour le recrutement d'un nouveau collaborateur¹⁷. Le dommage peut aussi résulter de la perte financière liée au devoir de l'employeur d'indemniser des tiers pour les actes de ses employés (cf. art. 55 et 101 CO). L'action récursoire de l'employeur envers l'employé est en effet régie par l'art. 321e CO¹⁸.
- 16 **Absence de dommage** – Dans une affaire singulière, les juridictions cantonales, puis le Tribunal fédéral ont rejeté une action en responsabilité intentée par l'employeur en considérant que celui-ci n'était pas parvenu à établir son dommage. Le travailleur, chef de projet à la division Informatique et Télécommunication de l'entreprise, avait fait attribuer par son employeur des mandats informatiques pour plusieurs millions de francs au total à une société dont il était l'unique actionnaire et avait réalisé de la sorte un bénéfice de plus d'un million de francs. Dans la mesure toutefois où les mandats avaient été exécutés avec la diligence requise, au prix du marché, et à satisfaction de l'employeur, il a été jugé que ce dernier n'avait pas subi de préjudice dont il aurait pu réclamer la réparation à son employé¹⁹.
- 17 **Licenciement immédiat justifié** – En cas de résiliation immédiate justifiée du contrat de travail d'un employé qui a causé un dommage à son employeur en violation de ses obligations contractuelles, il faut clairement distinguer

¹⁵ TF 4C.71/2002 du 31 juillet 2002, c. 5.2.

¹⁶ TF du 17 août 1998, c. 3, in : JAR 1999, p. 292.

¹⁷ OG/LU du 4 décembre 1995, in : JAR 1996, p. 126.

¹⁸ WYLER, p. 143.

¹⁹ TF 4A_310/2007 du 4 décembre 2007, c. 6.

l'obligation de réparer fondée sur l'article 321e CO de celle résultant de l'article 337b alinéa 1 CO. Alors que l'article 321e CO permet à l'employeur d'obtenir la réparation du dommage causé par la violation d'une obligation contractuelle, l'article 337b alinéa 1 CO a pour but l'obtention de dommages-intérêts pour compenser les conséquences résultant de la résiliation immédiate du contrat pour des motifs fautifs, imputables au travailleur (remplacement du travailleur licencié, perte de rendement)²⁰. Le Tribunal fédéral a précisé que le fait qu'une résiliation immédiate sanctionne la violation du contrat de travail ne pouvait, sur le plan de cette responsabilité, ni aggraver, ni atténuer les conséquences de cette violation²¹.

2. Violation du contrat

Notion – La violation du contrat survient lorsque le travailleur n'a pas fourni son travail, l'a fourni d'une manière défectueuse, ou encore n'a pas rempli l'une des obligations accessoires qu'il a contractées en concluant le contrat²². Il en va notamment ainsi quand le travailleur contrevient à son obligation d'exécuter le travail personnellement (cf. art. 321 CO), avec diligence (cf. art. 321a CO) et conformément aux directives (cf. art. 321d CO) ou encore à son obligation de fidélité (cf. art. 321a CO)²³. La violation du contrat peut résulter d'une action comme d'une abstention du travailleur. Notons cependant que la responsabilité du travailleur qui n'entre pas en service ou abandonne son emploi abruptement sans justes motifs est régie par l'article 337d CO.

Actes ou omissions précis – L'employeur qui veut obtenir un dédommagement doit alléguer des actes ou des omissions précis du travailleur qui soient contraires aux obligations contractuelles de cette partie, qui lui soient imputables à faute et qui aient provoqué une altération spécifique de son propre patrimoine. Le Tribunal fédéral a considéré qu'une approche « purement subjective », consistant à critiquer foncièrement et globalement l'activité du travailleur et à lui imputer le développement insatisfaisant de ses affaires, semblait « inapte » à fonder une action sur la base de l'article 321e CO²⁴.

Travail qui ne satisfait pas l'employeur – Le fait que le résultat du travail ne soit pas satisfaisant ne signifie pas que le travailleur a violé ses obligations contractuelles et n'entraîne pas une présomption de responsabilité à charge du

²⁰ BERENSTEIN, pp. 16 s. ; WYLER, p. 140.

²¹ ATF 123 III 257, c. 5a, JdT 1998 I 176 (trad.).

²² BERENSTEIN, p. 11.

²³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 321e CO, p. 76.

²⁴ TF 4C.8/2007 et 4P.10/2007 du 28 mars 2007, c. 2. Voir aussi TAF A-286/2007 du 23 juillet 2009, c. 4.2.1, in : JAR 2010, p. 422.

travailleur²⁵. En effet, dans la mesure où il ne répond pas d'un résultat (cf. art. 319 al. 1 CO), il incombe uniquement au travailleur d'exécuter avec soin le travail qui lui a été confié, au plus près des intérêts de l'employeur²⁶.

- 21 **Défaut d'instructions précises** – Dans une affaire dans laquelle le travailleur était recherché en responsabilité par son employeur du fait d'une prétendue utilisation illicite d'un véhicule de fonction, le Tribunal fédéral a jugé que, dans la mesure où les conditions d'utilisation du véhicule n'avaient pas été définies de manière explicite, l'on ne saurait reprocher au travailleur d'avoir violé une obligation contractuelle²⁷. Il va par ailleurs de soi qu'il n'y a pas de violation contractuelle quand les actes dommageables ont été ordonnés ou tolérés par l'employeur²⁸.

3. Lien de causalité

- 22 **Notion** – Il faut un rapport de causalité naturelle²⁹ et adéquate entre la violation du contrat et le préjudice subi par l'employeur. Selon le principe de la causalité naturelle, la violation du contrat doit être une cause nécessaire du préjudice que le créancier prétend avoir subi. Par ailleurs, le rapport de causalité est adéquat lorsque l'événement à l'origine du dommage était propre, selon le cours ordinaire des choses, et l'expérience générale de la vie, à entraîner les faits survenus. Lorsque la violation du contrat résulte d'une abstention du travailleur, l'employeur devra démontrer qu'un acte positif du travailleur aurait permis d'éviter ou de diminuer le dommage³⁰. La causalité naturelle relève des faits, alors que la causalité adéquate est une question de droit qui doit être tranchée par le juge³¹.

- 23 **Interruption du lien de causalité par un fait propre du lésé** – La jurisprudence admet que la faute ou le fait propre de l'employeur, ou d'un auxiliaire dont il répond, puissent interrompre le lien de causalité adéquate lorsqu'ils constituent des circonstances tout à fait exceptionnelles ou apparaissent si extraordinaires que l'on ne pouvait pas s'y attendre³². Le Tribunal fédéral a tranché un litige dans lequel un employeur avait agi en dommages-intérêts contre son employée, le dommage allégué consistant dans le salaire versé pendant près de quinze semai-

²⁵ BERENSTEIN, p. 13 ; PORTMANN, BaK 2011, N 4 ad art. 321e CO, p. 1848.

²⁶ TF 4C.103/2005 du 1^{er} juin 2005, c. 1.2 ; TF 4C.71/2002 du 31 juillet 2002, c. 5.1.

²⁷ TF 4A_332/2007 du 15 novembre 2007, c. 3.3.

²⁸ STAEHELIN, ZK 2006, N 28 ad art. 321e CO, p. 148.

²⁹ TF 4C.179/2002 du 9 décembre 2002, c. 2.3.

³⁰ TAF A-286/2007 du 23 juillet 2009, c. 4.2.2, in : JAR 2010, p. 422.

³¹ ATF 123 III 110, c. 2 et 3, JdT 1997 I 791 (trad.).

³² ATF 127 III 453, c. 5d = JdT 2002 I 219 = SJ 2002 I 138 ; ATF 116 II 519, c. 4b, JdT 1991 I 634 (trad.), SJ 1991 338 (trad.) ; TF 4A_123/2007 et 4A_125/2007 du 31 août 2007, c. 8.1.

nes de travail indûment soustraites par la collaboratrice. La question était de déterminer si le manque de contrôle par l'employeur à propos de l'activité accessoire de l'employée pouvait être considéré comme un fait propre du lésé apte à rompre le lien de causalité adéquate. Selon le Tribunal fédéral, l'absence de curiosité de l'employeur confinait, certes, « au laxisme ». Le comportement de l'employeur ne saurait cependant être tenu « pour si imprévisible et extraordinaire qu'il fasse apparaître comme inadéquat le lien de causalité entre les manquements [de l'employée] à son devoir de loyauté et le dommage invoqué »³³.

4. Faute

Notion – Pour que le travailleur soit rendu personnellement responsable du dommage, il faut que l'on puisse lui reprocher une faute, soit un manquement de volonté aux devoirs imposés par l'ordre juridique, en l'occurrence le contrat, dans les circonstances de temps et de lieu où il s'est trouvé³⁴ : le travailleur n'a pas agi conformément à ce que l'on était en droit d'attendre de lui. La faute peut être intentionnelle lorsque le cocontractant viole intentionnellement une obligation, ou commise par négligence lorsqu'il n'a pas fait preuve de la diligence requise. On admet que le dol éventuel, soit lorsque le travailleur accepte, sans nécessairement le vouloir, que son comportement puisse causer un dommage à l'employeur, suffit à réaliser un manquement intentionnel³⁵. 24

Gravité de la faute – Pour apprécier si une faute peut être reprochée au travailleur, il faut également se référer à l'art. 321e al. 2 CO, lequel détermine la mesure de la diligence attendue. Il convient de distinguer entre la faute grave, la faute moyenne et la faute légère³⁶. Nous verrons que cette classification induit des conséquences concrètes importantes en matière de calcul des dommages-intérêts dus par le travailleur à son employeur (cf. art. 43 al. 1 CO)³⁷. Il y a faute grave lorsque le comportement est objectivement ou subjectivement inexcusable³⁸. La faute intentionnelle constitue en principe une faute grave. Une négligence peut cependant également être constitutive d'une faute grave lorsque l'auteur a violé les règles les plus élémentaires de la prudence, en négligeant des précautions qui, dans les mêmes circonstances, se seraient imposées à toute personne raisonna- 25

³³ TF 4A_123/2007 et 4A_125/2007 du 31 août 2007, c. 8.2.

³⁴ WERRO, N 259, p. 79.

³⁵ STAEHELIN, ZK 2006, N 14 ad art. 321e CO, p. 143 ; ATF 123 III 257, c. 5, JdT 1998 I 176 (trad.).

³⁶ ATF 100 II 332, c. 3 = JdT 1975 I 280 = SJ 1975 537 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 321e CO, pp. 250 s. ; WERRO, N 1195, p. 338.

³⁷ Cf. *infra* N 37 ss.

³⁸ ATF 115 II 283, c. 2 = JdT 1989 I 707 = SJ 1990 33 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 19 ad art. 321e CO, p. 144.

ble³⁹. La faute légère est caractérisée par un comportement objectif ou un manquement subjectif qui, sans être acceptable, n'est pas particulièrement répréhensible⁴⁰. Quant à la faute moyenne, elle se définit de manière négative comme une faute qui n'est ni légère ni grave⁴¹.

26 **Conventions dérogatoires favorables au travailleur** – Vu le caractère relativement impératif de l'art. 321e CO, il est possible de convenir de dérogations qui sont favorables au travailleur. Une clause prévoyant, par exemple, que le travailleur ne répond qu'en cas de faute grave est parfaitement valable. Ainsi, dans le secteur de l'hôtellerie et de la restauration, l'article 31 alinéa 2 CCNT stipule que le « collaborateur ne répond de la vaisselle ou du verre cassé que s'il a agi délibérément ou par faute grave »⁴².

27 **Conventions dérogatoires défavorables au travailleur** – En pratique, on est confronté le plus souvent à des accords qui aggravent la responsabilité du travailleur⁴³. Qu'ils concernent les conditions de la responsabilité (art. 321e al. 1 CO) ou la mesure de la diligence (art. 321e al. 2 CO), ces accords sont nuls. La Cour d'appel des prud'hommes de Genève a, par exemple, jugé qu'une disposition contractuelle imposant au dirigeant d'une filiale une pleine responsabilité pour les découverts de caisse était nulle au regard de l'article 321e CO. La possibilité doit en effet être au moins réservée au travailleur de démontrer que la disparition d'une somme d'argent n'est pas due à son comportement fautif. Une responsabilité d'un supérieur pour des détournements ne saurait de surcroît être retenue lorsque plusieurs personnes ont accès à la caisse selon l'organisation existant au sein de l'entreprise⁴⁴. De même, il n'est pas possible de convenir que le travailleur utilisant un véhicule dans le cadre de son activité supporte, en cas d'accident, la franchise de l'assurance « casco », quelles que soient les circonstances⁴⁵. Peut, en revanche, être considéré comme conforme à l'article 321e CO, un système d'assurance « casco » interne, prévu par le règlement d'entreprise, selon lequel chaque conducteur de taxi verse un montant journalier forfaitaire, avec une ristourne en fin d'année en cas d'absence d'accident fautif, et une participation aux frais de réparation dont la quotité varie en fonction du nombre d'accidents qu'il occasionne⁴⁶.

³⁹ WERRO, N 1195, p. 338.

⁴⁰ WERRO, N 1195, p. 338.

⁴¹ ATF 100 II 332, c. 3 = JdT 1975 I 280 = SJ 1975 537 ; TC/VS du 30 octobre 1985, c. 5, in : RVJ 1985, p. 293.

⁴² Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés, état au 1^{er} janvier 2012.

⁴³ STAEHELIN, ZK 2006, N 41 ad art. 321e CO, pp. 154 s.

⁴⁴ CAPH/GE du 7 décembre 2006, c. 5.3, in : JAR 2007, p. 428.

⁴⁵ TF du 21 février 1994, c. 3a, in : JAR 1995, p. 84.

⁴⁶ TF du 21 février 1994, c. 3b, in : JAR 1995, p. 84.

III. Mesure de la diligence (art. 321e al. 2 CO)

Principe – L'article 321e al. 2 CO énumère des critères permettant de déterminer la mesure de la diligence incombant au travailleur. Il a pour effet d'atténuer considérablement l'étendue de la responsabilité du travailleur. Le Tribunal fédéral a précisé que cette disposition légale ne contenait pas une liste exhaustive de facteurs de réduction, si bien que d'autres éléments, comme l'attitude du travailleur, pouvaient intervenir⁴⁷. On admet d'ailleurs que l'article 321e alinéa 2 CO, dans certains de ses aspects, concrétise en droit du travail les principes généraux applicables en matière de fixation (cf. art. 43 CO) et de réduction (cf. art. 44 CO) de l'indemnité réparatrice⁴⁸.

28

1. Contrat de travail

Principe – La mesure de la diligence requise du travailleur s'apprécie en premier lieu selon le contrat de travail conclu entre le travailleur et l'employeur. La prestation du travailleur doit correspondre sur les plans qualitatif et quantitatif à ce qui a été convenu⁴⁹. L'évaluation se fait compte tenu des responsabilités professionnelles assumées, de la situation effective, de la nature du travail demandé et des conditions dans lesquelles celui-ci doit être exécuté⁵⁰. On tiendra compte, le cas échéant, des normes applicables d'une convention collective ou d'un contrat-type.

29

2. Risque professionnel

Principe – Le risque professionnel, qui découle du haut degré de probabilité de survenance d'un dommage, incombe à l'employeur. Dans certaines activités, il est en effet inévitable pour le travailleur de commettre des erreurs et de provoquer des dommages, même s'il applique la diligence normalement due⁵¹. L'employeur peut généralement se prémunir contre les dommages éventuels en contractant les assurances « casco » et responsabilité civile adéquates⁵².

30

Statut et expérience de l'employé – Un salarié exerçant une fonction dirigeante ou au bénéfice d'une rémunération importante pourra se voir poser des exigences

31

⁴⁷ TF 4A_123/2007 et 4A_125/2007 du 31 août 2007, c. 8.2 ; TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.3.1 ; TF 4C.87/2001 du 7 novembre 2001, c. 4b.

⁴⁸ STAEHELIN, ZK 2006, N 29 ad art. 321e CO, pp. 148 s.

⁴⁹ STAEHELIN, ZK 2006, N 4 ad art. 321e CO, p. 140.

⁵⁰ BERENSTEIN, p. 13.

⁵¹ AUBERT, CR 2012, N 3 ad art. 321e CO, p. 1985 ; PORTMANN, BaK 2011, N 6 ad art. 321e CO, p. 1848.

⁵² STAEHELIN, ZK 2006, N 23 ad art. 321e CO, p. 146.

plus élevées ou être amené à répondre de façon plus large de la réalisation d'un risque professionnel⁵³. Il en va de même d'un employé dans la force de l'âge au bénéfice d'une large expérience professionnelle⁵⁴.

32 **Evaluation de la situation concrète** – Le risque professionnel ne doit pas être considéré de manière générale par rapport à une profession déterminée dans son ensemble, mais en fonction de l'activité concrète qui a causé le dommage⁵⁵. Le travailleur ne peut ainsi pas invoquer le critère d'atténuation du risque professionnel s'il a eu le temps d'évaluer la situation et de se déterminer en conséquence⁵⁶.

33 **Exemples de risques professionnels** – Certains dommages sont inhérents à la nature de l'activité : des manques pour la personne qui tient une caisse, le bris de vaisselle pour la personne chargée de la plonge ou l'accident de circulation pour le chauffeur ou le livreur⁵⁷. On pensera également à des erreurs lors de l'élaboration de calculs fondés partiellement sur des appréciations⁵⁸, à des articles invendus dans le commerce de détail⁵⁹, voire à la perte de la clé d'entrée du magasin⁶⁰. Le risque professionnel peut aussi découler du haut degré de probabilité de survenance d'un dommage du fait de la nature des matériaux utilisés (produits toxiques, inflammables ou explosifs), ainsi que de la méthode ou du rythme de travail dans l'entreprise (travail répétitif, période de stress)⁶¹.

3. Instruction et connaissances techniques nécessaires

34 **Connaissances usuelles** – L'employeur peut légitimement s'attendre à ce que ses employés possèdent les connaissances professionnelles qui sont usuelles pour l'activité considérée⁶². Une instruction et des connaissances supérieures à la moyenne ne peuvent être exigées que si elles ont été sollicitées par l'employeur et garanties par l'employé. La responsabilité de ce dernier sera évidemment aggravée s'il a faussement prétendu avoir les connaissances nécessaires⁶³.

⁵³ TF 4C.103/2005 du 1^{er} juin 2005, c. 1.2 ; TF 4C.71/2002 du 31 juillet 2002, c. 5.1.

⁵⁴ STAEHELIN, ZK 2006, N 5 ad art. 321e CO, p. 142.

⁵⁵ STAEHELIN, ZK 2006, N 26 ad art. 321e CO, p. 147 ; OG/LU du 3 mars 2010, c. 5.3, in : JAR 2011, p. 527 ; TC/JU du 7 mars 1996, c. 3, in : RJJ 1996, p. 246.

⁵⁶ TC/FR du 14 septembre 2006, c. 2c, in : JAR 2007 400.

⁵⁷ AUBERT, CR 2012, N 3 ad art. 321e CO, p. 1985 ; STREIFF, pp. 797 ss.

⁵⁸ TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.3.2.

⁵⁹ TF 4C.71/2002 du 31 juillet 2002, c. 4.

⁶⁰ ArbG/BS du 22 octobre 2002, c. 3, in : JAR 2004, p. 428.

⁶¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 5 ad art. 321e CO, p. 77 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 25 ad art. 321e CO, p. 147.

⁶² STAEHELIN, ZK 2006, N 7 ad art. 321e CO, p. 141.

⁶³ BERENSTEIN, p. 14.

4. Aptitudes du travailleur

Travailleur pas assez qualifié – La mesure de la diligence du travailleur dépend également de ses propres aptitudes et qualités « que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître ». La loi fait ainsi supporter une part de responsabilité, en cas de dommage, à l'employeur qui a engagé un travailleur qui n'était pas suffisamment qualifié pour effectuer le travail demandé ou s'il ne s'est pas préoccupé de savoir si le travailleur disposait des qualifications nécessaires⁶⁴. Il a par exemple été jugé qu'une jeune fille en préapprentissage qui a effacé la signature sur un tableau d'un peintre contemporain connu devait être libérée de toute obligation de réparation dans la mesure où il s'agissait d'une employée auxiliaire jeune, peu qualifiée, qui n'avait pas été instruite sur la signification de la signature d'un tableau par l'artiste. Le risque d'endommagement de l'œuvre dans de telles circonstances doit être supporté par l'employeur qui aurait d'ailleurs pu s'en prémunir en concluant les assurances requises⁶⁵. 35

Défaut de surveillance – En règle générale, la responsabilité du travailleur est réduite lorsque l'employeur n'a pas contrôlé de manière adéquate l'exécution de son travail⁶⁶. Il est ainsi équitable de faire supporter en partie par l'employeur un dommage causé par un employé qui a déjà commis plusieurs erreurs de calcul par le passé et qui n'a pas été surveillé correctement⁶⁷. Le Tribunal fédéral a cependant précisé que le travailleur qui a commis fautivement un dommage ne peut se dégager de toute responsabilité en affirmant ne pas avoir été suffisamment contrôlé par son employeur. Un défaut de surveillance n'est susceptible d'être opposé à l'employeur que si les qualifications ou les prestations antérieures du travailleur, ou encore des circonstances particulières étaient de nature, dans un cas d'espèce, à augmenter le risque que le travailleur ne commette un dommage⁶⁸. 36

IV. Calcul des dommages-intérêts (art. 99 al. 3 et 42 ss CO)

Prise en compte de l'ensemble des circonstances – Lorsque les conditions de sa responsabilité sont remplies, le travailleur doit verser à l'employeur des dommages-intérêts dont le montant est déterminé selon les règles générales de la responsabilité civile (cf. art. 99 al. 3 CO et 42 ss CO). L'étendue de la réparation se mesure selon les circonstances et la gravité de la faute de l'employé (cf. 37

⁶⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 321e CO, p. 77 ; STAHELIN, ZK 2006, N 8 et 9 ad art. 321e CO, pp. 141 s.

⁶⁵ GS/BS du 29 septembre 1975, in : BJM 1976, p. 327.

⁶⁶ TF 4C.87/2001 du 7 novembre 2001, c. 4b ; TC/FR du 14 septembre 2006, c. 2a, in : JAR 2007, p. 400.

⁶⁷ TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.3.2.

⁶⁸ TF 4C.16/2003 du 24 juin 2003, c. 2.2 ; OG/AR du 29 juillet 1992, in : JAR 1994, p. 135.

art. 43 al. 1 CO), compte tenu d'une éventuelle faute concomitante de l'employeur (cf. art. 44 al. 1 CO). Selon la jurisprudence, les circonstances énumérées à l'article 321e alinéa 2 CO, pour déterminer la mesure de la diligence du travailleur, peuvent également être prises en compte pour fixer l'étendue de la réparation⁶⁹. En définitive, le juge se prononcera en équité, sur la base d'un examen global de la situation⁷⁰. La jurisprudence en la matière est abondante⁷¹.

- 38 **Critères** – En pratique, les critères principaux pour fixer l'indemnité résident dans la quotité du salaire, la gravité de la faute (cf. art. 43 al. 1 CO) et le risque professionnel (cf. art. 321e al. 2 CO). Le juge pourra toutefois tenir compte également d'autres éléments, comme l'existence d'une faute concomitante de l'employeur (cf. art. 44 al. 1 CO), la durée des rapports de service, le niveau hiérarchique du travailleur, sa formation, son expérience professionnelle, ses éventuels antécédents en matière de responsabilité civile, l'existence d'un état de nécessité, d'une faute concomitante d'un collègue ou d'un tiers, ou encore de la possibilité pour l'employeur de couvrir le risque par la conclusion d'une assurance responsabilité civile⁷².

- 39 **Faute concomitante de l'employeur** – L'existence d'une faute concomitante de l'employeur permettra au juge de réduire les dommages-intérêts dus par le travailleur⁷³. Sera, par exemple, considéré comme fautif l'employeur qui a mal organisé le travail, a assigné un travail non approprié, n'a pas donné les instructions utiles ou n'en a pas contrôlé l'exécution⁷⁴. Il en va de même de l'employeur qui a fourni du matériel ou des instruments de travail défectueux ou non adaptés à la prestation exigée du travailleur⁷⁵.

⁶⁹ TF 4A_123/2007 et 4A_125/2007 du 31 août 2007, c. 8.2.

⁷⁰ AUBERT, CR 2012, N 5 ad art. 321e CO, p. 1986 ; PORTMANN, BaK 2011, N 18 ad art. 321e CO, p. 1850.

⁷¹ CARRUZZO, N 7 ad art. 321e CO, pp. 99 ss ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 2.8 ad art. 321e CO, pp. 86 ss ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ss ad art. 321e CO, pp. 257 ss.

⁷² STAEHELIN, ZK 2006, pp. 140 ss ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 321e CO, pp. 251 ss ; WYLER, pp. 139 s.

⁷³ STAEHELIN, N 29 et 30 ad art. 321e CO, pp. 148 s.

⁷⁴ TF 4C.103/2005 du 1^{er} juin 2005, c. 1.3 ; AUBERT, CR 2012, N 5 ad art. 321e CO, p. 1986 ; Message 1967, p. 318.

⁷⁵ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 321e CO, p. 77.

Montant du salaire – La quotité du salaire est l'un des critères prépondérants. La jurisprudence estime en effet que le montant des dommages-intérêts mis à la charge du travailleur doit être proportionnée par rapport au montant de sa rémunération, du moins lorsque la faute de celui-ci n'est pas grave et que le dommage est particulièrement important. En effet, lorsque le salaire est élevé, on peut admettre qu'il permet dans une certaine mesure au travailleur de supporter une part du risque professionnel ; cette part diminue avec le montant du salaire⁷⁶. Le juge doit s'inspirer de la « ratio legis » des articles 323a CO (retenue sur le salaire), 323b alinéa 2 CO (garantie et limite de la compensation du salaire), et 340a CO (limitations d'une clause de prohibition de concurrence), qui tendent à préserver la situation économique du travailleur⁷⁷. 40

Gravité de la faute – La gravité de la faute est un autre critère important⁷⁸. Nous avons vu que l'on distingue la faute grave, la faute moyenne et la faute légère⁷⁹. Le dommage causé de manière intentionnelle constitue en principe une faute grave. Le dommage causé par négligence peut quant à lui être apprécié comme une faute légère, moyenne ou grave, suivant les circonstances. 41

Faute légère – Le Tribunal fédéral a considéré que le juge devait trancher de cas en cas la question de savoir si le travailleur devait être condamné à réparer le dommage lorsqu'il a causé celui-ci avec une faute légère⁸⁰. Certes, la loi ne libère pas le travailleur de sa responsabilité dans ce cas⁸¹. Toutefois, comme le relève Gabriel Aubert, « lorsqu'il détermine l'étendue de la réparation, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation si large que, en pratique, une faute légère exposera rarement le travailleur à réparer le préjudice causé »⁸². 42

Réparation réduite (0 à 20 % du dommage) – Lorsque, dans un cas d'espèce, le risque professionnel est important, que la faute du travailleur est légère et qu'il reçoit un salaire peu élevé, le travailleur sera généralement libéré de tout devoir de réparation ou ne sera condamné à payer qu'un faible pourcentage du dommage effectivement causé (de 0 à 20 % environ). Si le juge libère le travailleur, c'est donc l'employeur qui devra supporter l'intégralité du dommage. 43

Réparation élevée (70 à 100 % du dommage) – Inversement, dans un cas où le travailleur reçoit un salaire élevé, que le risque professionnel est peu important et que la faute commise est grave, le travailleur devra prendre en charge la totalité 44

⁷⁶ TF 4C.87/2001 du 7 novembre 2001, c. 4b.

⁷⁷ TERCIER/FAVRE, N 3403, p. 501 ; WYLER, p. 140.

⁷⁸ STAEHELIN, ZK 2006, N 19 ad art. 321e CO, p. 144 ; OG/LU du 3 mars 2010, c. 5.4, in : JAR 2011, p. 527.

⁷⁹ Cf. *supra* N 25.

⁸⁰ TF 4C.103/2005 du 1^{er} juin 2005, c. 1.1 ; TF 4P.61/2004 et 4C.113/2004 du 9 septembre 2004, c. 4.1.

⁸¹ Message 1967, p. 319 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 27 ad art. 321e CO, p. 148.

⁸² AUBERT, CR 2012, N 6 ad art. 321e CO, p. 1986.

ou une grande partie du dommage qu'il a causé (de l'ordre de 70 à 100 % du dommage). Le travailleur devra en principe répondre pleinement du dommage qu'il a causé de manière intentionnelle (soit 100 % du dommage)⁸³. En cas de faute grave, toute stipulation tendant à libérer d'avance le travailleur de sa responsabilité serait frappée de nullité (cf. art. 100 al. 1 CO)⁸⁴.

45 **Réparation moyenne (25 à 50 % du dommage)** – Enfin, lorsque la faute du travailleur est moyenne, le devoir de réparation se situera dans une fourchette allant du quart à environ la moitié du dommage effectif (25-50 %) en fonction notamment du niveau du salaire et de l'importance du risque professionnel.

46 **Plafonnement à un mois de salaire** – Certaines juridictions cantonales estiment équitable de plafonner à un mois de salaire du travailleur concerné le montant des dommages-intérêts mis à sa charge lorsque le dommage ne résulte ni d'un acte intentionnel, ni d'une négligence grave⁸⁵. Avant de statuer, le juge prendra en compte l'ensemble des circonstances, la limite d'un mois de salaire, non prévue dans la loi, ne pouvant constituer qu'un point de référence susceptible d'être adapté dans chaque cas d'espèce.

47 **Plafonnement progressif** – Notons encore qu'un auteur propose un plafonnement schématique suivant la gravité de la faute : un mois de salaire au maximum en cas de faute légère, deux mois de salaire en cas de faute moyenne et trois mois en cas de négligence grave⁸⁶.

48 **Peine conventionnelle** – Lorsque la responsabilité de l'employé est engagée, il va de soi que les parties ne sauraient convenir que celui-ci doit verser à l'employeur une peine conventionnelle supérieure au montant qu'il aurait été tenu de verser, à titre de réparation, selon le régime légal⁸⁷.

49 **Reconnaissance de dette signée par l'employé** – Selon l'article 341 alinéa 1 CO, le travailleur ne peut renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. Il faut admettre que l'article 341 alinéa 1 CO s'applique également, par analogie, aux obligations souscrites par le travailleur qui contreviennent à une règle légale impérative⁸⁸. Il en résulte que le travailleur peut contester la validité d'une reconnaissance de dette souscrite envers son employeur pendant la durée du contrat de travail ou dans le mois qui suit sa fin, lorsque cet engagement vise en réalité à lui faire réparer un dommage causé au-delà de sa res-

⁸³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, p. 78.

⁸⁴ BERENSTEIN, p. 12.

⁸⁵ TC/FR du 14 septembre 2006, c. 2e, in : JAR 2007 400 ; TC/VS du 24 mars et 2 avril 1993, c. 5b, in : JAR 1995, p. 87. Voir aussi STAEHELIN, ZK 2006, N 27 ad art. 321e CO, p. 148.

⁸⁶ MÜLLER, pp. 38 s.

⁸⁷ AUBERT, CR 2012, N 7 ad art. 321e CO, p. 1986.

⁸⁸ DUNAND, N 74, pp. 96 s. ; STAEHELIN, ZK 2006, N 41 ad art. 321e CO, p. 154 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 341 CO, pp. 1287 s.

ponsabilité définie par l'article 321e CO⁸⁹. Les juges genevois ont cependant considéré que l'invocation de la nullité d'une telle reconnaissance de dette supposait que l'employé qui l'a signé réagisse avant l'extinction, par la voie de la compensation, de la dette contestée, amortie au terme des rapports de travail, ou au plus tard lors de l'établissement du dernier décompte par l'employeur⁹⁰.

V. Prescription (art. 127 CO)

Principes – La créance en dommages-intérêts de l'employeur à l'égard du travailleur est soumise à la prescription générale de dix ans (art. 127 CO). L'employeur peut donc tarder à faire valoir ses prétentions, dans le délai de dix ans, sans que cela ne constitue en principe un abus de droit de sa part⁹¹. Le Tribunal fédéral a également relevé que la loi ne contient aucune règle relative à la péremption de la créance de l'employeur du fait qu'elle n'aurait pas été invoquée ou réservée avant l'expiration des relations de travail ; une renonciation de l'employeur à sa créance peut cependant être admise si, en application des principes généraux, l'attitude des parties, interprétée selon la théorie de la confiance, peut être comprise comme une remise conventionnelle (art. 115 CO)⁹². 50

Renonciation de l'employeur à sa créance – Le Tribunal fédéral a précisé que le travailleur qui arrive au terme de son contrat de travail peut compter que si l'employeur a des prétentions connues, dans leur quotité ou leur principe, à faire valoir contre lui, il le lui fera connaître avant d'accomplir les actes accompagnant la fin des relations de travail. En règle générale, le silence de l'employeur à ce sujet peut être compris par le travailleur comme une renonciation à une telle prétention, exprimée par actes concluants ; l'acceptation d'une telle offre par le travailleur se présume (art. 6 CO). En revanche, le silence de l'employeur ne saurait impliquer la renonciation à des créances dont il n'a pas encore connaissance, du moins dans leur principe, ou lorsqu'il n'a pas la possibilité de manifester son intention au travailleur avant la fin des rapports de service. Le fardeau de la preuve des faits permettant d'admettre une renonciation de la part de l'employeur appartient au travailleur, dès lors qu'il s'agit d'une cause d'extinction de l'obligation⁹³. 51

Réserves explicites – L'employeur qui entend faire valoir sa créance en réparation du dommage causé par le travailleur doit donc formuler des réserves explicites au moment de l'accomplissement des actes accompagnant la fin des relations de tra- 52

⁸⁹ CAPH/GE du 7 décembre 2006, c. 5.3, in : JAR 2007, p. 428 ; CCC/NE du 27 avril 1983, c. 3d, in : RJN 1983 62 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 41 ad art. 321e CO, p. 154.

⁹⁰ CAPH/GE du 7 décembre 2006, c. 5.4, in : JAR 2007, p. 428.

⁹¹ TF 4C.195/2004 du 7 septembre 2004, c. 3.4.

⁹² ATF 110 II 344, c. 2b = JdT 1985 I 380 = SJ 1985 278.

⁹³ ATF 110 II 344, c. 2b = JdT 1985 I 380 = SJ 1985 278 ; TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.1.1 ; TF 4C.320/2005 du 20 mars 2006, c. 5.5.

vail, tels que le paiement du dernier salaire ou d'autres règlements de compte, les formalités éventuelles relatives aux prestations de prévoyance, l'établissement d'un certificat de travail ou encore une cérémonie d'adieux⁹⁴. A défaut, il pourra se voir opposer une renonciation par actes concludants à l'exercice d'une action en réparation. Dans une jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a toutefois considéré que des réserves antérieures, exprimées par exemple au moment de la notification de la résiliation du contrat de travail, pouvaient perdre leur effet si elles n'étaient pas renouvelées à l'occasion du versement du dernier salaire⁹⁵.

53 **Exemples de renonciation par actes concludants** – Le Tribunal fédéral a considéré qu'en concluant un accord écrit relatif à l'expiration du contrat de travail et à ses suites pécuniaires, sans formuler aucune réserve concernant d'éventuels dommages-intérêts, l'employeur a implicitement renoncé à actionner le travailleur sur la base de l'article 321e CO⁹⁶. Les mêmes conséquences juridiques seront tirées si l'employeur verse le salaire pendant onze mois, jusqu'au terme des rapports de travail⁹⁷ lorsqu'il augmente le salaire du travailleur, sans formuler la moindre réserve⁹⁸, ou encore quand il rédige un certificat de travail stipulant que le travailleur quitte l'entreprise « libre de tout engagement »⁹⁹.

54 **Réserves formulées au plus tard lors du prochain décompte de salaire ?** – Selon certaines jurisprudences cantonales¹⁰⁰, approuvées par une partie de la doctrine¹⁰¹, l'employeur serait tenu de faire valoir sa créance ou d'exprimer des réserves lors du premier décompte de salaire suivant la survenance du dommage, sous peine de se voir opposer qu'il y a renoncé. Une telle interprétation doit à notre sens être rejetée, car elle s'écarte trop des règles sur la remise conventionnelle (cf. art. 115 CO) ou sur l'abus de droit (cf. art. 2 al. 2 CC)¹⁰². Si l'employeur n'annonce pas immédiatement son intention de réclamer des dommages-intérêts, c'est dans la plupart des cas pour trouver une solution qui prenne en compte les intérêts du travailleur, non par volonté de renoncer à tout ou partie de la créance, encore moins par esprit chicanier, Le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé¹⁰³.

⁹⁴ WYLER, p. 142.

⁹⁵ TF 4A_351/2011 du 5 septembre 2011, c. 2.4.1.

⁹⁶ TF 4C.8/2007 et 4P.10/2007 du 28 mars 2007, c. 2.

⁹⁷ ArbG/BE du 6 octobre 1988, in : JAR 1990, p. 138.

⁹⁸ AUBERT, CR 2012, N 8 ad art. 321e CO, p. 1986 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 34 ad art. 321e CO, p. 151.

⁹⁹ STAEHELIN, N 34 ad art. 321e CO, p. 152. Voir aussi TPH/GE du 6 mai 1993, c. 2, in : JAR 1994, p. 249.

¹⁰⁰ Cf. les références citées in : STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 14 ad art. 321e CO, p. 269.

¹⁰¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 8 ad art. 321e CO, p. 79.

¹⁰² PORTMANN, BaK 2011, N 23 ad art. 321e CO, p. 1851 ; SUBILIA/DUC, N 17 ad art. 321e CO, p. 158.

¹⁰³ TF 4A_351/2011 du 5 septembre 2011, c. 2.2.

Art. 322

C. Obligations de l'employeur	¹ L'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective.
I. Salaire	² Si le travailleur vit dans le ménage de l'employeur, son entretien et son logement font partie du salaire, sauf accord ou usage contraire.
1. Nature et montant en général	
C. Pflichten des Arbeitgebers	¹ Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer den Lohn zu entrichten, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist.
I. Lohn	
1. Art und Höhe im Allgemeinen	² Lebt der Arbeitnehmer in Hausgemeinschaft mit dem Arbeitgeber, so bildet der Unterhalt im Hause mit Unterkunft und Verpflegung einen Teil des Lohnes, sofern nichts anderes verabredet oder üblich ist.
C. Obblighi del datore di lavoro	¹ Il datore di lavoro deve pagare il salario convenuto o d'uso o stabilito mediante contratto normale o contratto collettivo.
I. Salario	
1. Specie e importo in generale	² Se il lavoratore vive in comunione domestica con il datore di lavoro, il suo mantenimento nella casa con vitto e alloggio fa parte del salario, salvo accordo o uso contrario.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	136
1. Objet, systématique et nature de la norme	1	136
2. Renonciation au salaire	4	136
3. Réduction du salaire pour le futur	5	137
II. Fixation du salaire	9	138
1. Critères de fixation du salaire	9	138
2. Montant du salaire	12	139
3. Evolution actuelle	19	140
4. Salaire usuel	22	142
III. Salaire en espèces et en nature	25	143
IV. Salaire brut et salaire net	28	144

Bibliographie spécifique

AUBERT GABRIEL, L'usage en droit du travail, in : DTA 2001, pp. 95-102 (cité : Usage) ; BERSIER ROLAND, Salaire brut ou net ? La mention des cotisations d'assurances sociales dans les prétentions issues d'un contrat de travail, in : RSJ 1982, pp. 299-303 ; CARRUZZO PHILIPPE, La rémunération du travailleur et le remboursement des frais, Genève 2007 (cité : Rémunération) ; HEUBERGER WALTER, Die Unverzichtbarkeit von arbeitsvertraglichen Ansprüchen, thèse, Berne 1988 ; LEPORI TAVOLI LUISA, Mindestlöhne im schweizerischen Recht, Berne 2009 ; PORTMANN DOMINIQUE, Mitarbeiterbeteiligung : Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen im schweizerischen Arbeitsrecht, thèse, Berne 2005 ; VON PLANTA ANDREAS, Les plans d'intéressement – aspects de droit commercial, in : Les plans d'intéressement – Stock Option Plans, Publication CEDIDAC N° 45, Lausanne 2001, pp. 41-55 ; WYLER REMY, Salaire de base et impossibilité d'y renoncer (art. 341 CO), in : Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc, IRAL (édit.), Lausanne 2001, pp. 399-413 (cité : Salaire).

I. Généralités

1. Objet, systématique et nature de la norme

- 1 **Objet** – L’art. 322 CO traite du salaire, plus particulièrement de sa nature et de son montant. Comme l’indique le titre marginal, le paiement du salaire fait partie des obligations de l’employeur. Il s’agit même de la contre-prestation principale de l’employeur dans le cadre du contrat de travail¹.
- 2 **Systématique** – La disposition concerne le salaire de base et sa fixation. D’autres catégories de rémunération font l’objet de dispositions spécifiques : l’art. 322a CO pour la participation au résultat de l’exploitation et les art. 322b et 322c CO pour la provision, qui sont des éléments de nature salariale, ainsi que l’art. 322d CO pour la gratification.
- 3 **Nature** – L’art. 322 CO n’est mentionné ni à l’art. 361 CO, ni à l’art. 362 CO, qui dressent la liste des dispositions impératives en matière de droit du travail. Pour le Tribunal fédéral, la disposition est de nature dispositive². Cela ne signifie pas pour autant que le travailleur pourrait renoncer à tout salaire.

2. Renonciation au salaire

- 4 **Renonciation au salaire pour les prestations déjà accomplies** – D’une manière générale, l’art. 341 CO interdit au travailleur de renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi. Comme l’art. 322 CO ne figure pas dans les catalogues de dispositions impératives des art. 361 et 362 CO, la question de savoir si le travailleur pourrait, en vertu de l’art. 341 CO, renoncer à son salaire de base pour du travail déjà effectué a longuement nourri les débats de la doctrine et de la jurisprudence³. Depuis quelques années, la jurisprudence admet expressément que les art. 361 et 362 CO, comportant la liste des dispositions absolument et relativement impératives, ne sont pas exhaustifs⁴. Il ne semble toutefois pas possible d’invoquer cette jurisprudence s’agissant de l’art. 322 CO. Comme indiqué ci-dessus, le Tribunal fédéral considère en effet que cette règle est de nature dispositive, de sorte que les parties peuvent, par un accord, décider de diminuer le salaire en cours de contrat. Pour la jurisprudence, de tels accords ne

¹ WYLER, p. 154 ; plus nuancé : TF 4A_37/2012 du 2 avril 2012, qui semble admettre que dans un groupe de sociétés et selon l’organisation du groupe, il se peut que le salaire soit versé par une société tierce sans déplacement de la qualité d’employeur.

² TF 4C.426/2005 du 28 février 2006, c. 5.2.1.

³ Pour un examen détaillé de la question, voir WYLER, pp. 259-265 ; et WYLER, Salaire, pp. 399-413.

⁴ ATF 124 III 469, c. 2a = JdT 1999 I 354.

valent cependant que pour le futur et ne peuvent se rapporter à des prestations de travail déjà accomplies⁵. Il faut en déduire que le travailleur ne peut pas renoncer à son salaire pour l'activité passée. Cette solution se justifie selon nous par le fait que le salaire est un des éléments essentiels du contrat de travail, ce qui lui confère un caractère impératif et impose l'application de l'art. 341 CO⁶. Faute de salaire, une relation de travail ne répondrait tout simplement plus à la définition du contrat de travail telle qu'elle est prévue à l'art. 319 al. 1 CO.

3. Réduction du salaire pour le futur

Réduction du salaire pour le futur – Si, pour les motifs qui viennent d'être évoqués, le travailleur ne peut pas renoncer à son salaire pour une activité déjà exécutée, une modification de la rémunération pour le futur est en revanche envisageable. 5

Accord du travailleur – Une telle modification est en particulier valable lorsqu'elle résulte de la manifestation concordante de volonté des parties au contrat (art. 1 al. 1 CO). Sans l'accord du travailleur, une réduction unilatérale de la rémunération constitue une inexécution partielle de l'obligation de payer le salaire⁷. L'accord du travailleur peut être exprès ou tacite. 6

Accord tacite – S'il considère qu'il faut faire preuve de retenue avant de déduire du silence du travailleur l'acceptation tacite d'une modification du contrat qui lui est défavorable, le Tribunal fédéral reconnaît néanmoins que, dans certaines circonstances, un consentement tacite à une réduction de salaire est possible⁸. Un tel accord peut notamment être admis dans des situations où, selon les règles de la bonne foi, du droit ou de l'équité, on doit s'attendre à une réaction du travailleur en cas de désaccord de sa part. Une partie de la doctrine est plus réticente et estime qu'un tel accord tacite ne devrait être admis qu'en présence de circonstances tout 7

⁵ TF 4C.426/2005 du 28 février 2006, c. 5.2.1.

⁶ AUBERT, CR 2012, N 4 ad art. 341 CO, p. 2122 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 341 CO, p. 320 ; WYLER, pp. 264-265 ; *contra* : STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 341 CO, p. 1290 et jurisprudence citée.

⁷ TF 4A_608/2009 du 25 février 2010, c. 3.1 et 3.2 : il y a inexécution partielle de l'obligation de payer le salaire s'agissant d'un employeur dispensé de retenir l'impôt à la source qui continue de procéder à cette retenue sur le salaire sans l'accord du travailleur.

⁸ TF 4C.242/2005 du 9 novembre 2005, c. 4.3 et 4.4 : l'accord tacite a été retenu s'agissant d'une réduction de salaire de 15 % proposée avant l'entrée en service à un travailleur engagé par contrat de durée déterminée de 10 mois, étant précisé que le travailleur n'a jamais émis la moindre protestation contre le salaire réduit qui lui a été versé pendant toute la durée du contrat.

à fait particulières⁹. Dans plusieurs arrêts récents, le Tribunal fédéral a maintenu sa position. Il précise aussi que lorsqu'il est reconnaissable pour le travailleur que l'employeur s'est fié à un accord (tacite) et qu'il aurait pris d'autres mesures, par exemple en résiliant le contrat de travail, dans l'hypothèse inverse, on est en présence de circonstances particulières où il se justifie d'admettre un consentement tacite à la réduction de salaire si le travailleur n'a pas manifesté son désaccord dans un délai approprié¹⁰. Ainsi, le travailleur qui reçoit pendant plusieurs mois un salaire réduit, sans protester ou manifester son désaccord, pourrait se voir opposer qu'il a consenti tacitement à la réduction de salaire. Cette jurisprudence nous paraît ouvrir une brèche inquiétante vers l'admission facilitée d'un accord tacite du seul fait de l'écoulement du temps.

- 8 **Congé-modification** – Faute d'accord, il reste toujours à l'employeur la possibilité de procéder par la voie d'un congé-modification pour imposer une réduction de salaire au travailleur.

II. Fixation du salaire

1. Critères de fixation du salaire

- 9 **Critères** – En vertu de l'art. 319 al. 1 CO, le salaire de base est fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche). Pour d'autres catégories de rémunération, comme la participation au résultat d'exploitation (art. 322a CO) ou la provision (art. 322b et 322c CO), le critère déterminant est le résultat de l'entreprise ou les affaires réalisées par le travailleur.

- 10 **Salaire au temps** – Le salaire au temps est la forme la plus courante du salaire de base. Il est fixé en fonction du temps consacré à l'employeur, selon une base horaire, journalière, hebdomadaire, mensuelle ou annuelle. Dans ce cas, la rémunération ne dépend ni de la quantité, ni de la qualité du travail fourni¹¹.

⁹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 11 ad art. 320 CO, p. 49 : pour qui la voie du congé-modification devrait de toute façon être suivie en matière de réduction de salaire ; WYLER, p. 89.

¹⁰ TF 4A_223/2010 du 12 juillet 2010 : accord tacite admis s'agissant d'un travailleur qui a accepté pendant 34 mois des commissions à un taux réduit, sans avoir émis la moindre protestation ; TF 4A_443/2010 du 26 novembre 2010 : accord tacite admis pour un joueur de football qui a perçu une rémunération réduite pendant plus de 6 mois sans manifester son désaccord ; TF 4A_478/2009 du 16 décembre 2009, c. 3 : accord tacite admis dans le cas d'une travailleuse rémunérée à la pièce qui a continué à travailler pendant plusieurs mois à un taux de salaire réduit sans réclamation.

¹¹ WYLER, p. 159.

Salaire à la tâche ou aux pièces – Le salaire à la tâche ou aux pièces dépend en revanche de la quantité de travail fournie. Il fait l'objet d'une réglementation particulière prévue aux art. 326 et 326a CO.

11

2. Montant du salaire

Liberté contractuelle – En droit suisse, le salaire du travailleur est régi par le principe de la liberté contractuelle. L'art. 322 al. 1 CO prévoit que l'employeur paie au travailleur le salaire convenu. Les parties fixent donc librement le montant du salaire.

12

Limites – Le principe de la liberté contractuelle rencontre cependant de nombreuses limites découlant soit directement de l'art. 322 al. 1 CO, soit d'autres dispositions légales.

13

Contrat-type de travail ou convention collective – Aux termes de l'art. 322 al. 1 CO, l'employeur paie au travailleur le salaire fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective. Si la rémunération minimale prévue dans un contrat-type de travail ou une convention collective est plus élevée, elle remplace donc le salaire convenu entre parties.

14

Egalité des sexes – En vertu de l'art. 8 al. 3 Cst., l'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale. Ce principe constitutionnel a été concrétisé par l'adoption de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1996¹². Selon l'art. 3 al. 1 LEg, il est interdit de discriminer les travailleurs à raison du sexe, soit directement, soit indirectement, notamment en se fondant sur leur état civil ou leur situation familiale ou, s'agissant de femmes, leur grossesse. Cette interdiction de discrimination s'applique notamment à la rémunération (art. 3 al. 2 LEg). En cas de discrimination salariale fondée sur le sexe, le travailleur concerné, beaucoup plus fréquemment la travailleuse, dispose d'une action en paiement de la différence de salaire fondée sur l'art. 5 al. 1 let. d LEg. L'interdiction de discriminer est absolue¹³. Il n'y a ainsi plus de place pour la liberté contractuelle s'agissant d'égalité de rémunération entre les sexes.

15

Location de services – L'art. 20 LSE¹⁴ prévoit que lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une convention collective de travail étendue, le bailleur de services doit appliquer au travailleur celles des dispositions de la convention qui concernent le salaire et la durée du travail. L'obligation du bailleur de servi-

16

¹² Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes, RS 151.1.

¹³ AUBRY GIRARDIN, Commentaire LEg, N 7 ad art. 3 LEg, p. 73 ; ATF 130 III 145, c. 3.2 = SJ 2004 I 489.

¹⁴ Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services, RS 823.11.

ces s'étend non seulement au salaire minimum, mais aussi aux suppléments pour heures supplémentaires, travail posté, travail à la tâche, travail de nuit, du dimanche ou des jours fériés, à la compensation des vacances, au 13^e salaire, aux jours fériés et jours de repos payés, au salaire en cas d'empêchement de travailler, ainsi qu'à la part des primes à l'assurance-maladie perte de gain (art. 48a al. 1 OSE¹⁵).

- 17 **Travailleurs détachés** – La loi fédérale sur les travailleurs détachés¹⁶ règle les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés pendant une période limitée en Suisse par un employeur ayant son domicile ou son siège à l'étranger. En application de l'art. 2 al. 1 let. a de la loi, les employeurs doivent garantir aux travailleurs détachés au moins les conditions de travail et de salaire prescrites par les lois fédérales, ordonnances du Conseil fédéral, conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire et contrats-types de travail, notamment en matière de rémunération minimale.

- 18 **Travailleurs étrangers** – S'agissant des travailleurs étrangers pour lesquels une autorisation de séjour et d'activité lucrative doit être délivrée avant la prise d'emploi en Suisse, l'art. 22 LEtr¹⁷ et l'art. 22 OASA¹⁸ s'appliquent. Selon l'art. 22 LEtr, un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative qu'aux conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche. L'art. 22 OASA précise que pour déterminer les salaires et les conditions de travail en usage dans la localité et la profession, il y a lieu de tenir compte des prescriptions légales, des conventions collectives et des contrats-types de travail, ainsi que des salaires et des conditions accordés pour un travail semblable dans la même entreprise et dans la même branche. Il importe également de prendre en considération les résultats des relevés statistiques sur les salaires.

3. Evolution actuelle

- 19 **Constat** – Compte tenu des limites toujours plus nombreuses apportées à la liberté contractuelle, on peut se demander si ce principe conserve aujourd'hui encore toute son importance pour ce qui est de la fixation du montant du salaire ou si une tendance vers une certaine uniformisation des salaires n'est pas en train

¹⁵ Ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services, RS 823.111.

¹⁶ Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement, RS 823.20.

¹⁷ Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers, RS 142.20.

¹⁸ Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative, RS 142.201.

de se mettre en place en Suisse, pour limiter tant les revenus inférieurs que les rémunérations élevées.

Salaire minimum – L'introduction d'un salaire minimum généralisé en Suisse fait partie des revendications syndicales. Une initiative fédérale, lancée le 25 janvier 2011 par l'Union syndicale suisse en vue de l'introduction au niveau fédéral d'un salaire minimum, a formellement abouti¹⁹. L'objectif visé serait de donner à la Confédération et aux cantons la mission d'adopter des mesures pour protéger les salaires. Cette protection devrait principalement être constituée par un encouragement à l'adoption de salaires minimaux dans les conventions collectives et, à titre subsidiaire, par la fixation d'un salaire minimum légal national (d'un montant de référence pour 2011 de 22 fr./heure)²⁰. Cette démarche au niveau fédéral fait suite à deux initiatives intitulées « *Pour le droit à un salaire minimum* », lancées dans les cantons de Vaud et de Genève²¹. Egalement au niveau cantonal, l'art. 19 al. 3 Cst./JU²² et l'art. 34a Cst./NE²³ prévoient l'instauration d'un salaire minimum assurant un niveau de vie décent. Ces dispositions constitutionnelles n'ont toutefois pas encore été concrétisées sur le plan législatif.

Limitation des revenus élevés – Parallèlement, on observe également une volonté de limiter les hauts revenus. Tel est l'objectif recherché par l'initiative fédérale « *Contre les rémunérations abusives* », dite aussi « *Initiative Minder* », déposée le 26 février 2008²⁴. Après des débats longs et complexes, le Parlement suisse a adopté en mars 2012 un contre-projet indirect à cette initiative dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme. Il a en revanche définitivement refusé en juin 2012 le contre-projet direct instaurant une imposition des bonus. Au jour de la rédaction du présent commentaire, l'initiative doit être soumise au peuple, la date de la votation n'étant pas encore fixée. En matière de rémunérations élevées, une autre initiative populaire, intitulée « *1 :12 – Pour des salaires équitables* », a éga-

¹⁹ FF 2012, pp. 2845-2846.

²⁰ Conférence de presse de l'Union syndicale suisse du 25 janvier 2011, document qui peut être consulté à l'adresse internet suivante : « http://mindestlohn-initiative.ch/wp-content/uploads/2011/01/110125_Documentation_Initiative-salaires-minimums.pdf. » (date de la consultation : 05.12.2011).

²¹ Ces initiatives ont toutes deux été rejetées en votations populaires, le 15 mai 2011 dans le canton de Vaud et le 27 novembre 2011 dans le canton de Genève.

²² Accepté en votation par le peuple jurassien le 20 mars 1977.

²³ Accepté en votation par le peuple neuchâtelois le 27 novembre 2011.

²⁴ Cette initiative vise notamment à soumettre à l'assemblée générale des sociétés anonymes cotées en bourse la somme globale des rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif, et à interdire les indemnités de départ, autres indemnités, rémunérations anticipées ou primes pour des achats ou des ventes d'entreprises.

lement abouti. Elle vise à ce que dans la même entreprise, le salaire le plus élevé ne soit pas plus de douze fois supérieur au salaire le plus bas²⁵.

4. Salaire usuel

- 22 **Absence de fixation du salaire** – Le fait de ne pas fixer expressément le salaire dans le contrat n’a pour effet ni d’invalider ce dernier, ni de s’opposer à ce que le rapport juridique existant soit qualifié de contrat de travail²⁶. Lorsque le montant du salaire n’a pas été déterminé par les parties et en l’absence d’un contrat-type de travail ou d’une convention collective, l’art. 322 al. 1 CO prévoit qu’il faut se référer au salaire usuel.
- 23 **Salaire usuel** – Le salaire usuel se définit comme le salaire payé dans la même entreprise, dans un secteur d’activité identique ou semblable, au même endroit ou à un endroit comparable, pour une activité correspondante en tenant compte des circonstances personnelles telles que l’âge, l’état civil, la situation de famille et la formation²⁷.
- 24 **Relevés statistiques sur les salaires** – Dans un arrêt du 1^{er} avril 2010, le Tribunal fédéral a admis que le juge peut également se référer à la statistique des salaires établie par l’Office fédéral de la statistique pour établir la rémunération usuelle que l’employeur doit offrir à un travailleur étranger²⁸. Désormais, ce recours à l’outil statistique est expressément autorisé par l’art. 22 OASA²⁹ s’agissant du salaire usuel dans la localité et la profession qui doit être accordé aux travailleurs étrangers dont l’activité est soumise à autorisation.

²⁵ Dans son Message du 18 janvier 2012, le Conseil fédéral propose le rejet de cette initiative, FF 2012, pp. 503-528.

²⁶ CARRUZZO, Rémunération, p. 28.

²⁷ TF du 23 août 1999, in : JAR 2000, p. 109 ; TF 4C.369/2006 du 16 janvier 2007, c. 3.2.

²⁸ TF 4A_82/2010 du 1^{er} avril 2010 : référence aux relevés statistiques des salaires de l’office fédéral compétent pour déterminer le salaire dû à une employée philippine, qui avait reçu de ses employeurs suisses une rémunération dérisoire, alors que l’art. 9 aOLE – ancien droit applicable au cas d’espèce et dont l’application pouvait être réclamée en vertu de l’art. 342 al. 2 CO – obligeait directement l’employeur à offrir au travailleur étranger la rémunération usuelle dans la localité pour la profession considérée.

²⁹ Voir *supra* N 18.

III. Salaire en espèces et en nature

Salaire en espèces – Le salaire visé par l’art. 322 al. 1 CO est le salaire en espèces, soit une prestation en argent versée en contrepartie du travail³⁰. Il s’agit de la forme la plus courante de rémunération.

Salaire en nature – Le salaire peut également comprendre, outre ce qui est dû en argent, des prestations en nature. Le salaire en nature peut revêtir différentes formes, comme la nourriture, le logement, la remise de marchandises, la mise à disposition d’un véhicule ou la remise d’actions ou d’options dans le cadre d’un plan d’intéressement³¹. En cas de communauté domestique, c’est-à-dire lorsque le travailleur vit dans le ménage de l’employeur, l’art. 322 al. 2 CO prévoit expressément que son entretien et son logement, prestations en nature, font partie du salaire, sauf accord ou usage contraire.

Plans d’intéressement – On entend par plans d’intéressement les mesures qu’une entreprise prend afin que ses cadres ou collaborateurs puissent se procurer, à intervalles réguliers et sous des modalités spécifiques, des actions de cette entreprise ou des options sur ses actions. Les modalités comportent généralement un délai pendant lequel chaque lot de titres en voie d’acquisition est seulement promis au bénéficiaire du plan, sans que celui-ci puisse en disposer d’aucune manière. Elles comportent aussi une condition suspensive ayant pour objet qu’à l’expiration du délai le bénéficiaire soit encore au service de l’entreprise ou du groupe auquel celle-ci appartient. Si cette condition s’accomplit, le bénéficiaire reçoit alors les titres concernés, ou leur contre-valeur ; dans le cas contraire, il est déchu de toute prétention. Aussi longtemps qu’il conserve des positions dans le plan d’intéressement, le bénéficiaire a donc intérêt à poursuivre les rapports de travail et à accomplir ses tâches de façon à accroître la valeur de l’entreprise et de ses actions ; il est ainsi attaché à l’entreprise et associé aux objectifs de la direction et des actionnaires³². Les attributions découlant d’un plan d’intéressement sont qualifiées soit de salaire, soit de gratification, en fonction des critères usuels de distinction³³. Si la participation au plan d’intéressement est qualifiée de salaire, le travailleur bénéficie de toutes les protections prévues de manière impérative par la loi, en particulier celles découlant des art. 323a CO (limites à la retenue de salaire), 323b al. 3 CO (nullité des accords sur l’utilisation du salaire dans l’intérêt de l’employeur) ou 339 CO (exigibilité des créances à la fin des rapports de travail). En revanche, si le plan d’intéressement est qualifié de gratification, les restrictions posées, comme le blocage des titres pendant un certain délai ou la déchéance du droit en cas de résiliation des rapports de travail, sont plus large-

³⁰ ATF 131 III 615, c. 5.1 = SJ 2006 I 45 ; CARRUZZO, Rémunération, p. 26.

³¹ ATF 131 III 615, c. 5.1 = SJ 2006 I 45 ; WYLER, pp. 173 et 808.

³² ATF 131 III 615, c. 3 = SJ 2006 I 45.

³³ Voir dans le présent ouvrage, N 12 ss ad art. 322d CO.

ment admises³⁴. Il faut encore souligner que le plan d'intéressement ne relève des dispositions du droit du travail que lorsqu'il constitue une forme de rémunération pour le travailleur et que sa participation est financée par son salaire. En revanche, si le travailleur agit en qualité d'investisseur, par exemple en finançant lui-même sa participation au plan ou en obtenant un prêt de l'employeur pour le faire, les dispositions protectrices du droit du travail ne trouvent pas application³⁵.

IV. Salaire brut et salaire net

- 28 **Salaire brut** – Le salaire fixé par les parties est en principe le salaire brut³⁶.
- 29 **Salaire net** – Pour obtenir le salaire net, il convient de soustraire du salaire brut les déductions sociales légales (AVS/AI/APG, AC, LAA, LPP, éventuelles cotisations sociales cantonales) et conventionnelles (par exemple assurance perte de gain maladie, assurance-accidents complémentaire, prévoyance professionnelle surobligatoire).
- 30 **Cotisations patronales** – Dans un arrêt du 8 avril 2010, le Tribunal fédéral a rappelé que sont illicites et donc nulles les clauses d'un contrat de travail qui permettent à l'employeur d'imputer sur le salaire brut convenu les cotisations sociales de droit public lui incombant légalement, en plus de celles que le travailleur supporte de par la loi³⁷. Les retenues faites à ce titre sur le salaire à verser n'ont aucun fondement juridique. L'employé conserve dès lors une créance de salaire égale au montant des cotisations patronales que son employeur a retenues sans droit.
- 31 **Conclusions** – Lorsque le travailleur réclame en justice le paiement de prétentions salariales, il doit préciser dans ses conclusions qu'elles tendent au paiement d'un montant brut, sous déduction des cotisations sociales³⁸. En cas de doute, le juge doit interpellier la partie sur ce point et, cas échéant, lui impartir un délai

³⁴ WYLER, pp. 807-812.

³⁵ ATF 130 III 495, c. 4.2.2, JdT 2005 I 79 (trad.) ; et TF 4A_506/2008 du 11 février 2009, c. 5.

³⁶ SUBILIA/DUC, N 10 ad art. 322 CO, p. 163 ; WYLER, p. 177, qui indique que lorsque les parties ne précisent pas si le salaire est brut ou net, il est d'usage que le salaire s'entend brut, de sorte qu'une présomption peut être admise à cet égard.

³⁷ TF 4D_31/2010 du 8 avril 2010 : clause illicite s'agissant d'un accord portant sur un salaire brut de 5'600 fr. et un salaire net de 4'100 fr. qui avait pour conséquence d'imputer la part patronale des cotisations sociales sur le salaire brut promis au travailleur dans le contrat.

³⁸ DIETSCHY, N 159, p. 83 et jurisprudence citée ; WYLER, p. 179.

pour indiquer le montant brut réclamé en application des art. 56 et 132 al. 1 CPC³⁹.

Jugement – A l’instar du demandeur qui doit prendre des conclusions salariales en valeur brute, le juge doit rendre son jugement en se fondant sur la valeur brute⁴⁰. En cas d’exécution forcée de la décision, le créancier doit indiquer le montant brut, et il appartient à l’employeur d’établir la quotité d’éventuelles déductions sociales. Si cette preuve n’est pas rapportée, le montant alloué au travailleur dans la procédure d’exécution correspondra au salaire brut sous déduction de la part des cotisations sociales à charge du travailleur, dont le taux est fixé par la loi⁴¹. 32

³⁹ DIETSCHY, N 159, p. 83.

⁴⁰ DIETSCHY, N 159, p. 83 et N 822, p. 397 ; CCass/NE du 21 avril 1995, in : JAR 1997, p. 140, c. 3 ; OG/TG du 14 mars 1989, in : JAR 1991, p. 132, c. 2 ; TC/VD du 8 décembre 1987, cité par FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.15 ad art. 322 CO, pp. 93-94. *Contra* : KG/GR du 24 octobre 1990, in : JAR 1992, p. 201 : qui préconise d’allouer un salaire net, après calcul des déductions sociales, pour permettre de déterminer la somme due en cas d’exécution forcée ultérieure de la décision.

⁴¹ DIETSCHY, N 822, p. 397 ; WYLER, p. 179.

Art. 322a

2. Participation au résultat de l'exploitation

¹ Si, en vertu du contrat, le travailleur a droit à une part du bénéfice ou du chiffre d'affaires ou participe d'une autre manière au résultat de l'exploitation, cette part est calculée sur la base du résultat de l'exercice annuel, déterminé conformément aux prescriptions légales et aux principes commerciaux généralement reconnus.

² L'employeur fournit les renseignements nécessaires au travailleur ou, à sa place, à un expert désigné en commun ou par le juge ; il autorise le travailleur ou l'expert à consulter les livres de comptabilité dans la mesure où le contrôle l'exige.

³ Si une participation aux bénéfices de l'entreprise est convenue, une copie du compte de profits et pertes de l'exercice annuel est en outre remise au travailleur qui le demande.

2. Anteil am Geschäftsergebnis

¹ Hat der Arbeitnehmer vertraglich Anspruch auf einen Anteil am Gewinn oder am Umsatz oder sonst am Geschäftsergebnis, so ist für die Berechnung des Anteils das Ergebnis des Geschäftsjahres massgebend, wie es nach den gesetzlichen Vorschriften und allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen festzustellen ist.

² Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer oder an dessen Stelle einem gemeinsam bestimmten oder vom Richter bezeichneten Sachverständigen die nötigen Aufschlüsse zu geben und Einsicht in die Geschäftsbücher zu gewähren, soweit dies zur Nachprüfung erforderlich ist.

³ Ist ein Anteil am Gewinn des Unternehmens verabredet, so ist dem Arbeitnehmer überdies auf Verlangen eine Abschrift der Gewinn- und Verlustrechnung des Geschäftsjahres zu übergeben.

2. Partecipazione al risultato dell'esercizio

¹ Se, in virtù del contratto, il lavoratore ha diritto a una parte degli utili o della cifra d'affari o altrimenti del risultato dell'esercizio, questa parte è calcolata, salvo diverso accordo, sul risultato dell'esercizio annuale, da determinare secondo le prescrizioni legali e i principi generalmente ammessi dalla pratica commerciale.

² Il datore di lavoro deve fornire al lavoratore o, in sua vece, a un perito designato in comune oppure dal giudice, le occorrenti informazioni e permettere, in quanto necessario al controllo, l'esame dei libri aziendali.

³ Se è convenuta una partecipazione agli utili dell'azienda, il datore di lavoro deve consegnare al lavoratore che lo richieda anche una copia del conto dei profitti e delle perdite dell'esercizio annuale.

Table des matières

	note marginale	page
I. Généralités	1	147
1. Objet, systématique et nature de la norme	1	147
2. Principes	4	147
II. Calcul	7	148
III. Droit de contrôle du travailleur	10	149

Bibliographie spécifique

AUBERT DAVID, Le contrat de travail des voyageurs de commerce, thèse, Genève 2009 ; CARRUZZO PHILIPPE, La rémunération du travailleur et le remboursement des frais, Genève 2007 (cité : Rémunération) ; CRAMER CONRADIN, Der Bonus im Arbeitsvertrag, thèse, Bâle 2006 ; GEISER THOMAS, Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn, in : PJA 2001, pp. 382-393 ; MEIER KURT, Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis, in : ArbR 2001, pp. 61-78 ; REINERT PETER, Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht, in : PJA 2009, pp. 3-11 ; SENTI CHRISTOPH, Leistungslohn oder Gratifikation ? Stand der Diskussion und Versuch eines systematischen Ansatzes, in : DTA 2011, pp. 1-10 (cité : Leistungslohn) ; SENTI CHRISTOPH, Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation, in : PJA 2002, pp. 669-681 (cité : Abgrenzung).

I. Généralités

1. Objet, systématique et nature de la norme

Objet – L’art. 322a CO traite de la participation au résultat de l’exploitation. Il s’agit d’une forme de rémunération liée au résultat réalisé par l’entreprise. Comme l’indique le titre marginal principal figurant à l’art. 322 CO, le paiement de la participation au résultat figure au nombre des obligations de l’employeur. ¹

Systématique – La participation au résultat de l’exploitation est une des catégories de rémunération faisant l’objet d’une disposition spécifique de la loi, comme la provision (art. 322b et 322c CO) et la gratification (art. 322d CO). La participation au résultat est une composante du salaire. Elle se distingue de la provision en ce sens qu’elle concerne le résultat d’ensemble de l’exploitation, tandis que la provision est une rémunération fixée en fonction des affaires personnellement conclues par le travailleur. ²

Nature – L’art. 322a al. 1 CO, relatif au calcul de la participation au résultat, est de nature dispositive. Les al. 2 et 3, concernant le droit de contrôle du travailleur, sont relativement impératifs. ³

2. Principes

Accord contractuel – Il ressort de l’art. 322a al. 1 CO que la participation au résultat de l’exploitation doit être prévue par le contrat. Cette forme de rémunération se fonde donc sur un accord entre les parties, qui n’est soumis à aucune forme¹. ⁴

¹ SUBILIA/DUC, N 8 ad art. 322a CO, p. 177 ; CARRUZZO, Rémunération, p. 59.

- 5 **Forme** – L’art. 322a al. 1 CO prévoit que la participation au résultat de l’exploitation peut prendre la forme d’une part au bénéfice, d’une participation au chiffre d’affaires ou de toute autre participation au résultat de l’exploitation², par exemple de primes³. La participation peut être accordée en espèces ou en nature, par exemple par la remise d’actions ou d’options⁴.
- 6 **Rémunération complémentaire ou rémunération exclusive** – En général, la participation au résultat constitue un complément au salaire de base. Les parties peuvent toutefois prévoir que la participation au résultat de l’exploitation constituera la rémunération principale ou exclusive du travailleur. Un tel accord ne sera valable que s’il assure une rémunération convenable au travailleur, en application par analogie de l’art. 349a al. 2 CO relatif à la rémunération du voyageur de commerce⁵.

II. Calcul

- 7 **Système légal** – L’art. 322a al. 1 CO prévoit que la participation est calculée sur la base du résultat de l’exercice annuel, déterminé conformément aux prescriptions légales et aux principes commerciaux généralement reconnus. La question se pose de savoir si cette disposition a pour effet indirect de contraindre les entreprises qui n’y sont pas soumises à tenir une comptabilité conformément aux art. 957 à 963 CO⁶. Dans la mesure où l’art. 322a CO ne fait pas référence à des dispositions légales précises en matière de comptabilité, il nous paraît difficile d’en déduire une telle obligation⁷. Cette norme doit simplement permettre au travailleur de déterminer s’il a ou non droit à une participation, l’employeur devant à cet effet respecter les règles commerciales usuelles (par exemple en évitant des écritures qui permettent de diminuer artificiellement le résultat et lèsent par voie de conséquence le travailleur).

² Pour la détermination du chiffre d’affaires et du bénéfice : voir STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3-4 ad art. 322a CO, pp. 314-316.

³ Pour un examen détaillé, voir STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2-4 ad art. 322a CO, pp. 313-316 et N 9 ad art. 322a CO, p. 218 ; SUBILIA/DUC, N 4-7 ad art. 322a CO, pp. 176-177.

⁴ CARRUZZO, Rémunération, p. 60.

⁵ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 322a CO, p. 87 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.2 ad art. 322a CO, p. 95 ; WYLER, p. 161 ; pour la notion de rémunération convenable, voir dans le présent ouvrage, N 25 ss ad art. 349a CO.

⁶ Telle semble être l’opinion de BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 322a CO, p. 88 ; voir également STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 322a CO, pp. 316-317. Ces dispositions ont été profondément modifiées dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable, adoptée le 23 décembre 2011, FF 2012, pp. 59-82.

⁷ En ce sens, CARRUZZO, N 2 ad art. 322a CO, pp. 125-126 ; SUBILIA/DUC, N 12 ad art. 322a CO, p. 178.

Accord des parties – Vu le caractère dispositif de l’art. 322a al. 1 CO et les principes relativement généraux qu’il énonce, les parties ont intérêt à définir de manière précise et détaillée les conditions auxquelles la participation au résultat est due, de même que les bases de calcul, afin d’éviter tout litige à ce sujet⁸. Pour déterminer la participation au résultat de l’exploitation, les parties peuvent s’entendre sur l’établissement d’un bilan trimestriel ou semestriel, en lieu et place d’un bilan annuel. Elles peuvent également décider du type de comptabilité auquel elles souhaitent se référer, voire prévoir une autre assiette que le résultat annuel pour le calcul de la participation⁹.

Acomptes – Par définition, la participation au résultat de l’exploitation ne peut être fixée qu’après l’établissement du résultat. Il arrive alors que les parties conviennent du versement d’acomptes, le décompte définitif n’intervenant qu’ultérieurement. Les acomptes versés ont un caractère provisoire. Le Tribunal fédéral admet dans cette hypothèse que le travailleur doit restituer le montant perçu en trop, si le montant de la participation s’avère en définitive inférieur aux acomptes versés¹⁰. La prétention en remboursement de l’employeur résulte du contrat et ne se fonde pas sur les règles de l’enrichissement illégitime¹¹. En revanche, si l’employeur verse des acomptes, sans y être obligé contractuellement et sans formuler de réserves, alors même qu’il a connaissance de résultats démontrant que la participation ne sera pas due, le travailleur est fondé à croire qu’il n’aura pas à restituer les acomptes¹².

III. Droit de contrôle du travailleur

Principe – Les al. 2 et 3 de l’art. 322a CO instaurent un droit de contrôle en faveur du travailleur. Vu le caractère relativement impératif de ces normes, un contrôle plus étendu que celui prévu par la loi peut être aménagé. Une limitation du droit de contrôle n’est par contre pas possible.

⁸ Voir TF 4A_526/2009 du 21 décembre 2009 : clause litigieuse prévoyant « *un salaire brut de 5'000 fr. par mois, acompte. Décompte tous les six mois avec une participation de 33 % au chiffre d'affaires* », interprétée en référence au chiffre d'affaires brut et non au chiffre d'affaires net (c'est-à-dire sous déduction des créances ouvertes auprès des clients) ; TF 4A_130/2012 du 17 juillet 2012.

⁹ SUBILIA/DUC, N 9-10 ad art. 322a CO, pp. 177-178.

¹⁰ ATF 126 III 119, c. 2, JdT 2000 I 630 (trad.) : en vertu du principe de la confiance, un accord prévoyant le versement d’acomptes de 1'000 fr., en plus du salaire fixe, avec obligation d’établir un décompte, doit être interprété en ce sens qu’une différence entre les acomptes versés et la participation effective doit être compensée.

¹¹ ATF 126 III 119, c. 3c, JdT 2000 I 630 (trad.).

¹² TF 4C.320/2005 du 20 mars 2006, c. 5.5.

- 11 **Renseignements nécessaires** – En vertu de l’art. 322a al. 2 CO, l’employeur fournit les renseignements nécessaires au travailleur ou, à sa place, à un expert désigné en commun ou par le juge. Il autorise le travailleur ou l’expert à consulter les livres de comptabilité dans la mesure où le contrôle l’exige. Le droit du travailleur de consulter les comptes de l’employeur est toutefois limité par l’intérêt légitime de l’employeur au maintien du secret des affaires. L’accès aux comptes n’est ainsi donné que dans la mesure nécessaire pour pouvoir effectuer le contrôle¹³. L’obligation de l’employeur de protéger et respecter la personnalité des travailleurs (art. 328 CO) ne fait pas obstacle à la divulgation des revenus de ces derniers. Dans le cadre d’une procédure judiciaire dans laquelle le revenu des autres travailleurs au service de l’employeur est pertinent pour le jugement à rendre, l’employeur ne peut pas refuser de fournir ces données. Cette obligation découle de l’art. 322a al. 2 CO s’agissant du paiement d’une participation au résultat¹⁴.
- 12 **Expert** – La requête en désignation d’un expert n’est pas une simple offre de preuve dans le cadre de la procédure en paiement de la participation au résultat. Il s’agit d’une procédure distincte, qui constitue l’exercice du droit de contrôle du travailleur. L’art. 250 CPC¹⁵ prévoit expressément que la désignation de l’expert chargé de calculer la participation au résultat est soumise à la procédure sommaire. L’art. 90 CPC excluant pour sa part le cumul d’actions lorsque les prétentions émises contre le même défendeur ne sont pas soumises à la même procédure, il n’est théoriquement pas possible de cumuler la requête en désignation de l’expert (procédure sommaire) et la demande en paiement de la participation au résultat (procédure simplifiée ou procédure ordinaire)¹⁶. Appliqué à la lettre, l’art. 90 CPC impliquerait une solution rigoureuse et peu conforme au principe de l’économie de procédure. Dans un tel cas, le demandeur devrait être autorisé à soumettre l’entier de son litige à la même procédure, en renonçant à l’application de la procédure sommaire pour la désignation de l’expert. Rien n’indique en effet que le législateur ait entendu interdire aux parties de renoncer à l’application de l’un ou l’autre type de procédure¹⁷.

¹³ FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 2.2 ad art. 322a CO, p. 97 ; SUBILIA/DUC, N 14 ad art. 322a CO, p. 179.

¹⁴ TF 4A_195/2010 du 8 juin 2010, c. 2.2.

¹⁵ Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272.

¹⁶ Voir DIETSCHY, N 446, pp. 218-219.

¹⁷ En ce sens, DIETSCHY, N 447, p. 219.

Compte de profits et pertes – Si une participation aux bénéfices est convenue, et dans ce cas seulement¹⁸, l'art. 322a al. 3 CO prévoit en outre qu'une copie du compte de profits et pertes de l'exercice annuel est remise au travailleur qui le demande¹⁹. Dans la mesure où la règle est relativement impérative, les parties ont la possibilité d'étendre ce droit à d'autres formes de participation. 13

¹⁸ CARRUZZO, N 2 ad art. 322a CO, p. 126.

¹⁹ L'art. 322a al. 3 CO a été modifié dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable, adoptée le 23 décembre 2011, FF 2012, pp. 59-82. La modification est de nature purement terminologique, l'expression « *compte de profits et pertes de l'exercice annuel* » étant remplacée par « *compte de résultat* » pour des questions de cohérence avec le nouveau droit comptable, en particulier l'art. 958 al. 2 CO. Au jour de la rédaction du présent commentaire, la date d'entrée en vigueur de la modification n'est pas encore fixée.

Art. 322b

3. Provision a. Naissance du droit à la provision

¹ S'il est convenu que le travailleur a droit à une provision sur certaines affaires, elle lui est acquise dès que l'affaire a été valablement conclue avec le tiers.

² En cas de contrats d'assurance ou d'affaires comportant une exécution par prestations successives, un accord écrit peut prévoir que le droit à la provision s'acquiert lors de l'exigibilité de chaque acompte ou à chaque prestation.

³ Le droit à la provision s'éteint lorsque l'employeur n'exécute pas l'affaire sans faute de sa part ou si le tiers ne remplit pas ses obligations ; si l'inexécution n'est que partielle, la provision est réduite proportionnellement.

3. Provision a. Entstehung

¹ Ist eine Provision des Arbeitnehmers auf bestimmten Geschäften verabredet, so entsteht der Anspruch darauf, wenn das Geschäft mit dem Dritten rechtsgültig abgeschlossen ist.

² Bei Geschäften mit gestaffelter Erfüllung sowie bei Versicherungsverträgen kann schriftlich verabredet werden, dass der Provisionsanspruch auf jeder Rate mit ihrer Fälligkeit oder ihrer Leistung entsteht.

³ Der Anspruch auf Provision fällt nachträglich dahin, wenn das Geschäft vom Arbeitgeber ohne sein Verschulden nicht ausgeführt wird oder wenn der Dritte seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt ; bei nur teilweiser Erfüllung tritt eine verhältnismässige Herabsetzung der Provision ein.

3. Provvigione a. Inizio del diritto

¹ Se per determinati affari è convenuta una provvigione del lavoratore, essa è dovuta allorché l'affare è stato validamente concluso con il terzo.

² Nel caso d'affari eseguenti con prestazioni successive o di contratti d'assicurazione può essere convenuto per scritto che il diritto alla provvigione sorge alla esigibilità di ogni rata o a ogni prestazione.

³ Il diritto alla provvigione si estingue quando l'affare non è eseguito dal datore di lavoro senza sua colpa o quando il terzo non ha adempiuto i suoi obblighi ; se l'inadempimento è solo parziale, la provvigione è diminuita in proporzione.

Table des matières

	note marginale	page
I. Généralités	1	153
1. Objet, systématique et nature de la norme	1	153
2. Principes	4	153
II. Naissance du droit à la provision	8	154
1. Droit à la provision	8	154
2. Situations particulières	13	155
III. Extinction du droit à la provision	16	157

Bibliographie spécifique

AUBERT DAVID, Le contrat de travail des voyageurs de commerce, thèse, Genève 2009 ; CARRUZZO PHILIPPE, La rémunération du travailleur et le remboursement des frais, Genève 2007 (cité : Rémunération) ; GEISER THOMAS, Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn, in : PJA 2001, pp. 382-393 ; REINERT PETER, Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht, in : PJA 2009, pp. 3-11 ; SENTI CHRISTOPH, Leistungslohn oder Gratifikation ? Stand der Diskussion und Versuch eines systematischen Ansatzes, in : DTA 2011, pp. 3-10 (cité : Leistungslohn) ; SENTI CHRISTOPH, Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation, in : PJA 2002, pp. 669-681 (cité : Abgrenzung).

I. Généralités**1. Objet, systématique et nature de la norme**

Objet – L’art. 322b CO traite de la provision, plus particulièrement de la naissance du droit à la provision. Comme cela ressort du titre marginal principal figurant à l’art. 322 CO, le paiement de la provision fait partie des obligations de l’employeur. ¹

Systématique – A l’instar de la participation au résultat de l’exploitation (art. 322a CO) et de la gratification (art. 322d CO), la provision est une des catégories de rémunération faisant l’objet de dispositions spécifiques de la loi (art. 322b et 322c CO). La provision est un élément du salaire. Elle se distingue de la participation au résultat de l’exploitation en ce sens qu’elle est liée aux résultats de l’activité déployée par le travailleur, tandis que la participation au résultat dépend du résultat d’ensemble de l’exploitation. ²

Nature – Les al. 1 et 2 de l’art. 322b CO, relatifs à la naissance du droit à la provision, sont relativement impératifs. L’al. 3, concernant l’extinction du droit à la provision, est de nature dispositive¹. ³

2. Principes

Accord contractuel – Il résulte de l’art. 322b al. 1 CO que le droit à la provision doit être prévu par le contrat. Cette forme de rémunération se fonde donc sur un accord entre les parties. ⁴

Notion – La provision est une forme de rémunération liée au résultat. Elle se calcule plus particulièrement sur les affaires conclues par le travailleur. Son but économique est de motiver le travailleur et de l’intéresser au résultat de son travail. Le terme de commission est aussi utilisé pour désigner la provision. Les ⁵

¹ SUBILIA/DUC, N 7 ad art. 322b CO, p. 183.

parties peuvent librement définir l'objet de la provision, c'est-à-dire les opérations commerciales qui y donnent droit, ainsi que les modalités de calcul². Sont en revanche fixées par la loi la naissance du droit (art. 322b al. 1 et 2 CO) et la date à laquelle la provision doit être payée (art. 323 al. 2 et 339 al. 2 CO).

- 6 **Rémunération complémentaire ou rémunération exclusive** – La provision peut constituer un complément à un salaire de base fixe. Les parties peuvent aussi prévoir que la provision constituera la rémunération exclusive du travailleur. Si elle constitue la seule forme de rémunération, la provision doit assurer un salaire convenable au travailleur³. Il s'agit là également d'un cas d'application par analogie de l'art. 349a al. 2 CO relatif à la rémunération du voyageur de commerce.
- 7 **Voyageur de commerce** – La provision est le mode de rémunération principal du voyageur de commerce. Le contrat d'engagement du voyageur de commerce, en particulier sa rémunération, font l'objet de règles spécifiques de la loi (art. 347 à 350a CO).

II. Naissance du droit à la provision

1. Droit à la provision

- 8 **Conditions** – Aux termes de l'art. 322b al. 1 CO, le droit à la provision ne prend naissance que si les deux conditions suivantes sont remplies : d'une part, il doit y avoir un rapport de causalité entre l'activité du travailleur et la conclusion de l'affaire ; d'autre part, il faut que l'affaire soit valablement conclue avec le tiers.
- 9 **Rapport de causalité** – L'exigence d'un rapport de causalité implique que le travailleur ne peut pas obtenir de provision pour des affaires qu'il n'a pas procurées ou à la conclusion desquelles il n'a pas contribué. Ainsi, le travailleur n'a pas de droit à la provision s'il n'a pas joué de rôle déterminant dans les négociations et n'a pas participé à leur phase technique, cette dernière s'étant poursuivie après son départ⁴. L'art. 322b al. 1 CO étant relativement impératif, les parties ont toutefois la possibilité d'étendre le droit du travailleur, en lui accordant une provi-

² CARRUZZO, N 1 ad art. 322b CO, pp. 129-130.

³ CARRUZZO, Rémunération, p. 63 ; voir dans le présent ouvrage, N 25 ss ad art. 349a CO ; ATF 129 III 664, c. 6.1 = JdT 2004 I 60 : est convenable une provision qui assure au travailleur un gain lui permettant de vivre décemment, compte tenu de son engagement au travail, de sa formation, de ses années de service, de son âge et de ses obligations sociales ; TC/VD du 5 octobre 2009, in : JAR 2010, p. 655 ; ArbG/ZH du 5 décembre 2008, in : JAR 2009, p. 703.

⁴ ATF 128 III 174, c. 2c = JdT 2003 I 28 = SJ 2002 I 410 ; voir également TF 4C.419/2005 du 15 mars 2005.

sion sur toute affaire conclue par l'entreprise ou par l'équipe avec laquelle il collabore, ou même sur des affaires négociées avant son entrée en fonction et à la conclusion desquelles il n'a pas participé⁵.

Conclusion de l'affaire – Le droit à la provision suppose également que l'affaire soit valablement conclue avec le tiers. Selon nous, cela ne signifie pas que l'employeur pourrait s'opposer au versement d'une provision pour les affaires présentées par le travailleur, mais qu'il a refusé de conclure. L'employeur qui refuse, sans motif, de conclure une affaire prive en effet le travailleur de son droit à la provision, ce qui peut constituer un cas de demeure au sens de l'art. 324 CO⁶. L'art. 322b al. 1 CO détermine le moment où la provision est acquise. En vertu de l'art. 362 CO, les parties ne peuvent pas conclure un accord modifiant en défaveur du travailleur le moment où le droit à la provision naît⁷. 10

Contrats d'assurance ou affaires comportant une exécution par prestations successives – L'art. 322b al. 2 CO contient une règle particulière pour les contrats d'assurance ou les affaires comportant une exécution par prestations successives. Dans ces deux cas, les parties peuvent prévoir, par accord écrit, que le droit à la provision s'acquiert lors de l'exigibilité de chaque acompte ou de chaque prestation. 11

Paiement de la provision – Le paiement de la provision est régi par l'art. 323 al. 2 CO⁸. Pour sa part, l'art. 339 al. 2 CO prévoit la possibilité de différer l'exigibilité de la provision pour des affaires dont l'exécution a lieu entièrement ou partiellement après la fin du contrat. 12

2. Situations particulières

Acomptes – Comme pour la participation au résultat de l'entreprise (art. 322a CO), les parties peuvent convenir du versement d'acomptes, le décompte définitif n'intervenant qu'ultérieurement⁹. Les acomptes versés ont un caractère provisoire. Dans cette hypothèse, l'employeur a un droit à restitution 13

⁵ CARRUZZO, N 2 ad art. 322b CO, p. 131.

⁶ SUBILIA/DUC, N 9 ad art. 322b CO, p. 183 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 3.1 ad art. 322b CO, p. 98 ; *contra* : CARRUZZO, N 2 ad art. 322b CO, p. 130, qui considère que l'art. 322b al. 1 CO n'a pas pour effet de contraindre l'employeur à verser une provision pour les affaires qui lui ont été présentées par le travailleur, mais qu'il a refusé de conclure, et ce quel que soit le motif du refus.

⁷ TF 4A_71/2011 du 2 mai 2011, c. 2.3 : un accord prévoyant que le droit à la provision naît seulement quand la marchandise est livrée et payée n'est pas valable au regard des art. 322b al. 1 et 362 CO.

⁸ Voir dans le présent ouvrage, N 7 et 8 ad art. 323 CO.

⁹ TC/VD du 5 octobre 2009, in : JAR 2010, p. 655 ; TC/VD du 21 août 2008, in : JAR 2009, p. 663, c. 3.

lorsque les acomptes versés sont plus élevés que les provisions dues¹⁰. La prétention en remboursement de l'employeur résulte du contrat et ne se fonde pas sur les règles de l'enrichissement illégitime¹¹. Ces principes ne sont toutefois pas absolus. Le Tribunal fédéral a ainsi exclu le remboursement et considéré que les acomptes constituaient une provision minimale garantie dans le cas d'un accord prévoyant uniquement le versement d'un solde positif, l'éventualité d'un solde négatif n'étant pas envisagée par les parties¹².

- 14 **Incapacité de travail** – Il n'est pas forcément aisé de déterminer les montants dus à titre de provision, lorsque le travailleur est en incapacité partielle de travailler. La jurisprudence considère que le travailleur a droit à l'entier de la commission découlant du chiffre d'affaires atteint, car le montant de la commission dépend du seul chiffre d'affaires et aucunement du taux d'occupation de celui qui le réalise¹³.

- 15 **Libération de l'obligation de travailler** – Pour le Tribunal fédéral, le travailleur, qui accepte tacitement d'être libéré de son obligation de travailler pendant le délai de congé, ne peut raisonnablement pas supposer avoir droit à une provision pour des affaires conclues postérieurement à la date à laquelle la libération est intervenue, puisque dès ce moment, il ne peut plus participer à la conclusion de ces affaires¹⁴. Cette jurisprudence est discutable. D'une part, l'employeur qui décide unilatéralement de libérer le travailleur de l'obligation de travailler pendant le délai de congé doit en assumer les conséquences en versant l'intégralité de la rémunération dont il prive le travailleur, qu'il s'agisse d'un salaire fixe ou d'une provision¹⁵. D'autre part, il paraît délicat de pouvoir déduire de l'absence de réaction à un courrier qui le libère de l'obligation de travailler que le travailleur re-

¹⁰ ATF 129 III 118, c. 2.4 = JdT 2003 I 144 ; ATF 126 III 119, c. 2, JdT 2000 I 630 (trad.), par analogie.

¹¹ ATF 126 III 119, c. 3c, JdT 2000 I 630 (trad.).

¹² ATF 129 III 118, c. 2.6 = JdT 2003 I 144 ; voir également TF 4C.53/2005 du 6 juin 2005, c. 2.3.

¹³ TF 4A_342/2010 du 3 septembre 2010, c. 2.3 : s'agissant d'une travailleuse en incapacité de travail à 40 % à la suite d'un accident, le Tribunal fédéral a néanmoins précisé qu'il fallait tenir compte du chiffre d'affaires sur la base duquel les commissions étaient calculées. Si le chiffre d'affaires pris en compte est celui réalisé pendant la période d'incapacité partielle de travail, la travailleuse a effectivement droit à l'entier de la provision découlant de ce chiffre d'affaires. En revanche, si le chiffre d'affaires pris en considération est celui réalisé par la travailleuse lorsqu'elle n'était pas en incapacité de travail et qu'elle travaillait à temps plein, il y a lieu de réduire les commissions en fonction du taux d'activité réduit.

¹⁴ TF 4A_637/2009 du 9 mars 2010, c. 2.1.

¹⁵ Voir SUBILIA/DUC, N 19 ad art. 335c CO, pp. 526-527 : pour qui la libération est assimilable à une forme de demeure volontaire, de sorte que l'employeur reste tenu de sa propre prestation dans son principe (art. 324 CO).

noncerait à une partie de sa rémunération. Ce raisonnement va clairement à l'encontre de la protection instituée par l'art. 341 CO¹⁶.

III. Extinction du droit à la provision

Principe – Le droit à la provision est soumis à une condition résolutoire¹⁷. En vertu de l'art. 322b al. 3 CO, ce droit s'éteint lorsque l'employeur n'exécute pas l'affaire sans faute de sa part ou si le tiers ne remplit pas ses obligations. Si l'inexécution n'est que partielle, la provision est réduite proportionnellement. La norme est dispositive, de sorte que les parties peuvent modifier le régime prévu par la loi¹⁸. 16

Inexécution de l'affaire – Le droit à la provision ne s'éteint que lorsque l'employeur n'exécute pas l'affaire sans faute de sa part. A titre d'exemple, on peut mentionner une impossibilité résultant d'une interdiction d'importation, un conflit armé, une catastrophe naturelle, une grève¹⁹. En revanche, si l'employeur est fautif, le droit à la provision reste acquis. Tel sera le cas lorsque l'employeur est à l'origine de la résiliation d'une affaire régulièrement conclue, parce qu'il ne respecte pas les délais de livraison ou augmente le prix convenu²⁰. 17

Inexécution de ses obligations par le tiers – Le droit à la provision s'éteint quand le tiers ne s'exécute pas ou ne respecte pas ses obligations. Le droit reste cependant acquis si l'inexécution par le tiers est due à un comportement fautif de l'employeur ou si les parties procèdent à une résiliation mutuelle et volontaire du contrat. 18

¹⁶ Sur un plan pratique, le travailleur libéré de son obligation de travailler devrait donc, au vu de cette jurisprudence, formellement offrir ses services à l'employeur, pour éviter de se voir privé, du seul fait de son silence, de provisions auxquelles il pourrait avoir droit pendant son délai de congé.

¹⁷ TF 4A_163/2008 du 13 juin 2008, c. 3.1 ; TF 4A_71/2011 du 2 mai 2011, c. 5.1.

¹⁸ Voir cependant CARRUZZO, N 3 ad art. 322b CO, p. 132 : pour qui l'art. 322b al. 3 CO est relativement impératif.

¹⁹ CARRUZZO, N 3 ad art. 322b CO, p. 132 ; TF 4A_163/2008 du 13 juin 2008, c. 3.2.2 : la résiliation n'est pas fautive non plus lorsque les parties résilient pour prévenir une invalidation probable du contrat ou lorsque l'employeur en maintenant un contrat d'assurance risque d'être entraîné dans une opération illégale.

²⁰ SUBILIA/DUC, N 8 ad art. 322b CO, p. 183.

Art. 322c

- b. Décompte** ¹ Si le travailleur n'est pas tenu par le contrat d'établir un relevé de ses provisions, l'employeur lui remet à chaque échéance un décompte indiquant les affaires qui donnent droit à une provision.
² L'employeur fournit les renseignements nécessaires au travailleur ou, à sa place, à un expert désigné en commun ou par le juge ; il autorise le travailleur ou l'expert à consulter les livres et les pièces justificatives dans la mesure où le contrôle l'exige.
- b. Abrechnung** ¹ Ist vertraglich nicht der Arbeitnehmer zur Aufstellung der Provisionsabrechnung verpflichtet, so hat ihm der Arbeitgeber auf jeden Fälligkeitstermin eine schriftliche Abrechnung, unter Angabe der provisionspflichtigen Geschäfte, zu übergeben.
² Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer oder an dessen Stelle einem gemeinsam bestimmten oder vom Richter bezeichneten Sachverständigen die nötigen Aufschlüsse zu geben und Einsicht in die für die Abrechnung massgebenden Bücher und Belege zu gewähren, soweit dies zur Nachprüfung erforderlich ist.
- b. Conteggio** ¹ Se il lavoratore non è tenuto contrattualmente a presentare il conteggio delle sue provvigioni, il datore di lavoro deve consegnargli, a ogni scadenza, un conteggio indicante gli affari che danno diritto alla provvigione.
² Il datore di lavoro deve fornire al lavoratore o, in sua vece, a un perito designato in comune oppure dal giudice, le occorrenti informazioni e permettere, in quanto necessario al controllo, l'esame dei libri e dei documenti, sui quali si fonda l'estratto dei conti.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	159
II. Décompte	4	159
III. Droit de contrôle du travailleur	6	159

Bibliographie spécifique

AUBERT DAVID, Le contrat de travail des voyageurs de commerce, thèse, Genève 2009 ;
CARRUZZO PHILIPPE, La rémunération du travailleur et le remboursement des frais, Genève 2007
(cité : Rémunération) ; REINERT PETER, Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht, in :
PJA 2009, pp. 3-11 ; SENTI CHRISTOPH, Leistungslohn oder Gratifikation ? Stand der Diskussion
und Versuch eines systematischen Ansatzes, in : DTA 2011, pp. 3-10 (cité : Leistungslohn) ; SENTI
CHRISTOPH, Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation, in : PJA 2002, pp. 669-
681 (cité : Abgrenzung).

I. Généralités

Objet – L’art. 322c CO traite également de la provision, mais vise plus particulièrement le décompte à établir et le droit de contrôle du travailleur. ¹

Systématique – Les art. 322b et 322c CO sont les dispositions spécifiques relatives à la provision, l’une des catégories de rémunération expressément réglées par la loi. Comme indiqué précédemment, la provision se distingue de la participation au résultat de l’exploitation en ce sens qu’elle est liée aux résultats de l’activité déployée par le travailleur, alors que la participation au résultat dépend du résultat d’ensemble de l’exploitation. L’art. 322c al. 2 CO institue en revanche un droit de contrôle du travailleur similaire à celui prévu à l’art. 322a al. 2 CO. ²

Nature – L’al. 1 de l’art. 322c CO, relatif au décompte de la provision, est relativement impératif. Il en va de même de l’al. 2 concernant le droit de contrôle du travailleur. ³

II. Décompte

Etablissement d’un décompte – Pour que le montant dû au travailleur puisse être déterminé, l’art. 322c al. 1 CO prévoit l’établissement d’un décompte indiquant les affaires qui donnent droit à une provision. Ce décompte doit être établi par l’employeur, sauf si les parties ont convenu de reporter cette obligation sur le travailleur. La preuve du caractère exact du décompte incombe à l’employeur¹. ⁴

Echéance – En vertu de l’art. 323 al. 2 CO, la provision est payée à la fin de chaque mois, à moins qu’un terme de paiement plus court n’ait été convenu ou ne soit usuel. Pour que la provision puisse être payée à l’échéance prévue, l’établissement du décompte doit suivre le même régime. A moins qu’un terme plus court ne résulte du contrat ou de l’usage, le décompte doit donc être remis à la fin de chaque mois². ⁵

III. Droit de contrôle du travailleur

Principe – L’art. 322c al. 2 CO instaure un droit de contrôle en faveur du travailleur. Vu le caractère relativement impératif de la norme, un contrôle plus étendu que celui prévu par la loi peut être aménagé. Des restrictions à ce droit ne sont en revanche pas possibles. Le droit de contrôle est calqué sur celui de l’art. 322a al. 2 CO concernant la participation au résultat de l’exploitation. ⁶

¹ FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.2 ad art. 322c CO, p. 99.

² BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 322c CO, p. 92 ; SUBILIA/DUC, N 3 ad art. 322c CO, p. 185.

- ⁷ **Renseignements nécessaires** – En application de l’art. 322c al. 2 CO, l’employeur doit fournir les renseignements nécessaires au travailleur ou, à sa place, à un expert désigné en commun ou par le juge³. Il autorise le travailleur ou l’expert à consulter les livres et les pièces justificatives dans la mesure où le contrôle l’exige.
- ⁸ **Expert** – La requête en désignation d’un expert n’est pas une simple offre de preuve dans le cadre de la procédure en paiement de la provision. Il s’agit d’une procédure distincte, qui constitue l’exercice du droit de contrôle du travailleur. L’art. 250 CPC⁴ prévoit expressément que la désignation de l’expert chargé de calculer la provision du travailleur est soumise à la procédure sommaire. L’art. 90 CPC excluant pour sa part le cumul d’actions lorsque les prétentions émises contre le même défendeur ne sont pas soumises à la même procédure, il n’est théoriquement pas possible de cumuler la requête en désignation de l’expert (procédure sommaire) et la demande en paiement de la provision (procédure simplifiée ou procédure ordinaire)⁵. Comme relevé précédemment⁶, une application à la lettre de l’art. 90 CPC serait rigoureuse et peu conforme au principe de l’économie de procédure. Dans un tel cas, le demandeur devrait être autorisé à soumettre l’entier du litige à la même procédure, cas échéant en renonçant à la procédure sommaire pour la désignation de l’expert. Rien n’indique en effet que le législateur ait entendu interdire aux parties de renoncer à l’application de l’un ou l’autre type de procédure⁷.

³ TF 4A_121/2011 du 17 mai 2011, c. 3.3 et 3.4 : le travailleur ne peut pas recourir unilatéralement à un expert. L’expert ne peut en effet pas être le choix d’une seule partie compte tenu de la réglementation prévue à l’art. 322c al. 2 CO.

⁴ Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272.

⁵ Voir DIETSCHY, N 446, pp. 218-219.

⁶ Voir dans le présent ouvrage, N 12 ad art. 322a CO.

⁷ En ce sens, DIETSCHY, N 447, p. 219.

Art. 322d

- 4. Gratification** ¹ Si l'employeur accorde en sus du salaire une rétribution spéciale à certaines occasions, telles que Noël ou la fin de l'exercice annuel, le travailleur y a droit lorsqu'il en a été convenu ainsi.
- ² En cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui donne lieu à la rétribution spéciale, le travailleur n'a droit à une part proportionnelle de cette rétribution que s'il en a été convenu ainsi.
4. Gratifikation ¹ Richtet der Arbeitgeber neben dem Lohn bei bestimmten Anlässen, wie Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahres, eine Sondervergütung aus, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, wenn es verabredet ist.
- ² Endigt das Arbeitsverhältnis, bevor der Anlass zur Ausrichtung der Sondervergütung eingetreten ist, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf einen verhältnismässigen Teil davon, wenn es verabredet ist.
4. Gratificazione ¹ Se il datore di lavoro assegna, oltre al salario, una retribuzione speciale in determinate occasioni, come Natale o la fine dell'esercizio annuale, il lavoratore vi ha diritto, qualora ciò sia stato convenuto.
- ² Se il rapporto di lavoro termina prima dell'occasione che dà luogo alla retribuzione speciale, il lavoratore ha diritto a una parte proporzionale, se ciò è stato convenuto.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	162
1. Objet, systématique et nature de la norme	1	162
2. Principes	4	163
II. Salaire et gratification	7	164
1. Evolution des formes de rémunération	7	164
2. Qualification juridique.....	9	164
III. Critères de distinction.....	12	165
1. Volonté des parties	12	165
2. Montant et échéance inconditionnelle fixés contractuellement.....	15	166
3. Montant variable en fonction d'objectifs prédéterminés.....	17	167
4. Rapport de proportionnalité entre salaire et gratification.....	19	168
5. Réserves quant au caractère facultatif de la gratification.....	22	170
6. Egalité de traitement.....	25	172
7. Autres critères ?	27	172
IV. Clause de remboursement	30	173
V. Conditions à l'octroi d'une gratification.....	32	174

Bibliographie spécifique

AUBERT GABRIEL, Rapport entre la gratification et le salaire, Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral, 1^{re} Cour de droit civil, du 3 février 2009, recours en matière civile (4A_509/2008 ; contexte similaire : 4A_511/2008), in : DTA 2009, pp. 120-124 (cité : Rapport) ; BORNOZ NATHALIE, Les critères de distinction entre les diverses rémunérations accessoires, in : WYLER, Panorama I, pp. 37-53 ; CARRUZZO PHILIPPE, La rémunération du travailleur et le remboursement des frais, Genève 2007 (cité : Rémunération) ; CRAMER CONRADIN, Der Bonus im Arbeitsvertrag, thèse, Bâle 2006 ; DELBRÜCK GOTTLIEB, Die Gratifikation im schweizerischen Einzelarbeitsvertrag (Art. 322 lit. d OR), thèse, Zurich 1981 ; FINMA AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS, Circulaire 2010/1 – Systèmes de rémunération, Normes minimales des systèmes de rémunération dans les établissements financiers ; GEISER THOMAS, Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn, in : PJA 2001, pp. 382-393 ; MEIER KURT, Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis, in : ArbR 2001, pp. 61-78 ; PORTMANN DOMINIQUE, Mitarbeiterbeteiligung : Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen im schweizerischen Arbeitsrecht, thèse, Berne 2005 (cité : PORTMANN D.) ; REINERT PETER, Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht, in : PJA 2009, pp. 3-11 ; RUDOLPH ROGER, Neuere Entwicklungen im Bonusrecht, in : TREX 2/2011, pp. 92-96 ; RYTER FILIPPO, Les plans d'intéressement : aspects de droit du travail et de droit fiscal, in : WYLER, Panorama I, pp. 55-71 ; SENTI CHRISTOPH, Leistungslohn oder Gratifikation ? Stand der Diskussion und Versuch eines systematischen Ansatzes, in : DTA 2011, pp. 1-10 (cité : Leistungslohn) ; SENTI CHRISTOPH, Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation, in : PJA 2002, pp. 669-681 (cité : Abgrenzung) ; VON PLANTA ANDREAS, in : Les plans d'intéressement – aspects de droit commercial, Les plans d'intéressement – Stock Option Plans, Publication CEDIDAC N° 45, Lausanne 2001, pp. 41-55.

I. Généralités

1. Objet, systématique et nature de la norme

- ¹ **Objet** – L'art. 322d CO traite de la gratification. Il figure au nombre des dispositions relatives au salaire, ce qui découle du titre marginal principal de l'art. 322 CO. Pourtant, une véritable gratification ne fonde précisément aucune prétention en salaire, mais constitue une prestation facultative et volontaire de l'employeur¹.
- ² **Systématique** – La gratification est une des catégories de rémunération faisant l'objet d'une disposition spécifique de la loi, comme la participation au résultat de l'exploitation (art. 322a CO) et la provision (art. 322b et 322c CO). En matière

¹ RUDOLPH, p. 93.

de gratification, d'autres domaines du droit peuvent aussi trouver application, par exemple le droit des sociétés ou le droit administratif de surveillance².

Nature – L'art. 322d CO est de nature dispositive.

2. Principes

Définition – Il découle de l'art. 322d al. 1 CO que la gratification est une rétribution spéciale accordée en sus du salaire à certaines occasions, telles que Noël ou la fin de l'exercice annuel. Le Tribunal fédéral précise que la gratification dépend, dans une certaine mesure en tout cas, de l'employeur, si ce n'est dans son principe, à tout le moins dans son montant³. La prestation visée par l'art. 322d CO a donc un caractère précaire, en ce sens que son versement dépend en principe du bon vouloir de l'employeur. Une gratification peut être versée en espèces ou en nature (par exemple sous la forme de remise d'actions ou d'options au travailleur).

Gratification *stricto sensu* – La gratification *stricto sensu* ou proprement dite est une rétribution dont le principe même et le montant sont facultatifs et entièrement laissés à l'appréciation de l'employeur⁴.

Gratification convenue – La gratification convenue est une rétribution qui résulte d'un accord des parties, que ce soit à la conclusion du contrat de travail ou plus tard⁵. Un tel accord peut porter sur le principe et la quotité de la gratification, ou uniquement sur son principe⁶, ou encore uniquement sur son montant⁷. En vertu de l'art. 322d al. 1 CO, si une telle rétribution a été convenue, le travailleur y a droit. Dans cette hypothèse, le travailleur a, selon nous, une prétention en paiement de la gratification, mais cela ne signifie pas encore que la rétribution convenue doive automatiquement être qualifiée de salaire⁸.

² Voir à cet égard la Circulaire 2010/1 – Systèmes de rémunération, Normes minimales des systèmes de rémunération dans les établissements financiers, édictée par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA.

³ ATF 136 III 313, c. 2, JdT 2012 II 414 (trad.) ; ATF 131 III 615, c. 5.2 = SJ 2006 I 45 ; ATF 129 III 276, c. 2, JdT 2003 I 346 (trad.).

⁴ Voir BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 322d CO, pp. 94-95.

⁵ ATF 136 III 313, c. 2, JdT 2012 II 414 (trad.) : l'accord peut même découler d'actes concluants.

⁶ Par exemple, l'employeur s'engage dans le contrat à verser une gratification en fin d'année.

⁷ Par exemple, l'employeur s'engage à verser une gratification de 10'000 fr. en fin d'année s'il est satisfait. Voir également, ATF 136 III 313, c. 2 in fine, JdT 2012 II 414 (trad.).

⁸ En ce sens RUDOLPH, p. 93 : pour qui l'équation « prétention juridique = salaire » n'est pas forcément exacte ; *contra* : WYLER, p. 167 ; SUBILIA/DUC, N 7 ad art. 322d CO, pp. 187-188 : qui considèrent qu'une gratification convenue fait partie du salaire. Dans certains arrêts, le Tribunal fédéral semble aussi considérer que lorsque le travailleur peut faire valoir

II. Salaire et gratification

1. Evolution des formes de rémunération

7 **Formes traditionnelles de rémunération** – Adoptés le 25 juin 1971, les art. 322 à 322d CO sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1972. Ils n'ont pas été modifiés depuis et reflètent les formes traditionnelles de rémunération qui avaient cours dans les années 1960.

8 **Evolution** – Le droit du contrat de travail est régi par le principe de la liberté contractuelle, qui implique la possibilité pour les parties d'aménager librement la rémunération. Plusieurs formes de rémunération qui ne font l'objet d'aucune disposition légale spécifique sont dès lors apparues depuis l'entrée en vigueur des art. 322 à 322d CO. Les dénominations adoptées par les parties sont très diverses, par exemple : salaire ou rémunération variable⁹, part de salaire, 13^e salaire, gratification à bien plaie, gratification facultative, prime, prime sur objectifs, bonus, bonus discrétionnaire, bonus structuré, bonus incitatif, plan d'intéressement¹⁰, remise d'actions ou d'options, indemnité de départ en cas de restructuration ou de transfert d'entreprise¹¹.

2. Qualification juridique

9 **Qualification juridique** – Suivant les circonstances, ces formes de rémunération sont qualifiées soit de salaire (art. 322 CO), soit de gratification (art. 322d CO). Cette qualification n'est pas sans incidence, dans la mesure où le régime juridique applicable au salaire est fondamentalement différent de celui de la gratification.

10 **Différences entre salaire et gratification** – Le régime de la gratification est beaucoup plus flexible que les règles applicables au salaire. Ainsi, contrairement

une prétention au paiement, cela permet de qualifier la rétribution supplémentaire de salaire, voir: TF 4D_98/2011 du 20 mars 2012, c. 2.4 ; TF 4C.244/2004 du 25 octobre 2004, c. 2.1.

⁹ Pour des exemples récents dans le domaine des placements de capitaux: TF 4A_380/2011 du 5 mars 2012 (participation à un *Carried Interest Pool*) ; TF 4A_716/2011 du 3 avril 2012 (*performance fee* due au gérant d'un *hedge fund*).

¹⁰ Pour une définition, voir dans le présent ouvrage, N 27 ad art. 322 CO ; et ATF 131 III 615, c. 3 = SJ 2006 I 45.

¹¹ CAPH/GE du 3 mars 2009, in : JAR 2010, p. 498: dans l'ordre juridique suisse, il n'existe pas de dispositions topiques sur l'allocation d'indemnités de départ en cas de restructuration ou de transfert d'entreprise. Ces indemnités s'apparentent aux gratifications prévues à l'art. 322d CO, à savoir des rétributions spéciales qui s'ajoutent au salaire et sont accordées à certaines occasions. Elles dépendent du bon vouloir de l'employeur sous réserve du principe de l'égalité de traitement et du principe de la confiance.

au salaire, la gratification dépend, au moins partiellement, du bon vouloir de l'employeur. Ce dernier peut subordonner son octroi à des conditions, par exemple à la présence du salarié dans l'entreprise lors de son versement ou à l'absence de résiliation du contrat de travail¹². En cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui donne lieu à la rétribution spéciale, le travailleur n'a pas droit à un paiement *pro rata temporis* de la gratification, sauf si cela a été convenu entre les parties (art. 322d al. 2 CO)¹³. A l'opposé, le salaire ne peut pas faire l'objet de tels aménagements. Contrepartie du travail fourni, le salaire constitue un élément essentiel du contrat de travail. Sa fonction même exclut la possibilité pour l'employeur de soumettre la rémunération d'une prestation de travail déjà accomplie à la condition que le salarié soit encore dans l'entreprise ou qu'il n'ait pas donné ni reçu son congé¹⁴. En cas d'extinction des rapports de travail avant son échéance, la rétribution qualifiée de salaire doit en outre être versée *pro rata temporis*¹⁵.

Difficultés – La distinction entre gratification et salaire n'est pas toujours aisée. 11
Compte tenu de la différence de régime entre les deux formes de rémunération, il est évident que le travailleur prétendra que la rétribution en cause est un élément salarial auquel il a droit, tandis que l'employeur invoquera qu'il s'agit d'une gratification *stricto sensu*, ne créant aucune prétention pour le travailleur¹⁶. Bien qu'elle soit abondante, la jurisprudence en la matière est parfois mouvante¹⁷. Elle permet toutefois de dégager un certain nombre de critères permettant de distinguer la gratification du salaire.

III. Critères de distinction

1. Volonté des parties

Intention des parties – En cas de désaccord entre l'employeur et le travailleur quant à la qualification à donner à une rétribution spéciale, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, 12
sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexacts dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention

¹² TF 4A_502/2010 du 1^{er} décembre 2010, c. 2.2 ; TF 4A_509/2008 du 3 mars 2009, c. 4.1 ; TF 4C.426/2005 du 28 février 2006, c. 5.1.

¹³ TF 4C.426/2005 du 28 février 2006, c. 5.1 ; voir également BORNOZ, Panorama I, pp. 41-42 ; SENTI, Leistungslohn, p. 2.

¹⁴ TF 4C.426/2005 du 28 février 2006, c. 5.2.1 ; voir également BORNOZ, Panorama I, p. 42.

¹⁵ TF 4C.475/2004 du 30 mai 2005, c. 1.2.4 ; ATF 109 II 447, c. 5c = JdT 1984 I 222 = SJ 1984 448.

¹⁶ BORNOZ, Panorama I, p. 37.

¹⁷ SUBILIA/DUC, N 2 ad art. 322d CO, p. 186.

(art. 18 al. 1 CO)¹⁸. Il n'est donc pas possible de se fier uniquement à la terminologie utilisée par les parties. Il arrive en effet qu'une prestation désignée comme gratification constitue en réalité un élément de salaire ou qu'une prestation désignée comme part du salaire, par exemple un 13^e salaire, constitue en réalité une gratification¹⁹.

- 13 **Interprétation selon le principe de la confiance** – Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si leur volonté intime diverge, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance. Il doit alors rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances. Le principe de la confiance permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime²⁰.
- 14 **Circonstances pertinentes** – Pour déterminer si la prestation doit être qualifiée de gratification ou de salaire, le juge décidera de cas en cas sur le vu des circonstances pertinentes²¹. Figurent notamment au nombre des circonstances pertinentes l'existence d'un accord – explicite ou tacite – entre les parties, le montant de la rétribution et sa détermination, les réserves quant au caractère facultatif du montant, les éventuelles conditions posées au paiement de la prestation.

2. Montant et échéance inconditionnelle fixés contractuellement

- 15 **Montant et échéance fixés** – Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral estime que la rétribution dont le montant et l'échéance inconditionnelle sont fixés d'avance par le contrat de travail, telle que le 13^e mois de salaire ou autre rétribution semblable entièrement déterminée par le contrat, n'est pas une gratification mais constitue un élément de salaire²². Dans ce cas de figure, trois conditions doivent donc être remplies : le montant de la prestation doit être déterminé, l'échéance doit être fixée et le versement ne doit être assorti d'aucune condition.
- 16 **13^e salaire** – Le 13^e salaire n'est prévu par aucune disposition légale. Il découle dès lors d'un accord entre les parties ou d'une convention collective de travail. Selon la terminologie usuelle, le 13^e salaire correspond à un mois de salaire, dont l'échéance de paiement intervient à une date déterminée, en général à la fin de

¹⁸ TF 4A_502/2010 du 1^{er} décembre 2010, c. 2.1.1 ; TF 4C.6/2003 du 24 avril 2003, c. 3.6.

¹⁹ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 322d CO, p. 94.

²⁰ TF 4A_502/2010 du 1^{er} décembre 2010, c. 2.1.1 ; TF 4A_356/2011 du 9 novembre 2011, c. 4.1.

²¹ ATF 136 III 313, c. 2, JdT 2012 II 414 (trad.) ; TF 4A_502/2010 du 1^{er} décembre 2010, c. 2.1.2.

²² ATF 136 III 313, c. 2, JdT 2012 II 414 (trad.) ; TF 4C.475/2004 du 1^{er} juillet 2005, c. 1.2.1 ; ATF 129 III 276, c. 2, JdT 2003 I 346 (trad.).

l'année²³. Etant donné que le montant de la prestation est déterminé, que son échéance est fixée et que le versement se fait de manière inconditionnelle, le 13^e salaire fait partie intégrante du salaire. Son paiement est seulement différé²⁴. Le 13^e salaire est dû *pro rata temporis* en cas d'engagement ou de fin des rapports de travail en cours d'année²⁵. Les parties peuvent aussi convenir que le versement du 13^e salaire est subordonné à des conditions, comme le résultat de l'entreprise, l'assiduité du travailleur ou l'existence de rapports de travail non résiliés²⁶. Une des exigences nécessaires pour que le 13^e salaire soit qualifié de salaire, à savoir son caractère inconditionnel, fait alors défaut. L'insertion de conditions confère au 13^e salaire un caractère aléatoire²⁷. Selon nous, cette prestation doit dans ce cas être qualifiée de gratification convenue²⁸.

3. Montant variable en fonction d'objectifs prédéterminés

Rémunération variable – Les systèmes de rémunération variable ont généralement pour but d'inciter le travailleur à améliorer sa prestation et à atteindre des objectifs prédéterminés²⁹. Les dispositions légales prévoyant une rémunération au résultat, comme la participation au résultat de l'exploitation (art. 322a CO), la provision (art. 322b et 322c CO) et le salaire aux pièces ou à la tâche (art. 326 et 326a CO), fonctionnent selon le même mécanisme³⁰.

Objectifs prédéterminés – Lorsque les objectifs sont définis ou convenus à l'avance, qu'ils se rapportent à des critères objectifs (par exemple résultat de l'entreprise, chiffre d'affaires) ou propres au travailleur (par exemple performance individuelle, évaluation), le travailleur a droit à la rémunération variable si les résultats sont atteints. Dans cette hypothèse, l'employeur n'a pas de liberté d'appréciation³¹. Ce type de rémunération ne constitue donc pas une gratification, mais un salaire.

²³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 322d CO, p. 94 ; CARRUZZO, Rémunération, p. 55.

²⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 322d CO, p. 94 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 10 ad art. 323 CO, p. 367 ; SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 322d CO, p. 187.

²⁵ ATF 109 II 447, c. 5c = JdT 1984 I 222 = SJ 1984 448 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 322d CO, p. 94.

²⁶ TF 4C.290/2004 du 27 octobre 2004 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 322d CO, p. 94.

²⁷ CARRUZZO, Rémunération, p. 56.

²⁸ Voir BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 322d CO, p. 94.

²⁹ Pour des exemples récents dans le domaine des placements de capitaux: TF 4A_380/2011 du 5 mars 2012 (participation à un *Carried Interest Pool*) ; TF 4A_716/2011 du 3 avril 2012 (*performance fee* due au gérant d'un *hedge fund*).

³⁰ SENTI, Leistungslohn, p. 3.

³¹ TF 4C.6/2003 du 24 avril 2003, c. 2.2 ; SENTI, Leistungslohn, pp. 3 et 8.

4. Rapport de proportionnalité entre salaire et gratification

19 **Caractère accessoire de la gratification** – En vertu de l’art. 322d al. 1 CO, la gratification est versée en sus du salaire. La jurisprudence en déduit que la gratification est accessoire par rapport au salaire et qu’elle ne peut avoir qu’une importance secondaire dans la rétribution du travailleur. Par conséquent, pour les revenus les plus considérables, un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un salaire, même si l’employeur en réservait le caractère facultatif. Dans le cas de salaires modestes, un montant proportionnellement moins élevé peut déjà présenter le caractère de salaire³². Lorsque le versement ne revêt plus le caractère accessoire propre à la gratification, le Tribunal fédéral requalifie la rétribution en salaire dans sa totalité³³. Cette jurisprudence n’exclut toutefois pas qu’un montant supérieur au salaire puisse être qualifié de gratification, à la condition qu’il s’agisse d’un versement unique et exceptionnel³⁴. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral paraît nuancer la portée de ce critère, en ne qualifiant pas de salaire un bonus à l’engagement et des bonus garantis pour les deux premières années du contrat, dont le montant était largement supérieur au salaire annuel³⁵.

20 **Détermination du caractère accessoire** – Le Tribunal fédéral examine toujours de cas en cas, en fonction des circonstances, si la rétribution accordée présente un caractère accessoire par rapport au salaire, renonçant ainsi à fixer un rapport de proportionnalité déterminé entre salaire et gratification³⁶. Il considère par exemple que constituent une gratification un versement atteignant 25 % d’un salaire annuel de 100’000 fr., des montants représentant en moyenne et sur trois ans 16 % par rapport à un salaire de plus de 415’000 fr. par an, un versement se montant à environ 20 % d’un salaire annuel fixe de 130’000 fr. ou un bonus équiva-

³² TF 4A_509/2008 du 3 février 2009, c. 4.1 ; ATF 131 III 615, c. 5.2 = SJ 2006 I 45 ; TF 4C.364/2004 du 1^{er} juillet 2005, c. 2.2 ; ATF 129 III 276, c. 2.1, JdT 2003 I 346 (trad.).

³³ AUBERT, Rapport, p. 122.

³⁴ TF 4C.364/2004 du 1^{er} juillet 2005, c. 2.2 ; CARRUZZO, Rémunération, p. 68 ; WYLER, p. 169.

³⁵ TF 4A_356/2011 du 9 novembre 2011 : il s’agit toutefois d’une situation particulière, puisque le bonus à l’engagement (850’000 fr.) et les bonus garantis pour les deux premières années du contrat (880’000 et 800’000 fr.), nettement plus élevés que le salaire annuel (270’000 fr.), étaient prévus contractuellement, les parties n’ayant en revanche pas défini un éventuel droit au bonus au-delà de cette période. Comblant une lacune du contrat, le Tribunal fédéral a estimé que le travailleur avait néanmoins droit à un bonus, d’un montant moins élevé, pour l’année suivante en appliquant le principe de l’égalité de traitement. Il faut également relever que le travailleur ne semble lui-même pas avoir prétendu que le bonus à l’engagement et les deux premiers bonus garantis devaient être qualifiés de salaire.

³⁶ TF 4C.364/2004 du 1^{er} juillet 2005, c. 2.2.

lent à moins de 15 % d'un salaire annuel de 123'500 fr.³⁷. Ont en revanche été qualifiés de salaire un bonus de 278'733 fr. comparé à un salaire annuel de 112'400 fr. ou des versements sur trois années consécutives de 65'000 fr., 180'000 fr. et 310'000 fr. par rapport à des salaires pour la même période de 165'000 fr., 167'500 fr. et 197'000 fr.³⁸. Dans une situation où le salaire fixe, bien que confortable, avait représenté sur plusieurs années seulement 15 % de la rémunération globale, la part de rémunération complémentaire a aussi été qualifiée de salaire³⁹.

Critiques de la doctrine – La requalification en salaire, opérée par le Tribunal fédéral lorsque des rétributions sont régulièrement plus élevées que le salaire, a suscité les critiques de la doctrine⁴⁰. Pour Wyler, à un niveau de rémunération très élevé, la liberté contractuelle devrait prévaloir, et une gratification pourrait atteindre et même dépasser le salaire de base⁴¹. Plus nuancé, Aubert estime que si le juge parvient à la conclusion que la part discrétionnaire de la rémunération est excessive, comparée à la part fixe, il ne peut pas la supprimer purement et simplement en la requalifiant en salaire : au contraire, le juge devrait la réduire de façon appropriée, en tenant compte notamment du but de la part discrétionnaire (motivation et encouragement pour l'avenir) et de la position économique des parties (montant élevé de la rémunération globale)⁴². Pour l'heure, le Tribunal fédéral paraît maintenir sa position et continuer de qualifier de salaire les rétributions spéciales qui sont régulièrement supérieures au salaire fixe⁴³. Certes, dans un arrêt récent, des bonus largement plus élevés que le salaire annuel n'ont pas été taxés de salaire. Vu les circonstances particulières du cas d'espèce, il semble toutefois délicat d'en déduire que le Tribunal fédéral aurait renoncé à sa pratique antérieure⁴⁴. Dans un arrêt non publié du 14 mars 2006, l'Obergericht du canton de Zurich a pour sa part admis de réduire la part discrétionnaire de manière à ce que le rapport entre gratification et salaire corresponde au maximum admissible

³⁷ ATF 129 III 276, c. 2.1, JdT 2003 I 346 (trad.) ; ATF 131 III 615, c. 6.2 = SJ 2006 I 45 ; TF 4C.6/2003 du 24 avril 2003, c. 3.2 ; TF 4A_502/2010 du 1^{er} décembre 2010, c. 2.2 ; TF 4A_26/2012 du 15 mai 2012, c. 5.2.1.

³⁸ TF 4C.426/2005 du 28 février 2006, c. 5.1 ; TF 4C.475/2004 du 30 mai 2005, c. 1.2.4.

³⁹ TF 4A_509/2008 du 3 février 2009, c. 4.3.2.1.

⁴⁰ WYLER, p. 169 ; CRAMER, pp. 110-112 ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 1 ad art. 322d CO, p. 283 ; PORTMANN, BaK 2011, N 19 ad art. 322d CO, p. 1874.

⁴¹ WYLER, p. 169 ; dans le même sens CRAMER, pp. 110-112.

⁴² AUBERT, Rapport, p. 123.

⁴³ TF 4A_509/2008 du 3 février 2009, c. 4.3.2.2 : bonus requalifiés en salaire car, sur la durée de l'engagement, le salaire de base ne représentait que 15 % environ de la totalité des montants versés par l'employeur. Le Tribunal fédéral n'écarte pas complètement l'idée de ramener la part discrétionnaire du bonus qui se révélerait excessive à une proportion adéquate par rapport au salaire fixe, mais renonce à l'examiner au motif que les éléments factuels nécessaires à sa mise en œuvre font défaut.

⁴⁴ TF 4A_356/2011 du 9 novembre 2011 ; voir *supra* N 19.

au regard des principes dégagés par la jurisprudence⁴⁵. Selon nous, cette manière de procéder atténuerait la rigueur de la solution du Tribunal fédéral et permettrait de tenir compte de manière adéquate de la liberté contractuelle des parties, tout en fixant une limite maximale à la part discrétionnaire de la rémunération, qui ne devrait jamais excéder le montant du salaire pour les revenus élevés.

5. Réserves quant au caractère facultatif de la gratification

22

Absence de réserves – Pour la jurisprudence, en l'absence d'un accord explicite, la gratification est considérée comme convenue lorsque l'employeur l'a versée pendant plus de trois années consécutives sans en réserver, par une déclaration adressée au travailleur, le caractère facultatif⁴⁶. En d'autres termes, le versement régulier et ininterrompu d'une gratification pendant au moins trois ans, sans aucune réserve quant à son caractère facultatif, fait naître, par actes concluants, un droit au versement de gratifications futures⁴⁷. La gratification est alors privée de son caractère facultatif quant à son principe, la liberté de l'employeur ne subsistant plus qu'en ce qui concerne son montant⁴⁸. Cela ne signifie pas pour autant que la rétribution doive automatiquement être qualifiée de salaire⁴⁹. La jurisprudence récente paraît même limiter encore plus la portée accordée jusqu'alors à ce critère. Bien qu'il continue de reconnaître le caractère obligatoire de gratifications versées sans réserves pendant au moins trois ans, le Tribunal fédéral admet en effet que cette rétribution n'est pas due pour l'année où les rapports de travail prennent fin lorsque l'employeur subordonne le versement

⁴⁵ OG/ZH du 14 mars 2006, affaire LA040012, c. 4.1, cité par RUDOLPH, p. 94 : à titre d'exemple, avec un salaire annuel de base de 100'000 fr. et des gratifications répétées de 200'000 fr., il faudrait requalifier en salaire 50'000 fr., le salaire (150'000 fr.) et la gratification (150'000 fr.) étant alors équivalents, conformément au rapport de proportionnalité que le Tribunal fédéral considère comme admissible pour les revenus les plus élevés. Dans le même sens : KG/SG du 11 février 2008, in : JAR 2009, p. 569.

⁴⁶ TF 4D_98/2011 du 20 mars 2012, c. 2.4 ; TF 4A_502/2010 du 1^{er} décembre 2010, c. 2.1.2 ; TF 4A_509/2008 du 3 février 2009, c. 4.1 ; ATF 131 III 615, c. 5.2 = SJ 2006 I 45 ; ATF 129 III 276, c. 2, JdT 2003 I 346 (trad.).

⁴⁷ TF 4A_235/2010 du 25 juin 2010 : bien que la jurisprudence fasse état de versements réguliers pendant plus de trois années, une rétribution accordée trois ans de suite paraît déjà suffire pour reconnaître le caractère convenu de la gratification.

⁴⁸ ATF 131 III 615, c. 5.2 = SJ 2006 I 45 ; ATF 129 III 276, c. 2, JdT 2003 I 346 (trad.).

⁴⁹ En ce sens RUDOLPH, p. 93 : pour qui l'équation « prétention juridique = salaire » n'est pas forcément exacte ; voir également TF 4A_235/2010 du 25 juin 2010 : bonus, revêtant un caractère obligatoire après avoir été versé pendant trois années consécutives, mais refusé pour l'année où les rapports de travail ont pris fin, car le versement était soumis à la condition que le contrat de travail ne soit pas résilié. Cette solution ne se justifie que si l'on est en présence d'une gratification et non d'un salaire (qui ne peut pas être soumis à condition).

du bonus à la non-résiliation du contrat⁵⁰. Il en va de même quand le travailleur ne réagit pas pendant près d'une année à une lettre de résiliation et à des documents destinés à la déclaration fiscale dont il résulte que l'employeur ne versera pas de bonus pour l'année durant laquelle les rapports de travail ont pris fin⁵¹.

Réserves de l'employeur – L'employeur peut empêcher la naissance d'un droit en réservant le caractère facultatif de la gratification⁵², par exemple en spécifiant que la rétribution est facultative, versée à bien plaisir par l'employeur et qu'elle ne fait naître aucune prétention du travailleur. Même si la réserve figure dans le contrat de travail ou dans un règlement d'entreprise, le Tribunal fédéral considère qu'elle doit être renouvelée lors de chaque paiement⁵³. 23

Réserves répétées – Quand l'employeur répète d'année en année la réserve du caractère facultatif de la gratification, on peut se demander si cette clause ne devient pas inopérante. Pour le Tribunal fédéral, la réserve du caractère facultatif de la gratification peut être dénuée de portée, si elle est une formule vide de sens et si l'employeur montre, par son comportement, qu'il se sent obligé d'en verser une. La jurisprudence n'établit cependant pas de lignes directrices claires sur ce point et tranche de cas en cas la portée qu'il faut attribuer aux réserves répétées de l'employeur⁵⁴. En tous les cas, il semble admis que la réserve devient inopérante si l'employeur a versé régulièrement une gratification assortie de réserves, alors même que durant la période concernée, il aurait eu des motifs de ne pas la verser (par exemple en raison de mauvais résultats ou de la mauvaise marche des affaires)⁵⁵. 24

⁵⁰ TF 4A_235/2010 du 25 juin 2010, c. 2.

⁵¹ TF 4A_29/2011 du 21 mars 2011 : le travailleur aurait, par son comportement après le licenciement et en attendant près d'une année avant d'émettre sa prétention, admis par actes concluants que le versement de la gratification était facultatif et, dans tous les cas, exclu pour l'année au cours de laquelle le travailleur cessait son activité.

⁵² ATF 129 III 276, c. 2.2 et 2.3, JdT 2003 I 346 (trad.) ; TF 4C.325/2002 du 24 janvier 2003, c. 3.2 ; CARRUZZO, Rémunération, pp. 69-70 ; WYLER, pp. 167-168.

⁵³ TF 4C.325/2002 du 24 janvier 2003, c. 3.2 ; *contra* : WYLER, pp. 167-168, pour qui une réserve contenue dans le contrat ou dans un règlement d'entreprise semble suffire.

⁵⁴ ATF 129 III 276, 2.3, JdT 2003 I 346 (trad.) : réserves du caractère facultatif de la gratification répétées pendant douze ans admises ; TF 4C.244/2004 du 25 octobre 2004, c. 2.2 : réserves inopérantes pour un travailleur ayant reçu un bonus en 1994, puis de 1996 à 1999, l'attitude de l'employeur démontrant que celui-ci s'était engagé à verser un bonus. Voir également TF 4C.325/2002 du 24 janvier 2003, c. 3.2 ; TF 4A_26/2012 du 15 mai 2012, c. 5.2.1.

⁵⁵ ATF 129 III 276, c. 2.3, JdT 2003 I 346 (trad.) ; voir AUBERT, CR 2012, N 13 ad art. 322d CO, p. 1993 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 5 ad art. 322d CO, p. 95 ; CARRUZZO, Rémunération, pp. 70-71 ; WYLER, p. 166.

6. Egalité de traitement

25 **Principe** – En droit du travail, le respect de l'égalité de traitement découle de l'obligation de l'employeur de respecter la personnalité du travailleur (art. 328 CO) et s'applique notamment en matière d'égalité entre femmes et hommes, de gratification ou de plan social⁵⁶.

26 **Portée** – Bien que la gratification constitue, par essence, une prestation dépendant de la libre appréciation de l'employeur, ce dernier doit dans une certaine mesure respecter l'égalité de traitement lors de son octroi⁵⁷ et de la fixation de son montant⁵⁸. Lorsqu'il est d'usage de payer une gratification, l'employeur ne peut pas la refuser à un seul travailleur sans motif particulier. L'employeur ne peut pas non plus placer un travailleur dans une situation clairement moins avantageuse que celle d'un grand nombre d'autres travailleurs. Dans ces circonstances, la décision de l'employeur peut en effet laisser transparaître une sous-évaluation de la personnalité du travailleur qui soit blessante pour celui-ci et constitue une atteinte à sa personnalité⁵⁹. Rien ne s'oppose en revanche à ce que l'employeur favorise certains travailleurs par rapport à d'autres⁶⁰.

7. Autres critères ?

27 **Gratification prise en compte dans la rémunération annuelle brute** – Si une rétribution spéciale, en l'occurrence un bonus, fait partie de la rémunération brute annuelle annoncée par l'employeur, il s'agit d'un indice supplémentaire permettant de considérer que la gratification a perdu son caractère discrétionnaire pour devenir un élément de salaire⁶¹. Le simple fait que les bonus perçus

⁵⁶ Voir WYLER, pp. 731-745.

⁵⁷ TF 4A_356/2011 du 9 novembre 2011, c. 7.5 : l'employeur ayant pour politique de payer un bonus à tous les employés, le travailleur pouvait partir de l'idée qu'il aurait droit à l'octroi d'une telle rétribution au-delà de la période durant laquelle des bonus lui avaient été expressément garantis contractuellement, mais que le montant ne serait en revanche plus garanti.

⁵⁸ TF 4A_356/2011 du 9 novembre 2011, c. 9.6 : pour fixer le montant de la gratification, l'employeur doit également respecter l'égalité de traitement, en tenant compte des montants précédemment versés au travailleur concerné et de l'adaptation générale des bonus versés aux autres collaborateurs.

⁵⁹ ATF 129 III 276, c. 3, JdT 2003 I 346 (trad.) ; BORNOZ, Panorama I, pp. 50-51 ; CARRUZ-ZO, Rémunération, pp. 75-76 ; WYLER, p. 166.

⁶⁰ ATF 129 III 276, c. 3, JdT 2003 I 346 (trad.) : pas de violation du principe de l'égalité pour un bonus soumis à la condition de rapports de travail non résiliés, mais accordé néanmoins à quelques travailleurs à la fin de leur contrat ; voir également TF 4C.467/2004 du 1^{er} avril 2005, c. 3.

⁶¹ TF 4C.426/2005 du 28 février 2006, c. 5.1.

figurent sur les fiches de salaire sous la rubrique « éléments du salaire » n'est en revanche pas pertinent⁶².

Cotisations sociales – Les autorités judiciaires pourraient également tenir compte de la perception de cotisations sociales sur une rétribution spéciale en tant qu'indice de distinction entre gratification et salaire. Si la gratification est assurée dans les domaines de la prévoyance professionnelle, de l'assurance-accident complémentaire ou de l'assurance perte de gain en cas de maladie, cela pourrait en effet signifier que les parties ont considéré que le maintien du niveau de vie du travailleur inclut non seulement le salaire, mais aussi la gratification⁶³. Le Tribunal fédéral ne semble toutefois pas tirer de conséquence de la perception ou non de cotisations sociales sur une gratification⁶⁴. 28

Indices – La prise en compte de la gratification dans la rémunération annuelle annoncée par l'employeur, sa mention dans les décomptes de salaire et la perception de cotisations sociales ne paraissent dès lors pas constituer des critères décisifs pour la qualification de la prestation. Tout au plus s'agit-il d'indices ou d'éléments complémentaires d'appréciation pour le juge. 29

IV. Clause de remboursement

Clause de remboursement – Il arrive que les parties prévoient une clause de remboursement de la gratification, en particulier pour le cas où le travailleur quitterait son emploi⁶⁵. 30

Admissibilité – Contrairement aux clauses de restitution d'acomptes versés sur une participation au résultat de l'exploitation ou sur une provision – qui sont valables aux yeux du Tribunal fédéral-, la validité d'une clause de remboursement de la gratification est discutée. Selon un arrêt genevois, déjà ancien, une telle clause serait nulle, car une éventuelle obligation de remboursement rendrait l'exercice du droit de résilier beaucoup plus difficile, voire illusoire ou impossible⁶⁶. Une partie de la doctrine approuve ce résultat, considérant en particulier qu'une clause de remboursement de la gratification constituerait un accord sur 31

⁶² TF 4A_29/2011 du 21 mars 2011, c. 1.2 : bonus figurant sur les fiches de salaire, accordé pendant plus de trois ans, mais refusé l'année du licenciement, le travailleur ayant, par son comportement, accepté tacitement le caractère facultatif du bonus.

⁶³ TF 4C.6/2003 du 24 avril 2003, c. 2.2 ; BORNOZ, Panorama I, p. 51.

⁶⁴ TF 4A_29/2011 du 21 mars 2011 : bonus soumis aux cotisations sociales qualifié de gratification ; TF 4C.6/2003 du 24 avril 2003, c. 2.2 : l'absence de perception des cotisations sociales pour les assurances complémentaires ne permet pas à elle seule de qualifier un bonus de gratification, puisqu'il n'existe dans ce domaine aucune obligation d'assurance.

⁶⁵ Pour un exemple, voir CAPH/GE du 17 mars 1988, in : SJ 1989, p. 666.

⁶⁶ CAPH/GE du 17 mars 1988, in : SJ 1989, p. 666, avec note de AUBERT.

l'utilisation du salaire, prohibé par l'art. 323b al. 3 CO⁶⁷. Pour d'autres auteurs, une clause de remboursement est valable à certaines conditions, par exemple si la gratification a le caractère d'un encouragement pour le futur⁶⁸ ou lorsque le contrat est résilié par le travailleur pour un motif non imputable à l'employeur, ou encore dans l'hypothèse où le contrat est résilié par l'employeur pour un motif imputable au travailleur⁶⁹. Wyler est plus nuancé, considérant que sauf dans le cas du versement d'acomptes et d'une résiliation qui survient avant l'occasion y donnant lieu, une gratification versée ne peut jamais être l'objet d'un remboursement ultérieur⁷⁰.

V. Conditions à l'octroi d'une gratification

32 **Admissibilité des conditions** – Comme indiqué ci-dessus, la gratification diffère du salaire, notamment parce que son octroi peut être soumis à condition⁷¹. L'employeur peut ainsi subordonner le droit à la gratification à des conditions comme la présence du salarié dans l'entreprise ou l'absence de résiliation du contrat⁷². Lorsque la gratification est accordée sous forme de participation à un plan d'intéressement, l'employeur peut également soumettre l'attribution définitive des titres à un délai de blocage. A cet égard, le Tribunal fédéral admet que le travailleur peut se faire promettre des options ou des actions dont il ne disposera qu'après cinq ans, selon les modalités d'un plan d'intéressement, sans que cela n'entraîne une restriction inadmissible de sa liberté de quitter l'employeur (art. 27 al. 2 CC)⁷³. Si la participation au plan d'intéressement est qualifiée de gratification, la résiliation du contrat de travail peut alors entraîner la perte des titres soumis à la période de blocage⁷⁴.

33 **Réduction de la gratification en cas de résiliation** – Si les rapports de travail prennent fin avant l'occasion qui donne lieu à la rétribution spéciale, l'art. 322d al. 2 CO prévoit que le travailleur n'a droit à une part proportionnelle de cette rétribution que s'il en a été convenu ainsi. En d'autres termes, si le contrat se termine avant la date d'octroi de la gratification, le travailleur n'a, sauf accord contraire, plus droit à cette rétribution. Lorsqu'au moment du paiement de la

⁶⁷ En ce sens AUBERT, note parue in : SJ 1989 666, pp. 668-669 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 8 ad art. 322d CO, p. 96.

⁶⁸ TERCIER/FAVRE, N 3457, p. 510 ; SUBILIA/DUC, N 31 ad art. 322d CO, p. 193.

⁶⁹ CARRUZZO, N 8 ad art. 322d CO, pp. 149-150 ; DELBRÜCK, p. 93 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 25 ad art. 322d CO, p. 217.

⁷⁰ WYLER, p. 171.

⁷¹ Voir *supra* N 10.

⁷² TF 4A_16/2012 du 15 mai 2012, c. 5.2.2 ; TF 4A_502/2010 du 1^{er} décembre 2010, c. 2.2 ; TF 4A_509/2008 du 3 mars 2009, c. 4.1 ; TF 4C.426/2005 du 28 février 2006, c. 5.1.

⁷³ ATF 131 III 615, c. 3 = SJ 2006 I 45 ; ATF 130 III 495, c. 5, JdT 2005 I 79 (trad.).

⁷⁴ ATF 131 III 615, c. 3 = SJ 2006 I 45.

gratification, le travailleur est au service de l'employeur, mais que le contrat de travail est déjà résilié pour une échéance ultérieure, le travailleur n'a pas droit à cette rétribution, si l'employeur a subordonné son octroi à l'absence de résiliation du contrat⁷⁵. Dans cette hypothèse, même en l'absence de condition posée par l'employeur, la doctrine⁷⁶ et la jurisprudence⁷⁷ admettent que la gratification peut être réduite d'un tiers ou de la moitié. Généralement, la gratification vise non seulement à récompenser le travailleur pour les prestations effectuées, mais également à l'encourager à fournir des efforts dans la poursuite des rapports de travail. Or, en cas de résiliation des rapports de travail, la part destinée à cet encouragement n'a plus lieu d'être, ce qui justifierait la réduction de la gratification.

Empêchement frauduleux – L'art. 156 CO prévoit que la condition est réputée accomplie quand l'une des parties en a empêché l'avènement au mépris des règles de la bonne foi. En application de cette disposition, le travailleur peut prétendre au versement d'une gratification si l'employeur a empêché frauduleusement la survenance d'une condition permettant l'octroi de la prestation. Tel est notamment le cas si l'employeur résilie le contrat de travail de manière abusive juste avant l'occasion qui justifie l'octroi de la gratification⁷⁸.

34

⁷⁵ Voir *supra* N 32.

⁷⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 322d CO, pp. 344-345 ; WYLER, pp. 170-171.

⁷⁷ TF 4A_356/2011 du 9 novembre 2011, c. 11 ; voir également la jurisprudence cantonale citée par STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 322d CO, pp. 344-345.

⁷⁸ TF 4C.97/2006 du 6 juin 2006, c. 4 : octroi d'une tranche du plan d'options, qualifié de gratification, venant à échéance postérieurement au licenciement abusif du travailleur.

Art. 323

II. Paiement du salaire 1. Délais et terme de paiement

¹ Si des délais plus courts ou d'autres termes de paiement ne sont pas prévus par accord ou ne sont pas usuels et sauf clause contraire d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective, le salaire est payé au travailleur à la fin de chaque mois.

² La provision est payée à la fin de chaque mois, à moins qu'un terme de paiement plus court n'ait été convenu ou ne soit usuel ; toutefois, lorsque l'exécution de certaines affaires exige plus d'une demi-année, l'échéance de la provision peut être différée par accord écrit pour ces affaires.

³ La participation au résultat de l'exploitation est payée dès que ce résultat est constaté, mais au plus tard six mois après la fin de l'exercice.

⁴ Dans la mesure du travail déjà exécuté, l'employeur accorde au travailleur dans le besoin les avances qu'il peut raisonnablement faire.

II. Ausrichtung des Lohnes 1. Zahlungsfristen und -termine

¹ Sind nicht kürzere Fristen oder andere Termine verabredet oder üblich und ist durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nichts anderes bestimmt, so ist dem Arbeitnehmer der Lohn Ende jedes Monats auszurichten.

² Ist nicht eine kürzere Frist verabredet oder üblich, so ist die Provision Ende jedes Monats auszurichten ; erfordert jedoch die Durchführung von Geschäften mehr als ein halbes Jahr, so kann durch schriftliche Abrede die Fälligkeit der Provision für diese Geschäfte hinausgeschoben werden.

³ Der Anteil am Geschäftsergebnis ist auszurichten, sobald dieses festgestellt ist, spätestens jedoch sechs Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres.

⁴ Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer nach Massgabe der geleisteten Arbeit den Vorschuss zu gewähren, dessen der Arbeitnehmer infolge einer Notlage bedarf und den der Arbeitgeber billigerweise zu gewähren vermag.

II. Pagamento del salario 1. Termini

¹ In quanto un più breve termine od un altro periodo di paga non sia stato convenuto o non sia d'uso né stabilito diversamente mediante contratto normale o contratto collettivo, il salario è pagato al lavoratore alla fine di ogni mese.

² In quanto un più breve termine non sia stato convenuto o non sia d'uso, la provvigione è pagata alla fine di ogni mese ; se, però, l'esecuzione di taluni affari esige più di mezzo anno, la scadenza della provvigione per questi affari può essere differita mediante accordo scritto.

³ La partecipazione al risultato dell'esercizio è pagata non appena il risultato è accertato, ma al più tardi sei mesi dopo la fine dell'esercizio annuale.

⁴ Proporzionalmente al lavoro già eseguito, il datore di lavoro deve accordare al lavoratore nel bisogno le anticipazioni che può ragionevolmente fargli.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	177
II. Délais et terme de paiement	4	177
1. Salaire.....	4	177
2. Provision.....	7	178
3. Participation au résultat de l'exploitation	10	179
4. Gratification et 13 ^e salaire	12	179
III. Demeure de l'employeur.....	14	180
IV. Prescription	19	181
V. Avances.....	21	182

Bibliographie spécifique

CARRUZZO PHILIPPE, La rémunération du travailleur et le remboursement des frais, Genève 2007 (cité : Rémunération) ; KLEY-STRULLER ANNA, Zahlungsrückstand des Arbeitgebers rechtfertigt Arbeitsverweigerung, Commentaire de l'ATF 120 II 209, in : PJA 1994, p. 1473 ; TSCHUDI HANS-PETER, Probleme des Lohnschutzes, in : ArbR 1992, pp. 9-22.

I. Généralités

Objet – L'art. 323 CO traite du paiement du salaire, plus particulièrement des délais et terme de paiement, ainsi que de l'avance sur salaire. Il fait partie du chapitre relatif aux obligations de l'employeur, comme l'indique le titre marginal principal figurant à l'art. 322 CO. ¹

Systématique – Avec les règles en matière de retenue sur le salaire (art. 323a CO) et de garantie (art. 323b CO), la disposition forme le régime applicable au paiement du salaire. ²

Nature – Les al. 1, 2 et 3 de l'art. 323 CO, fixant les délais et terme de paiement du salaire, de la provision et de la participation au résultat de l'exploitation, sont de nature dispositive. L'al. 4, concernant l'avance sur salaire, est absolument impératif. ³

II. Délais et terme de paiement

1. Salaire

Principe – L'art. 323 al. 1 CO régit les délais et terme de paiement du salaire. Il prévoit que si des délais plus courts ou d'autres termes de paiement ne sont pas prévus par accord ou ne sont pas usuels et sauf clause contraire d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective, le salaire est payé au travailleur à la fin de chaque mois. ⁴

- 5 **Fin du mois** – En vertu de l’art. 76 al. 1 CO, la fin du mois correspond au dernier jour du mois. Quand le dernier jour du mois tombe sur un dimanche ou sur un autre jour reconnu férié, le terme devrait être reporté de plein droit au premier jour non férié qui suit, conformément à l’art. 78 al. 1 CO. Si une partie de la doctrine admet un tel report¹, d’autres auteurs estiment que le salaire devrait toujours être payé au travailleur avant la fin du mois². Cette dernière solution, plus favorable au travailleur, trouve désormais appui dans la jurisprudence qui considère qu’un terme de paiement mensuel, convenu ou usuel, pour le travail fourni au cours d’un mois de calendrier, doit obligatoirement précéder le dernier jour de ce mois et ne peut être reporté dans le courant du mois suivant³.
- 6 **Accord contraire** – Les parties peuvent convenir de délais plus courts (par exemple toutes les semaines ou tous les quinze jours) ou d’autres termes de paiement que ceux prévus par la loi. Bien qu’il soit formellement dispositif, l’art. 323 al. 1 CO n’autorise qu’un accord portant sur des délais plus courts et exclut, par voie de conséquence, les délais plus longs⁴. Pour ce qui est du terme de paiement, la loi prévoit uniquement que d’autres termes peuvent être convenus, sans autre précision. Pour le Tribunal fédéral, l’art. 323 al. 1 CO ne permet toutefois pas que le paiement du salaire soit ajourné à plus d’un mois après le moment où le travail a été accompli, de sorte qu’un terme de paiement mensuel, convenu ou usuel, doit toujours précéder le dernier jour du mois pour le travail fourni durant cette période⁵. Il en découle que le salaire doit toujours être payé avant la fin du mois et que les accords prévoyant un terme de paiement au début du mois suivant ne sont pas valables.

2. Provision

- 7 **Principe** – L’art. 323 al. 2 CO régit le terme de paiement de la provision. Il prévoit que la provision est payée à la fin de chaque mois, à moins qu’un terme de paiement plus court n’ait été convenu ou ne soit usuel. Bien que la règle soit dispositive, seul un accord portant sur un terme de paiement plus court peut être valable.

¹ BRÜHWILER, N 3 ad art. 323 CO, p. 124 ; CARRUZZO, Rémunération, p. 214 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 ad art. 323 CO, pp. 366-367.

² BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 323 CO, p. 98 : pour qui le salaire ne devrait jamais être payé dans les premiers jours du mois suivant ; STAEHELIN, ZK 2006, N 5 ad art. 323 CO, p. 323 : qui estime que le travailleur doit pouvoir disposer de son salaire le dernier jour du mois ; WYLER, p. 190 : qui considère que le salaire doit toujours parvenir au travailleur avant la fin du mois.

³ TF 4A_192/2008 du 9 octobre 2008, c. 5 : le paiement du salaire durant la première quinzaine du mois suivant est un usage inopposable au travailleur au regard de l’art. 323 al. 1 CO.

⁴ SUBILIA/DUC, N 1 ad art. 323 CO, p. 194.

⁵ TF 4A_192/2008 du 9 octobre 2008, c. 5.

Cas particulier – Pour les affaires dont l'exécution exige plus d'une demi-année, l'échéance de la provision peut être différée par accord écrit. Dans ce cas particulier, l'échéance peut donc être fixée au-delà de la fin du mois, l'accord des parties devant revêtir la forme écrite. L'art. 323 al. 2 CO mentionne uniquement que l'échéance de la provision pour ce type d'affaires peut être différée, sans prévoir de limite dans le temps. Cette limite est posée par l'art. 339 al. 2 CO, qui définit l'exigibilité de la provision à la fin du contrat.

Exigibilité à la fin du contrat – En vertu de l'art. 339 al. 2 CO, lorsque le travailleur a droit à une provision pour des affaires dont l'exécution a lieu entièrement ou partiellement après la fin du contrat, l'exigibilité peut être différée par accord écrit, mais en général pour six mois au plus. L'exigibilité ne peut pas être différée pour plus d'une année s'il s'agit d'affaires donnant lieu à des prestations successives, ni pour plus de deux ans s'il s'agit d'affaires dont l'exécution s'étend sur plus d'une demi-année. C'est dire qu'à la fin du contrat, l'art. 339 al. 2 CO fixe des limites définitives en matière d'exigibilité de la provision.

3. Participation au résultat de l'exploitation

Principe – L'art. 323 al. 3 CO prévoit que la participation au résultat de l'exploitation est payée dès que ce résultat est constaté, mais au plus tard six mois après la fin de l'exercice. Pour que la participation au résultat puisse être déterminée et payée, il faut bien évidemment que le résultat soit établi, ce qui explique la règle posée par la loi.

Accord contraire – Formellement dispositif, l'art. 323 al. 3 CO n'exclut pas un accord différent des parties pour le paiement de la participation au résultat de l'exploitation. Comme le paiement doit impérativement avoir lieu six mois après la fin de l'exercice au plus tard, un report de l'échéance au-delà de ce délai n'est cependant pas possible, seul un terme de paiement plus court étant envisageable⁶.

4. Gratification et 13^e salaire

Gratification – La loi ne pose aucune règle d'exigibilité pour la gratification. Il découle toutefois de l'art. 322d al. 1 CO que la gratification devient exigible lorsque se produit l'occasion qui donne lieu à son octroi⁷.

13^e salaire – Le 13^e salaire correspond à un mois de salaire dont l'échéance de paiement intervient à une date déterminée, en général à la fin de l'année. Pour la doctrine, il s'agit d'une partie intégrante du salaire, dont le paiement est seule-

⁶ CARRUZZO, Rémunération, p. 216 ; WYLER, p. 191.

⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 ad art. 323 CO, p. 367.

ment différé⁸. Si ce report est conforme à l'usage et à la pratique, il paraît difficilement conciliable avec le texte de l'art. 323 al. 1 CO qui, selon le Tribunal fédéral⁹, n'autorise pas le paiement du salaire au-delà de la fin du mois pour lequel la rémunération est due.

III. Demeure de l'employeur

14 **Retard dans le paiement du salaire** – L'employeur est en demeure lorsqu'il est en retard dans le versement du salaire échu. Le travailleur dispose alors de différents moyens pour obtenir le paiement de sa rémunération.

15 **Droit de refuser de travailler** – Dans le contrat de travail, le travailleur fournit en premier sa prestation de travail, et le salaire est payé seulement une fois que cette prestation est exécutée. Au sens strict, il n'y a donc pas un échange de prestations qui s'exécutent simultanément, que présuppose l'*exceptio non adimpleti contractus* prévue à l'art. 82 CO. Le Tribunal fédéral admet néanmoins que le travailleur est en droit de refuser d'exécuter sa prestation de travail tant et aussi longtemps que l'employeur est en retard pour le paiement du salaire échu, en application par analogie de l'art. 82 CO¹⁰. A défaut, le travailleur se verrait contraint d'accorder, pour un temps indéterminé, un crédit à l'employeur, en courant le risque de ne pas bénéficier de la contre-prestation qui lui est due. Si le refus d'exécuter la prestation de travail est légitime, le travailleur ne perd pas sa prétention en paiement du salaire pour la période durant laquelle le travail n'est pas fourni. L'employeur doit en effet supporter les conséquences de l'inexécution du travail, comme s'il empêche par sa faute l'accomplissement du travail, et il reste tenu de verser le salaire, en application par analogie de l'art. 324 al. 1 CO¹¹. Les prestations qui justifient l'application par analogie de l'art. 82 CO sont la prestation de travail d'une part, le salaire et les frais d'autre part. En revanche, le travailleur ne peut pas refuser de fournir son travail en vue d'obtenir le paiement d'une gratification¹².

16 **Résiliation avec effet immédiat du contrat** – Si l'employeur est en demeure pour le versement des salaires échus, le travailleur peut, en fonction des circons-

⁸ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 322d CO, p. 94 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 10 ad art. 323 CO, p. 367 ; SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 322d CO, p. 187.

⁹ TF 4A_192/2008 du 9 octobre 2008, c. 5.

¹⁰ ATF 136 III 313, c. 2.3.1 et 2.4, JdT 2012 II 414 (trad.) ; TF 4A_199/2008 du 2 juillet 2008, c. 2 ; ATF 120 II 209, c. 6, JdT 1995 I 367 (trad.).

¹¹ ATF 136 III 313, c. 2.3.1, JdT 2012 II 414 (trad.) ; TF 4A_199/2008 du 2 juillet 2008, c. 2 ; ATF 120 II 209, c. 9, JdT 1995 I 367 (trad.).

¹² ATF 136 III 313, c. 2.4, JdT 2012 II 414 (trad.) : cette solution se justifie par le caractère facultatif de la gratification et par le fait qu'en plus de récompenser le travailleur pour le travail effectué, elle vise aussi à le motiver pour le futur.

tances, être autorisé à résilier avec effet immédiat le contrat en vertu de l'art. 337 CO. Une résiliation immédiate est justifiée en cas de retard répété et prolongé dans le paiement du salaire échu et si ce retard persiste en dépit d'une sommation du travailleur¹³. Les conséquences d'une résiliation immédiate justifiée sont réglées à l'art. 337b al. 1 CO, l'employeur devant réparer intégralement le dommage causé compte tenu de toutes les prétentions découlant des rapports de travail. La résiliation immédiate fondée sur l'art. 337 CO se distingue de celle prévue à l'art. 337a CO. En cas d'insolvabilité de l'employeur, l'art. 337a CO permet au travailleur de résilier immédiatement le contrat, si des sûretés ne lui sont pas fournies dans un délai convenable pour garantir ses prétentions contractuelles. Dans cette hypothèse, la résiliation ne peut donc intervenir que si l'employeur n'est pas en mesure de fournir des sûretés. De plus, les sûretés portent sur des sommes non encore exigibles¹⁴, soit sur les prétentions futures de salaire, et non sur les salaires échus.

Intérêts de retard – Pour éviter d'être en retard, l'employeur doit payer le salaire le jour de son exigibilité. Si l'employeur est en demeure, le travailleur est en droit d'exiger des intérêts de retard au taux légal de 5 % en vertu de l'art. 104 CO¹⁵. 17

Procédure – En cas de retard dans le versement du salaire, le travailleur peut agir contre l'employeur par la voie de l'exécution forcée en introduisant une poursuite. Le contrat de travail vaut alors titre à la mainlevée provisoire d'une éventuelle opposition. Le travailleur a également la possibilité de demander la protection dans les cas clairs, prévue à l'art. 257 CPC¹⁶, en fournissant au tribunal une copie de ses fiches de salaire ou d'un extrait de son compte attestant du paiement régulier, pendant plusieurs mois, par l'employeur du montant du salaire¹⁷. 18

IV. Prescription

Délai de cinq ans – L'art. 128 ch. 3 CO prévoit que les actions des travailleurs pour leurs services se prescrivent par cinq ans. Le délai de prescription court dès l'exigibilité de la créance (art. 130 al. 1 CO). 19

¹³ TF 4A_199/2008 du 2 juillet 2008, c. 2 ; TF 4C.2/2003 du 25 mars 2003, c. 5.2 ; KG/GR du 21 avril 2009, in : JAR 2010, c. 3c, p. 517 ; plus restrictif : ArbG/ZH du 10 juin 2008, in : JAR 2009, p. 696 : la résiliation avec effet immédiat n'est envisageable qu'en dernière extrémité et si d'autres mesures, telles qu'un refus de travailler, ne sont pas possibles.

¹⁴ TF 4A_199/2008 du 2 juillet 2008, c. 2.

¹⁵ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 323 CO, p. 97 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.4 ad art. 323 CO, p. 109 ; SUBILIA/DUC, N 10 ad art. 323 CO, p. 197.

¹⁶ Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272.

¹⁷ DIETSCHY, N 479 et 480, pp. 233-234.

- 20 **Services du travailleur** – La doctrine admet que le délai de prescription quinquennal s'applique à toutes les créances de nature salariale, en particulier au salaire, à la participation au résultat de l'exploitation, à la provision et à la gratification¹⁸.

V. Avances

- 21 **Principe** – L'art. 323 al. 4 CO prévoit que dans la mesure du travail déjà exécuté, l'employeur accorde au travailleur dans le besoin les avances qu'il peut raisonnablement faire. La disposition est absolument impérative.
- 22 **Conditions** – L'octroi d'une avance suppose la réalisation de trois conditions. Tout d'abord, le travailleur doit être dans le besoin, ce qui signifie qu'il serait exposé à subir un dommage ou un grave inconvénient en l'absence d'avance (par exemple menace d'expulsion du logement ou de saisie). Ensuite, l'employeur doit être en mesure d'accorder l'avance. Il faudra donc procéder à une pesée des intérêts respectifs des parties et, en particulier, tenir compte de la situation économique de l'employeur qui ne doit pas lui-même se trouver en difficultés financières. Enfin, le montant de l'avance est limité en fonction du travail déjà effectué, l'employeur n'étant pas tenu d'octroyer une avance pour du travail qui n'a pas encore été accompli¹⁹.
- 23 **Déduction de l'avance** – L'avance constitue le paiement anticipé d'une partie du salaire avant l'échéance suivante. Elle doit dès lors être déduite du prochain salaire²⁰.
- 24 **Prêt de l'employeur** – L'avance sur salaire doit être distinguée du prêt de l'employeur. Cette distinction n'est pas toujours facile et se fait sur la base de plusieurs critères, tels que l'ampleur de l'avance, le but de celle-ci, l'accord de remboursement, l'absence des conditions propres à l'art. 323 al. 4 CO et l'absence ou l'ampleur de la retenue de salaire correspondante²¹.

¹⁸ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 341 CO, p. 322 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 ad art. 341 CO, pp. 1300-1301 ; SUBILIA/DUC, N 24 ad art. 341 CO, p. 749 ; TERCIER/FAVRE, N 3488, p. 514 ; WYLER, p. 592.

¹⁹ SUBILIA/DUC, N 14 ad art. 323 CO, p. 198.

²⁰ SUBILIA/DUC, N 16 ad art. 323 CO, p. 199 ; WYLER, p. 192.

²¹ WYLER, p. 192 ; TC/FR du 5 juin 2008, in : RFJ 2008, p. 189.

Art. 323a

2. Retenue sur le salaire

¹ En tant que le prévoit un accord, l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective, l'employeur peut retenir une partie du salaire.

² La retenue ne doit pas excéder un dixième du salaire dû le jour de la paie ni, au total, le salaire d'une semaine de travail ; toutefois, le contrat-type de travail ou la convention collective peut prévoir une retenue plus élevée.

³ Sauf accord ou usage contraire ou disposition dérogatoire d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective, la retenue est réputée garantir les créances de l'employeur découlant des rapports de travail, sans avoir le caractère d'une peine conventionnelle.

2. Lohnrückbehalt

¹ Sofern es verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist, darf der Arbeitgeber einen Teil des Lohnes zurückbehalten.

² Von dem am einzelnen Zahltag fälligen Lohn darf nicht mehr als ein Zehntel des Lohnes und im gesamten nicht mehr als der Lohn für eine Arbeitswoche zurückbehalten werden ; jedoch kann ein höherer Lohnrückbehalt durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag vorgesehen werden.

³ Ist nichts anderes verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt, so gilt der zurückbehaltene Lohn als Sicherheit für die Forderungen des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis und nicht als Konventionalstrafe.

2. Trattenuta

¹ In quanto sia stato convenuto o sia d'uso o stabilito mediante contratto normale o contratto collettivo, il datore di lavoro può trattenere una parte del salario.

² La trattenuta non può superare un decimo del salario scaduto il giorno di paga né in totale il salario di una settimana lavorativa ; tuttavia, una trattenuta maggiore può essere prevista mediante contratto normale o contratto collettivo.

³ Il salario trattenuto vale come garanzia per i crediti del datore di lavoro derivanti dal rapporto di lavoro, e non come pena convenzionale, salvo accordo o uso contrario o disposizione derogante di un contratto normale o collettivo.

Table des matières

	note marginale	page
I. Généralités	1	184
II. Principes.....	4	184
III. Montant.....	6	185
IV. But.....	8	185
V. Restitution.....	11	186

Bibliographie spécifique

RECK RUDOLF, Lohnrückbehalt, Kaution, und Konventionalstrafe im schweizerischen Arbeitsrecht, thèse, Zurich 1983.

I. Généralités

- 1 **Objet** – L’art. 323a CO traite de la retenue de salaire. Il définit les limites au montant de la retenue (al. 2) et détermine son but (al. 3). La règle fait partie du chapitre relatif aux obligations de l’employeur, comme l’indique le titre marginal principal de l’art. 322 CO.
- 2 **Systématique** – Avec l’art. 323 CO sur les délais et terme de paiement et l’art. 323b CO sur la garantie, la disposition forme le régime applicable au paiement du salaire.
- 3 **Nature** – L’art. 323a CO n’est pas mentionné dans la liste des dispositions impératives des art. 361 et 362 CO. Il est donc de nature dispositif. L’al. 2 pose cependant une limite maximale au montant de la retenue, un montant plus élevé ne pouvant être prévu que dans un contrat-type de travail ou une convention collective. La formulation du texte légal conférerait ainsi un caractère impératif à cet alinéa¹. Selon nous, un accord des parties sur une retenue plus faible demeure néanmoins possible.

II. Principes

- 4 **Notion** – L’art. 323a CO autorise la retenue sur le salaire. Il permet ainsi à l’employeur, à certaines conditions, de ne pas verser la totalité du salaire au terme légal ou convenu. Il s’agit d’une institution qui n’est plus que rarement pratiquée². La retenue doit être prévue par un accord, par l’usage, par un contrat-type de travail ou une convention collective (al. 1).
- 5 **Spécificité** – La retenue sur le salaire remplit une fonction similaire à celle de la sûreté de l’art. 330 CO. La retenue sur le salaire, qui se compose d’une partie du salaire échu, se distingue toutefois de la sûreté qui est prélevée par le travailleur sur son patrimoine³.

¹ WYLER, p. 268.

² AUBERT, CR 2012, N 1 ad art. 323a CO, p. 1995 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 323a CO, p. 100 ; WYLER, p. 267.

³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 323a CO, pp. 100-101 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 323a CO, p. 161.

III. Montant

Montant prévu par la loi – En vertu de l’art. 323a al. 2 CO, la retenue ne doit pas excéder un dixième du salaire dû le jour de la paie ni, au total, le salaire d’une semaine de travail. Le montant de la retenue est ainsi limité par la loi. Seuls un contrat-type de travail ou une convention collective peuvent valablement prévoir une retenue plus élevée. 6

Calcul – Pratiquement, la retenue maximale ne peut être constituée au plus vite que sur une période de trois mois. L’employeur prélève 10 % les deux premiers mois et 5 % le troisième mois sur le salaire⁴, le montant total à disposition correspondant alors environ au salaire d’une semaine de travail⁵, limite maximale prévue par l’art. 323a al. 2 CO. Il résulte du texte de cette disposition que la retenue maximale vaut pour toute la durée du contrat et ne peut donc être renouvelée pour chaque année de service⁶. 7

IV. But

Garantie – L’art. 323a al. 3 CO prévoit que sauf accord ou usage contraire ou disposition dérogatoire d’un contrat-type de travail ou d’une convention collective, la retenue est réputée garantir les créances de l’employeur découlant des rapports de travail, sans avoir le caractère d’une peine conventionnelle. 8

Créances de l’employeur – La retenue a pour fonction de garantir les créances de l’employeur découlant des rapports de travail. Elle peut être utilisée dans l’hypothèse où l’employeur procède à des versements provisoires dans l’attente d’un décompte définitif, par exemple lorsque le travailleur est payé à l’heure, à la pièce ou à la tâche, ou quand un acompte sur provision ou une avance sur frais futurs sont payés⁷. La retenue peut également avoir pour objectif de garantir les créances découlant d’une mauvaise exécution du contrat (art. 321e CO), d’un abandon injustifié d’emploi (art. 337d CO) ou d’une résiliation immédiate justifiée par l’employeur (art. 337b CO). Il n’est en revanche pas possible de procéder à une retenue pour garantir des créances postérieures à la fin des relations de travail, par exemple une prétention découlant de la violation d’une clause de prohibition de concurrence (art. 340b CO)⁸. La retenue ne peut pas non plus avoir 9

⁴ CARRUZZO, N 2 ad art. 323a CO, p. 163 ; SUBILIA/DUC, N 8 ad art. 323a CO, p. 202.

⁵ Pour le calcul du salaire d’une semaine de travail : voir CARRUZZO, N 2 ad art. 323a CO, p. 163 ; SUBILIA/DUC, N 9 ad art. 323a CO, p. 202.

⁶ CARRUZZO, N 2 ad art. 323a CO, p. 163.

⁷ CARRUZZO, N 1 ad art. 323a CO, pp. 161-162 ; SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 323a CO, p. 201.

⁸ WYLER, p. 268 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 323a CO, p. 162.

pour but de garantir les créances de l'employeur qui ne résultent pas des rapports de travail, par exemple une prétention découlant d'un prêt⁹.

- 10 **Peine conventionnelle** – Conformément aux art. 160 à 163 CO, la clause pénale, ou peine conventionnelle, est due en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite du contrat, indépendamment d'un éventuel dommage. Aux termes de l'art. 323a al. 3 CO, la retenue sur salaire n'a, en principe, pas le caractère d'une peine conventionnelle. Un accord ou un usage contraires sont toutefois possibles, à charge pour l'employeur de l'établir¹⁰. La dérogation peut aussi être prévue par contrat-type de travail ou convention collective.

V. Restitution

- 11 **Compensation** – Si une prétention garantie par la retenue devient exigible, l'employeur peut procéder à la compensation de sa créance avec le montant retenu¹¹.
- 12 **Restitution** – En revanche, lorsque l'employeur ne détient aucune créance contre le travailleur, il doit lui restituer la retenue. Cette restitution intervient dès que la retenue est devenue sans objet, mais au plus tard à la fin des rapports de travail (art. 339 CO). Pour certains auteurs, l'employeur devrait restituer la retenue avec intérêt à 5 %, en application de l'art. 73 al. 1 CO¹². Dans la mesure où la loi ne prévoit pas qu'un intérêt soit dû, celui-ci ne devrait, selon nous, être exigible qu'en cas de demeure, soit quand l'employeur tarde à restituer la retenue, ou en application par analogie des dispositions du droit du bail concernant les sûretés fournies par le locataire (art. 257e CO)¹³.

⁹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 323a CO, p. 100 ; SUBILIA/DUC, N 5 ad art. 323a CO, p. 201 ; WYLER, pp. 267-268 ; *contra* : CARRUZZO, N 1 ad art. 323a CO, p. 162.

¹⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 323a CO, p. 101 ; CARRUZZO, N 4 ad art. 323a CO, p. 164 ; SUBILIA/DUC, N 12 ad art. 323a CO, pp. 202-203.

¹¹ CARRUZZO, N 3 ad art. 323a CO, p. 164 ; WYLER, p. 268.

¹² BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 323a CO, p. 101.

¹³ Voir CARRUZZO, N 3 ad art. 323a CO, p. 164 ; SUBILIA/DUC, N 13 ad art. 323a CO, p. 203.

Art. 323b

3. Garantie du salaire

¹ Sauf accord ou usage contraire, le salaire en numéraire est payé pendant les heures de travail en monnaie ayant cours légal. Un décompte est remis au travailleur.

² L'employeur ne peut compenser le salaire avec une créance contre le travailleur que dans la mesure où le salaire est saisissable ; toutefois, les créances dérivant d'un dommage causé intentionnellement peuvent être compensées sans restriction.

³ Les accords sur l'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur sont nuls.

3. Lohnsicherung

¹ Der Geldlohn ist dem Arbeitnehmer in gesetzlicher Währung innert der Arbeitszeit auszurichten, sofern nichts anderes verabredet oder üblich ist ; dem Arbeitnehmer ist eine schriftliche Abrechnung zu übergeben.

² Der Arbeitgeber darf Gegenforderungen mit der Lohnforderung nur soweit verrechnen, als diese pfändbar ist, jedoch dürfen Ersatzforderungen für absichtlich zugefügten Schaden unbeschränkt verrechnet werden.

³ Abreden über die Verwendung des Lohnes im Interesse des Arbeitgebers sind nichtig.

3. Garanzia

¹ Il salario in denaro è pagato in moneta legale durante il tempo di lavoro, in quanto non sia diversamente convenuto o d'uso ; al lavoratore è consegnato un rendiconto.

² Il datore di lavoro può compensare il salario con un credito verso il lavoratore soltanto nella misura in cui il salario sia pignorabile ; tuttavia, i crediti per danno cagionato intenzionalmente possono essere compensati senza restrizione.

³ Sono nulli gli accordi concernenti l'impiego del salario nell'interesse del datore di lavoro.

Table des matières

	note marginale	page
I. Généralités	1	188
II. Paiement.....	4	188
1. Modalités de paiement.....	4	188
2. Monnaie du salaire.....	7	189
III. Décompte	10	190
IV. Compensation.....	13	191
1. Généralités.....	13	191
2. Limitation de la compensation.....	15	192
3. Exception.....	18	193
V. Accords sur l'utilisation du salaire	20	194

Bibliographie spécifique

AUBERT GABRIEL, Les salariés peuvent-ils être payés en euros ?, in : Le Temps du 15 octobre 2010, supplément « Carrières », p. 3 (cité : Salaire); SOMMER UELI, Truckverbot und Mitarbeiterbeteiligungspläne, in : DTA 2006, pp. 100-105; STAEHELIN MATTHIAS, Gesperrte Optionen – Als Lohn unzulässig ?, in : RSJ 2005, pp. 181-186; STÖCKLI JEAN-FRITZ, Lohngleichheit für Grenzgänger bei Währungsverschiebungen, in : DTA online 2012, Nr. 262; TROILLET ANNE, La monnaie du salaire dans les situations transfrontalières, in : WYLER, Panorama II, pp. 231-245; TSCHUDI HANS-PETER, Probleme des Lohnschutzes, in : ArbR 1992, pp. 9-22.

I. Généralités

- 1 **Objet** – Sous l'intitulé « Garantie », l'art. 323b CO traite des modalités de paiement du salaire, de la compensation et des accords sur l'utilisation du salaire. Il fait partie du chapitre relatif aux obligations de l'employeur, comme l'indique le titre marginal principal figurant à l'art. 322 CO.
- 2 **Systématique** – Avec l'art. 323 CO sur les délais et terme de paiement et l'art. 323a CO sur la retenue, la disposition forme le régime applicable au paiement du salaire.
- 3 **Nature** – La deuxième phrase de l'art. 323b al. 1 CO, concernant le décompte de salaire, est relativement impérative. L'al. 2, traitant de la compensation, est absolument impératif. L'al. 3, relatif aux accords sur l'utilisation du salaire, est formellement dispositif. Il ne figure ni à l'art. 361 CO, ni à l'art. 362 CO. Son texte, qui frappe de nullité les accords sur l'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur, met cependant en évidence son caractère impératif¹.

II. Paiement**1. Modalités de paiement**

- 4 **Principe** – L'art. 323b al. 1 CO prévoit, à sa première phrase, que sauf accord ou usage contraire, le salaire en numéraire est payé pendant les heures de travail en monnaie ayant cours légal.
- 5 **Accord ou usage contraire** – Adoptée le 25 juin 1971 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1972, cette règle est désuète et ne reflète pas la pratique. L'accord des parties ou l'usage font que le salaire est généralement versé sur un compte bancaire ou postal. De ce fait, l'obligation de payer le salaire pendant les heures de travail perd de son importance. En particulier, il ne paraît aujourd'hui plus possi-

¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 7 ad art. 323b CO, p. 104; SUBILIA/DUC, N 14 ad art. 323b CO, pp. 207-208.

ble d'exiger de l'employeur qu'il laisse au travailleur la possibilité d'aller prélever son salaire pendant les heures de travail², et ce n'est que dans des cas exceptionnels que l'employeur doit laisser au travailleur la possibilité de mettre le salaire versé pendant les heures de travail en lieu sûr³.

Paiement comptant – Même s'il n'est plus usuel, le paiement du salaire comptant demeure possible. Il appartient alors à l'employeur d'apporter la preuve du versement. Cette preuve peut être rapportée par la production d'une quittance ou d'un décompte de salaire contresigné par le travailleur, voire par des témoins ayant assisté au paiement⁴. Faute de preuve, l'employeur s'expose à devoir payer à nouveau⁵.

6

2. Monnaie du salaire

Principe – Sauf accord ou usage contraire, le salaire en numéraire est payé en monnaie ayant cours légal (art. 323b al. 1 CO, première phrase). Cette règle reprend le principe posé à l'art. 84 al. 1 CO qui prévoit, en matière d'exécution des obligations, que le paiement d'une dette qui a pour objet une somme d'argent se fait en moyens de paiement ayant cours légal dans la monnaie due.

7

Accord contraire – Généralement, le salaire est payé en francs suisses. Les parties au contrat de travail sont toutefois libres de convenir du paiement du salaire dans une monnaie étrangère⁶, l'art. 323b al. 1 CO, première phrase, étant dispositif⁷.

8

² CARRUZZO, N 1 ad art. 323b CO, p. 167 ; SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 323b CO, p. 205 ; *contra* : BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 323b CO, p. 102.

³ CARRUZZO, N 1 ad art. 323b CO, p. 167 : mentionne l'hypothèse de la communauté domestique ou le cas du salaire versé en espèces sur le lieu de travail.

⁴ CARRUZZO, N 1 ad art. 323b CO, p. 167.

⁵ TF 4D_33/2010 du 13 avril 2010 : employeur condamné à verser le salaire, étant donné que le décompte mentionnant le paiement comptant n'était pas daté, que la signature de la travailleuse n'était pas en rapport avec l'indication du paiement comptant apposée par un tiers et que le décompte en mains de la travailleuse ne faisait pas état d'un paiement.

⁶ AUBERT, Salaire, p. 3 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 323b CO, p. 166 ; SUBILIA/DUC, N 2 ad art. 323b CO, p. 204.

⁷ Compte tenu de la dévaluation significative de l'euro par rapport au franc suisse durant le premier semestre 2011, il est de plus en plus fréquent que des employeurs versent un salaire en euros, en particulier aux travailleurs frontaliers. Dans les secteurs sans salaire minimum obligatoire, une telle pratique est susceptible de nuire à la main-d'œuvre indigène, puisque les employeurs pourraient avoir intérêt à engager des travailleurs frontaliers payés moins cher. C'est la raison pour laquelle plusieurs interventions parlementaires ont été déposées dans le courant du mois de juin 2011, en vue de faire modifier l'art. 323b CO en ce sens que les salaires doivent impérativement être versés en francs suisses. Voir à ce sujet l'initiative parlementaire de la conseillère nationale Marina Carobbio Guscetti du 15 juin 2011

Même si les parties ont opté pour une devise étrangère, l'employeur conserve la possibilité de payer le salaire en francs suisses au cours du jour de l'échéance, à moins que l'exécution littérale du contrat n'ait été stipulée par les mots « valeur effective » ou par quelque autre complément analogue (art. 84 al. 2 CO).

- ⁹ **Limites** – Lorsque des salaires minimaux sont prévus dans un contrat-type de travail ou une convention collective, les parties au contrat ne peuvent pas convenir d'une rémunération inférieure en monnaie étrangère. Diverses normes de droit public apportent également des limites à la liberté des parties de fixer le salaire en monnaie étrangère. Un tel procédé peut ainsi heurter le principe de non-discrimination découlant de l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP)⁸. Un salaire fixé en monnaie étrangère pose également problème au regard des art. 22 LETr et 22 OASA, qui prévoient qu'un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative qu'aux conditions de rémunération usuelles du lieu, de la profession et de la branche⁹. Il en va enfin de même avec l'art. 2 de la loi fédérale sur les conditions de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement¹⁰, qui impose à l'employeur de garantir au travailleur détaché les conditions de salaire prescrites par les lois fédérales, ordonnances du Conseil fédéral, conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire et contrats-types de travail¹¹.

III. Décompte

- ¹⁰ **Principe** – En vertu de l'art. 323b al. 1 CO, deuxième phrase, un décompte de salaire doit être remis au travailleur. Même si la loi ne le prévoit pas expressément, il va de soi que le décompte doit être établi sous forme écrite¹². La dispo-

« http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20110447 » (date de consultation : 13.12.2011) et la motion du conseiller national Meinrado Robbiani du 16 juin 2011 « http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20113608 » (date de consultation : 13.12.2011). Le Conseil fédéral a proposé le rejet de la motion précitée le 16 septembre 2011. Dans son rapport du 27 mars 2012, la Commission de l'économie et des redevances a pour sa part proposé de ne pas donner suite à l'initiative parlementaire « http://www.parlament.ch/afs/data/f/bericht/2011/f_bericht_n_k10_0_20110447_0_20120327_hm » (date de consultation : 26.06.2012).

⁸ RS 0.142.112.681.

⁹ Voir dans le présent ouvrage, N 18 ad art. 322 CO.

¹⁰ RS 823.20.

¹¹ Pour une analyse détaillée de ces questions, voir TROILLET, Panorama II, pp. 231-245 ; ainsi que AUBERT, Salaire, p. 3.

¹² CARRUZZO, N 1 ad art. 323b CO, p. 165 ; SUBILIA/DUC, N 5 ad art. 323b CO, p. 205 ; WYLER, p. 192.

sition étant relativement impérative, les parties ne peuvent y déroger au détriment du travailleur.

Objectif – Le décompte de salaire, qui mentionne le salaire brut et le salaire net, doit permettre au travailleur de vérifier, et cas échéant de contester, les éléments composant la rémunération (par exemple salaire de base, provision, gratification, prime, indemnité pour heures supplémentaires, éventuelle indemnité de vacances), les éventuels suppléments (notamment les allocations familiales ou d'autres allocations), et les déductions opérées par l'employeur (en particulier cotisations sociales légales et conventionnelles, impôt à la source). Le décompte de salaire prévu par l'art. 323b al. 1 CO, deuxième phrase, est distinct du certificat de salaire établi par l'employeur à des fins fiscales¹³, qui obéit à des règles propres¹⁴.

11

Remise du décompte – La loi ne précise pas à quelle fréquence le décompte de salaire doit être remis. Pour une partie de la doctrine, l'employeur devrait impérativement remettre au travailleur un décompte pour chaque salaire versé¹⁵. D'autres auteurs estiment au contraire que lorsque le salaire reste identique de mois en mois pour toute l'année, il suffit de remettre un décompte le premier mois. Un nouveau décompte n'est alors adressé au travailleur qu'au moment où une modification intervient¹⁶. Si ce procédé présente l'avantage d'une certaine souplesse, il n'est pas dénué de risque pour l'employeur, en particulier si le travailleur conteste ultérieurement l'un ou l'autre poste du décompte¹⁷. Selon nous, un accord exprès des parties sur ce point permettrait cependant d'écarter un tel inconvénient.

12

IV. Compensation

1. Généralités

Principe – Aux termes de l'art. 323b al. 2 CO, l'employeur ne peut compenser le salaire avec une créance contre le travailleur que dans la mesure où le salaire est saisissable ; toutefois, les créances dérivant d'un dommage causé intentionnellement peuvent être compensées sans restriction. Cette règle est absolument impérative.

13

¹³ WYLER, p. 193.

¹⁴ Art. 127 al. 1 let. a et 174 LIFD, art. 43 al. 1 et 55 LHID. Voir également le Guide d'établissement du certificat de salaire et de l'attestation de rentes (Formulaire 11) du 20 janvier 2010, disponible à l'adresse internet suivante : « <http://www.steuerkonferenz.ch/f/salaire.htm> » (date de consultation : 13.12.2011).

¹⁵ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 323b CO, p. 102.

¹⁶ En ce sens CARRUZZO, N 1 ad art. 323b CO, p. 165 ; SUBILIA/DUC, N 5 ad art. 323b CO, p. 205 ; WYLER, p. 193.

¹⁷ SUBILIA/DUC, N 5 ad art. 323b CO, pp. 205-206.

- 14 **Application des règles générales** – La compensation permet l’extinction d’une dette par une créance que le débiteur détient contre son créancier¹⁸. Les conditions générales de la compensation (art. 120-126 CO) sont également applicables en droit du travail. L’employeur et le travailleur doivent ainsi être débiteurs et créanciers l’un de l’autre. Les créances susceptibles d’être compensées doivent être de même nature (en général, il s’agit de sommes d’argent) et exigibles (art. 120 al. 1 CO). Enfin, pour que la compensation soit possible, l’employeur doit déclarer au travailleur son intention de compenser (art. 124 al. 1 CO)¹⁹.

2. Limitation de la compensation

- 15 **Restriction au droit de compenser** – Si la loi autorise la compensation, elle établit cependant une limite. La compensation avec le salaire n’est en effet possible que dans la mesure où celui-ci est saisissable (art. 323b al. 2 CO). Cette restriction se justifie dans le droit du contrat de travail, car il convient d’éviter que le travailleur puisse se trouver privé de ses moyens d’existence élémentaires du fait de la compensation exercée par l’employeur²⁰. L’art. 125 ch. 2 CO, qui fait partie des dispositions générales sur la compensation, contient une règle similaire. Il prévoit que ne peuvent être éteintes par compensation contre la volonté du créancier les créances dont la nature spéciale exige le paiement effectif entre ses mains, comme le salaire absolument nécessaire à son entretien et à celui de sa famille. Selon nous, l’art. 323b al. 2 CO va au-delà, puisqu’il interdit la compensation avec la part insaisissable du salaire, indépendamment de la volonté du travailleur.
- 16 **Salaire saisissable** – Le salaire saisissable est déterminé conformément à l’art. 93 LP et aux Lignes directrices pour le calcul du minimum d’existence en matière de poursuite (minimum vital) établies par la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse²¹. Si le travailleur conteste la manière dont la part saisissable a été calculée, il appartient à l’employeur d’apporter la preuve de l’exactitude du calcul, cas échéant devant le juge²².

¹⁸ Pour un exemple de compensation entre des prétentions découlant du contrat de travail et des prétentions dérivant d’un dommage causé dans l’administration d’une société : voir TF 4A_285/2011 du 1^{er} septembre 2011.

¹⁹ Sur la déclaration de compensation : voir KG/SG du 26 octobre 2009, in : JAR 2010, p. 578, c. 3.3.

²⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 323b CO, p. 103.

²¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 323b CO, p. 103 ; CARRUZZO, N 8 ad art. 323b CO, p. 173 ; SUBILIA/DUC, N 11 ad art. 323b CO, pp. 206-207 ; WYLER, p. 269 ; KG/SG du 26 octobre 2009, in : JAR 2010, p. 578, c. 3.4.

²² BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 323b CO, p. 103 ; SUBILIA/DUC, N 11 ad art. 323b CO, p. 207.

Notion de salaire – La restriction prévue à l’art. 323b al. 2 CO ne s’applique qu’à la compensation avec le salaire. La notion de salaire doit être interprétée largement, puisqu’elle comprend le salaire de base, la participation au résultat, la provision, la gratification ou les indemnités payées pour compenser la perte de gain en cas d’incapacité de travail. Par contre, les autres créances du travailleur, comme l’indemnité pour des vacances non prises (art. 329d al. 2 CO), l’indemnité pour résiliation abusive (art. 336a CO) ou pour résiliation immédiate injustifiée (art. 337c al. 3 CO), peuvent être compensées sans restriction²³. Il en va de même lorsque l’employeur compense une créance avec une retenue de salaire (art. 323a CO)²⁴. La déduction d’une avance de salaire (art. 323 al. 4 CO) n’est en revanche pas un cas de compensation. L’avance constituant le paiement anticipé d’une partie du salaire, il se justifie en effet de la déduire lors du versement suivant²⁵. 17

3. Exception

Créances de l’employeur – En principe, toutes les créances de l’employeur peuvent faire l’objet d’une compensation quel que soit leur fondement (par exemple dommages-intérêts, prêt, loyer, restitution d’acomptes sur la provision ou sur la participation au résultat, cotisations sociales dont le paiement a été omis par négligence²⁶) à concurrence du salaire saisissable (art. 323b al. 2 CO, première phrase)²⁷. 18

Exception à la limite de compensation – Les créances dérivant d’un dommage causé intentionnellement par le travailleur échappent toutefois à la limite posée à l’employeur et peuvent être compensées sans restriction (art. 323b al. 2 CO, deuxième phrase). Il s’agit de cas où le travailleur provoque sciemment un dommage à l’employeur (par exemple vol, détournement de fonds, escroquerie, faux dans les titres, dommages à la propriété)²⁸. Par contre, un dommage causé par négligence n’autorise pas une compensation sans restriction²⁹. 19

²³ CARRUZZO, N 7 ad art. 323b CO, pp. 172-173 ; WYLER, p. 270.

²⁴ CARRUZZO, N 3 ad art. 323a CO, p. 164 et N 7 ad art. 323b, p. 173.

²⁵ CARRUZZO, N 7 ad art. 323b CO, p. 173 ; SUBILIA/DUC, N 13 ad art. 323b CO, p. 207 ; WYLER, p. 269.

²⁶ ArbG/ZH du 1^{er} février 2008, in : JAR 2009, p. 691 : compensation pour les cotisations dues à la LPP dont le paiement a été omis par négligence.

²⁷ CARRUZZO, N 7 ad art. 323b CO, p. 172 ; SUBILIA/DUC, N 12 ad art. 323b CO, p. 207 ; WYLER, p. 269.

²⁸ CARRUZZO, N 8 ad art. 323b CO, p. 173 ; SUBILIA/DUC, N 12 ad art. 323b CO, p. 207.

²⁹ SUBILIA/DUC, N 12 ad art. 323b CO, p. 207 ; WYLER, p. 269.

V. Accords sur l'utilisation du salaire

- 20 **Principe** – L'art. 323b al. 3 CO prévoit que les accords sur l'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur sont nuls (« *Truckverbot* » en allemand). Bien que la règle soit formellement dispositive, son texte laisse transparaître son caractère impératif. L'objectif visé est de permettre au travailleur de disposer librement de son salaire³⁰.
- 21 **Accords frappés de nullité** – De par la loi, les accords qui restreignent le droit du travailleur à la libre disposition de son salaire sont donc frappés de nullité. Ne sont pas admissibles au regard de l'art. 323b al. 3 CO l'obligation pour le travailleur d'utiliser son salaire pour l'achat de marchandises ou de vêtements auprès de l'employeur même si un rabais est consenti³¹, ou l'obligation pour le travailleur de prendre ses repas contre paiement dans le restaurant exploité par l'employeur³². Dans le cadre d'un plan d'intéressement, l'employeur ne peut pas imposer au travailleur d'accepter la conversion d'une partie de son salaire variable en options sur actions, qui ne peuvent être exercées qu'après un délai de blocage imposé par l'employeur et sur lesquelles le travailleur perd tout droit en cas de résiliation des rapports de travail³³. Il est également interdit à l'employeur de remplacer le salaire convenu en espèces par des prestations en nature ou des marchandises³⁴. L'art. 323b al. 3 CO ne s'oppose en revanche pas à ce que les parties conviennent d'un salaire en nature, ni à des achats effectués par le travailleur auprès de l'employeur lorsque cette démarche est accomplie librement dans l'intérêt du travailleur³⁵.
- 22 **Notion de salaire** – Quand bien même les al. 2 et 3 de l'art. 323b CO se réfèrent tous deux au salaire, l'interprétation de cette notion diffère. En matière de compensation, la notion de salaire doit être comprise largement et englobe en particulier la gratification³⁶. La jurisprudence³⁷ et la doctrine³⁸ considèrent en revanche que seul le salaire de base est visé à l'art. 323b al. 3 CO, à l'exclusion des rétributions accessoires éventuellement accordées en sus par l'employeur, comme la gratification. En conséquence, l'art. 323b al. 3 CO ne s'appliquera pas aux clau-

³⁰ CARRUZZO, N 9 ad art. 323b CO, p. 174 ; SUBILIA/DUC, N 15 ad art. 323b CO, p. 208 ; WYLER, p. 270.

³¹ FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 3.1 ad art. 323b CO, p. 113 ; WYLER, pp. 270-271 ; ArbG/ZH du 11 février 1988, in : JAR 1990, p. 180.

³² ATF 130 III 19, c. 4.

³³ TF 4C.237/2004 du 1^{er} octobre 2004, c. 3.

³⁴ TF 4C.237/2004 du 1^{er} octobre 2004, c. 3.1 ; ATF 130 III 19, c. 4.2.

³⁵ CARRUZZO, N 9 ad art. 323b CO, p. 175 ; WYLER, p. 271.

³⁶ Voir *supra* N 17.

³⁷ ATF 131 III 615, c. 6.3 = SJ 2006 I 45.

³⁸ CARRUZZO, N 9 ad art. 323b CO, p. 175 ; WYLER, p. 271 ; *contra* : BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 7 ad art. 323b CO, p. 104.

ses d'un plan d'intéressement qualifiées de gratification³⁹, ni aux titres acquis par le travailleur au moyen d'un prêt de l'employeur⁴⁰, ni aux positions que le travailleur agissant en qualité d'investisseur a financées par ses propres moyens⁴¹. Le texte des al. 2 et 3 de l'art. 323b CO est identique et mentionne le salaire. L'objectif visé par les deux alinéas est le même, soit apporter une garantie au travailleur de pouvoir disposer de son salaire. En ce sens, la distinction opérée s'agissant de la notion de salaire ne nous paraît pas justifiée.

³⁹ ATF 131 III 615, c. 6.3 = SJ 2006 I 45 : admissibilité d'une clause d'un plan d'intéressement prévoyant l'affectation d'une prime distincte du salaire à l'achat de titres, assortis d'une période de blocage de trois ans.

⁴⁰ TF 4A_506/2008 du 11 février 2009, c. 5.

⁴¹ ATF 130 III 495, c. 4.2.2, JdT 2005 I 79 (trad.).

Art. 324

III. Salaire en cas d'empêchement de travailler 1. En cas de demeure de l'employeur

¹ Si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, il reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir son travail.

² Le travailleur impute sur son salaire ce qu'il a épargné du fait de l'empêchement de travailler ou ce qu'il a gagné en exécutant un autre travail, ou le gain auquel il a intentionnellement renoncé.

III. Lohn bei Verhinderung an der Arbeitsleistung 1. bei Annahmeverzug des Arbeitgebers

¹ Kann die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden oder kommt er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so bleibt er zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist.

² Der Arbeitnehmer muss sich auf den Lohn anrechnen lassen, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat.

III. Salario in caso d'impedimento al lavoro 1. Mora del datore di lavoro

¹ Se il datore di lavoro impedisce per sua colpa la prestazione del lavoro o è altrimenti in mora nell'accettazione del lavoro, egli rimane tenuto al pagamento del salario, senza che il lavoratore debba prestare ulteriormente il suo lavoro.

² Il lavoratore deve lasciarsi dedurre dal salario quanto ha risparmiato in conseguenza dell'impedimento al lavoro o guadagnato con altro lavoro o omissis intenzionalmente di guadagnare.

Table des matières

	note marginale	page
I. Conditions de la demeure de l'employeur	1	197
1. Généralités	1	197
2. Violation de l'employeur sans motifs valables de l'obligation de donner du travail ou d'accepter le travail régulièrement offert par le travailleur	2	197
3. Risques d'entreprise	5	198
4. Délimitations	8	199
II. Conséquences de la demeure	13	200
1. Obligation de payer le salaire en cas de demeure de l'employeur	13	200
2. Imputation des gains réalisés ou potentiels	15	201
3. Interdiction de compenser	17	202
4. Résiliation du contrat de travail	19	202
III. Fin de la demeure	21	203

I. Conditions de la demeure de l'employeur

1. Généralités

Cas particulier de la demeure – Le contrat de travail est un contrat synallagmatique, selon lequel le travailleur a droit à un salaire, en contrepartie du travail accompli¹. L'intérêt de l'employeur est de recevoir le travail ; celui de l'employé est de toucher son salaire. En principe, l'obligation de l'employeur de verser le salaire devrait naître au moment où le travailleur fournit sa prestation. En vertu de l'art. 323 al. 1 CO, le salaire n'est toutefois dû qu'une fois que le travailleur a exécuté son obligation². L'art. 324 CO fait exception à ce principe et prévoit une règle spéciale en cas de demeure de l'employeur. Par rapport aux règles générales du droit des obligations³, l'art. 324 CO prévoit des conséquences précises en cas de demeure de l'employeur en tant que créancier de la prestation de travail. En dérogation à l'art. 95 CO, l'art. 324 CO n'impose pas au travailleur de résilier le contrat, mais il lui confère le droit à son salaire.

2. Violation de l'employeur sans motifs valables de l'obligation de donner du travail ou d'accepter le travail régulièrement offert par le travailleur

Actes préparatoires – Pour que le travailleur puisse exécuter son obligation de travailler, il faut que l'employeur ait accompli les actes préparatoires et de collaboration que lui imposent ses obligations contractuelles⁴. A défaut, l'employeur est en demeure. Entrent par exemple dans cette catégorie d'actes préparatoires nécessaires⁵:

- la transmission des instructions nécessaires ;
- la mise à disposition des instruments et du matériel adéquats⁶ ;
- l'obtention d'une autorisation administrative pour un travailleur étranger ;
- la mise en place et le respect des règles d'hygiène et de sécurité.

L'employeur est également en demeure lorsqu'il a mal évalué le travail et n'a (plus) rien à faire effectuer à une collaboratrice⁷.

¹ Art. 319 al. 1 CO.

² « *Ohne Arbeit kein Lohn* », REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 1 ad art. 324 CO, p. 334.

³ Art. 95 et 107-109 CO.

⁴ Art. 91 CO.

⁵ Pour d'autres exemples, voir notamment SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 324 CO, p. 210.

⁶ Art. 321a al. 2 CO.

⁷ ATF 135 III 162, c. 3.4 = JdT 2009 I 500 = SJ 2009 I 313.

- 3 **Offre de ses services par le travailleur** – Pour que l’employeur soit en demeure, il faut qu’il ressorte clairement de l’attitude du travailleur qu’il est prêt à fournir sa prestation. En vertu de l’art. 8 CC, il incombe au travailleur de prouver qu’il a effectivement offert ses services. Cette offre de services doit être sérieuse⁸. Elle n’est toutefois pas liée à une forme particulière et peut découler des circonstances. Le travailleur prudent fera toutefois bien de garder des traces tangibles de ses offres de service, sous peine de voir son comportement interprété comme un abandon d’emploi⁹. La demeure de l’employeur suppose que le travailleur soit en mesure et prêt à exécuter sa prestation aux conditions prévues dans le contrat (lieu, horaire, etc.). Une offre formelle de travailler n’est pas nécessaire si l’employeur a expressément renoncé aux services du travailleur. Le travailleur ne peut en particulier pas se voir reprocher de n’avoir pas offert ses services lorsque l’employeur l’a libéré de l’obligation de travailler jusqu’au terme du délai de congé¹⁰ ou s’il ressort des circonstances que l’employeur n’est objectivement pas en mesure de l’accepter.
- 4 **Mise en demeure par le travailleur** – Après cette mise en demeure, et tant que les mesures ne sont pas prises par l’employeur ou qu’il n’accepte pas la prestation de travail offerte, le travailleur peut refuser sa prestation de travail car la demeure de l’employeur exclut que le travailleur puisse lui-même être considéré comme se trouvant en demeure.

3. Risques d’entreprise

- 5 **Notions** – L’art. 324 CO assimile au cas de demeure de l’employeur des situations dans lesquelles l’exécution du travail est devenue objectivement impossible pour des motifs survenant dans la sphère de l’employeur. Selon la jurisprudence, l’art. 324 al. 1 CO prévaut sur l’art. 119 al. 1 CO : l’employeur supporte le risque d’exploitation et le risque commercial¹¹. Un employeur peut être en demeure même sans faute de sa part. L’existence d’une faute de l’employeur est donc sans incidence sur l’application de l’art. 324 CO. Le législateur a ainsi voulu tenir compte du fait qu’il n’appartient pas au travailleur, mais à l’employeur de supporter le risque inhérent à l’activité économique¹².

⁸ TF 4C.83/2007 du 7 juin 2007, c. 5.2 ; TF 4C.259/2003 du 2 avril 2004, c. 2.1.

⁹ REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 8 ad art. 324 CO, p. 337 ; SUBILIA/DUC, N 12 ad art. 324 CO, p. 12.

¹⁰ ATF 135 III 349, c. 4.2 = SJ 2009 I 405.

¹¹ ATF 125 III 65, c. 5 = JdT 2000 I 355 = SJ 1999 I 293 ; ATF 124 III 346, c. 2a.

¹² ATF 125 III 65, c. 5 = JdT 2000 I 355 = SJ 1999 I 293.

6

Exemples – Entrent notamment dans le risque de l'entreprise à la charge de l'employeur¹³:

- les raisons économiques, telles que baisse des commandes, effondrement des cours de la monnaie ou risque d'insolvabilité ;
- les perturbations techniques telles qu'interruptions de courant, pannes de machines, accidents ou défaut d'approvisionnement ;
- les perturbations naturelles (incendies, inondations, secousses sismiques) ;
- les perturbations liées à des manifestations ou à des émeutes ;
- les décisions d'autorité reposant sur des raisons de police, de sécurité ou d'intérêt général.

Pas un juste motif de résiliation avec effet immédiat – Etant donné que le risque économique est à la charge de l'employeur, sa survenance ne constitue jamais pour ce dernier un juste motif de résiliation du contrat avec effet immédiat¹⁴. Quelles que soient les circonstances, l'employeur est donc tenu de respecter les délais de congé légaux et contractuels et, en cas de licenciement collectif, les règles prévues aux art. 355d ss CO. 7

4. Délimitations

Cas particulier de la grève – La doctrine majoritaire est d'avis que les grévistes ne peuvent bénéficier de la protection offerte par l'art. 324 CO. De même, les perturbations causées par un conflit collectif de travail pour les travailleurs qui ne participent pas à ce conflit ne devraient pas entrer dans le risque d'entreprise à la charge de l'employeur. En d'autres termes, les non-grévistes ne devraient pas avoir droit à des prestations¹⁵. 8

Impossibilité imputable à des circonstances extérieures tant au travailleur qu'à l'employeur – En cas d'avalanche empêchant le travailleur de se présenter à son lieu de travail ou d'une annulation de vols en raison de l'éruption d'un volcan, les obligations réciproques des parties sont suspendues, et chacune des parties est libérée de ses obligations envers l'autre¹⁶. 9

Empêchement non fautif lié à la personne du travailleur – Le cas du travailleur empêché de fournir sa prestation de travail pour un motif inhérent à sa personne est réglé aux art. 324a et 324b CO auxquels nous renvoyons. 10

¹³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 324 CO, p. 106 ; WYLER, p. 200.

¹⁴ ATF 124 III 346, c. 4b.

¹⁵ SUBILIA/DUC, N 5 ad art. 324 CO, p. 210 ; WYLER, pp. 200-201 ; *contra* : BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 324 CO, p. 106.

¹⁶ SUBILIA/DUC, N 16 ad art. 324 CO, p. 214 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 324 CO, p. 179.

- 11 **Empêchement fautif de travailler** – L'incapacité fautive du travailleur transforme son obligation de travailler en une obligation de dédommager¹⁷. Ainsi, le chauffeur professionnel pris de boisson et dont le permis de conduire est retiré ou le travailleur incapable d'exécuter son obligation en raison d'une condamnation à une peine privative de liberté pourra engager sa responsabilité et se voir réclamer des dommages-intérêts par son employeur, conformément à l'art. 321e CO. Si l'employeur refuse la prestation offerte par un travailleur manifestement inapte pour une durée passagère (ivresse, p.ex.), il sera libéré de verser un salaire pour la durée de l'empêchement.
- 12 **Suspension de l'obligation de travailler en cas de retard dans le paiement du salaire** – Le travailleur dont le salaire n'a pas été versé pour des périodes de salaire écoulées a le droit de refuser d'exécuter sa prestation de travail jusqu'au paiement desdits salaires¹⁸. Dans de tels cas, l'employeur reste tenu de payer le salaire du travailleur, même si ce dernier n'a pas fourni sa prestation de travail, car un refus légitime de travailler doit être considéré de la même manière qu'un cas de demeure de l'employeur d'accepter le travail¹⁹. Lorsque l'employeur insolvable ne fournit pas les sûretés demandées par le travailleur, ce dernier peut résilier le contrat de travail avec effet immédiat²⁰. Dans ce cas, la résiliation immédiate justifiée du contrat ne résulte pas de la demeure de l'employeur, mais de la non-fourniture des garanties demandées²¹.

II. Conséquences de la demeure

1. Obligation de payer le salaire en cas de demeure de l'employeur

- 13 **Paiement du salaire** – L'art. 324 CO attribue des conséquences particulières à la demeure de l'employeur en ce sens qu'il doit continuer à verser le salaire comme si le travail était normalement effectué par le travailleur. Cette obligation s'étend à tous les éléments qui composent le salaire, y compris les prestations en nature. Les indemnités mensuelles (indemnités de repas, frais de représentation, supplément pour nettoyage des vêtements de travail) ne sont pas versées pendant les périodes d'incapacité de travail ou pendant les périodes où le travailleur est libéré de l'obligation de travailler²². En bonne logique, le

¹⁷ WYLER, p. 203.

¹⁸ Art. 82 CO par analogie.

¹⁹ TF 4A_192/2008 du 9 octobre 2008, c. 4 ; TF 4A_199/2008 du 2 juillet 2008, c. 2 ; ATF 120 II 209, c. 6a, JdT 1995 I 367 (trad.).

²⁰ Art. 337a CO.

²¹ CARRUZZO, N 4 ad art. 324 CO, p. 188.

²² TF 4A_89/2011 du 27 avril 2011, c. 6 ; cf. REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 18 ad art. 324 CO, p. 341.

travailleur ne devrait pas non plus avoir droit à ces indemnités dans le cadre de l'art. 324 CO, dans la mesure où elles couvrent des frais directement liés à l'exécution du travail et qui sont épargnés en cas de demeure de l'employeur.

Créance en paiement du salaire – Le travailleur n'a pas à prouver le dommage subi, car il ne s'agit pas d'une créance en dommages-intérêts, mais bien d'une créance en paiement du salaire. L'employeur ne peut pas réduire cette créance en invoquant l'art. 44 al. 1 CO en lien avec l'art. 99 al. 3 CO, dès lors qu'il ne s'agit pas de dommages-intérêts.

2. Imputation des gains réalisés ou potentiels

Interdiction d'avantages injustifiés – Le travailleur ne peut pas s'enrichir en raison de la demeure de l'employeur. Il doit donc imputer sur son salaire ce qu'il a épargné du fait de l'empêchement de travailler (dépenses non encourues) et ce qu'il a gagné en exécutant une autre activité soit pour un autre employeur soit en qualité d'indépendant²³.

La loi prévoit également l'imputation du gain auquel le travailleur a intentionnellement renoncé; en pratique cette dernière règle ne peut trouver application que lorsque le travailleur refuse une activité de remplacement proposée par l'employeur (même auprès d'un tiers), qui aurait été acceptable au vu de ses capacités, de son expérience, de sa position sociale et de sa situation personnelle et familiale. Il s'agira également d'examiner si l'on pouvait exiger du travailleur qu'il accepte un poste de remplacement donné²⁴. Comme le relève à juste titre une partie de la doctrine, la notion de « travail convenable » au sens de la LACI devrait servir de référence dans ce domaine²⁵.

Le travailleur qui se sait inoccupé par son employeur pour une brève période n'a, en revanche, pas à offrir ses services à des tiers. On ne saurait lui reprocher de ne pas avoir cherché à exécuter un autre travail, dès lors qu'il doit être en mesure de reprendre son activité au service de son employeur dès que cesse la demeure.

Fardeau de la preuve – Pour déterminer si le travailleur a renoncé intentionnellement à un revenu, il faut tenir compte des circonstances du cas. Il appartient à l'employeur de prouver l'existence d'une imputation à effectuer en vertu de l'art. 324 al. 2 CO ainsi que son montant, étant précisé que le travailleur doit aussi, en vertu du principe de la bonne foi, collaborer à l'établissement des faits²⁶.

²³ Art. 324 al. 2 CO ; TF 4C.269/1999 du 7 décembre 1999, c. 2b.

²⁴ CARRUZZO, N 2 ad art. 324 CO, p. 182 ; TF 4C.321/2005 du 27 février 2006, c. 6.2.

²⁵ SUBILIA/DUC, N 21 ad art. 324 CO, p. 216.

²⁶ TF 4C.293/2004 du 15 juillet 2005, c. 2.3.

3. Interdiction de compenser

17

Interdiction du travail compensatoire – Le travailleur ne doit pas être appelé à travailler en effectuant des heures supplémentaires et se voir ainsi contraint de prendre à sa charge des risques inhérents à l'entreprise. L'employeur qui exigerait du travailleur qu'il compense les heures perdues en raison de la demeure contreviendrait au caractère relativement impératif de l'art. 324 CO, sous réserve de cas particuliers²⁷. L'art. 11 LTr permet, dans certaines conditions, un travail compensatoire.

Limitation au recours aux vacances forcées – L'art. 329c al. 2 CO relatif à la fixation des vacances permet à l'employeur d'exiger du travailleur la prise de vacances pendant des périodes où l'activité économique est peu importante et de prévenir ainsi sa demeure. Les auteurs divergent sur la possibilité pour l'employeur d'obliger le travailleur à prendre une partie de ses vacances annuelles lorsque des perturbations ou des difficultés économiques surviennent soudainement ou à court terme. Pour certains, cela contreviendrait à la fois au but des vacances, aux règles sur la fixation des vacances, qui exigent que celles-ci soient prévues suffisamment tôt, et à l'art. 324 CO qui empêche de faire supporter le risque de l'entreprise au travailleur²⁸. Pour d'autres, il faudrait distinguer les situations, selon que le travailleur aurait déjà pris ses vacances ou non²⁹.

18

4. Résiliation du contrat de travail

19

Résiliation immédiate en principe injustifiée – La seule demeure de l'employeur ne permet pas au travailleur de résilier avec effet immédiat le contrat de travail³⁰. Il doit respecter les règles sur le congé³¹.

20

Exceptions – Il faut toutefois réserver des cas bien particuliers, dans lesquels le travailleur a un intérêt légitime à fournir effectivement la prestation prévue au contrat. En effet, un employé qui ne travaille plus se déprécie sur le marché, et son avenir professionnel peut s'en trouver compromis. La doctrine et la jurisprudence reconnaissent aux artistes, sportifs professionnels ou chirurgiens un intérêt légitime à être effectivement occupés par l'employeur. Dans ces situations, une résiliation avec effet immédiat³² peut être justifiée³³. De même, l'insolvabilité de l'employeur au sens de l'art. 337a CO est un juste motif de résiliation immédiate.

²⁷ Par. ex. dans le but d'éviter la fermeture d'une entreprise : REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 16 ad art. 324 CO, p. 340.

²⁸ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 5 ad art. 324 CO, p. 107

²⁹ SUBILIA/DUC, N 9 ss ad art. 324 CO, pp. 383-385 et les références.

³⁰ ATF 116 II 142, c. 5b, JdT 1990 I 575 (trad.).

³¹ Art. 336 ss CO.

³² Art. 337 al. 1 CO.

III. Fin de la demeure

Différentes hypothèses – La demeure prend fin :

21

- lorsque l’employeur respecte son obligation de donner du travail ou accepte le travail régulièrement offert par le travailleur ;
- lorsque le travailleur prend un autre emploi (temporaire), pour la durée de celui-ci et à concurrence du salaire perçu³⁴ ;
- lorsque le travailleur refuse un travail de rechange convenable ;
- à la fin du contrat de travail³⁵.

³³ TF 4A_53/2011 du 28 avril 2011, c. 2.1.2.

³⁴ SUBILIA/DUC, N 24 ad art. 324 CO, p. 217.

³⁵ La demeure n’est possible qu’en présence d’un contrat de travail valable et en vigueur.

Art. 324a

2. En cas d'empêchement du travailleur a. Principe

¹ Si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité, y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois.

² Sous réserve de délais plus longs fixés par accord, contrat-type de travail ou convention collective, l'employeur paie pendant la première année de service le salaire de trois semaines et, ensuite, le salaire pour une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières.

³ En cas de grossesse de la travailleuse, l'employeur est tenu de lui verser le salaire dans la même mesure.

⁴ Un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut déroger aux présentes dispositions à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes.

2. bei Verhinderung des Arbeitnehmers a. Grundsatz

¹ Wird der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, so hat ihm der Arbeitgeber für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten, samt einer angemessenen Vergütung für ausfallenden Naturallohn, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen ist.

² Sind durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nicht längere Zeitabschnitte bestimmt, so hat der Arbeitgeber im ersten Dienstjahr den Lohn für drei Wochen und nachher für eine angemessene längere Zeit zu entrichten, je nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen.

³ Bei Schwangerschaft der Arbeitnehmerin hat der Arbeitgeber den Lohn im gleichen Umfang zu entrichten.

⁴ Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine von den vorstehenden Bestimmungen abweichende Regelung getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist.

2. Impedimento del lavoratore a. Norma

¹ Se il lavoratore è impedito senza sua colpa di lavorare, per motivi inerenti alla sua persona, come malattia, infortunio, adempimento d'un obbligo legale o d'una funzione pubblica, il datore di lavoro deve pagargli per un tempo limitato il salario, compresa una adeguata indennità per perdita del salario in natura, in quanto il rapporto di lavoro sia durato o sia stato stipulato per più di tre mesi.

² Se un tempo più lungo non è stato convenuto o stabilito per contratto normale o contratto collettivo, il datore di lavoro deve pagare, nel primo anno di servizio, il salario per almeno tre settimane e, poi, per un tempo adeguatamente più lungo, secondo la durata del rapporto di lavoro e le circostanze particolari.

³ Il datore di lavoro deve concedere le stesse prestazioni alla lavoratrice in caso di gravidanza.

⁴ Alle disposizioni precedenti può essere derogato mediante accordo scritto, contratto normale o contratto collettivo, che sancisca un ordinamento almeno equivalente per il lavoratore.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	206
II. Régime de base	4	207
1. Absence de faute du travailleur.....	4	207
2. Empêchement inhérent à la personne du travailleur.....	5	208
a. Généralités	5	208
b. Maladie et accident	8	208
c. Accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique	10	209
d. Autres cas d'empêchement.....	16	211
3. Naissance du droit	19	211
4. Montant du salaire dû	23	213
5. Durée du versement du salaire	25	213
a. Généralités	25	213
b. Echelles de référence.....	27	214
c. Fin de l'obligation de payer le salaire	30	216
III. Régimes conventionnels.....	32	216
1. Régimes conventionnels plus favorables	32	216
2. Régimes conventionnels dérogatoires.....	34	217
a. Exigences de forme.....	35	217
b. Réglementation équivalente	37	218
3. Assurances.....	39	220
a. Assurances soumises à la LAMal.....	41	220
b. Assurances soumises à la LCA	43	221
c. Droit aux prestations, libre passage et devoir d'information de l'employeur	45	221
d. Obligation de diminuer le dommage	46	222
4. Preuve de l'incapacité de travail	48	223
a. Certificat médical.....	49	223
b. Autres moyens de preuve	51	224
5. Prestations en cas d'accouchement (congé maternité)	52	224
a. Généralités	52	224
b. Conditions cumulatives du droit à l'allocation de maternité pour les travailleuses	54	225
c. Prestations.....	57	225

Bibliographie spécifique

AUBERT GABRIEL, Le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler, in : AUBERT G. (édit.), Journée 1991 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1991, pp. 81 ss (cité : Le droit au salaire) ; DESPLAND Béatrice, L'obligation de diminuer le dommage en cas d'atteinte à la santé, in : DUNAND J.-PH./MAHON P. (édit.), CERT (éd.), Genève/Zurich/Bâle 2012 ; DUC JEAN-LOUIS, Les indemnités journalières selon la LAMal et la LCA, in : Colloques et journées d'étude 1999-2001, IRAL (édit.), Lausanne 2002, p. 738 (cité : Les indemnités journalières) ; DUC JEAN-LOUIS, L'allocation de maternité et la coordination avec les autres prestations des assurances, AJP 2005, pp. 1010 ss (cité : L'allocation de maternité) ; EGLI HANS-PETER, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, AJP 2000, pp. 1064 ss ; EUGSTER G., Zum Leistungsrecht der Taggeldversicherung nach KVG, Recueil de travaux, IRAL (édit.), Lausanne 1997, pp. 498 ss ; FRÉSARD JEAN-MAURICE/MOSER-SZELESS MARGIT, L'assurance-accidents obligatoire, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 2^e éd., Bâle/Genève/Munich 2007, pp. 825 ss ; FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Le régime des allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité, in : Droit suisse de la sécurité sociale, Volume I, Berne 2010, pp. 319 ss ; GEISER THOMAS, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, AJP 2003, pp. 323 ss ; GNAEGI PHILIPPE, Le droit du travailleur au salaire en cas de maladie, in : KAHIL-WOLFF B. (édit.), Les assurances sociales en révision, Lausanne 2002, pp. 197 ss ; KAHIL-WOLFF BETTINA/FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, La coordination des divers régimes et d'autres systèmes d'indemnisation, in : Droit suisse de la sécurité sociale, Volume I, Berne 2010, pp. 441 ss ; KIESER UELI, ATSG Kommentar, 2^e éd., Zurich 2009 ; MERCIER JEAN-LUC, Le contrat d'assurance-maladie perte de salaire selon la LCA, in : Colloques et journées d'étude 1999-2001, IRAL (édit.), Lausanne 2002, pp. 781 ss ; MEIER PHILIPPE, 5^e révision de l'AI et détection précoce : que reste-t-il de la protection des données et du secret médical ? in : La 5^e révision de l'AI, in : KAHIL-WOLFF B. (édit.), Berne 2009, pp. 105 ss ; MONNARD SECHAUD CORINNE, La coordination des assurances sociales avec le droit du travail, RSAS 2004, pp. 309 ss ; RUDOLPH ROGER, Arbeitsunfähigkeitszeugnisse : Ärzte zunehmend im Fokus der Justiz, Bulletin des médecins suisses 2010, (Teil 1) pp. 864 ss und (Teil 2) pp. 912 ss ; SUBILIA OLIVIER, Les divers empêchements de travailler, in : WYLER, Panorama I, pp. 73 ss.

I. Généralités

- 1 **Disposition particulière à caractère social** – L'art. 324a CO répartit entre employeur et travailleur le risque de perte financière consécutive à l'empêchement de travailler pour une cause inhérente à la personne du travailleur. Il s'applique à tous les types de contrat de travail, notamment au travail sur appel, au travail à temps partiel ou en présence d'un salaire horaire. Cette disposition déroge tant au principe « pas de salaire sans travail » qu'aux règles générales en matière d'inexécution des contrats¹. En effet, lorsqu'un tel empêchement de travailler se produit, l'art. 324a CO impose à l'employeur de continuer à verser le salaire pendant une certaine durée. Dans ce domaine, le droit du travail est étroitement lié au droit des assurances sociales. Une coordination entre ces deux domaines du droit est nécessaire.

¹ Art. 119 CO.

Disposition relativement impérative – Selon l’art. 362 al. 1 CO, seuls les alinéas 1 et 3 de l’art. 324a CO sont relativement impératifs. En réalité, les alinéas 2 et 4 n’autorisent que des accords prévoyant des durées plus longues de prestations ou des solutions globalement aussi favorables pour le travailleur.

Régime de base et régimes conventionnels – L’art. 324a CO prévoit un régime de base (al. 1 à 3) et offre la possibilité aux parties intéressées de prévoir un autre régime, à la condition d’accorder des prestations au moins équivalentes (al. 4). En pratique, on rencontre souvent des régimes conventionnels, dans lesquels un assureur prend en charge à certaines conditions le paiement des prestations prévues par l’art. 324a al. 1 à 3 CO. Les situations dans lesquelles les conditions d’application de l’art. 324a CO ne sont pas remplies ne donnent pas droit à un salaire en faveur du travailleur, conformément à l’art. 119 al. 2 CO².

II. Régime de base

1. Absence de faute du travailleur

Notion de faute – L’art. 324a al. 1 CO fixe comme condition que l’empêchement de travailler soit lié à la personne du travailleur ou surgisse dans sa sphère personnelle. Cette disposition n’énumère pas de manière exhaustive toutes les situations envisageables. Toutefois, l’employeur ne doit le salaire que si l’empêchement de travailler n’est pas dû à une faute du travailleur.

La faute du travailleur est reconnue de manière restrictive par les tribunaux. Il faut pour le moins une lourde négligence ou une faute grave (empêchement de travailler à la suite d’abus d’alcool, de consommation de drogue, comportement pénalement répréhensible³, traversée d’un glacier en baskets et sans équipement adéquat, etc.). En principe, un empêchement de travailler consécutif à une activité sportive n’est pas fautif. Les droits constitutionnels du travailleur à exercer librement ses loisirs l’emportent sur son obligation d’exécuter son travail, même dans le cadre de la pratique d’un sport dit à risques à l’instar de la randonnée en haute montagne, la plongée ou encore l’équitation⁴. Il faut toutefois réserver les cas prévus dans le domaine de l’assurance-accidents obligatoire, aux art. 37 et 39 LAA, de même que la réglementation prévue à l’art. 21 al. 1 LPGa. Il n’appartient évidemment pas à l’employeur de compenser une sanction prévue par le droit des assurances sociales⁵.

² VISCHER, p. 127.

³ ATF 138 V 140, c. 2.3.

⁴ ATF 122 III 268, c. 3a/aa, JdT 1997 I 336 (trad.).

⁵ Sur la question de la suppression de toutes prestations ou d’une réduction en fonction du degré de la faute : REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 15 ad art. 324a CO et les références, p. 370.

Précisons encore qu'une faute n'entre en considération dans le cadre de l'art. 324a CO que si elle est en rapport avec l'empêchement de travailler⁶.

2. Empêchement inhérent à la personne du travailleur

a. Généralités

- 5 **Empêchement inhérent à la personne du travailleur** – L'empêchement de travailler doit être imputable à la personne même du travailleur. La cause de l'empêchement doit donc être « subjective ». Il est nécessaire d'effectuer des distinctions, parfois subtiles.
- 6 **Empêchements objectifs externes** – Un empêchement de travailler causé par une cause externe au travailleur (p.ex. une route coupée, une épidémie, une avalanche, des inondations, une grève dans un aéroport, l'éruption d'un volcan paralysant le vol d'avions, etc.) n'ouvre pas le droit aux prestations salariales prévues à l'art. 324a CO. Dans ces cas, l'employeur est en droit d'exiger un travail compensatoire équivalent à la durée de l'absence du travailleur. Si ces heures ne peuvent pas être compensées, l'art. 323a CO permettrait même à l'employeur, à certaines conditions, de les déduire du salaire. Les parties peuvent également convenir que les absences seront considérées comme des vacances, à déduire du droit total aux vacances. Toutefois, on peut raisonnablement considérer comme un empêchement au sens de l'art. 324a CO le fait pour un travailleur de ne pas se présenter à son poste lorsqu'un incendie, une avalanche ou une inondation a détruit son logement.
- 7 **Degré d'empêchement** – Contrairement à ce que disposent l'art. 72 al. 2 LAMal⁷ ou, très souvent, les conditions générales d'assurance perte de gain maladie régies par la LCA (dès 25 % d'incapacité de travail), l'art. 324a CO ne prévoit aucun seuil minimal à partir duquel le droit au salaire serait ouvert. L'empêchement de travailler est pris en compte, quelle que soit son ampleur.

b. Maladie et accident

- 8 **Définitions** – Les notions de maladie et d'accident ne sont pas définies à l'art. 324a CO. Elles le sont en revanche en droit des assurances sociales. Est réputée maladie toute atteinte à la santé physique, mentale ou psychique qui n'est pas due à un accident et qui exige un examen ou un traitement médical, ou provoque une incapacité de travail⁸. L'art. 4 LPGa définit l'accident comme toute

⁶ TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 6.1.2.

⁷ 50 % d'incapacité de travail : ATF 127 V 88, c. 1a.

⁸ Art. 3 al. 1 LPGa.

atteinte dommageable, soudaine et involontaire, portée au corps humain par une cause extérieure extraordinaire qui compromet la santé physique, mentale ou psychique, ou qui entraîne la mort. Une partie de la doctrine considère, à juste titre, que les notions de maladie et d'accident sont plus larges en droit du travail que celles découlant de la LPGA⁹. Ainsi, l'employeur d'une réceptionniste souhaitant effectuer une opération de chirurgie esthétique au visage, à la suite d'un accident, et nécessitant une hospitalisation lui devra son salaire en vertu de l'art. 324a CO, dès lors qu'une telle intervention aura des conséquences bénéfiques sur son bien-être. Le fait que l'assureur-maladie de cette employée lui refusera certainement tout droit à des prestations au sens de la LAMal n'est pas déterminant. Pour certains auteurs, des contrôles et traitements préventifs (contrôles de santé, opérations, etc.) ainsi que de la convalescence, même s'ils sont prescrits par un médecin, ne justifieront un droit au salaire que s'ils sont liés à l'activité salariée ou l'amélioreront¹⁰.

Causalité – La maladie ou l'accident doivent entraîner une incapacité de travail totale ou partielle¹¹. Une atteinte à la santé ne justifie pas forcément un empêchement de travailler. Une extinction de voix n'entraînera pas un droit au salaire pour un employé de bureau, mais bien pour une chanteuse professionnelle, par exemple.

c. Accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique

Liste non exhaustive – La liste des empêchements figurant à l'art. 324a al. 1 CO n'est pas exhaustive. Il incombe aux tribunaux d'effectuer une pesée des intérêts, en fonction des circonstances concrètes.

Obligations légales – Le travailleur conserve son droit au salaire lorsqu'il accomplit les obligations légales suivantes¹² :

- service militaire ;
- service féminin de l'armée ;
- inspection militaire ;
- protection civile ;
- service civil ; service du feu ;
- dépouillement d'un vote ;
- obligation découlant du rôle de tuteur ou de curateur ;

⁹ WYLER, pp. 210-211 ; SUBILIA/DUC, N 10 ad art. 324a CO, p. 225.

¹⁰ *Contra* : BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 324a CO, p. 110. Pour d'autres exemples, notamment en cas de cures médicales ou pour des raisons de bien-être : cf. REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 4 ad art. 324a CO, p. 361.

¹¹ GEISER, p. 325.

¹² SUBILIA/DUC, N 12 ad art. 324a CO, p. 225.

- témoignage en justice ;
- fréquentation de cours obligatoires.

- 12 **Exercice des droits constitutionnels du travailleur** – Dans le cadre d'activités (souvent) imposées par la loi, par exemple le service militaire ou le service civil de remplacement, l'intérêt du travailleur à l'exercice de ses droits constitutionnels prédomine l'intérêt public à l'accomplissement du travail¹³. De la même manière, le fait pour un travailleur d'avancer son école de recrues ne constitue pas une faute¹⁴.
- 13 **Prise en charge d'un enfant ou d'un proche** – La maladie ou l'accident d'un enfant peut constituer un cas particulier d'accomplissement d'une obligation légale¹⁵. Le parent qui prend soin de son enfant peut prétendre au paiement de son salaire, durant le temps nécessaire à la recherche d'une solution de substitution. Selon l'art. 36 al. 3 LTr, l'employeur doit, sur présentation d'un certificat médical, donner congé aux travailleurs ayant des responsabilités familiales, pour le temps nécessaire à la garde d'un enfant malade, jusqu'à concurrence de trois jours. Quand bien même la LTr n'impose pas le paiement du salaire, celui-ci pourra être dû conformément à l'art. 324a CO.
- 14 **Accomplissement d'une fonction publique** – L'exercice d'une fonction publique peut empiéter sur le temps de travail et entraîner dès lors l'application de l'art. 324a CO. Il s'agit en particulier de l'appartenance à des autorités exécutives ou législatives (municipalités, associations intercommunales, conseils communaux, etc.) ou de l'exercice d'une activité judiciaire auprès des juridictions ordinaires (juge laïc auprès d'un tribunal) ou spéciales (p.ex. juge assesseur au tribunal de prud'hommes ou au tribunal des baux). De la même manière que pour les obligations légales, une faute ne peut pas être reprochée au travailleur qui exerce une fonction publique facultative. Une condition pour que les fonctions publiques soient considérées comme un « empêchement inhérent à la personne » au sens de l'art. 324a CO est qu'elle doit être compatible avec l'obligation d'exécuter le travail¹⁶. Le fait que l'employeur était opposé à l'accomplissement d'un tel poste par le travailleur n'est toutefois à cet égard pas déterminant.
- 15 **Obligation d'imputer les indemnités perçues** – Le travailleur doit imputer sur le salaire à recevoir de son employeur les indemnités qu'il a perçues dans le cadre de l'accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique et qui l'empêche de travailler. Les « jetons de présence » ne devraient pas être considérés comme un revenu imputable¹⁷. En revanche, les indemnités que perçoit le

¹³ ATF 122 III 268, c. 3a/aa, JdT 1997 I 336 (trad.).

¹⁴ TF 4C.331/2001 du 12 février 2002, c. 4b.

¹⁵ Cf. art. 276 et 328 CC ; art. 36 LTr.

¹⁶ Art. 321 CO.

¹⁷ Dans le même sens : VISCHER, p. 128 ; *plus nuancé* : SUBILIA/DUC, N 14 ad art. 324a CO, p. 227.

syndic d'une commune pour son activité équivalente à 20 % ou 40 % devront être déduites de son droit au salaire. En tous les cas, les parties au contrat de travail feront bien de régler cette question par écrit.

d. Autres cas d'empêchement

Mariage, décès, déménagement, etc. – Le mariage du travailleur, la naissance d'un enfant, le décès d'un membre de la famille ou d'un proche, des examens professionnels, une visite médicale ou encore un déménagement soulèvent régulièrement des questions. La plupart de ces absences de courte durée peuvent être déplacées durant le temps libre du travailleur que l'employeur doit lui accorder, conformément à l'art. 329 al. 3 CO (« congés usuels »). Ils n'ouvrent droit au salaire que s'ils peuvent être considérés comme un empêchement inhérent à la personne du travailleur selon l'art. 324a CO. Quand bien même ces absences du travailleur sont en soi justifiées, l'employeur ne sera pas forcément contraint de payer le salaire : droit à un congé ne signifie pas automatiquement droit correspondant à un salaire. Ainsi, le fait d'aller chez son dentiste ouvrira en principe droit au salaire, alors que la participation à l'enterrement d'un oncle ne donnera pas droit au salaire.

Détention préventive – La détention préventive du travailleur ne donne en principe pas droit au versement du salaire selon l'art. 324a CO, car il s'agit en règle générale d'un empêchement fautif de travailler. Toutefois, lorsque la détention se révèle injustifiée à la suite d'un acquittement ou d'un non-lieu, il y a alors empêchement de travailler non fautif au sens de l'art. 324a CO, sauf si l'inculpation ou la détention ont été provoquées par les déclarations fausses ou contradictoires du travailleur. L'empêchement ne saurait en revanche être considéré comme fautif du simple fait que l'arrestation du travailleur repose sur sa mise en cause par d'autres personnes¹⁸.

Règlement du personnel ou convention – Ces différents cas sont souvent réglés par le contrat de travail (règlement de personnel) ou par convention collective. Ces réglementations ne peuvent toutefois avoir pour effet de limiter la portée de l'art. 324a CO, qui est une disposition relativement impérative.

3. Naissance du droit

Durée minimale des rapports de travail – Le Tribunal fédéral a clarifié la situation concernant la durée minimale nécessaire pour ouvrir le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler conformément à l'art. 324a CO¹⁹.

¹⁸ TF 4C.74/2000 du 16 août 2001, c. 4b.

¹⁹ ATF 131 III 623, c. 2.3 = JdT 2006 I 127.

Le salaire est dû pour un temps limité, à condition que les rapports de travail aient duré trois mois ou aient été conclus pour une durée déterminée supérieure à trois mois.

Si le contrat a été conclu pour une durée indéterminée, il n'y a pas d'obligation légale de payer le salaire, en cas d'empêchement de travailler inhérent à la personne du travailleur, durant les trois premiers mois. Selon le Tribunal fédéral, la durée de plus de trois mois des rapports de travail, qui conditionne le droit au salaire du travailleur empêché, débute le jour de la prise d'emploi. Lorsqu'il a été engagé par un contrat de durée indéterminée prévoyant un délai de congé égal ou inférieur à trois mois et qu'il devient incapable de travailler sans faute de sa part au cours des trois premiers mois d'emploi, le travailleur, dans le régime de base, n'a pas droit à son salaire avant le premier jour du quatrième mois des relations de travail ; dans cette situation, le travailleur doit donc supporter un délai de carence de trois mois.

Si le contrat de travail est expressément conclu pour une durée déterminée supérieure à trois mois, le droit au salaire en cas d'empêchement non fautif de travailler prend naissance dès le début de l'engagement.

Si un contrat de durée indéterminée est conclu avec un délai de résiliation de plus de trois mois, les rapports de travail sont d'emblée passés pour une durée supérieure à trois mois. Il suit de là que le droit au salaire naît dès le jour de l'entrée en service.

- 20 **Inégalité de traitement** – Comme l'a relevé le Tribunal fédéral²⁰, il existe une inégalité de traitement entre des situations très semblables, à savoir entre le salarié engagé par un contrat de quatre mois, qui bénéficie dès la prise d'emploi – certes pour un temps limité – de son salaire en cas d'incapacité de travail et celui engagé avec un contrat de durée indéterminée prévoyant un délai de congé inférieur à un trimestre, qui doit supporter un délai de carence de trois mois avant d'avoir droit à son salaire s'il est empêché de travailler sans faute pour une cause inhérente à sa personne. Toutefois, le Tribunal fédéral est tenu d'appliquer les lois fédérales et doit se soumettre à la volonté du législateur²¹.

- 21 **Comptabilisation de la durée minimale des rapports de travail** – La période de trois mois débute non à la conclusion du contrat, mais dès l'entrée en service. La durée de l'apprentissage, un stage (rémunéré ou non) ou une succession de contrats de durée déterminée doivent être pris en considération dans le calcul des trois mois²². En revanche, le Tribunal fédéral a considéré que lors du passage d'un emploi intérimaire à un emploi stable, la durée de la mission temporaire exercée chez le futur employeur ne peut être décomptée du temps d'essai²³. Cette

²⁰ ATF 131 III 623, c. 2.4.4.5 = JdT 2006 I 127.

²¹ Art. 191 Cst.

²² REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 17 ad art. 324a CO, p. 372 ; CARRUZZO, N 5 ad art. 324a CO, p. 198.

²³ ATF 129 III 124, c. 3.3 = JdT 2003 I 214 = SJ 2003 I 266.

interprétation nous amène à penser qu'il ne sera pas tenu compte, dans le cadre de l'art. 324a CO, d'une période passée en emploi intérimaire chez l'employeur.

La durée de trois mois se calcule conformément au calendrier : peu importe que pendant cette période le travailleur ait été en vacances ou absent en raison d'un cours de répétition²⁴.

Réduction ou suppression du délai de carence – Compte tenu de la nature relativement impérative de l'art. 324a al. 1 CO, le délai de trois mois ne peut être prolongé au détriment du travailleur. Il peut en revanche être réduit ou supprimé. 22

4. Montant du salaire dû

Droit au salaire fixe convenu – Le travailleur doit être placé dans la situation qui serait la sienne s'il était en mesure d'exécuter le contrat. Le salaire dû en cas d'empêchement de travailler comprendra donc, en sus du salaire « fixe » convenu²⁵ : 23

- les indemnités de renchérissement ;
- les allocations familiales ;
- les augmentations de salaire ;
- à certaines conditions, la part mensuelle du treizième salaire²⁶ ;
- les indemnités pour travail effectué de nuit, le week-end ou les jours fériés, à condition qu'un tel travail soit habituellement effectué²⁷ ;
- les frais fixes (assurances, frais de garage – services).

Exclus du salaire – Sont exclus du salaire : 24

- les gratifications ;
- les indemnités mensuelles de repas et de frais de représentation²⁸ ;
- les autres frais variables (essence, etc.).

5. Durée du versement du salaire

a. Généralités

Durée du versement du salaire en fonction des années de travail – 25
L'art. 324a al. 2 CO prévoit que l'employeur paie pendant la première année de service le salaire de trois semaines et, ensuite, le salaire pour une période plus

²⁴ AUBERT, 400 arrêts, p. 109.

²⁵ CARRUZZO, N 12 ad art. 324a CO, p. 205.

²⁶ TF 4C.290/2004 du 27 octobre 2004, c. 4.3.

²⁷ ATF 132 III 172, c. 3.1 = JdT 2006 I 572 = SJ 2006 I 252.

²⁸ TF 4A_89/2011 du 27 avril 2011, c. 6.

longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières. La durée du droit au salaire augmente donc en fonction de la durée des rapports de travail estimée en année(s) de travail. L'idée à la base de cette réglementation est que la durée de l'obligation de payer doit dépendre de la durée des rapports de travail²⁹.

Pour la première année de service, l'art. 324a al. 2 CO fixe à trois semaines au minimum la durée durant laquelle le travailleur a droit à son salaire en cas d'incapacité de travail.

Dès la deuxième année de service, le droit au salaire doit être augmenté « équitablement ».

- 26 **Circonstances particulières** – L'art. 324a al. 2 CO dispose que l'augmentation de la durée du versement du salaire en cas d'empêchement de travailler peut également dépendre de « circonstances particulières ». Par ce critère, il faut entendre notamment une charge familiale particulièrement lourde, l'âge du travailleur, son état de santé ou son niveau de salaire.

b. Echelles de référence

- 27 **Différents barèmes développés par la pratique** – Le législateur a volontairement renoncé à fixer un échelonnement strict, en fonction des années de service³⁰. La jurisprudence a développé et concrétisé ce qu'il fallait entendre par une augmentation « équitable » de la durée du droit au salaire. En effet, la souplesse recherchée par le législateur entraîne un risque considérable d'arbitraire.

Le point de départ est fixé par la loi, à savoir trois semaines durant la première année de service. Pour les années suivantes, les différents barèmes ci-après se distinguent en partie :

Echelle bernoise

- 1 mois dès la 2^e année de service ;
- 2 mois dès la 3^e année de service ;
- 3 mois dès la 5^e année de service ;
- 1 mois supplémentaire par cinq années de service en sus.

Selon cette échelle, le travailleur aurait droit à 10 mois de salaire dès la 40^e année de service auprès du même employeur. Elle est régulièrement appliquée par les tribunaux romands.

Echelle bâloise

- 2 mois dès la 2^e année de service ;
- 3 mois dès la 4^e année de service ;

²⁹ Mesage 1967, p. 342.

³⁰ *Ibid.*

- 4 mois dès la 11^e année de service ;
- 1 mois supplémentaire par cinq années de service en sus, 6 mois constituant le maximum.

Echelle zurichoise

- 8 semaines dès la 2^e année de service ;
- 9 semaines dès la 3^e année de service ;
- 10 semaines dès la 4^e année de service ;
- chaque année de service supplémentaire donne droit à une semaine supplémentaire.

Ces trois tabelles respectent le critère d'équité fixé à l'art. 324a al. 2 CO³¹.

L'année de service débute avec la prise effective du travail. Un mois compte 4,33 semaines (52 semaines/12) et, en moyenne annuelle, 21,75 jours ouvrables³². En cas de jours fériés, la durée limitée prévue à l'art. 324a CO est prolongée d'autant.

Crédit annuel de salaire – La durée de l'obligation de payer le salaire est calculée pour chaque année de service, et non par année civile. Le salaire est dû pour l'ensemble des absences intervenant durant l'année de service, et non pour chaque cas d'absence.

28

Chaque année de service donne droit à un nouveau crédit. Ainsi, lorsqu'une incapacité de travail chevauche deux années de service, la durée des prétentions du travailleur se détermine compte tenu du crédit de salaire dû pour chaque année. Il n'y a pas lieu de diminuer le crédit de la nouvelle année de service en raison des absences du travailleur durant l'année précédente. Si ce crédit n'est pas utilisé, il ne peut être reporté d'une année de service à l'autre. Ce crédit annuel n'est en revanche pas réduit *prorata temporis* si l'année de service est incomplète³³. Le travailleur a droit au crédit total afférent à l'année de service, même si le contrat prend fin en cours d'année³⁴.

Crédit en temps ou en argent – La question de savoir si la durée du paiement du salaire pendant le temps limité selon l'art. 324a CO doit être calculée en fonction du temps ou du montant du salaire est controversée. Pour certains auteurs, le crédit institué par l'art. 324a CO serait un minimum en argent. Ainsi, en cas d'application de l'échelle bernoise, le travailleur aurait droit à l'équivalent du salaire à 100 % pendant trois semaines la première année, 1 mois durant la deuxième

29

³¹ Pour un examen critique du bien-fondé de ces échelles ou de leur caractère dépassé : SUBILIA/DUC, N 37 ss ad art. 324a CO, p. 233 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 15 ad art. 324a CO, p. 116.

³² 365 jours – 104 de repos hebdomadaires = 261/12 = 21,75 ; cf. aussi art. 40a OACI selon lequel le gain journalier se détermine en divisant le gain mensuel par 21,7.

³³ SJ 1995, p. 785 ; cf. aussi TF 4A_215/2011 du 2 novembre 2011, c. 4.2.

³⁴ AUBERT, Le droit au salaire, p. 112.

année, etc. Si l'empêchement de travailler n'est que partiel, il en résulterait une prolongation proportionnelle : en cas d'incapacité de travail de 50 % durant la première année de service, la durée du paiement du salaire serait prolongée de trois à six semaines³⁵. Pour d'autres auteurs, le temps limité du droit au salaire ne serait pas prolongé en cas d'empêchement partiel de travailler³⁶. Le Tribunal fédéral semble avoir tranché la question dans le sens de la seconde opinion, dans un jugement dans lequel il indique que « *les droits du salarié ne se mesurent qu'en fonction du temps écoulé durant l'incapacité de travail et qu'il dispose ainsi d'un crédit en temps et non pas en argent* »³⁷. En pratique, les tribunaux cantonaux ne suivent pas toujours cette jurisprudence, à laquelle la doctrine majoritaire semble ne pas non plus se rallier.

c. Fin de l'obligation de payer le salaire

30 **Fin du contrat de travail** – En principe, les obligations de l'employeur s'éteignent avec le contrat de travail. En conséquence, le travailleur, même empêché de travailler, perd son droit au salaire lorsque le contrat de travail prend fin³⁸.

31 **Réglementations plus avantageuses réservées** – L'art. 324a CO étant relativement impératif, une convention entre les parties peut améliorer la situation du travailleur. Par exemple, les droits du travailleur à l'égard de l'employeur relatifs à une assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie ne s'éteignent pas nécessairement avec la cessation des rapports de travail, mais peuvent au contraire leur survivre³⁹.

III. Régimes conventionnels

1. Régimes conventionnels plus favorables

32 **Prolongation du droit au salaire** – L'art. 324a al. 1 et 3 CO étant relativement impératif, des dérogations en faveur du travailleur peuvent être prévues par les parties. Le respect d'une forme particulière n'est pas exigé. Un accord oral ou par actes concludants est dès lors suffisant⁴⁰. Il est ainsi permis d'assurer la couverture des empêchements de travailler survenant durant les trois premiers

³⁵ CARRUZZO, N 11 ad art. 324a CO, p. 204 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 25 ad art. 324a/b CO, pp. 456 ss ; WYLER, p. 230.

³⁶ BRÜHWILER, N 10 ad art. 324a CO.

³⁷ TF 4C.293/2004 du 15 juillet 2005, c. 2.3 ; dans ce sens, SUBILIA/DUC, N 47 ad art. 324a CO, p. 236.

³⁸ TF 4A_50/2011 du 6 avril 2011, c. 1.4.1.

³⁹ ATF 127 III 415, c. 4b, JdT 2001 I 399 (trad.).

⁴⁰ Cf. art. 324a al. 2 CO.

mois de travail, lorsque les rapports de travail ont été conclus pour moins de trois mois⁴¹. De telles dérogations peuvent également être prévues par convention collective ou par contrat-type. Dans la plupart des cas, la période durant laquelle un salaire est payé au travailleur en cas d'empêchement de travailler est prolongée.

Autres formes de régimes plus favorables – On peut également imaginer d'autres formes d'amélioration de la situation du travailleur, par exemple la garantie de certains crédits distincts pour certains types d'empêchements de travailler, la couverture des empêchements de travailler survenant durant les trois premiers mois de travail, lorsque les rapports de travail ont été conclus pour moins de trois mois, ou encore une couverture d'assurance intervenant au terme du droit au salaire⁴².

33

2. Régimes conventionnels dérogatoires

Principes – L'art. 324a al. 4 CO prévoit qu'un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut fonder une dérogation au régime de base, à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes à ce dernier. En pratique, des solutions destinées à libérer l'employeur de l'obligation de verser le salaire durant la maladie ont depuis fort longtemps été appliquées⁴³. Pour que le régime conventionnel s'applique, le législateur a fixé deux exigences : la forme spéciale et l'équivalence des prestations. Si ces deux conditions sont remplies, l'employeur est libéré de l'obligation de payer le salaire selon le régime de base. En revanche, lorsque ces conditions ne sont pas satisfaites, l'employeur reste tenu de verser les prestations prévues par l'art. 324a al. 1 et 2 CO. Il peut toutefois imputer sur les montants dus au travailleur les prestations que ce dernier a reçues, pour la même période, de la part d'une assurance, conformément à un régime dérogatoire ne correspondant pas aux exigences légales⁴⁴.

34

a. Exigences de forme

Accord écrit – L'accord écrit peut être intégré dans le contrat de travail ou figurer dans un texte séparé. Il doit être revêtu de la signature de l'employeur

35

⁴¹ ATF 131 III 623, c. 2.5.2 = JdT 2006 I 127.

⁴² REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 30 ad art. 324a CO ; CARRUZZO, N 14 ad art. 324a CO ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 19 ad art. 324a CO.

⁴³ Message 1967, p. 343.

⁴⁴ Principe de l'interdiction de l'enrichissement sans cause : ATF 96 II 133, c. 3e = JdT 1971 I 34 = SJ 1971 257.

et du travailleur⁴⁵. Le travailleur doit avoir connaissance à temps de toutes les conditions d'assurance. En principe, l'accord doit comporter tous les points essentiels du régime conventionnel dérogatoire :

- pourcentage du salaire versé ;
- durée des prestations ;
- risques couverts ;
- restrictions de couverture (réserves, p.ex.) ;
- modalités du financement ;
- durée du délai de carence ;
- droits au-delà de la fin du contrat de travail.

L'accord peut toutefois renvoyer aux conditions générales de l'assurance ou à un autre document tenu à la disposition du travailleur⁴⁶.

Ces exigences de forme représentent une condition de validité de l'accord. Leur non-respect devrait entraîner l'application du régime de base. Toutefois, selon le Tribunal fédéral, l'exigence de la forme écrite a pour but de protéger le travailleur. Aussi, l'inapplicabilité d'un système conventionnel dérogatoire plus favorable au travailleur en raison du seul non-respect de la condition de la forme écrite aboutirait à un résultat inadapté. Dans une telle situation, le vice de forme doit être considéré comme guéri et conduire à l'application du régime dérogatoire⁴⁷.

36 **Contrat-type ou convention collective** – Le contrat-type⁴⁸ ou la convention collective⁴⁹ déterminent si et dans quelle mesure un travailleur bénéficie d'un régime dérogatoire au sens de l'art. 324a al. 4 CO.

b. Réglementation équivalente

37 **Prestations équivalentes** – L'art. 324a al. 4 CO prévoit que le régime dérogatoire n'est valable que s'il accorde au travailleur des prestations au moins équivalentes à celles du régime légal de base. Pour le Tribunal fédéral⁵⁰, comme

⁴⁵ Art. 12 ss CO.

⁴⁶ ATF 131 III 623, c. 2.5.1 = JdT 2006 I 127.

⁴⁷ TF 4A_517/2010 du 11 novembre 2010, c. 4.2.

⁴⁸ Art. 359 et 360 CO.

⁴⁹ Cf. art. 356b CO.

⁵⁰ ATF 128 II 13, c. 5c/bb = SJ 2002 I 74 ; ATF 96 II 133, c. 3e = JdT 1971, 34 = SJ 1971 257.

pour la doctrine⁵¹, l'équivalence s'apprécie de manière abstraite (théorie de l'équivalence abstraite).

Il y a équivalence lorsque, de manière cumulative :

- les indemnités journalières sont versées au moins pendant 720 jours ou, plus souvent 730 jours (365 jours × 2), au cours d'une période de 900 jours ;
- les indemnités journalières couvrent au moins 80 % du salaire ;
- l'employeur prend à sa charge au moins la moitié des primes⁵². A relever que la prime versée par un travailleur se rapportant à une assurance complémentaire pour perte de gain en cas de maladie destinée à assurer le versement du salaire au-delà ce que prévoit l'art. 324a CO n'est pas déductible du revenu⁵³ ;
- un délai d'attente maximal de deux à trois jours, sans droit au salaire, a été conclu. Durant ce délai de carence, l'employeur est entièrement libéré de l'obligation de verser le salaire. En revanche, si l'employeur opte pour un délai d'attente plus élevé (qui pourra être imputé sur la période d'indemnisation de 720 jours), il sera tenu de payer le salaire complet durant le « temps limité » selon l'art. 324a al. 1 et 2 CO. Les parties peuvent toutefois prévoir par écrit que l'employeur ne devra verser que l'équivalent des prestations d'assurance.

Selon la jurisprudence⁵⁴, un éventuel libre passage de l'assurance collective à l'assurance individuelle n'apparaît pas comme un élément essentiel de l'accord des parties selon l'art. 324a al. 4 CO, ni comme un facteur permettant d'apprécier l'équivalence des prestations.

Effet libératoire – L'employeur qui a souscrit une assurance satisfaisant aux exigences rappelées ci-dessus et respecté ses obligations (paiement des primes, annonce du sinistre en temps utile, etc.) est libéré de toute obligation envers le travailleur⁵⁵. Lorsque la couverture d'assurance n'est pas équivalente, elle n'a pas pour effet de libérer l'employeur : celui-ci devra imputer sur les prestations qu'il doit conformément à l'art. 324a al. 2 CO les indemnités versées par l'assureur. Au-delà du temps limité selon l'art. 324a al. 2 CO, le travailleur devra se contenter des prestations d'assurance, même inférieures à 80 % de son salaire.

38

⁵¹ AVBERT, CR 2012, N 60 ad art. 324a CO ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 37 ad art. 324a CO ; SUBILIA/DUC, N 56 et 57 ad art. 324a CO, pp. 239-240 ; CARRUZZO, N 17 ad art. 324a CO, p. 211 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 22 ad art. 324a CO, p. 121.

⁵² Cf. art. 26 LPP et 26 OPP2 en particulier.

⁵³ TF 2C_36/2011 du 24 mai 2011, c. 3.2.

⁵⁴ ATF 135 III 640, c. 2.3.2.

⁵⁵ CARRUZZO, N 19 ad art. 324a CO, p. 213 ; *avec des nuances* : SUBILIA/DUC, N 98 ss ad art. 324a CO, pp. 254 ss.

3. Assurances

39 **Généralités** – En droit suisse, il n'existe pas d'assurance obligatoire d'indemnités journalières en cas de maladie. Pour les employeurs, il n'existe pas d'obligation générale de prévoir pour leurs employés une assurance couvrant la perte de salaire en cas de maladie. Dans le cadre de l'art. 324a al. 4 CO, l'employeur opte néanmoins souvent pour la conclusion d'une assurance offrant des prestations équivalentes. Pour l'employeur, l'avantage réside dans le fait que les coûts sont facilement déterminables à l'avance et ne varient pas (forcément) en fonction du nombre de sinistres. Pour le travailleur, il pourra souvent bénéficier de prestations d'assurance après la fin du contrat de travail. Les parties peuvent librement choisir, soit de conclure une assurance sociale d'indemnités journalières régie par les art. 67 à 77 LAMal, soit de conclure une assurance d'indemnités journalières soumise à LCA⁵⁶.

40 **Cas non couverts** – Les autres causes d'empêchements de travailler, par exemple la participation à un exécutif communal ou des risques exclus par l'assureur, ne peuvent faire l'objet d'une assurance perte de gain. Pour ces cas, l'entier des obligations de l'employeur au sens de l'art. 324a al. 1 et 2 CO subsiste⁵⁷.

a. Assurances soumises à la LAMal

41 **Assurance facultative d'indemnités journalières**⁵⁸ – L'employeur peut conclure une assurance collective d'indemnités journalières auprès d'un assureur-maladie, au sens des art. 11 et 68 LAMal. Le preneur d'assurance est l'employeur, alors que le bénéficiaire est le travailleur. Cette assurance est réglementée aux art. 67 ss LAMal et précisée dans les conditions générales d'assurance établies par les assureurs-maladie. Les différences notables avec une assurance soumise à la LCA résident notamment dans l'obligation de contracter et la durée limitée des réserves. Les art. 72 à 74 LAMal fixent des règles contraignantes et des modes de calcul précis. Seule une incapacité de travail de 50 % au moins ouvre droit à des prestations⁵⁹.

42 **En pratique** – Les assurances sont de moins en moins régies par la LAMal, en raison notamment des contraintes légales. Il semble que les assureurs ne garantissent volontairement que des indemnités journalières relativement basses, afin de détourner les employeurs d'une telle solution⁶⁰. Il arrive que certaines conven-

⁵⁶ TF 5C.41/2001 du 3 juillet 2001, c. 2b/bb.

⁵⁷ REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 35 ad art. 324 CO, p. 389 ; CARRUZZO, N 20 ad art. 324a CO, p. 215.

⁵⁸ Art. 67 ss LAMal.

⁵⁹ Art. 72 al. 2 LAMal.

⁶⁰ DUC, Les indemnités journalières, p. 738 ; EUGSTER, p. 508.

tions collectives de travail ou des contrats-type prévoient expressément que l'employeur doit conclure une assurance « régie selon la LAMal ». Deux possibilités s'offrent à l'employeur : conclure une assurance au sens des art. 67 ss LAMal ou convenir avec l'assureur LCA une couverture respectant les principes fixés dans la LAMal.

b. Assurances soumises à la LCA

Principes – Les contrats d'assurance régis par la LCA, qui constituent l'écrasante majorité des types de couverture en pratique, peuvent être très variés. Ils s'inspirent toutefois souvent, pour des raisons pratiques, du système mis en place par la LAMal. Les délais d'attente et la durée des prestations peuvent être librement convenus entre les parties. En cas d'incapacité de travail partielle, il est souvent convenu que l'assurance verse des prestations à partir d'un degré d'incapacité de 25 %⁶¹. Les parties peuvent prévoir le principe de l'imputation des jours d'incapacité de travail partielle proportionnellement au taux d'incapacité de travail pour le calcul de la durée des prestations (p.ex. prestations versées durant 1440 jours en cas d'incapacité de travail de 50 %). De plus, les réserves ne sont pas limitées, et des risques peuvent être totalement exclus.

43

Coordination et surindemnisation – Contrairement à la réglementation prévue à l'art. 72 al. 5 LAMal, l'assureur LCA ne prolongera pas la durée du versement des indemnités en cas de concours avec des prestations versées par des assureurs sociaux selon la LAA, la LAM, la LAI ou encore la LPP. Les conditions générales sont alors déterminantes.

44

c. Droit aux prestations, libre passage et devoir d'information de l'employeur

Principes – Le régime ordinaire de l'assurance pour perte de gain en cas de maladie régie par la LCA est le versement des prestations jusqu'à épuisement de celles-ci lorsque le sinistre est intervenu durant la période de couverture⁶². La fin du contrat de travail n'entraîne dès lors pas la fin du versement des prestations. En revanche, la couverture cesse le dernier jour des rapports de travail, toute prestation pour un nouveau sinistre étant exclue.

45

Les parties au contrat d'assurance peuvent déroger à ce système et convenir que le paiement des indemnités journalières prend fin avec le contrat de travail⁶³.

⁶¹ MERCIER, p. 794. Rappelons que l'art. 25 al. 3 OLAA prévoit qu'une incapacité inférieure ou égale à 25 % ne donne pas droit à l'indemnité journalière de l'assurance-accidents. La légalité de cet article est discutée : FRÉSARD/MOSER-SZELESS, p. 951.

⁶² TF 4A_186/2010 du 3 juin 2010, c. 3.

⁶³ ATF 127 III 106, c. 3b = JdT 2002 I 183.

Lorsque le contrat est régi par la LCA, l'assureur n'a pas les devoirs d'information prévus pour l'assurance sociale⁶⁴. En conséquence, l'art. 71 LAMal n'est pas applicable, sauf dans le cas des chômeurs spécialement prévu par l'art. 100 al. 2 LCA⁶⁵. Toutefois, le travailleur a régulièrement la possibilité de maintenir son droit aux prestations d'assurance après la fin des relations contractuelles de travail, en formulant une demande de transfert dans l'assurance individuelle. Les conditions générales d'assurance fixent en général un délai durant lequel cette demande doit intervenir. Dans un tel système dérogatoire, il incombe à l'employeur (et non à l'assureur) d'informer le travailleur – qui est fondé à penser que les prestations continueront à être versées après la fin des rapports de travail – du délai dans lequel il doit agir pour sauvegarder ses droits de transfert⁶⁶. Cette obligation de l'employeur est fondée sur l'art. 331 al. 4 CO. Sa violation entraîne pour l'employeur le devoir de réparer le dommage causé au travailleur pour n'avoir pas bénéficié d'indemnités journalières⁶⁷.

Dans les assurances-maladie perte de salaire selon la LAMal, il existe un droit de passage intégral, quelle que soit la situation personnelle et professionnelle de l'assuré, qu'il s'agisse de passer d'un assureur collectif à un autre, ou d'une assurance collective à une individuelle. Il incombe à l'assureur d'informer le travailleur et assuré, conformément à l'art. 71 LAMal.

d. Obligation de diminuer le dommage

46 **Principe** – L'assuré est soumis à l'obligation de diminuer le dommage, que ce soit dans le cadre d'un contrat d'assurance perte de gain soumis à la LCA⁶⁸ ou à la LAMal⁶⁹. A ce titre, un changement de profession peut être exigé de l'assuré. Le cas échéant, l'assureur doit lui impartir un délai raisonnable pour entreprendre une reconversion professionnelle. Selon le Tribunal fédéral, un délai de trois à cinq mois, durant lequel l'indemnité journalière reste due, est suffisant⁷⁰.

47 **Détection précoce** – L'art. 7c LAI prévoit que l'employeur collabore activement avec l'Office AI. Il doit contribuer à la mise en œuvre d'une solution appropriée en cas d'intervention précoce s'inscrivant dans les limites du raisonnable. Les mesures de réinsertion prévues par le législateur ont pour but d'encourager les employeurs à (ré)intégrer les travailleurs atteints dans leur santé.

⁶⁴ TF 5C.41/2001 du 3 juillet 2001, c. 2b.

⁶⁵ TF 4A_373/2010 du 10 novembre 2010, c. 2.1 ; TF 4A_354/2009 du 23 décembre 2009, c. 2.1.

⁶⁶ TF 4A_186/2010 du 3 juin 2010, c. 3.

⁶⁷ ATF 135 III 640, c. 2.4.

⁶⁸ Art. 61 LCA.

⁶⁹ Art. 6 LPGa.

⁷⁰ ATF 129 V 460, c. 4.2 ; DESPLAND, p. 65.

4. Preuve de l'incapacité de travail

Principe – Dans le régime de base comme dans le régime conventionnel, il appartient à la partie de prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire des droits⁷¹.

48

a. *Certificat médical*

Production d'un certificat médical – La preuve de l'existence d'un empêchement de travailler incombe au travailleur. La loi ne prescrit pas comment l'incapacité de travail doit être prouvée. En général, si elle consécutive à une maladie, à un accident ou à une grossesse, le travailleur produira un certificat médical. Régulièrement, les employeurs et les assureurs perte de gain en cas de maladie exigent la production d'un certificat médical après trois jours d'absence⁷².

49

Comme souvent dans le domaine des assurances, le rôle du médecin est important. Lorsqu'il établit un certificat médical, il indique éventuellement un pourcentage de capacité de travail résiduelle de l'employé et, souvent, une durée de l'empêchement escompté. La valeur probante accordée au certificat médical est parfois contestée. Il arrive qu'un second avis médical soit demandé par l'assureur ou l'employeur, notamment en cas de doute sérieux quant à la véracité de l'incapacité alléguée. En présence d'atteinte à la santé d'ordre psychique ou mentale, les certificats médicaux semblent être plus souvent remis en question⁷³. Si un médecin atteste des faits contraires à la réalité, il encourt une condamnation pénale selon l'art. 318 ch. 1 CP et peut être appelé à réparer le dommage causé⁷⁴.

Annonce de l'employeur – En vue d'une détection précoce, l'employeur a la possibilité de communiquer à l'office AI compétent un cas d'incapacité de travail, en transmettant le cas échéant le certificat médical⁷⁵. Les assureurs privés perte de gain maladie⁷⁶ et les assureurs sociaux⁷⁷ ont également cette faculté⁷⁸. En principe, les données ne devraient être accessibles qu'aux services du médecin-conseil de l'assureur ou de l'employeur.

50

⁷¹ Art. 8 CC.

⁷² Sur la nature du certificat médical, cf. SUBILIA/DUC, N 123 ss ad art. 324a CO, pp. 261 ss.

⁷³ RUDOLPH, p. 864.

⁷⁴ TF 6B_157/2007 du 13 mai 2008, c. 3.1 ; TF 4C.156/2005 du 28 septembre 2012, in : SJ 2006 I 221, c. 3.5.6.

⁷⁵ Art. 3b al. 1 et al. 2 let. c LAI.

⁷⁶ Art. 39a LCA.

⁷⁷ Art. 3b al. 2 LAI.

⁷⁸ Cf. MEIER, pp. 105 ss.

b. Autres moyens de preuve

51 **Exemples** – Pour les autres incapacités de travail, le travailleur pourra par exemple produire un ordre de marche, une convocation officielle ou encore une citation à comparaître devant un tribunal.

5. Prestations en cas d'accouchement (congé maternité)**a. Généralités**

52 **Quelques distinctions** – Selon l'art. 5 LPGa, la maternité comprend la grossesse et l'accouchement, ainsi que la convalescence qui suit ce dernier. Elle n'est pas mentionnée à l'art. 324a CO. Avec l'entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2005 des art. 16 b à 16h LAPG, une allocation journalière de maternité est versée aux femmes exerçant une activité lucrative (dépendante ou indépendante), dès leur accouchement. L'art. 324a al. 3 CO dispose qu'en cas de grossesse de la travailleuse, l'employeur est tenu de lui verser le salaire dans la même mesure que celle prévue aux alinéas 1 et 2. La grossesse visée par cette disposition est celle qui provoque un arrêt de travail. Sous l'angle du droit aux prestations notamment, la grossesse est traitée comme n'importe quel autre « empêchement de travailler » justifié, au sens de l'art. 324a CO, sans pour autant être assimilée à une maladie, et sans qu'une absence de faute soit requise⁷⁹.

Les travailleuses enceintes et les mères qui allaitent bénéficient d'une protection spéciale instaurée par la LTr. L'employeur doit tout mettre en œuvre pour les occuper de telle sorte que leur santé et celle de l'enfant ne soient pas compromises, et aménager les conditions de travail en conséquence⁸⁰. Il convient d'insister sur le fait que les aménagements de temps de travail prévus par la LTr doivent être clairement distingués des obligations faites à l'employeur de payer la travailleuse durant laquelle elle ne fournit pas sa prestation⁸¹.

Les travailleuses ne peuvent être occupées durant les huit semaines qui suivent l'accouchement. Si elles le désirent, ce temps est prolongé jusqu'à seize semaines après l'accouchement⁸². La travailleuse qui, avant ou après l'accouchement, se dispense librement d'aller travailler sans en être empêchée, comme l'y autorise

⁷⁹ TF du 18 décembre 1992, in : SJ 1993 349.

⁸⁰ Art. 35 LTr, art. 61 ss OLT 1.

⁸¹ Sur ces questions : cf. WYLER, pp. 214 ss. Pour un commentaire des différentes périodes de congé non couvertes par les allocations de maternité : cf. SUBILIA/DUC, N 175 ss ad art. 324a CO, pp. 280-283.

⁸² Art. 35a al. 3 LTr.

l'art. 35a LTr, ne peut prétendre à son salaire au sens de l'art. 324a CO⁸³. L'art. 35 al. 2 LTr et l'art. 35 b al. 2 LTr doivent être réservés.

Arrangements plus favorables réservés – Des accords particuliers, par exemple des conventions collectives, peuvent prévoir un régime plus favorable aux travailleuses, par exemple seize semaines de congé maternité payées à 100 %. 53

b. Conditions cumulatives du droit à l'allocation de maternité pour les travailleuses

Principe – Pour avoir droit aux allocations de maternité, trois conditions cumulatives doivent être remplies par les travailleuses : 54

- elles doivent avoir été assurées obligatoirement à l'AVS, conformément à l'art. 1a LAVS, durant les neuf mois précédant l'accouchement, sous réserve d'un accouchement prématuré⁸⁴ ;
- au cours de la grossesse, les travailleuses doivent avoir exercé une activité lucrative durant cinq mois au moins, sous réserve d'un accouchement avant terme⁸⁵ ;
- à la date de l'accouchement, elles doivent être au bénéfice de rapports de travail valables (contrat d'apprentissage, contrat de travail de droit public ou de droit privé). La résiliation d'un contrat de travail pour une date postérieure à l'accouchement ne les prive pas du droit à l'allocation de maternité⁸⁶.

Exceptions – A certaines conditions fixées aux art. 16b al. 3 LAPG, 29 et 30 RAPG, des femmes bénéficiant d'indemnités journalières de l'assurance-chômage, d'indemnités journalières pour incapacité de travail pour maladie, accident ou invalidité de la part de l'assurance sociale ou privée, ou encore en cas de fin du droit au salaire ont droit à des prestations en cas de maternité. 55

Travailleuses ne remplissant pas les conditions de la LAPG – Les salariées qui ne remplissent pas les conditions du droit à des allocations de maternité ont droit, après l'accouchement, au versement du salaire jusqu'à épuisement des prestations conformément à l'art. 324a al. 1 et 2 CO. 56

c. Prestations

Principe – Le point de départ du droit aux allocations de maternité est l'accouchement, sans délai d'attente. Sur demande de la mère, un différé est pos- 57

⁸³ Dans le même sens : SUBILIA/DUC, N 171 ad art. 324a CO, p. 278 et les références.

⁸⁴ Art. 16b al. 1 let. a et al. 2 LAPG.

⁸⁵ Art. 16b al. 1 let. b LAPG ; art. 27 RAPG.

⁸⁶ FRÉSARD-FELLAY, p. 329 ; SUBILIA/DUC, N 152 ad art. 324a CO, p. 272.

sible en fonction de l'état de santé du nouveau-né, aux conditions fixées à l'art. 24 al. 1 RAPG. En revanche, une interruption de ce droit n'est pas possible.

58 **Durée des prestations** – Les allocations sont versées durant 14 semaines (98 jours), dès l'accouchement ou dès le moment où le report prend fin⁸⁷. Ce délai correspond à la période minimale du congé-maternité prévue par l'art. 329f CO. Toute reprise d'une activité professionnelle avant la fin des 14 semaines met définitivement fin au droit au paiement des allocations de maternité.

59 **Montant et calcul des allocations de maternité** – L'allocation de maternité s'élève à 80 % du revenu moyen (converti en gain journalier – pour chaque jour de la semaine, samedi, dimanche et jours fériés compris) de l'activité exercée avant l'accouchement, mais au maximum à 196 fr. par jour⁸⁸. L'allocation est payée mensuellement. Elle est soumise aux cotisations de l'AVS, AI, APG et AC. Le revenu moyen acquis avant le début du droit à l'allocation est le revenu déterminant pour le calcul des cotisations dues conformément à la LAVS. La détermination de ce revenu est réglée aux art. 11 LAPG et 31 RAPG⁸⁹. En cas de droit à des prestations de la part de différents assureurs sociaux, des questions de coordination et de calcul de surindemnisation se posent⁹⁰.

Compte tenu du plafond de l'allocation de maternité, les travailleuses dont le revenu moyen est supérieur à 245 fr. par jour ne reçoivent pas l'équivalent de 80 % de leur revenu. La question d'un complément par l'employeur doit alors être analysée sous l'angle de l'art. 324 b CO⁹¹.

⁸⁷ SUBILIA/DUC, N 160 ad art. 324a CO, p. 274.

⁸⁸ Art. 16f LAPG, soit $80\% \times 245$ fr.

⁸⁹ Pour un exemple de calcul pour une travailleuse avec un revenu irrégulier : TF 9C_824/2009 du 1^{er} juin 2010, c. 5 ; pour une personne de condition indépendante : ATF 133 V 431, c. 6.1-6.2.4.

⁹⁰ Sur ces points : cf. FRÉSARD-FELLAY, pp. 343 ss.

⁹¹ Cf. WYLER, pp. 213 ss ; art. 324 b CO ; *contra* : KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY, p. 548.

Art. 324b

b. Exceptions

¹ Si le travailleur est assuré obligatoirement, en vertu d'une disposition légale, contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler qui ne provient pas de sa faute mais est dû à des raisons inhérentes à sa personne, l'employeur ne doit pas le salaire lorsque les prestations d'assurance dues pour le temps limité couvrent les quatre cinquièmes au moins du salaire afférent à cette période.

² Si les prestations d'assurance sont inférieures, l'employeur doit payer la différence entre celles-ci et les quatre cinquièmes du salaire.

³ Si les prestations d'assurance ne sont versées qu'après un délai d'attente, l'employeur doit verser pendant cette période quatre cinquièmes au moins du salaire.

b. Ausnahmen

¹ Ist der Arbeitnehmer auf Grund gesetzlicher Vorschrift gegen die wirtschaftlichen Folgen unverschuldeter Arbeitsverhinderung aus Gründen, die in seiner Person liegen, obligatorisch versichert, so hat der Arbeitgeber den Lohn nicht zu entrichten, wenn die für die beschränkte Zeit geschuldeten Versicherungsleistungen mindestens vier Fünftel des darauf entfallenden Lohnes decken.

² Sind die Versicherungsleistungen geringer, so hat der Arbeitgeber die Differenz zwischen diesen und vier Fünfteln des Lohnes zu entrichten.

³ Werden die Versicherungsleistungen erst nach einer Wartezeit gewährt, so hat der Arbeitgeber für diese Zeit mindestens vier Fünftel des Lohnes zu entrichten.

b. Eccezioni

¹ Se, in virtù di disposizioni legali, il lavoratore è assicurato obbligatoriamente contro le conseguenze economiche d'un impedimento al lavoro, dovuto a motivi inerenti alla sua persona e intervenuto senza sua colpa, il datore di lavoro non è tenuto a pagare il salario qualora le prestazioni dovute dall'assicurazione per il tempo limitato compensano almeno i quattro quinti del salario.

² Se le prestazioni dell'assicurazione sono inferiori, il datore di lavoro deve pagare la differenza fra queste e i quattro quinti del salario.

³ Se le prestazioni assicurative sono versate solo dopo un periodo di attesa, il datore di lavoro deve versare durante questo periodo almeno i quattro quinti del salario.

Table des matières

	note marginale	page
I. Généralités	1	228
1. Objet, but et nature de la norme.....	1	228
2. Systématique.....	3	228
II. Empêchements de travailler couverts par une assurance obligatoire	4	229
1. Assurances obligatoires	4	229
2. Prestations d'assurance inférieures à 80 % et cas particuliers.....	6	229
III. Obligation pour l'employeur de verser des prestations durant le délai d'attente.....	10	231

Bibliographie spécifique

KAHIL-WOLFF BETTINA/FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, La coordination des divers régimes et d'autres systèmes d'indemnisation, in : Droit suisse de la sécurité sociale, Volume I, Berne 2010, pp. 441 ss ; KIESER UELI, ATSG Kommentar, 2^e éd., Zurich 2009.

I. Généralités**1. Objet, but et nature de la norme**

- 1 **Objet et but** – L'art. 324b CO règle les exceptions pour lesquelles le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler non fautif dû à des raisons inhérentes à la personne ne découle pas de l'art. 324a CO mais d'une assurance obligatoire. En présence d'une telle assurance, l'employeur est libéré de son obligation de verser le salaire.
- 2 **Nature** – L'art. 324b CO est une disposition relativement impérative¹. Des accords plus favorables au travailleur peuvent donc toujours être convenus par les parties. Le respect de la forme écrite n'est pas une condition de validité de telles conventions.

2. Systématique

- 3 **Coordination avec les assurances sociales** – Comme cela ressort expressément des alinéas 2 et 3, l'art. 324b CO implique une coordination étroite avec les assurances sociales. La jurisprudence a ainsi reconnu à l'employeur un droit de recours dans le domaine des indemnités journalières de l'assurance-accidents en raison des liens étroits avec le contrat de travail, spécialement avec les obligations découlant des art. 324a et 324b CO².
Pour le législateur, il est justifié de maintenir une différence entre le salaire et le salaire de remplacement. La limitation du droit au salaire au taux de 80 % du salaire est le fruit d'un compromis politique³. Elle peut toutefois être considérée comme une compensation adéquate de la perte de gain et correspond aux taux usuellement reconnus dans les différentes branches d'assurance sociale⁴.
A l'instar de l'art. 324a CO, l'art. 324b CO est qualifié de « norme de coordination »⁵.

¹ Art. 362 al.1 CO.

² ATF 134 V 153, c. 5.3.2.1 ; ATF 131 V 298, c. 5.3.1 ; TF U 519/06 du 18 septembre 2007, c. 5 et 6.

³ FF 1976 III 169.

⁴ Art. 17 al. 1 LAA ; art. 28 al. 1 LAM ; art. 23 al. 1 LAI ; art. 10 al. 1 et 16e al. 1 LAPG.

⁵ KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY, p. 546.

II. Empêchements de travailler couverts par une assurance obligatoire

1. Assurances obligatoires

Principe – L’art. 324b CO est applicable toutes les fois que le travailleur est couvert obligatoirement par une assurance. Instituent une assurance obligatoire :

- la LAA ;
- la LAM ;
- la LAI ;
- la LAPG.

Assurances non concernées – Les assurances facultatives ou complémentaires, de même que celles qui sont obligatoires en vertu d’un contrat-type, d’une convention collective de travail, voire d’un contrat individuel de travail, ne sont pas des assurances légales obligatoires. L’art. 324b CO n’est en particulier pas applicable en cas de versement de prestations d’indemnités journalières facultative perte de gain par un assureur-maladie (selon la LAMal ou la LCA).

D’éventuelles indemnités journalières ou pensions temporaires d’invalidité versées par une institution de prévoyance ne rentrent pas non plus dans le champ d’application de l’art. 324b CO, dès lors que la LPP ne prévoit pas de telles prestations.

De manière générale, les rentes des assureurs sociaux ont une toute autre fonction que les indemnités journalières et couvrent des risques distincts. Les rentes visent ainsi à compenser l’invalidité, c’est-à-dire l’incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée⁶, et non l’incapacité de travail⁷. Dans le cadre de l’art. 324b CO, on peut néanmoins imaginer le cas d’un travailleur mis au bénéfice d’une rente d’invalidité selon la LAI, la LAA et/ou la LPP, alors que son contrat de travail est encore en vigueur. Dans un tel cas, à défaut de concordance personnelle, temporelle et matérielle⁸ entre les prestations des assurances sociales et celles de l’employeur, les assurances sociales ne sont pas autorisées à réduire leurs prestations.

2. Prestations d’assurance inférieures à 80 % et cas particuliers

Principe – L’art. 324b al. 2 CO prévoit que si les prestations d’assurance sont inférieures (à 80 % du salaire), l’employeur doit payer la différence entre celles-ci et les quatre cinquièmes du salaire.

⁶ Art. 8 al. 1 LPGA.

⁷ Art. 6 LPGA.

⁸ Art. 68 et 69 LPGA.

- 7 **Durée minimale des rapports de travail** – Pour avoir droit à cette différence, encore faut-il que les rapports de travail aient duré plus de trois mois ou aient été conclus pour une durée supérieure à trois mois. Cette obligation de l'employeur ne vaut que pour un « temps limité », référence étant faite à l'art. 324a CO, et pour autant qu'il subsiste un crédit annuel de salaire suffisant pour l'année de service considérée⁹. L'obligation de verser cet appoint ne pèse donc pas sur l'employeur durant toute la durée de l'empêchement de travailler, mais seulement pendant le laps de temps limité prévu par l'art. 324a CO. Ces paiements au sens de l'art. 324b al. 2 CO seront comptabilisés pour déterminer la limite en crédit annuel selon l'art. 324a CO¹⁰. Toutefois, pour les auteurs qui ont opté pour la théorie du « crédit en argent »¹¹ lorsque le crédit pour une incapacité de travail relevant de l'art. 324b CO est épuisé pour l'année de service considérée, le travailleur bénéficiera du solde de 20 % au titre d'une incapacité postérieure relevant de l'art. 324a CO pour la même année de service¹². L'art. 324b al. 2 CO est en particulier applicable lorsque les prestations de l'assurance accidents ne couvrent pas le salaire dépassant le salaire assuré maximum LAA, actuellement fixé à 126'000 fr. par année, soit 346 fr. par jour¹³. L'employeur devra alors verser la différence entre le 80 % du salaire et l'indemnité versée par l'assurance-accidents, et cela pendant le temps limité au sens de l'art. 324a CO¹⁴. Cette disposition est également applicable lorsque les allocations de l'assurance perte de gain ne couvrent pas les quatre cinquièmes du salaire d'un salarié au service militaire ou astreint à la protection civile. S'agissant des salariées qui ont accouché, qui se voient de par la loi interdites de travailler¹⁵ et dont les quatre cinquièmes du salaire ne sont pas couverts, la question de l'application de l'art. 324b CO est controversée¹⁶.
- 8 **Cas particuliers** – Lorsque l'assurance réduit ses prestations en raison d'une faute de l'assuré en dessous de 80 % du salaire, par exemple selon l'art. 21 al. 1 LPGa, l'employeur pourrait être amené à compléter les prestations de l'assureur jusqu'à hauteur du minimum prévu à l'art. 324b al. 2 CO. Il en irait de même en cas de violation d'annoncer le cas immédiatement, selon les art. 45 et 46 LAA¹⁷.
- 9 **Paiements en mains de l'employeur** – De nombreux employeurs continuent de verser l'intégralité du salaire à leurs employés. Conformément à l'art. 19 al. 2 LPGa, ils sont autorisés à percevoir directement de l'assureur-accidents les in-

⁹ CARRUZZO, N 1 ad art. 324b CO, p. 232.

¹⁰ REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 3 ad art. 324b CO, p. 400.

¹¹ Cf. dans le présent ouvrage, N 29 ad art. 324a CO.

¹² WYLER, p. 251.

¹³ Art. 22 OLAA ; annexe 2 OLAA.

¹⁴ Cf. SUBILIA/DUC, N 13 ad art. 324b CO, p. 288.

¹⁵ Art. 35 al. 3 LTr.

¹⁶ SUBILIA/DUC, N 156 ss ad art. 324a CO, pp. 273 ss ; WYLER, pp. 213 ss.

¹⁷ Cf. REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 4-5 ad art. 324b CO, pp. 401 ss et les références.

demnités journalières à concurrence des prestations versées aux travailleurs incapables de travailler, calculées en francs et non en pour cent¹⁸.

III. Obligation pour l'employeur de verser des prestations durant le délai d'attente

Principe – L'art. 324b al. 3 CO prévoit que si les prestations d'assurance ne sont versées qu'après un délai d'attente, l'employeur doit verser pendant cette période quatre cinquièmes au moins du salaire. 10

Selon l'art. 16 al 2 LAA, le droit à l'indemnité journalière naît le troisième jour qui suit celui de l'accident. Dans ce cas, l'employeur doit verser le 80 % du salaire pendant les deux premiers jours.

Pour une partie de la doctrine, le travailleur n'aurait toutefois droit à ces prestations de la part de l'employeur que s'il remplit les conditions du droit au salaire en cas d'empêchement de travailler prévues à l'art. 324a CO¹⁹. Une telle approche paraît justifiée, au vu du parallélisme entre les deux dispositions, d'une part, et du fait que l'art. 324b CO consacre seulement des exceptions à la règle prévue à l'art. 324a CO, sans pour autant abandonner les principes de cette dernière disposition, d'autre part.

¹⁸ KIESER, N 29 ad art. 19 LPGa, p. 254.

¹⁹ REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 7 ad art. 324b CO, p. 403 et les références ; *contra* : SUBILIA/DUC, N 12 ad art. 324b CO, p. 287 ; WYLER, p. 251.

Art. 325

IV. Cession et mise en gage de créances

¹ Le travailleur ne peut céder ou mettre en gage son salaire futur pour garantir une obligation d'entretien découlant du droit de la famille que dans la mesure où il est saisissable ; à la demande d'un intéressé, l'office des poursuites du domicile du travailleur fixe le minimum insaisissable, conformément à l'art. 93 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite.

² Sont nulles la cession et la mise en gage de salaires futurs en garantie d'autres obligations.

IV. Abtretung und Verpfändung von Lohnforderungen

¹ Zur Sicherung familienrechtlicher Unterhalts- und Unterstützungspflichten kann der Arbeitnehmer künftige Lohnforderungen so weit abtreten oder verpfänden, als sie pfändbar sind ; auf Ansuchen eines Beteiligten setzt das Betreibungsamt am Wohnsitz des Arbeitnehmers den nach Artikel 93 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes vom 11. April 1889 unpfändbaren Betrag fest.

² Die Abtretung und die Verpfändung künftiger Lohnforderungen zur Sicherung anderer Verbindlichkeiten sind nichtig.

IV. Cessione e costituzione in pegno di crediti

¹ Il lavoratore può cedere o costituire in pegno il salario futuro soltanto nella misura del pignorabile e per garantire i doveri di mantenimento derivanti dal diritto di famiglia ; a domanda di un interessato, l'ufficio di esecuzione del domicilio del lavoratore determina la somma impignorabile, conformemente all'articolo 93 della legge federale dell'11 aprile 1889 sulla esecuzione e sul fallimento.

² Qualsiasi cessione o costituzione in pegno del salario futuro a garanzia di altri obblighi è nulla.

Table des matières

	note marginale	page
I. But et histoire de la règle.....	1	232
II. Nullité de la cession à titre de garantie ou mise en gage de salaires futurs (al. 2)	4	233
III. Garantie d'une obligation d'entretien (al. 1)	9	234

Bibliographie spécifique

PROBST THOMAS, Commentaire romand, ad art. 164 CO, 2^e éd., Bâle 2012 ; REETZ PETER, Die Sicherungszession von Forderungen, Zurich 2006.

I. But et histoire de la règle

- ¹ **Principe et exception** – L'article 325 CO est curieusement rédigé, puisque l'exception (al. 1) y apparaît avant la règle (al. 2). Le principe essentiel exprimé à l'art. 325 CO est en effet celui selon lequel la cession à titre de garantie et la mise en gage de créances de salaires futurs est nulle. L'exception est qu'une

telle cession ou mise en gage de créances de salaires futurs est valable si l'obligation garantie est une obligation d'entretien découlant du droit de la famille, dans les limites où ces salaires futurs sont saisissables.

But de la disposition – Sous réserve de cette exception, le but de l'article 325 CO est de protéger la capacité du travailleur de se procurer, par son activité, un revenu effectif et correspondant à la valeur de sa propre prestation¹. Cette règle de protection du salaire s'inscrit dans un triptyque complété par les articles 323b al. 3 CO et 323a CO.

Réforme de l'article 325 CO – L'interdiction de la cession ou mise en gage de salaires futurs aux fins de garantie a été envisagée lors des discussions sur la loi fédérale sur le crédit à la consommation. Ce principe n'ayant pas été retenu, une modification de l'article 325 CO a été requise par une initiative parlementaire du 10 décembre 1986, dans le but d'éviter des contrats particulièrement dangereux pour le consommateur, liant crédit personnel et cession ou mise en gage de salaire futur. Le Conseil fédéral et les chambres ont suivi l'auteur de l'initiative, sous réserve néanmoins d'une exception en faveur de la garantie d'obligations d'entretien. La nouvelle disposition fut mise en vigueur par le Conseil fédéral le 1^{er} juillet 1991².

II. Nullité de la cession à titre de garantie ou mise en gage de salaires futurs (al. 2)

Notion de salaire futur – Par salaires futurs, il faut entendre les salaires non encore exigibles à la date de la cession ou de la mise en gage. Le travailleur peut en revanche céder ou mettre en gage des créances de salaires exigibles mais qui n'ont pas encore été payées par l'employeur.

Cession à titre de garantie – Selon le texte strict de l'article 325 al. 2 CO, seule une cession de salaires futurs à titre de garantie est nulle. La question de la validité d'une cession de salaires futurs qui n'intervient pas à titre de garantie d'une obligation demeure contestée. Une cession de salaires futurs effectuée non en garantie mais en paiement d'une obligation, ou pire *causa donandi*, place le travailleur dans la situation équivalente qui consiste à ne plus pouvoir jouir du revenu de son travail. Il nous semble donc que la cession de salaires futurs doit être considérée comme nulle de façon générale, indépendamment de la question du but de cette cession³. Si la question a été débattue par le législateur fédéral en lien avec la question du crédit, il n'en reste pas moins que le but général de la norme

¹ ATF 131 III 615, c. 6.3= SJ 2006 I 45.

² RO 1991 974 ; FF 1989 III 1189 ; FF 1990 I 108 ; sur cet historique, voir ATF 117 III 52, c. 3a, JdT 1994 II 19 (trad.), SJ 1992 240 (trad.).

³ *Contra* : PORTMANN, BaK 2011, N 1 ad art. 325 CO, p. 1907.

est de protéger la capacité du travailleur de se procurer, par son activité, un revenu effectif et correspondant à la valeur de sa propre prestation⁴.

- 6 **Autres revenus du travail** – L'article 325 CO ne vise que le salaire. D'autres revenus du travail, comme une gratification, peuvent être cédés aux fins de garantie ou mis en gage. Lorsque la gratification a un caractère certain et contractuel, elle devient une partie du salaire. Lorsque la gratification a un caractère incertain et discrétionnaire, la condition de la détermination de la créance cédée se pose. La doctrine majoritaire et la jurisprudence du Tribunal fédéral sont cependant peu exigeantes quant au caractère déterminable d'une créance future cédée⁵.
- 7 **Droit transitoire** – La cession de salaires futurs intervenue avant l'entrée en vigueur de l'article 325 CO cesse d'être valable, en application de l'article 4 Titre final CC pour tous les salaires devenus exigibles après cette entrée en vigueur⁶.
- 8 **Dérogations contractuelles** – L'article 325 al. 2 CO est de droit impératif (cf. art. 361 al. 1 CO)⁷.

III. Garantie d'une obligation d'entretien (al. 1)

- 9 **Obligations d'entretien** – Les créances de salaires futurs peuvent être mises en gage ou cédées pour garantir une obligation d'entretien découlant du droit de la famille. Il s'agit des obligations découlant des articles 125, 133, 163, 173, 176, 276 ss, 295 et 328 ss CC.
- 10 **Partie saisissable du salaire** – La cession ou la mise en gage ne peut cependant porter que sur la partie saisissable du salaire. Selon l'article 93 LP, le salaire n'est saisissable que dans la limite du respect du minimum vital. Ce minimum vital peut cependant être atteint lorsque le créancier se prévaut d'une créance d'entretien⁸. Il appartient à l'Office des poursuites du domicile de l'employé de déterminer la part saisissable du salaire, en tenant compte de ces critères. L'article 93 LP prévoit également que le salaire n'est saisissable que pour une durée d'une année. Il ressort donc du texte de l'article 325 CO que le salaire futur ne peut être cédé ou mis en gage pour garantir une obligation d'entretien découlant du droit de la famille que pour une durée d'une année⁹. La question était débattue sous l'angle de l'ancien droit¹⁰, mais ne peut plus l'être au regard du

⁴ ATF 131 III 615, c. 6.3 = SJ 2006 I 45.

⁵ PROBST, N 18 ad art. 164 CO, p. 1173 ; TF 4A_133/2009 du 3 juin 2009, c. 2.3 ; ATF 113 II 163, c. 2b = JdT 1988 I 379 = SJ 1987 598.

⁶ ATF 117 III 52, c. 3c, JdT 1994 II 19 (trad.), SJ 1992 240 (trad.).

⁷ PORTMANN, BaK 2011, N 5 ad art. 325 CO, p. 1907.

⁸ ATF 111 III 13, c. 5, JdT 1987 II 79 (trad.).

⁹ PORTMANN, BaK 2011, N 5 ad art. 325 CO, p. 1907.

¹⁰ CR/VD du 8 septembre 1992, in : JdT 1994 II 124.

texte de l'article 325 CO. Cette limitation temporelle expose le créancier d'une obligation d'entretien au risque que le salaire soit saisi par un autre créancier, et que cette saisie entre en vigueur dès la fin de la durée de cession ou de la mise en gage.

Mise en gage – La mise en gage d'une créance de salaires futures doit être faite par écrit (art. 900 al. 1 CC). Communication peut en être faite à l'employeur par le débiteur ou le créancier (art. 900 al. 2 CC). L'employeur, avisé du gage, doit payer la part du salaire grevée en mains de l'employé ou du créancier gagiste avec l'accord de l'autre intéressé (art. 906 al. 2 CC). En cas de désaccord, l'employeur peut consigner la part de salaire grevée (art. 906 al. 3 CC). En pratique, cela signifie que le créancier de l'obligation d'entretien peut en tout temps demander que la part du salaire grevé soit versée en ses mains ou consignée, ce qui lui donne un fort moyen de pression sur le débiteur.

11

Cession – La cession d'une créance de salaires futures doit être faite par écrit (art. 165 CO). Dès que cette cession est communiquée à l'employeur par l'employé ou le créancier-cessionnaire, l'employeur ne peut plus se libérer qu'en payant la part du salaire cédée au créancier-cessionnaire (art. 167 CO). A défaut, non seulement l'employeur n'est pas libéré de la créance en paiement du salaire, mais en plus peut-il être considéré comme complice de l'infraction constituée par la violation d'une obligation d'entretien¹¹.

12

Faillite de l'employeur – En cas de faillite de l'employeur, le créancier-cessionnaire peut produire dans la faillite les créances de salaires dues depuis la cession et qui n'ont pas été payées. Le créancier gagiste ne peut produire dans la faillite que les créances de salaire dues depuis que la notification a été faite à l'employeur, avec l'accord de l'employé, de payer la part grevée du salaire en main du créancier gagiste (art. 906 al. 2 CC).

13

Faillite de l'employé – En cas de faillite de l'employé, le salaire exigible après la déclaration de faillite n'entre pas dans la masse active¹². La cession de salaires futurs ou leur mise en gage, intervenue avant la déclaration de faillite, n'est donc pas affectée par cette faillite. Pour les salaires échus avant la faillite de l'employé mais pas encore payés, le cessionnaire ou créancier gagiste peut se prévaloir de la cession ou du gage, et le cas échéant revendiquer ces droits dans la faillite de l'employé. La masse ne peut se prévaloir de l'inopposabilité de la cession ou du gage, dès lors que ces salaires étaient exigibles avant la déclaration de faillite¹³.

14

Saisie du salaire – Si un autre créancier de l'employé obtient la saisie du salaire de l'employé, la cession de salaires futurs ou le gage sur le salaire futur est oppo-

15

¹¹ ATF 132 IV 49, c. 1 = SJ 2006 I 300.

¹² ATF 114 III 26, c. 1a, JdT 1990 II 37 (trad.).

¹³ Voir sur le principe PROBST, N 56 ad art. 164 CO, p. 1185.

sable à cet autre créancier¹⁴. Le cas échéant, le cessionnaire ou créancier gagiste peut revendiquer la titularité de la créance ou l'existence d'un droit de gage sur cette créance (art. 106 ss LP).

- 16 **Poursuites contre le créancier cessionnaire ou gagiste** – Si le créancier de l'obligation d'entretien est lui-même poursuivi, ses créanciers peuvent saisir la créance en salaires futurs qui lui a été cédée. L'employé ne peut revendiquer cette créance¹⁵. En revanche, si la créance de salaire futur n'a été que mise en gage, cette créance ne peut être saisie par les créanciers du bénéficiaire du gage que si avis a été donné à l'employeur de payer en main de ce dernier (art. 906 al. 2 CC), ou si ces salaires sont consignés (art. 906 al. 3 CC). Le bénéficiaire du gage ne peut révoquer cet avis après la saisie, car il s'agirait d'un acte de disposition nul au sens de l'article 96 LP. Si la part saisissable du salaire a été consignée par l'employeur en application de l'article 906 al. 3 CC, l'objet de la saisie est la créance en paiement des montants consignés, qui n'est exigible que si le litige entre l'employé et le créancier de l'obligation d'entretien est tranché en faveur de ce dernier.
- 17 **Déroptions contractuelles** – L'article 325 al. 1 CO est de droit dispositif en ce sens que l'employeur et l'employé peuvent convenir d'une clause d'incessibilité des créances de salaires futurs¹⁶. Cette convention d'incessibilité devient opposable au cessionnaire même si cette convention d'incessibilité est passée après la conclusion du contrat de cession de créances futures, si l'employeur ignorait cette cession¹⁷. Ces principes valent également en cas de mise en gage des créances, puisque selon l'article 899 al. 1 CC seules les créances cessibles peuvent être mises en gage.

¹⁴ ATF 95 III 9, c. 1 ; ATF 111 III 73, c. 3b, JdT 1988 II 15 (trad.) ; PROBST, N 56 ad art. 164 CO, p. 1185.

¹⁵ REETZ, N 582, p. 281.

¹⁶ PORTMANN, BaK 2011, N 5 ad art. 325 CO, p. 1907.

¹⁷ ATF 112 II 241, c. 2a, JdT 1987 I 3 (trad.) ; dans le même sens, TF 4A_133/2009 du 3 juin 2009, c. 2.2 ; PROBST, N 35 ad art. 164 CO, p. 1179.

Art. 326

V. Travail aux pièces ou à la tâche **1. Fourniture de travail**

¹ Lorsqu'en vertu du contrat le travailleur travaille exclusivement aux pièces ou à la tâche pour un seul employeur, celui-ci doit lui fournir du travail en quantité suffisante.

² L'employeur peut charger le travailleur d'un travail payé au temps lorsque les conditions de l'exploitation l'exigent momentanément ou qu'il se trouve, sans faute de sa part, dans l'impossibilité de fournir le travail aux pièces ou à la tâche prévu par le contrat.

³ Si le salaire payé au temps n'est pas fixé dans un accord, un contrat-type de travail ou une convention collective, l'employeur doit verser au travailleur l'équivalent du salaire moyen aux pièces ou à la tâche qu'il gagnait jusqu'alors.

⁴ L'employeur qui ne peut pas fournir suffisamment de travail aux pièces ou à la tâche ni de travail payé au temps, n'en reste pas moins tenu, conformément aux dispositions sur la demeure, de payer le salaire qu'il devrait verser pour du travail payé au temps.

V. Akkordlohnarbeit **1. Zuweisung von Arbeit**

¹ Hat der Arbeitnehmer vertragsgemäss ausschliesslich Akkordlohnarbeit nur für einen Arbeitgeber zu leisten, so hat dieser genügend Arbeit zuzuweisen.

² Ist der Arbeitgeber ohne sein Verschulden ausserstande, vertragsgemässe Akkordlohnarbeit zuzuweisen oder verlangen die Verhältnisse des Betriebes vorübergehend die Leistung von Zeitlohnarbeit, so kann dem Arbeitnehmer solche zugewiesen werden.

³ Ist der Zeitlohn nicht durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt, so hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den vorher durchschnittlich verdienten Akkordlohn zu entrichten.

⁴ Kann der Arbeitgeber weder genügend Akkordlohnarbeit noch Zeitlohnarbeit zuweisen, so bleibt er gleichwohl verpflichtet, nach den Vorschriften über den Annahmeverzug den Lohn zu entrichten, den er bei Zuweisung von Zeitlohnarbeit zu entrichten hätte.

V. Lavoro a cottimo **1. Affidamento di lavoro**

¹ Se in virtù del contratto il lavoratore lavora esclusivamente a cottimo soltanto per un datore di lavoro, questi deve dargli lavoro sufficiente.

² Il datore di lavoro può affidare al lavoratore un lavoro pagato a tempo se, senza sua colpa, è nell'impossibilità di affidare lavoro a cottimo conformemente al contratto o se le condizioni dell'azienda lo esigono transitoriamente.

³ Se il salario per il lavoro pagato a tempo non è stabilito mediante accordo, contratto normale o contratto collettivo, il datore di lavoro deve pagare al lavoratore l'equivalente del salario medio guadagnato antecedentemente con il lavoro prestato a cottimo.

⁴ Il datore di lavoro che non può dare al lavoratore sufficiente lavoro né a cottimo né a tempo, resta nondimeno tenuto, secondo le disposizioni sulla mora, a pagare il salario che dovrebbe versare per un lavoro pagato a tempo.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	238
II. Obligation de fournir du travail	4	238

Bibliographie spécifique

CARRUZZO PHILIPPE, La rémunération du travailleur et le remboursement des frais, Genève 2007 (cité : Rémunération); GEISER THOMAS, Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn, in : PJA 2001, pp. 382-393; GEISER THOMAS, Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Flexibilisierung der Arbeit, in : PJA 1998, pp. 1019-1032; SENTI CHRISTOPH, Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation, in : PJA 2002, pp. 669-681.

I. Généralités

- 1 **Objet** – L’art. 326 CO concerne le travail aux pièces ou à la tâche, plus particulièrement l’obligation de l’employeur de fournir du travail lorsque le salaire dépend du travail fourni.
- 2 **Systématique** – L’art. 319 al. 1 CO prévoit que le salaire est fixé d’après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche). Dans les cas où le salaire est payé aux pièces ou à la tâche, les art. 326 et 326a CO précisent les obligations de l’employeur en matière de fourniture du travail et de taux de salaire.
- 3 **Nature** – L’al. 2 de l’art. 326 CO est absolument impératif. Les al. 1, 3 et 4 sont relativement impératifs.

II. Obligation de fournir du travail

- 4 **Garantie de salaire** – Le travail aux pièces ou à la tâche est rémunéré en fonction de la quantité de travail fournie¹ et non du temps de travail. Pour éviter que l’employeur détermine unilatéralement, en fonction de ses propres besoins, la durée du travail et la rétribution du travailleur, l’art. 326 CO contient des règles visant à protéger le travailleur payé aux pièces ou à la tâche et à garantir son salaire. Comme le relève la jurisprudence, cette disposition n’est qu’un cas d’application de la règle générale sur la demeure (art. 324 CO)².

¹ Le travail aux pièces ou à la tâche se distingue du contrat d’entreprise (art. 363 ss CO), car le travailleur promet une prestation de travail et non un résultat. Comme le souligne SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 326 CO, p. 295: dans le travail aux pièces ou à la tâche, le résultat du travail constitue la base de calcul de la rémunération et non l’objet du contrat.

² ATF 125 III 65, c. 5 = JdT 2000 I 355 = SJ 1999 I 293.

Quantité suffisante – L’art. 326 al. 1 CO prévoit que lorsque le travailleur travaille exclusivement aux pièces ou à la tâche pour un seul employeur, celui-ci doit lui fournir du travail en quantité suffisante. Pour que l’art. 326 CO s’applique, deux conditions doivent dès lors être remplies. D’une part, il faut que le salaire aux pièces ou à la tâche constitue la rémunération exclusive du travailleur. D’autre part, ce dernier doit travailler pour un seul employeur. De nos jours, le travail aux pièces ou à la tâche n’est plus guère utilisé. Il est plus fréquent de rencontrer un système mixte associant salaire au temps et salaire aux pièces ou à la tâche³. Dans ce cas de figure, l’art. 326 CO n’est cependant pas applicable⁴. Il en va de même quand le travailleur aux pièces ou à la tâche exerce son activité pour plusieurs employeurs.

Droit d’être occupé – L’obligation de l’employeur de fournir du travail en quantité suffisante confère un véritable droit d’être occupé au travailleur rémunéré aux pièces ou à la tâche⁵. Si le travailleur est occupé à temps partiel, l’obligation de fournir une quantité suffisante de travail s’applique aussi. La doctrine considère toutefois que l’obligation de l’employeur se limite alors au temps de travail convenu par les parties⁶.

Salaire au temps – En vertu de l’art. 326 al. 2 CO, l’employeur peut charger le travailleur d’un travail payé au temps lorsque les conditions de l’exploitation l’exigent momentanément ou qu’il se trouve, sans faute de sa part, dans l’impossibilité de fournir le travail aux pièces ou à la tâche prévu par le contrat. Une telle situation peut se présenter, par exemple, en cas de retard dans la livraison de matières premières ou en cas de catastrophe⁷. La disposition étant absolument impérative, le travailleur doit alors accepter un travail payé au temps⁸. Si le salaire payé au temps n’est pas fixé par accord, contrat-type de travail ou convention collective, l’employeur doit verser au travailleur l’équivalent du salaire moyen aux pièces ou à la tâche qu’il gagnait jusqu’alors, conformément à ce que prévoit l’art. 326 al. 3 CO. Pour que le salaire moyen puisse être déterminé, il faut

³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 326 CO, p. 130.

⁴ CARRUZZO, Rémunération, p. 57 ; *contra* : BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 326 CO, p. 130 : qui considèrent, malgré le texte clair de la loi, que l’obligation de fournir du travail en quantité suffisante s’appliquerait aussi dans les systèmes mixtes de salaire au temps et à la tâche.

⁵ TF 4C.240/2000 du 2 février 2001, c. 3b/bb ; CARRUZZO, N 1 ad art. 326 et 326a CO, p. 252.

⁶ CARRUZZO, N 1 ad art. 326 et 326a CO, p. 252 ; SUBILIA/DUC, N 8 ad art. 326 CO, p. 296 ; WYLER, pp. 160-161.

⁷ SUBILIA/DUC, N 6 ad art. 326 CO, p. 295.

⁸ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 326 CO, p. 131 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 326 et 326a CO, p. 252.

se fonder sur une période de référence relativement longue, le salaire de la période précédente ou du dernier mois n'étant à cet égard pas suffisant⁹.

- 8 **Demeure de l'employeur** – Selon l'art. 326 al. 4 CO, si l'employeur ne peut pas fournir suffisamment de travail aux pièces ou à la tâche, ni de travail payé au temps, il se trouve en demeure. Il reste néanmoins tenu, conformément aux dispositions sur la demeure (art. 324 CO), de payer le salaire qu'il devrait verser pour du travail payé au temps.

⁹ SUBILIA/DUC, N 6 ad art. 326 CO, p. 295 ; *contra* : BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 326 CO, p. 131 : qui paraissent se référer uniquement à la période précédente.

Art. 326a

- 2. Salaire** ¹ **Lorsqu'en vertu du contrat le travailleur travaille aux pièces ou à la tâche, l'employeur doit lui indiquer le taux du salaire avant le début de chaque travail.**
² **Si l'employeur omet de donner ces indications, il paye le salaire selon le taux fixé pour un travail identique ou analogue.**
2. Akkordlohn ¹ Hat der Arbeitnehmer vertraglich Akkordlohnarbeit zu leisten, so hat ihm der Arbeitgeber den Akkordlohnansatz vor Beginn der einzelnen Arbeit bekanntzugeben.
² Unterlässt der Arbeitgeber diese Bekanntgabe, so hat er den Lohn nach dem für gleichartige oder ähnliche Arbeiten festgesetzten Ansatz zu entrichten.
2. Salario ¹ Se in virtù del contratto il lavoratore lavora a cottimo, il datore di lavoro deve comunicargli la quota del salario prima dell'inizio di ogni lavoro.
² Se il datore di lavoro omette tale comunicazione, egli deve pagare il salario secondo la quota stabilita per un lavoro uguale o analogo.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	241
II. Taux du salaire	4	242

Bibliographie spécifique

CARRUZZO PHILIPPE, La rémunération du travailleur et le remboursement des frais, Genève 2007 (cité : Rémunération) ; HÄMMERLI HEINZ, Der Zeitakkord, thèse, Berne 1949.

I. Généralités

Objet – L'art. 326a CO traite du salaire aux pièces ou à la tâche, plus particulièrement du taux de salaire applicable. ¹

Systématique – Aux termes de l'art. 319 al. 1 CO, le salaire est fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche). Pour le salaire payé aux pièces ou à la tâche, l'art. 326 CO précise les obligations de l'employeur en matière de fourniture du travail. Quant à l'art. 326a CO, il détermine le taux du salaire. ²

Nature – L'art. 326a CO est relativement impératif. ³

II. Taux du salaire

- 4 **Indication du taux du salaire** – Pour le travail aux pièces ou à la tâche, la loi impose à l'employeur d'indiquer au travailleur le taux du salaire avant le début de chaque travail (art. 326a al. 1 CO). Le travailleur est en effet en droit de connaître à l'avance la rémunération sur laquelle il peut compter. Le salaire à la tâche doit donc être déterminable et ne peut être laissé à la liberté d'appréciation de l'employeur¹. Si l'employeur omet de donner les indications relatives au taux du salaire, il doit payer le salaire selon le taux fixé pour un travail identique ou analogue (art. 326a al. 2 CO)². Il s'agit d'une référence au salaire usuel de l'art. 322 al. 1 CO³.
- 5 **Champ d'application** – Comme mentionné précédemment⁴, l'art. 326 CO est applicable lorsque le travailleur travaille exclusivement aux pièces ou à la tâche pour un seul employeur. Le champ d'application de l'art. 326a CO est plus large puisqu'il concerne tous les cas où le travailleur travaille aux pièces ou à la tâche. C'est dire que cette disposition vise aussi les systèmes mixtes combinant salaire aux pièces ou à la tâche et salaire au temps⁵.
- 6 **Modification du taux du salaire** – Les principes applicables à la réduction du salaire pour le futur⁶ sont également valables quand le travailleur est rémunéré aux pièces ou à la tâche. Si les parties ont convenu du taux du salaire, l'employeur ne peut pas le réduire sans l'accord de l'autre partie. Un accord tacite est toutefois possible dans l'hypothèse où le travailleur ne réagit pas malgré son désaccord. Tel est notamment le cas si le travailleur continue à travailler au nouveau taux pendant de nombreux mois sans élever aucune réclamation⁷.

¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 326a CO, p. 132.

² Pour STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 326a CO, p. 483, le simple renvoi au taux fixé pour un travail identique ou analogue ne permet pas de sanctionner d'éventuels abus, et il aurait été approprié d'ajouter à ce taux un supplément de 25 % par exemple.

³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 326a CO, p. 132 ; SUBILIA/DUC, N 2 ad art. 326a CO, p. 297.

⁴ Voir dans le présent ouvrage, N 5 ad art. 326 CO.

⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 326a CO, p. 484 ; SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 326a CO, pp. 297-298.

⁶ Voir dans le présent ouvrage, N 5-8 ad art. 322 CO.

⁷ TF 4A_478/2009 du 16 décembre 2009, c. 3.

Art. 327

VI. Instruments de travail, matériaux et frais

1. Instruments de travail et matériaux

VI. Arbeitsgeräte, Material und Auslagen

1. Arbeitsgeräte und Material

VI. Utensili, materiale e spese
1. Utensili e materiale

¹ Sauf accord ou usage contraire, l'employeur fournit au travailleur les instruments de travail et les matériaux dont celui-ci a besoin.

² Si, d'entente avec l'employeur, le travailleur fournit lui-même des instruments de travail ou des matériaux, il est indemnisé convenablement, sauf accord ou usage contraire.

¹ Ist nichts anderes verabredet oder üblich, so hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit den Geräten und dem Material auszurüsten, die dieser zur Arbeit benötigt.

² Stellt im Einverständnis mit dem Arbeitgeber der Arbeitnehmer selbst Geräte oder Material für die Ausführung der Arbeit zur Verfügung, so ist er dafür angemessen zu entschädigen, sofern nichts anderes verabredet oder üblich ist.

¹ Salvo accordo o uso contrario, il datore di lavoro deve fornire al lavoratore gli utensili e il materiale di cui ha bisogno per il lavoro.

² Se, d'intesa con il datore di lavoro, il lavoratore mette a disposizione utensili o materiale per l'esecuzione del lavoro, egli deve essere adeguatamente indennizzato, salvo accordo o uso contrario.

Table des matières

note marginale page

I.	Généralités	1	243
II.	Instruments de travail et matériaux	4	244

Bibliographie spécifique

CARRUZZO PHILIPPE, La rémunération du travailleur et le remboursement des frais, Genève 2007 (cité : Rémunération).

I. Généralités

Objet – L'art. 327 CO traite des instruments de travail et des matériaux dont le travailleur a besoin pour exécuter sa prestation. Comme l'indique le titre marginal principal figurant à l'art. 322 CO, la mise à disposition des instruments de travail et des matériaux fait partie des obligations de l'employeur.

Systématique – Cette règle ainsi que les art. 327a à 327c CO relatifs au remboursement des frais définissent les obligations de l'employeur qui sont destinées à permettre au travailleur d'accomplir sa prestation de travail.

- 3 **Nature** – L’art. 327 CO n’étant pas mentionné aux art. 361 et 362 CO, il est de caractère dispositif. Les parties peuvent donc y déroger librement¹.

II. Instruments de travail et matériaux

- 4 **Notion** – La notion d’instruments de travail et de matériaux doit être comprise dans un sens large et recouvre tous les moyens devant être mis à disposition du travailleur pour l’accomplissement du travail². Il peut s’agir non seulement d’outils ou de machines, mais aussi d’instruments de communication, de dispositifs de sécurité, de matériel de protection individuelle, de vêtements spéciaux ou d’un véhicule, cette liste n’étant pas exhaustive³. Pour certains auteurs, la mise à disposition du travailleur d’un local adéquat relève également de l’art. 327 CO⁴.
- 5 **Mise à disposition par l’employeur** – L’art. 327 al. 1 CO prévoit que sauf accord ou usage contraire, il appartient à l’employeur de fournir au travailleur les instruments de travail et les matériaux dont celui-ci a besoin pour l’exercice de son activité.
- 6 **Demeure** – Si l’employeur néglige l’obligation mise à sa charge par l’art. 327 al. 1 CO, il se trouve en demeure au sens de l’art. 324 CO et reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir son travail⁵. Il peut y avoir demeure lorsque l’employeur ne met pas à disposition le matériel nécessaire, mais aussi quand les instruments et matériaux mis à disposition sont susceptibles de mettre en danger la santé du travailleur ou ne sont pas adéquats pour le travail à effectuer. L’art. 327 al. 1 CO doit ainsi être mis en relation avec les dispositions en matière de protection de la santé (notamment avec les art. 328 al. 2 CO, 6 LTr, 82 et 83 LAA ou 5 OPA)⁶.
- 7 **Accord contraire** – La solution prévue à l’art. 327 al. 1 CO n’est valable qu’à défaut d’accord ou d’usage contraire. Les parties peuvent donc convenir que le travailleur fournit lui-même des instruments de travail ou des matériaux. Pour la doctrine, un tel accord n’est possible que dans certaines professions où il est d’usage que le travailleur fournisse lui-même les instruments de travail (par

¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 327 CO, p. 487 ; SUBILIA/DUC, N 1 ad art. 327 CO, p. 299.

² BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 327 CO, p. 133.

³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 327 CO, p. 133 ; CARRUZZO, Rémunération, pp. 241-242 ; SUBILIA/DUC, N 3 ad art. 327 CO, p. 299.

⁴ TERCIER/FAVRE, N 3509, p. 518.

⁵ CARRUZZO, N 1 ad art. 327 CO, p. 253 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 327 CO, p. 485 ; SUBILIA/DUC, N 2 et 5 ad art. 327 CO, pp. 299-300 ; TC/VD du 21 août 2008, in : JAR 2009, p. 663, c. 4.

⁶ WYLER, pp. 281-282.

exemple instrument d'un musicien, couteaux d'un cuisinier ou ciseaux d'un coiffeur)⁷. Dans cette hypothèse, le travailleur doit être indemnisé convenablement en vertu de l'art. 327 al. 2 CO. Un accord ou un usage contraire est réservé. Pour certains auteurs, cette règle n'aurait qu'une portée limitée dans la mesure où l'art. 327a al. 3 CO⁸ frappe de nullité les accords en vertu desquels le travailleur supporte lui-même tout ou partie de ses frais nécessaires⁹. On peut toutefois se demander s'il ne faut pas distinguer l'indemnisation convenable prévue à l'art. 327 al. 2 CO, qui sert à dédommager le travailleur pour l'usage de ses instruments de travail, des frais liés à cet usage (par exemple frais d'entretien ou frais de réparation) qui doivent, de par la loi, être remboursés par l'employeur (art. 327a al. 1 CO).

⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 327 CO, p. 133 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 327 CO, p. 253.

⁸ Pour la distinction entre art. 327 CO et art. 327a CO : voir TC/VD du 21 août 2008, in : JAR 2009, p. 663, c. 4.

⁹ AUBERT, CR 2012, N 2 ad art. 327 CO, p. 2020 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 327 CO, p. 133 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 327 CO, p. 253 ; SUBILIA/DUC, N 6 ad art. 327 CO, p. 300 ; voir l'avis plus nuancé de STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 327 CO, p. 486 : pour qui l'art. 327 CO constitue une règle spéciale qui l'emporte sur l'art. 327a CO dans son champ étroit d'application (frais pour les instruments de travail et les matériaux).

Art. 327a

2. Frais

a. En général

¹ L'employeur rembourse au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du travail et, lorsque le travailleur est occupé en dehors de son lieu de travail, les dépenses nécessaires pour son entretien.

² Un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut prévoir que les frais engagés par le travailleur lui seront remboursés sous forme d'une indemnité fixe, telle qu'une indemnité journalière ou une indemnité hebdomadaire ou mensuelle forfaitaire, à la condition qu'elle couvre tous les frais nécessaires.

³ Les accords en vertu desquels le travailleur supporte lui-même tout ou partie de ses frais nécessaires sont nuls.

2. Auslagen

a. im Allgemeinen

¹ Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer alle durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen zu ersetzen, bei Arbeit an auswärtigen Arbeitsorten auch die für den Unterhalt erforderlichen Aufwendungen.

² Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann als Auslagenersatz eine feste Entschädigung, wie namentlich ein Taggeld oder eine pauschale Wochen- oder Monatsvergütung festgesetzt werden, durch die jedoch alle notwendig entstehenden Auslagen gedeckt werden müssen.

³ Abreden, dass der Arbeitnehmer die notwendigen Auslagen ganz oder teilweise selbst zu tragen habe, sind nichtig.

2. Spese

a. In generale

¹ Il datore di lavoro deve rimborsare al lavoratore tutte le spese rese necessarie dall'esecuzione del lavoro e, se è occupato fuori del luogo di lavoro, anche le spese di sussistenza.

² Mediante accordo scritto, contratto normale o contratto collettivo può essere convenuto o stabilito un rimborso in forma d'indennità fissa, come diarie o indennità complessive settimanali o mensili, a condizione che copra tutte le spese necessarie.

³ È nullo ogni accordo, per il quale il lavoratore abbia a sopportare interamente o in parte le spese necessarie.

Table des matières

	note marginale	page
I. Généralités	1	247
II. Frais	4	247
1. Principes	4	247
2. Frais de vêtements	7	249
3. Frais de déplacement entre le domicile et le lieu de travail.....	9	250
4. Frais de déménagement	11	250
5. Frais de formation.....	13	251

	note marginale	page
III. Mode de remboursement.....	19	253
1. Frais effectifs.....	19	253
2. Indemnité forfaitaire.....	20	254
IV. Interdiction de mettre les frais à la charge du travailleur.....	25	255

Bibliographie spécifique

AUBERT DAVID, Le contrat de travail des voyageurs de commerce, thèse, Genève 2009 ; CARRUZZO PHILIPPE, La rémunération du travailleur et le remboursement des frais, Genève 2007 (cité : Rémunération) ; CONFÉRENCE SUISSE DES IMPÔTS (CSI), Guide d'établissement du certificat de salaire et de l'attestation de rentes (Formulaire 11) du 20 janvier 2010 ; CONFÉRENCE SUISSE DES IMPÔTS (CSI), Guide résumé d'établissement du certificat de salaire (Formulaire 11) du 20 janvier 2010 ; SCHORNO ANDREAS, Arbeits- und steuerrechtliche Aspekte von Spesenvergütungen und Spesenreglementen, in : TREX 2007, pp. 224-226 ; SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2, Berne 2003.

I. Généralités

Objet – L'art. 327a CO traite des frais et définit plus particulièrement les règles concernant leur remboursement. L'obligation de rembourser les frais encourus par le travailleur fait partie des obligations de l'employeur, ce qui ressort du titre marginal principal figurant à l'art. 322 CO.

Systématique – Le chapitre consacré aux frais imposés par l'exécution du travail est constitué de l'art. 327a CO, ainsi que des art. 327b CO (véhicule à moteur) et 327c CO (échéance). A l'instar de l'art. 327 CO pour la mise à disposition des instruments de travail et des matériaux, ces dispositions précisent les obligations de l'employeur qui sont destinées à permettre au travailleur d'accomplir sa prestation de travail.

Nature – L'al. 1 de l'art. 327a CO est relativement impératif. Il résulte du texte des al. 2 et 3 qu'ils ont également un caractère impératif, bien qu'ils ne soient pas mentionnés aux art. 361 et 362 CO.

II. Frais

1. Principes

Obligation de remboursement – L'art. 327a al. 1 CO prévoit que l'employeur rembourse au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du travail et, lorsque le travailleur est occupé en dehors de son lieu de travail, les dépenses nécessaires pour son entretien. Cette disposition pose donc le principe du remboursement par l'employeur des frais encourus par le travailleur.

- 5 **Frais nécessaires** – Les frais imposés par l'exécution du travail comprennent toutes les dépenses nécessaires, occasionnées par le travail¹. Il peut s'agir de frais courants (téléphone, matériel de bureau, frais d'affranchissement), de frais de déplacement et de voyage (transports publics, train, taxi, avion), de frais de véhicule (art. 327b CO), de frais d'hébergement et de repas si le travailleur est occupé en dehors de son lieu de travail (art. 327a al. 1 CO in fine), de frais de vêtements, de frais mis à la charge de l'employeur par le droit public (par exemple pour le travail de nuit, l'examen de santé préalable prévu à l'art. 17c al. 3 LTr et les mesures supplémentaires de l'art. 46 OLT1, ou le nettoyage des vêtements professionnels et des équipements de protection en vertu des art. 28 et 37 OLT3)². Le travailleur ne peut en revanche pas faire valoir des dépenses d'agrément³ ou des frais de nature privée⁴. Il appartient au travailleur d'apporter la preuve de la nécessité des dépenses, sans que l'employeur ne puisse à cet égard poser d'exigences excessives⁵. La portée de l'art. 327a CO n'est pas limitée à la durée des rapports de travail. Le travailleur peut ainsi prétendre au remboursement de frais causés par l'exécution du contrat de travail, mais encourus postérieurement à la fin de celui-ci⁶. Cela peut être le cas par exemple si le travailleur doit recourir aux services d'un avocat pour se défendre contre des accusations portées contre lui en raison de l'activité déployée pour le compte de l'employeur⁷.
- 6 **Entretien** – Lorsque le travailleur est occupé en dehors de son lieu de travail, les dépenses nécessaires pour son entretien doivent être remboursées par l'employeur (art. 327a al. 1 CO in fine). Ces frais comprennent en particulier les frais de

¹ TF 4C.315/2004 du 13 décembre 2004, c. 2.2.

² BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 327a CO, p. 134 ; CARRUZZO, Rémunération, pp. 243-244 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 327a CO, pp. 255-256 ; WYLER, p. 282.

³ TF 4C.315/2004 du 13 décembre 2004, c. 2.2.

⁴ CARRUZZO, N 1 ad art. 327a CO, p. 256 : cite, à titre d'exemple, le travailleur qui, pour des raisons de convenance personnelle, préfère s'acquitter de tâches professionnelles à la maison alors qu'il pourrait utiliser un bureau mis à sa disposition sur son lieu de travail et qui n'a dès lors aucun droit à une indemnisation de l'employeur pour la chambre de travail qu'il réserve à un usage professionnel.

⁵ TERCIER/FAVRE, N 3513, p. 518 ; TF 4C.315/2004 du 13 décembre 2004, c. 2.2 ; ATF 116 II 145, c. 6b, JdT 1990 I 578 (trad.) ; voir cependant KG/GR du 19 mai 2009, in : JAR 2010, p. 523 : la simple production par le travailleur d'un décompte établi de sa main, sans quittances ni factures, ne serait pas suffisant.

⁶ AUBERT, CR 2012, N 9 ad art. 327a CO, p. 2022 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 327a CO, pp. 256-257 ; WYLER, pp. 282-283.

⁷ TF 4A_26/2012 du 15 mai 2012 ; CAPH/GE du 12 novembre 2003, in : JAR 2005, p. 368 ; CAPH/GE du 21 mai 1987, in : SJ 1988, p. 577 ; TC/FR du 6 octobre 2009, in : JAR 2010, p. 485 : en revanche, si le travailleur a violé le contrat ou s'il s'est rendu coupable d'un acte illicite, en particulier d'une infraction pénale, il n'a pas droit au remboursement de ses frais de défense.

voyage, les frais de logement et les frais de repas. La doctrine⁸ admet que dans la mesure où ces frais restent dans le cadre usuel, l'employeur doit les prendre en charge intégralement, sans procéder à une réduction pour les dépenses que le travailleur a évitées en séjournant hors de son domicile habituel⁹.

2. Frais de vêtements

Principe – L'employeur n'a pas d'obligation d'indemnisation ou de remboursement de frais lorsque le travailleur utilise ses vêtements habituels au travail¹⁰. Un accord contraire des parties est réservé.

Cas particuliers – Le travailleur peut en revanche prétendre au remboursement de ses frais de vêtements et des frais de nettoyage si on ne peut exiger de lui qu'il exerce son activité dans sa tenue habituelle, par exemple en cas de travail salissant¹¹ ou d'activité exercée dans l'humidité. Il en va de même quand des habits spéciaux doivent être utilisés pour des questions de sécurité ou de protection de la santé, ou encore lorsque l'employeur impose des vêtements particuliers pour des questions liées à l'identité de l'entreprise. Le travailleur peut aussi demander à être indemnisé au cas où l'activité entraîne une usure particulièrement rapide des vêtements¹². Le remboursement des frais de vêtements n'a bien évidemment de sens que si le travailleur met à disposition ses habits personnels. Il n'y a pas lieu à indemnisation si l'équipement adéquat est fourni par l'employeur¹³.

⁸ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 327a CO, p. 134 ; CARRUZZO, Rémunération, p. 250 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 327a CO, p. 489 ; SUBILIA/DUC, N 3 ad art. 327a CO, p. 302 ; WYLER, p. 283.

⁹ Dans le Message de 1967, p. 349, le Conseil fédéral relève que cette solution se justifie du fait que l'économie réalisée par le travailleur sur son entretien à la maison est minime.

¹⁰ SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 327a CO, p. 302.

¹¹ L'art. 28 OLT3 précise que lorsque des vêtements de travail sont fortement souillés par des matières nauséabondes ou par d'autres matières utilisées dans l'entreprise, l'employeur se chargera de leur nettoyage à intervalles appropriés.

¹² CARRUZZO, Rémunération, p. 245 ; SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 327a CO, p. 302.

¹³ SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 327a CO, p. 302 ; plus nuancés STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 327a CO, p. 488 : pour qui seul l'art. 327 CO s'applique dans ce cas, à l'exclusion de l'art. 327a CO, ce qui autoriserait l'employeur à mettre tout ou partie des frais de vêtement à la charge du travailleur.

3. Frais de déplacement entre le domicile et le lieu de travail

- 9 **Principe** – Les frais de déplacement entre le domicile et le lieu de travail sont à la charge du travailleur et n'ont pas à être remboursés par l'employeur¹⁴. Un accord contraire des parties est réservé.
- 10 **Cas particuliers** – L'employeur doit cependant prendre à sa charge les frais de déplacement entre le domicile et le lieu de travail dans certaines situations particulières¹⁵. Tel est le cas quand le travailleur se rend occasionnellement de son domicile à un lieu de travail différent du lieu de travail habituel (par exemple chez un client ou sur un chantier). Le temps de trajet supplémentaire compte alors comme temps de travail, et l'employeur doit rembourser au travailleur le surcoût lié à ce déplacement. La situation est analogue lorsque le travailleur se rend habituellement chez des clients depuis son domicile (représentant, monteur, collaborateur d'un service d'entretien). Dans cette hypothèse, le temps de trajet est considéré comme temps de travail, et les frais de déplacement sont à la charge de l'employeur¹⁶. Enfin, en cas de service de piquet effectué en dehors de l'entreprise, l'art. 15 al. 2 OLT1 prévoit que le trajet pour se rendre sur le lieu de travail et en revenir compte comme durée du travail. En conséquence, il semble normal d'imposer à l'employeur de prendre en charge ces frais de déplacement¹⁷.

4. Frais de déménagement

- 11 **Principe** – Les frais de déménagement, rendus nécessaires par le déplacement du lieu de travail, sont à la charge du travailleur et ne doivent pas être remboursés par l'employeur. Le déménagement est alors une condition préalable à la bonne exécution du contrat¹⁸.
- 12 **Accord contraire** – Un accord contraire des parties est réservé¹⁹. Si l'employeur s'engage à rembourser les frais de déménagement du travailleur, son accord peut

¹⁴ CARRUZZO, Rémunération, p. 262 ; SUBILIA/DUC, N 7 ad art. 327a CO, p. 303.

¹⁵ CARRUZZO, Rémunération, pp. 262-263 ; SUBILIA/DUC, N 7 ad art. 327a CO, p. 303.

¹⁶ Voir cependant ArbG/ZH du 27 mai 1986, in : ZR 87 N 79 : pour les collaborateurs affectés au service externe qui se rendent directement chez les clients depuis leur domicile, les parties peuvent valablement convenir qu'un temps de trajet quotidien inférieur à une heure n'est pas rétribué.

¹⁷ Pour un examen détaillé de ces cas particuliers : voir CARRUZZO, Rémunération, pp. 262-263.

¹⁸ CARRUZZO, Rémunération, p. 250 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.3 ad art. 327a CO, p. 143 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 327a CO, p. 491.

¹⁹ CARRUZZO, Rémunération, p. 250 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.3 ad art. 327a CO, p. 143.

toutefois se limiter à un montant forfaitaire et être soumis à une ou plusieurs conditions²⁰.

5. Frais de formation

Généralités – L'obligation pour l'employeur de prendre en charge des frais de formation dépend du type de formation. Par frais de formation, il faut entendre les frais d'inscription, de cours et d'examen. D'une manière plus large, il s'agit également de déterminer si le temps consacré à la formation pendant les heures de travail compte comme temps de travail et si l'employeur doit verser le salaire²¹.

Formation en rapport avec l'exécution du travail – Les frais d'une formation intervenant en cours d'emploi²², sur ordre de l'employeur ou en vertu de la loi, sont en principe liés à l'exécution du travail. Il s'agit alors de frais nécessaires qui doivent être remboursés par l'employeur en application de l'art. 327a al. 1 CO²³. L'art. 13 al. 4 OLT1, règle de droit public, prévoit expressément que le temps qu'un travailleur consacre à une formation complémentaire ou continue, soit sur ordre de l'employeur, soit en vertu de la loi, parce que son activité professionnelle l'exige, est réputé temps de travail. Aucun travail compensatoire ne peut dès lors être ordonné, et l'employeur doit verser le salaire pour toute la période durant laquelle le travailleur suit la formation²⁴.

Formation sans rapport direct avec l'exécution du travail – Les frais d'une formation qui sont sans rapport direct avec l'exécution du travail, mais qui procurent au travailleur un avantage durable sur le marché du travail, sont à la charge du travailleur²⁵. Dans ce cas, l'art. 13 al. 4 OLT1 n'est pas applicable. Le temps

²⁰ TF 4C.424/2005 du 20 février 2006, c. 2.3 : indemnité forfaitaire de déménagement prévue si l'employeur résilie le contrat « sans juste motif » et à la condition que le travailleur, détaché en Suisse, regagne son pays d'origine.

²¹ CARRUZZO, N 3 ad art. 327a CO, p. 258.

²² Une formation exigée avant le début du travail, comme condition préalable à l'engagement, n'est en revanche pas liée à l'exécution du travail et ne peut être mise à la charge de l'employeur ; voir FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.8 ad art. 327a CO, p. 144.

²³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 327a CO, p. 135 ; CARRUZZO, Rémunération, p. 245 ; SUBILIA/DUC, N 14 ad art. 327a CO, p. 305 ; WYLER, p. 289.

²⁴ CARRUZZO, Rémunération, p. 245 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 ad art. 327a CO, p. 494 ; TF 4D_13/2011 du 14 avril 2011, c. 2.3.

²⁵ CARRUZZO, Rémunération, p. 246 ; TF 4C.326/2005 du 21 octobre 2005, c. 4 : frais d'obtention d'un permis poids lourds, formation non liée à un employeur déterminé ou à un produit spécifique, mis à la charge du travailleur ; OG/BL du 13 juin 1989, in : JAR 1991, p. 203 : raisonnement identique s'agissant du remboursement par un pilote de frais liés à une formation sur un nouveau type d'avion.

consacré à la formation ne compte pas comme temps de travail, et l'employeur n'a pas d'obligation de le rémunérer²⁶.

- 16 **Accord de formation** – Pour les formations sans rapport direct avec le travail, qui sont destinées à améliorer la capacité professionnelle du travailleur, un accord contraire des parties est réservé. L'employeur peut en effet s'engager à prendre en charge tout ou partie des frais d'une telle formation. Il peut dans cette hypothèse lier sa participation à un engagement de remboursement dégressif des frais encourus, si le travailleur quitte l'entreprise durant un délai déterminé suivant la fin de la formation²⁷. Le Tribunal fédéral admet que l'engagement de remboursement peut porter non seulement sur les frais de formation, mais aussi sur le salaire payé pendant les heures de formation²⁸.

- 17 **Validité de la clause de remboursement** – Pour la doctrine²⁹ et la jurisprudence³⁰, une clause de remboursement en cas de résiliation des rapports de travail est valable pour autant que l'engagement ait été souscrit par le travailleur avant le début de la formation³¹, que le montant à rembourser et la période de remboursement soient précisés, et que la durée de l'engagement soit fixée de manière raisonnable pour ne pas porter atteinte pendant une période excessive au droit du travailleur de résilier son contrat. Même si aucune exigence de forme n'est prescrite, il est recommandé de conclure un tel accord par écrit³². Il paraît également judicieux de déterminer si le temps consacré à la formation doit être considéré comme un congé non payé, ou si le salaire est maintenu moyennant accomplissement d'un travail compensatoire, ou encore si le salaire est payé sans travail compensatoire. Dans les deux dernières hypothèses, l'employeur peut exiger une compensation ou le remboursement du salaire en cas de fin prématurée des rapports de travail³³.

²⁶ CARRUZZO, Rémunération, pp. 247-248 ; TF 4D_13/2011 du 14 avril 2011, c. 2.3 : travail-leuse condamnée à rembourser à l'employeur, après résiliation du contrat, le salaire versé pour une période de formation non indispensable à l'exécution du travail.

²⁷ AUBERT, CR 2012, N 7 ad art. 327a CO, p. 2021 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 327a CO p. 135 ; CARRUZZO, Rémunération, p. 246 ; SUBILIA/DUC, N 16 ad art. 327a CO, p. 306 ; WYLER, pp. 290-291.

²⁸ TF 4D_13/2011 du 14 avril 2011, c. 2.3 ; en ce sens : CARRUZZO, Rémunération, p. 248 ; SUBILIA/DUC, N 16 ad art. 327a CO, p. 306.

²⁹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 327a CO, p. 135 ; CARRUZZO, Rémunération, p. 247 ; WYLER, pp. 290-291.

³⁰ TF 4A_616/2011 du 21 mars 2012.

³¹ KG/FR du 12 septembre 2008, in : JAR 2009, p. 495 : invalidité d'un accord de remboursement signé dix-huit mois après le début de la formation.

³² BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 327a CO, p. 135 ; CARRUZZO, Rémunération, p. 247.

³³ CARRUZZO, Rémunération, pp. 247-248 ; TF 4D_13/2011 du 14 avril 2011, c. 2.3.

Durée de l'engagement – Comme indiqué ci-dessus, la clause de remboursement ne doit pas restreindre la liberté du travailleur de changer d'emploi. D'une manière générale, la jurisprudence admet qu'une clause prévoyant une obligation de remboursement dégressive³⁴ pendant trois ans à compter de la fin de la formation est admissible³⁵. Pour une partie de la doctrine, les règles prévues en matière de clause de prohibition de concurrence (art. 340 à 340c CO) devraient s'appliquer par analogie aux accords de formation³⁶. Cette solution nous paraît justifiée. Elle limiterait la durée de l'engagement du travailleur à trois ans au maximum (art. 340a al. 1 CO). Par ailleurs, la prétention en remboursement de l'employeur s'éteindrait en cas de résiliation par le travailleur pour un motif justifié imputable à l'employeur³⁷ ou de résiliation par l'employeur sans motif justifié (art. 340c al. 2 CO). Même s'il a abordé la question de l'application par analogie des dispositions sur la prohibition de concurrence aux accords de formation, le Tribunal fédéral ne l'a, en l'état, pas tranchée³⁸.

III. Mode de remboursement

1. Frais effectifs

Principe – L'employeur doit en principe rembourser au travailleur ses frais effectifs. A cet effet, il appartient au travailleur d'établir un décompte (art. 327c al. 1 CO) et de présenter les justificatifs des frais encourus³⁹.

³⁴ TF 4A_616/2011 du 21 mars 2012, c. 5 : admissibilité d'une clause prévoyant l'échelonnement de l'obligation de rembourser par année et non par périodes plus courtes (*pro rata temporis*).

³⁵ OG/BL du 13 juin 1989, in : JAR 1991, p. 203 : trois ans ; TF 4A_90/2009 du 25 mai 2009 : réduction de la clause par l'employeur de cinq à trois ans ; TF 4D_13/2011 du 14 avril 2011 : douze et vingt-quatre mois pour deux formations successives ; TF 4A_616/2011 du 21 mars 2012 : douze ou vingt-quatre mois en fonction du montant de la participation de l'employeur.

³⁶ SUBILIA/DUC, N 16 ad art. 327a CO, p. 306 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 3 ad art. 327a CO, p. 352.

³⁷ TF 4A_616/2011 du 21 mars 2012 : clause contractuelle supprimant l'obligation de rembourser au cas où le contrat de travail est résilié sans faute du travailleur pour des motifs économiques, inapplicable à la travailleuse résiliant le contrat de son propre chef avant un transfert d'entreprise.

³⁸ TF 4A_90/2009 du 25 mai 2009, c. 3 : la résiliation par le travailleur n'étant pas fondée sur un motif justifié imputable à l'employeur, la question d'une application par analogie des art. 340 à 340c CO ne se posait pas.

³⁹ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 327a CO, p. 134 ; CARRUZZO, Rémunération, p. 251 ; SUBILIA/DUC, N 8 ad art. 327a CO, p. 303 ; WYLER, p. 283.

2. Indemnité forfaitaire

- 20 **Accord dérogatoire** – En vertu de l'art. 327a al. 2 CO, un accord écrit des parties, un contrat-type de travail ou une convention collective peuvent cependant prévoir que les frais engagés par le travailleur lui seront remboursés sous forme d'une indemnité fixe, telle qu'une indemnité journalière ou une indemnité hebdomadaire ou mensuelle forfaitaire, à la condition qu'elle couvre tous les frais nécessaires.
- 21 **Conditions** – Le remboursement des frais sous la forme d'une indemnité forfaitaire n'est valable que si deux conditions sont remplies. Premièrement, l'indemnité forfaitaire doit être prévue par écrit, par contrat-type de travail ou par convention collective. Deuxièmement, il faut que l'indemnité permette sur une période suffisamment longue de couvrir effectivement les frais du travailleur⁴⁰. Si l'une ou l'autre de ces conditions n'est pas remplie, l'accord prévoyant le remboursement forfaitaire des frais est nul. Le travailleur peut alors exiger le remboursement de ses frais effectifs, sous déduction des montants forfaitaires déjà versés par l'employeur⁴¹. Si le travailleur entend démontrer que l'indemnité forfaitaire n'est pas suffisante, il doit établir les frais effectivement encourus, sans que l'employeur puisse à cet égard poser des exigences excessives. Le juge peut appliquer par analogie l'art. 42 al. 2 CO pour estimer les frais qui ne peuvent être chiffrés avec exactitude⁴². Même si la preuve à apporter n'est pas stricte, le travailleur a intérêt à conserver les justificatifs de ses frais, alors même que le but d'une indemnité forfaitaire serait précisément de lui permettre de s'en dispenser. Pour une partie de la doctrine, l'employeur peut partir de l'idée que l'indemnité forfaitaire couvre les coûts, aussi longtemps que le travailleur ne formule aucune objection⁴³. Selon nous, une telle présomption ne doit toutefois pas empêcher le travailleur de faire valoir une prétention en remboursement de ses frais effectifs (art. 327a al. 1 et 341 CO), sous réserve d'un éventuel abus de droit⁴⁴.
- 22 **Modification de l'indemnité forfaitaire** – L'employeur peut réviser les directives relatives à l'indemnité forfaitaire en cas de modification des circonstances⁴⁵.

⁴⁰ ATF 131 III 439, c. 5.3.2, JdT 2006 I 35 (trad.) : l'accord est valable s'il couvre les frais effectifs pendant une période relativement longue, par exemple une année ; le fait que les frais ne soient pas couverts par l'indemnité forfaitaire pendant un mois seulement ne permet en revanche pas d'invalider l'accord.

⁴¹ ATF 131 III 439, c. 4, JdT 2006 I 35 (trad.) ; CARRUZZO, Rémunération, p. 252 ; WYLER, p. 284.

⁴² ATF 131 III 439, c. 5.1, JdT 2006 I 35 (trad.) ; TF 4C.315/2004 du 13 décembre 2004, c. 2.2 ; ATF 116 II 145, c. 6b, JdT 1990 I 578 (trad.).

⁴³ WYLER, p. 284 ; SUBILIA/DUC, N 10 ad art. 327a CO, p. 304.

⁴⁴ ATF 131 III 439, c. 5, JdT 2006 I 35 (trad.) ; ArbG/ZH du 24 février 1987, in : ZR 89 N 24.

⁴⁵ CARRUZZO, N 4 ad art. 327a CO, p. 260 ; WYLER, p. 285 ; plus nuancés SUBILIA/DUC, N 11 ad art. 327a CO, pp. 304-305.

Tel peut être le cas si l'employeur affecte le travailleur à un autre lieu de travail et qu'il en résulte une diminution importante de ses frais⁴⁶. De son côté, le travailleur peut également demander une révision de l'indemnité forfaitaire, par exemple si un changement d'organisation dans l'entreprise a pour effet d'augmenter les frais nécessaires à l'exécution du travail⁴⁷.

Activité effective du travailleur – Sauf accord contraire, le remboursement forfaitaire des frais suppose une activité effective du travailleur⁴⁸. Lorsque ce dernier est empêché de travailler sans faute de sa part (par exemple pour cause de maladie, d'accident ou de service militaire), qu'il est en vacances ou s'il est libéré de son obligation de travailler pendant le délai de congé, l'indemnité forfaitaire n'est pas due⁴⁹. En effet, le travailleur n'encourt en principe pas de frais durant ces périodes⁵⁰. 23

Salaire déguisé – Il peut arriver qu'une indemnité forfaitaire pour frais constitue en réalité un salaire déguisé⁵¹. Tel peut être le cas lorsque le forfait convenu dépasse nettement le montant des frais effectifs. Il en va de même si l'indemnité forfaitaire ne correspond en réalité à aucuns frais du travailleur⁵² ou encore quand les frais effectifs sont remboursés en sus du forfait⁵³. Dans ces situations, l'indemnité sera considérée, en tout ou partie, comme du salaire et sera soumise aux assurances sociales. L'indemnité forfaitaire qualifiée de salaire déguisé devra en outre être versée en cas d'empêchement de travailler, de vacances ou de libération de l'obligation de travailler pendant le délai de congé⁵⁴. 24

IV. Interdiction de mettre les frais à la charge du travailleur

Accords frappés de nullité – Selon l'art. 327a al. 3 CO, les accords en vertu desquels le travailleur supporte lui-même tout ou partie de ses frais nécessaires sont nuls. Cette disposition est le corollaire de l'art. 327a al. 1 CO qui prévoit le remboursement par l'employeur de tous les frais imposés par l'exécution 25

⁴⁶ TC/FR du 11 juillet 1995, in : JAR 1996, p. 141.

⁴⁷ WYLER, p. 285.

⁴⁸ CARRUZZO, N 4 ad art. 327a CO, p. 260 ; WYLER, p. 285.

⁴⁹ OG/LU du 30 novembre 1998, in : JAR 1999, p. 143.

⁵⁰ CARRUZZO, N 4 ad art. 327a CO, pp. 260-261. Cet auteur réserve néanmoins les frais auxquels le travailleur continue d'être exposé même s'il ne travaille pas (par exemple, location d'une place de parking ou prime d'assurance d'un véhicule privé que le travailleur utilise également à des fins professionnelles).

⁵¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 5 ad art. 327a CO, pp. 135-136 ; WYLER, p. 284.

⁵² TF 4C.426/2005 du 28 février 2006, c. 4 ; ArbG/ZH du 23 décembre 1998, in : JAR 1999, p. 137 ; TC/FR du 27 mars 1996, in : JAR 1997, p. 151.

⁵³ TF du 10 juin 1993, in : SJ 1995, p. 781.

⁵⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 5 ad art. 327a CO, p. 136.

du travail. Bien qu'il ne soit pas mentionné dans les listes prévues aux art. 361 et 362 CO, l'art. 327a al. 3 CO a, de par son texte, un caractère impératif⁵⁵.

- 26 **Interprétation large** – La règle prévue à l'art. 327a al. 3 CO est violée par l'accord selon lequel le travailleur s'engage à rembourser à l'employeur les dépenses nécessaires à l'exécution du travail ou en vertu duquel il prend en charge de tels frais. Il en est ainsi quand le travailleur verse une mise de fonds initiale à titre de participation au contrat de leasing contracté par l'employeur pour le véhicule de fonction⁵⁶. Le principe posé par la loi devant être interprété largement⁵⁷, est également frappé de nullité l'accord par lequel le travailleur s'engage à pourvoir directement au règlement de dépenses nécessaires à l'égard de tiers. Compte tenu du caractère impératif de l'art. 327a al. 3 CO, le Tribunal fédéral considère dès lors que doit être frappée de nullité la déclaration du travailleur qui s'engage à régler solidairement avec l'employeur les dépenses effectuées au moyen d'une carte de crédit accordée à l'entreprise, dans la mesure où cette clause fait supporter au travailleur les frais nécessaires à l'exécution du travail en cas de faillite de l'employeur⁵⁸.

⁵⁵ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 7 ad art. 327a CO, p. 136.

⁵⁶ TF 4C.315/2004 du 13 décembre 2004, c. 3.

⁵⁷ AUBERT, CR 2012, N 1 ad art. 327a CO, p. 2021.

⁵⁸ ATF 124 III 305, c. 3, JdT 1999 I 384 (trad.), SJ 1999 I 6 (trad.).

Art. 327b

b. Véhicule à moteur

¹ Si, d'entente avec l'employeur, le travailleur utilise pour son travail son propre véhicule à moteur ou un véhicule à moteur mis à sa disposition par l'employeur, il a droit au remboursement des frais courants d'usage et d'entretien, dans la mesure où le véhicule sert à l'exécution du travail.

² S'il fournit le véhicule à moteur d'entente avec l'employeur, le travailleur a droit en outre au paiement des impôts sur le véhicule et des primes d'assurance contre la responsabilité civile, ainsi qu'à une indemnité d'usure équitable, dans la mesure où le véhicule sert à l'exécution du travail.

³ (abrogé)

b. Motorfahrzeug

¹ Benützt der Arbeitnehmer im Einverständnis mit dem Arbeitgeber für seine Arbeit ein von diesem oder ein von ihm selbst gestelltes Motorfahrzeug, so sind ihm die üblichen Aufwendungen für dessen Betrieb und Unterhalt nach Massgabe des Gebrauchs für die Arbeit zu vergüten.

² Stellt der Arbeitnehmer im Einverständnis mit dem Arbeitgeber selbst ein Motorfahrzeug, so sind ihm überdies die öffentlichen Abgaben für das Fahrzeug, die Prämien für die Haftpflichtversicherung und eine angemessene Entschädigung für die Abnutzung des Fahrzeugs nach Massgabe des Gebrauchs für die Arbeit zu vergüten.

³ (aufgehoben)

b. Veicoli a motore

¹ Se il lavoratore, d'intesa con il datore di lavoro, si serve per il suo lavoro di un veicolo a motore, proprio o messo a sua disposizione dal datore di lavoro, egli ha diritto al rimborso delle spese correnti d'esercizio e di manutenzione, nella misura in cui il veicolo è adoperato per il lavoro.

² Se il lavoratore, d'intesa con il datore di lavoro, mette a disposizione un veicolo a motore, gli devono essere inoltre rimborsati le tasse pubbliche sul veicolo, i premi dell'assicurazione per la responsabilità civile e un'equa indennità per l'usura del veicolo, nella misura in cui questo è adoperato per il lavoro.

³ (abrogato)

Table des matières

	note marginale	page
I. Généralités	1	258
II. Conditions d'utilisation du véhicule.....	4	258
III. Frais courants d'usage et d'entretien	6	259
IV. Autres frais	9	259
V. Infractions aux règles de la circulation	13	261
VI. Dommages matériels	15	261

Bibliographie spécifique

CARRUZZO PHILIPPE, La rémunération du travailleur et le remboursement des frais, Genève 2007 (cité : Rémunération) ; CONFÉRENCE SUISSE DES IMPÔTS (CSI), Guide d'établissement du certificat de salaire et de l'attestation de rentes (Formulaire 11) du 20 janvier 2010 ; CONFÉRENCE SUISSE DES IMPÔTS (CSI), Guide résumé d'établissement du certificat de salaire (Formulaire 11) du 20 janvier 2010 ; SCHORNO ANDREAS, Arbeits- und steuerrechtliche Aspekte von Spesenvergütungen und Spesenreglementen, in : TREX 2007, pp. 224 ss.

I. Généralités

- 1 **Objet** – L'art. 327b CO traite d'une catégorie particulière de frais, à savoir ceux liés à l'utilisation d'un véhicule à moteur. Cette règle est intégrée dans les dispositions concernant les obligations de l'employeur, comme l'indique le titre marginal principal figurant à l'art. 322 CO.
- 2 **Systématique** – La disposition fait partie, avec les art. 327a CO (frais en général) et 327c CO (échéance), du chapitre consacré aux frais imposés par l'exécution du travail.
- 3 **Nature** – L'al. 1 de l'art. 327b CO, se rapportant aux frais courants d'usage et d'entretien, est relativement impératif. N'étant pas mentionné aux art. 361 et 362 CO, l'al. 2, qui traite des autres frais (impôts sur le véhicule, primes d'assurance contre la responsabilité civile, indemnité d'usure), est de nature dispositif. Ce caractère dispositif doit cependant être relativisé, dans la mesure où les frais nécessaires encourus par le travailleur du fait de l'utilisation professionnelle de son véhicule privé doivent en tous les cas être remboursés conformément à l'art. 327a CO¹.

II. Conditions d'utilisation du véhicule

- 4 **Exécution du travail** – Lorsque le travailleur utilise un véhicule à moteur pour l'exécution de son travail, il a droit au remboursement par l'employeur de certains frais. L'art. 327b CO ne vise en principe pas les trajets entre le domicile du travailleur et son lieu de travail. Sous réserve d'exceptions, ces trajets relèvent en effet de l'utilisation privée du véhicule².

¹ AUBERT, CR 2012, N 3 ad art. 327b CO, p. 2023 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 ad art. 327b CO, pp. 504-505 ; WYLER, p. 288 ; plus affirmatifs BRUNNER/BÜHLER/WAE-
BER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 327b CO, p. 138 : qui considèrent que l'art. 327b al. 2 CO est re-
lativement impératif.

² Voir dans le présent ouvrage, N 9 et 10 ad art. 327a CO ; et AUBERT, CR 2012, N 1 ad art. 327b CO, p. 2023.

Accord de l'employeur – L'application de l'art. 327b CO suppose que le travailleur utilise un véhicule à moteur avec l'accord de l'employeur. Cet accord peut être exprès, écrit ou oral, voire même tacite. Il peut également résulter des circonstances, par exemple dans l'hypothèse où l'accomplissement d'une tâche requiert objectivement l'emploi d'un véhicule et qu'aucune instruction contraire n'a été émise³. L'art. 327b CO prévoit que l'accord de l'employeur suffit. Il va donc au-delà de l'art. 327a CO, qui exige que les dépenses soient nécessaires⁴. 5

III. Frais courants d'usage et d'entretien

Frais d'usage et d'entretien – Par frais d'usage et d'entretien, on entend notamment l'essence, l'huile, les services périodiques, les réparations, le remplacement d'éléments usés (pneus, batterie), le nettoyage⁵. 6

Remboursement par l'employeur – En vertu de l'art. 327b al. 1 CO, si, d'entente avec l'employeur, le travailleur utilise pour son travail son propre véhicule ou un véhicule mis à disposition par l'employeur, il a droit au remboursement des frais courants d'usage et d'entretien, dans la mesure où le véhicule sert à l'exécution du travail. Ces frais doivent ainsi être pris en charge par l'employeur, quelle que soit la partie qui a mis à disposition le véhicule⁶. L'art. 327b al. 1 CO étant relativement impératif, aucune dérogation en défaveur du travailleur n'est possible. 7

Utilisation professionnelle du véhicule – L'employeur ne doit rembourser les frais courants d'usage et d'entretien que dans la mesure où le véhicule sert à l'exécution du travail. Sauf accord contraire, la participation de l'employeur est donc fixée en proportion de la part qui correspond à l'utilisation professionnelle du véhicule. Si le travailleur est autorisé à faire un usage privé du véhicule d'entreprise, une répartition des frais est possible⁷. 8

IV. Autres frais

Autres frais – Les autres frais liés à l'utilisation d'un véhicule à moteur sont définis à l'art. 327b al. 2 CO. Ils comprennent les impôts sur le véhicule, les primes d'assurance responsabilité civile, l'amortissement, cas échéant les rede- 9

³ CARRUZZO, Rémunération, p. 258 ; SUBILIA/DUC, N 6 ad art. 327b CO, p. 308.

⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 ad art. 327b CO, p. 504-505 ; WYLER, p. 287.

⁵ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 327b CO, p. 137 ; CARRUZZO, Rémunération, p. 258 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 327b CO, p. 501 ; SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 327b CO, p. 307 ; WYLER, p. 287.

⁶ WYLER, p. 287.

⁷ TF 4C.24/2005 du 17 octobre 2005, c. 6 ; TF 4C.315/2004 du 13 décembre 2004, c. 2.2.

vances d'un leasing⁸. L'assurance casco n'est pas mentionnée dans la loi, cette dernière ne faisant référence qu'à l'assurance responsabilité civile obligatoire. Il ne paraît dès lors pas possible de considérer que les primes d'une assurance casco, non obligatoire, sont également visées par l'art. 327b al. 2 CO⁹.

- 10 **Véhicule du travailleur** – L'art. 327b al. 2 CO indique de façon détaillée les autres frais qui doivent être remboursés au travailleur qui met à disposition son véhicule privé. Si le travailleur fournit le véhicule à moteur d'entente avec l'employeur, il a ainsi droit, en plus des frais courants d'usage et d'entretien (art. 327b al. 1 CO), au paiement des impôts sur le véhicule et des primes d'assurance contre la responsabilité civile. Le travailleur peut en outre prétendre à une indemnité d'usure équitable correspondant à l'amortissement du véhicule. L'employeur n'est toutefois tenu à remboursement que dans la mesure où le véhicule sert à l'exécution du travail. La participation de l'employeur est donc proportionnelle à l'utilisation professionnelle du véhicule¹⁰.
- 11 **Véhicule de l'employeur** – Compte tenu du caractère relativement impératif des art. 327a al. 1 et 327b al. 1 CO, le Tribunal fédéral est d'avis que si le véhicule est mis à disposition par l'employeur, ce dernier doit, en l'absence de convention écrite contraire, prendre en charge intégralement les autres frais, même lorsque le travailleur est autorisé à utiliser le véhicule à des fins privées¹¹.
- 12 **Indemnité forfaitaire** – Etant donné qu'il est parfois difficile de déterminer exactement les montants que l'employeur doit rembourser, il est fréquent que les parties conviennent d'une indemnisation forfaitaire, par exemple sous la forme d'indemnités kilométriques¹². Le principe général posé à l'art. 327a al. 2 CO est alors applicable, le forfait étant admissible pour autant qu'il fasse l'objet d'un accord écrit et qu'il couvre tous les frais nécessaires du travailleur¹³.

⁸ WYLER, p. 288.

⁹ Voir SUBILIA/DUC, N 9 ad art. 327b CO, p. 309 : qui estiment, en cas de silence du contrat, que la prime d'une assurance casco partielle devrait être remboursée par l'employeur, mais que le paiement de la prime d'assurance casco complète par l'employeur ne devrait en revanche pas s'imposer.

¹⁰ CARRUZZO, Rémunération, p. 259 ; WYLER, p. 288.

¹¹ TF 4C.24/2005 du 17 octobre 2005, c. 6 ; TF 4C.315/2004 du 13 décembre 2004, c. 2.2.

¹² L'indemnité s'élève généralement de 0.65 fr. à 0.70 fr./km ; d'un avis plus nuancé au sujet de ce montant : SUBILIA/DUC, N 10 ad art. 327b CO, p. 309.

¹³ CARRUZZO, Rémunération, pp. 259-260 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 327b CO, p. 502.

V. Infractions aux règles de la circulation

Principe – Si le travailleur commet une infraction aux règles de la circulation (par exemple un excès de vitesse ou un dépassement du temps de stationnement autorisé) dans le cadre de son activité professionnelle, l'amende qui en découle est à sa charge. L'amende constitue en effet une peine strictement personnelle¹⁴. 13

Exceptions – Ce principe souffre d'exceptions¹⁵. Le travailleur ne saurait en effet être tenu pour responsable si l'infraction a été commise alors qu'il suivait les directives de l'employeur (par exemple lorsque l'employeur ordonne de livrer de la marchandise dans un délai inférieur à celui qui permettrait l'observation des limitations de vitesse). Il doit en aller de même quand la violation d'une règle de circulation est nécessaire pour permettre l'exécution du travail (par exemple violation des règles limitant le stationnement lors du déchargement de matériel ou d'une intervention d'urgence). Enfin, les amendes liées à l'état défectueux du véhicule ne devraient pas non plus être à la charge du travailleur, à tout le moins dans le cas où le véhicule est mis à disposition par l'employeur. 14

VI. Dommages matériels

Responsabilité en cas d'accident – Pour le Tribunal fédéral et la doctrine, le risque d'accident lors de l'utilisation professionnelle du véhicule est à la charge de l'employeur, qu'il s'agisse d'un véhicule de service ou de celui du travailleur¹⁶. 15

Responsabilité du travailleur – Le travailleur peut cependant être tenu à réparation à l'égard de l'employeur si son comportement est à l'origine de l'accident. Dans cette hypothèse, la responsabilité du travailleur est appréciée au regard des principes posés à l'art. 321e CO¹⁷. La mesure de la diligence lui incombant se détermine alors par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail pro- 16

¹⁴ AUBERT, CR 2012, N 2 ad art. 327a CO, p. 2021 ; CARRUZZO, Rémunération, p. 261 ; SUBILIA/DUC, N 5 ad art. 327b CO, p. 308.

¹⁵ CARRUZZO, Rémunération, p. 261 ; SUBILIA/DUC, N 5 ad art. 327b CO, p. 308.

¹⁶ TF 4C.24/2005 du 17 octobre 2005, c. 6.1 ; TF 4C.315/2004 du 13 décembre 2004, c. 2.2 ; AUBERT, CR 2012, N 2 ad art. 327b CO, p. 2023 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 327b CO, p. 138 ; CARRUZZO, Rémunération, p. 261.

¹⁷ CARRUZZO, Rémunération, pp. 261-262 ; WYLER, p. 289.

mis, ainsi que des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître. Cette règle, qui est expressément énoncée à l'art. 321e al. 2 CO, a pour effet d'atténuer considérablement l'étendue de la responsabilité du travailleur¹⁸.

¹⁸ WYLER, p. 139 ; TC/JU du 7 mars 1996, in : JAR 1998, p. 162 : degré de responsabilité fixé à 15 % pour une employée de boulangerie victime d'un accident de circulation alors qu'elle effectuait une livraison avec son véhicule privé, sur ordre de son employeur et qui n'a commis qu'une faute légère ; TPH/BS du 26 novembre 1981, in : JU-TRAV 1982, p. 13 : voyageur de commerce, qui provoque deux accidents de voiture et qui est seul responsable du second, condamné à payer les deux fois la franchise de l'employeur assuré en casco complète.

Art. 327c

- c. Echéance ¹ Le remboursement des frais a lieu en même temps que le paiement du salaire sur la base du décompte établi par le travailleur, à moins qu'un délai plus court ne soit convenu ou usuel.
- ² Lorsque l'accomplissement de ses obligations contractuelles impose régulièrement des frais au travailleur, l'employeur lui fait une avance convenable pour les frais à couvrir, à intervalles déterminés et en tous cas chaque mois.
- c. Fälligkeit ¹ Auf Grund der Abrechnung des Arbeitnehmers ist der Auslagenersatz jeweils zusammen mit dem Lohn auszurichten, sofern nicht eine kürzere Frist verabredet oder üblich ist.
- ² Hat der Arbeitnehmer zur Erfüllung der vertraglichen Pflichten regelmässig Auslagen zu machen, so ist ihm ein angemessener Vorschuss in bestimmten Zeitabständen, mindestens aber jeden Monat auszurichten.
- c. Esigibilità ¹ Il rimborso delle spese, secondo il conteggio del lavoratore, deve essere effettuato con il pagamento del salario, in quanto non sia convenuto o d'uso un termine più breve.
- ² Se il lavoratore sopporta regolarmente spese per l'adempimento degli obblighi contrattuali, anticipazioni adeguate devono essergli pagate a intervalli determinati ma almeno ogni mese.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	263
II. Décompte	4	264
III. Echéance	6	264
IV. Prescription	9	265
V. Avances	10	266

Bibliographie spécifique

CARRUZZO PHILIPPE, La rémunération du travailleur et le remboursement des frais, Genève 2007 (cité : Rémunération) ; SCHORNO ANDREAS, Arbeits- und steuerrechtliche Aspekte von Spesenvergütungen und Spesenreglementen, in : TREX 2007, pp. 224 ss.

I. Généralités

Objet – L'art. 327c CO traite de l'échéance du remboursement des frais, ainsi que des avances que l'employeur doit verser pour les frais à couvrir. Les règles contenues dans cet article relèvent des obligations de l'employeur, ce qui ressort du titre marginal principal figurant à l'art. 322 CO.

¹

- 2 **Systématique** – La disposition fait partie, avec les art. 327a CO (frais en général) et 327b CO (frais de véhicule à moteur), du chapitre consacré aux frais imposés par l'exécution du travail.
- 3 **Nature** – L'art. 327c al. 1 CO n'est pas mentionné aux art. 361 et 362 CO. Il résulte toutefois de son texte que la règle a un caractère relativement impératif¹. L'al. 2 est relativement impératif.

II. Décompte

- 4 **Décompte de frais** – Afin d'en obtenir le remboursement, le travailleur est tenu d'établir un décompte des frais engendrés par son activité professionnelle (art. 327c al. 1 CO). Il appartient au travailleur de faire le décompte, car il est le seul à savoir quels frais il a effectivement encourus². Ce devoir comprend également la présentation de justificatifs³.
- 5 **Indemnité forfaitaire** – Si les parties ont convenu d'un remboursement forfaitaire des frais (art. 327a al. 2 CO), le travailleur est libéré de l'obligation d'établir un décompte⁴. Toutefois, si le travailleur entend démontrer que l'indemnité forfaitaire n'est pas suffisante, il doit prouver les frais effectivement encourus⁵. Même dans l'hypothèse où les frais sont remboursés de manière forfaitaire, le travailleur a donc intérêt à conserver les justificatifs de ses frais, de manière à pouvoir, si nécessaire, dresser un décompte⁶.

III. Echéance

- 6 **Principe** – L'art. 327c al. 1 CO prévoit que le remboursement des frais a lieu en même temps que le paiement du salaire, sur la base du décompte établi par le travailleur, à moins qu'un délai plus court ne soit convenu ou usuel. Cette règle doit être mise en relation avec l'art. 323 CO, qui traite du paiement du salaire. Sauf accord ou usage contraire, le remboursement des frais doit donc, en principe, intervenir à la fin du mois, soit en même temps que le paiement du salaire⁷. En

¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 327c CO, p. 139 ; SUBILIA/DUC, N 1 ad art. 327c CO, p. 210.

² BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 327c CO, p. 139.

³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 327a CO, p. 134 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 327c CO, p. 506 ; WYLER, p. 283.

⁴ CARRUZZO, Rémunération, p. 266 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 327c CO, p. 506.

⁵ CARRUZZO, Rémunération, p. 266.

⁶ Voir dans le présent ouvrage, N 21 ad art. 327a CO.

⁷ SUBILIA/DUC, N 2 ad art. 327c CO, p. 310.

tous les cas, le remboursement des frais n'est possible et exigible que si le travailleur a, au préalable, établi et présenté un décompte de frais⁸.

Accord ou usage contraire – Les parties peuvent prévoir un délai plus court que celui prévu par la loi pour le remboursement des frais. Un tel délai peut aussi résulter de l'usage. Bien qu'il soit formellement dispositif, l'art. 327c al. 1 CO n'autorise qu'un accord portant sur des délais plus courts et exclut, par voie de conséquence, les délais plus longs⁹. En ce sens, la disposition revêt un caractère relativement impératif¹⁰.

Abus de droit – Si le travailleur se montre négligent et tarde à demander le remboursement de ses frais ou s'il n'émet sa prétention qu'à la fin des relations de travail, voire plus tard, il pourrait se voir opposer l'abus de droit. Le Tribunal fédéral se montre toutefois très restrictif en la matière¹¹, retenant qu'il ne peut y avoir d'abus de droit que dans des circonstances exceptionnelles¹². Il serait en effet contraire à l'esprit de la loi de priver le travailleur, par le biais de l'art. 2 al. 2 CC, de la protection que lui accorde l'art. 341 al. 1 CO (interdiction de renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective)¹³.

IV. Prescription

Controverse – La question de savoir si le remboursement des frais est une créance salariale est controversée. Pour une partie de la doctrine, la créance en remboursement des frais est de nature salariale et doit par conséquent être

⁸ ATF 131 III 439, c. 5.2, JdT 2006 I 35 (trad.) ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 327c CO, p. 507.

⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 327c CO, p. 507.

¹⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 327c CO, p. 139 ; SUBILIA/DUC, N 1 ad art. 327c CO, p. 210.

¹¹ TF 4C.24/2005 du 17 octobre 2005, c. 2.3 : pas d'abus de droit lorsque la travailleuse réclame le remboursement de frais de transport et de téléphone peu de temps avant la fin du contrat, pour une période remontant jusqu'à quelques années en arrière ; TF 4C.315/2004 du 13 décembre 2004, c. 6.2 : pas d'abus de droit s'agissant d'une réclamation pour des indemnités de repas quelques semaines après la fin du contrat, pour une période remontant au plus à quinze mois en arrière ; voir également TF 4P.256/2004 du 26 janvier 2005, c. 3 ; et ATF 131 III 439, c. 5.3.3, JdT 2006 I 35 (trad.).

¹² ATF 131 III 439, c. 5.1, JdT 2006 I 35 (trad.) : il pourrait y avoir abus de droit si, du fait de son inaction, le travailleur cause un préjudice à l'employeur, par exemple parce que la prétention ne peut plus être vérifiée, ou quand le travailleur attend de faire valoir sa prétention uniquement pour se procurer un avantage de manière induue.

¹³ TF 4C.24/2005 du 17 octobre 2005, c. 2.2 ; TF 4C.315/2004 du 13 décembre 2004, c. 6.1 ; CARRUZZO, N 3 ad art. 327c CO, p. 269.

soumise au délai de prescription de cinq ans prévu par l'art. 128 ch. 3 CO¹⁴. D'autres auteurs considèrent en revanche que le remboursement des frais n'est pas assimilable à un salaire et que le délai de prescription ordinaire de dix ans est applicable conformément à l'art. 127 CO¹⁵. S'il a évoqué la question, le Tribunal fédéral ne l'a pas clairement tranchée¹⁶. La Cour civile du Tribunal cantonal vaudois s'est quant à elle prononcée en faveur du délai de prescription de dix ans¹⁷. Dans la mesure où le remboursement des frais est la contre-prestation d'une dépense du travailleur et non de ses services, nous sommes d'avis que cette opinion doit être suivie.

V. Avances

- 10 **Principe** – Aux termes de l'art. 327c al. 2 CO, lorsque l'accomplissement de ses obligations contractuelles impose régulièrement des frais au travailleur, l'employeur doit lui faire une avance convenable pour les frais à couvrir, à intervalles déterminés et en tout cas chaque mois. La disposition est relativement impérative, de sorte que les parties ne peuvent pas y déroger en défaveur du travailleur. Cette règle tient compte du fait que le travailleur n'a pas à effectuer des avances d'argent pour couvrir les frais réguliers et prévisibles liés à l'activité professionnelle¹⁸. L'avance a pour but de couvrir les frais futurs ; elle constitue une prestation préalable de l'employeur. Elle se distingue en cela du salaire, qui est versé une fois que le travailleur a exécuté, préalablement, sa prestation de travail¹⁹.
- 11 **Demeure de l'employeur** – Si l'employeur ne fournit pas d'avance convenable, il se trouve en demeure (art. 324 CO). Dans cette situation, la doctrine considère que le travailleur peut refuser de fournir la part de la prestation de travail qui l'expose à des frais, l'employeur restant tenu pour sa part de payer le salaire²⁰.
- 12 **Différence entre l'avance et les frais effectifs** – Lorsque l'employeur verse une avance et qu'il résulte du décompte de frais que le travailleur a perçu à ce titre un

¹⁴ CARRUZZO, N 4 ad art. 327c CO, p. 270 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 ad art. 327a CO, p. 499 et N 8 ad art. 341 CO, pp. 1300-1301 ; SUBILIA/DUC, N 24 ad art. 341 CO, p. 749 ; WYLER, p. 592.

¹⁵ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 341 CO, p. 322 ; TERCIER/FAVRE, N 3518, p. 519.

¹⁶ TF 4C.24/2005 du 17 octobre 2005, c. 5.

¹⁷ CC/VD du 7 avril 2009, in : JAR 2010, p. 650.

¹⁸ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 327c CO, p. 139.

¹⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 327c CO, p. 507 ; SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 327c CO, p. 310-311.

²⁰ CARRUZZO, N 2 ad art. 327c CO, p. 268 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 327c CO, p. 507 ; SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 327c CO, p. 311.

montant trop élevé, la différence doit être remboursée à l'employeur²¹. Le Tribunal fédéral estime que la restitution est soumise aux règles sur l'enrichissement illégitime (art. 62 CO)²². A l'instar des acomptes sur la participation au résultat de l'exploitation ou sur la provision, l'avance des frais est une prestation qui trouve son origine dans les obligations contractuelles des parties. Si un remboursement est dû à l'employeur sur les acomptes versés, après la détermination du résultat de l'exploitation ou le décompte de la provision, le Tribunal fédéral considère que la prétention de l'employeur résulte du contrat²³. On peut dès lors se demander s'il ne serait pas justifié d'appliquer les mêmes principes au remboursement de l'avance sur frais et de considérer qu'il s'agit aussi d'une prétention résultant du contrat²⁴.

²¹ CARRUZZO, N 2 ad art. 327c CO, p. 268 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 327c CO, p. 507.

²² TF 4C.424/2005 du 20 février 2006, c. 3.

²³ ATF 126 III 119, c. 3d, JdT 2000 I 630 (trad.).

²⁴ En ce sens, CARRUZZO, N 2 ad art. 327c CO, pp. 268-269.

Art. 328

VII. Protection de la personnalité du travailleur

1. En général

¹ L'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur ; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. En particulier, il veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes.

² Il prend, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui.

VII. Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers 1. im Allgemeinen

¹ Der Arbeitgeber hat im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Er muss insbesondere dafür sorgen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht sexuell belästigt werden und dass den Opfern von sexuellen Belästigungen keine weiteren Nachteile entstehen.

² Er hat zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihm billigerweise zugemutet werden kann.

VII. Protezione della personalità del lavoratore 1. In generale

¹ Nei rapporti di lavoro, il datore di lavoro deve rispettare e proteggere la personalità del lavoratore, avere il dovuto riguardo per la sua salute e vigilare alla salvaguardia della moralità. In particolare, deve vigilare affinché il lavoratore non subisca molestie sessuali e, se lo stesso fosse vittima di tali molestie, non subisca ulteriori svantaggi.

² Egli deve prendere i provvedimenti realizzabili secondo lo stato della tecnica ed adeguati alle condizioni dell'azienda o dell'economia domestica, che l'esperienza ha dimostrato necessari per la tutela della vita, della salute e dell'integrità personale del lavoratore, in quanto il singolo rapporto di lavoro e la natura del lavoro consentano equamente di pretenderlo.

Table des matières

	note marginale	page
I. Généralités	1	270
II. Protection de la personnalité des travailleurs (art. 328 al. 1 CO).....	9	273
1. Etendue et limites	9	273
2. Aspects protégés.....	13	274
3. Devoir général d'aide et d'assistance.....	18	276
III. Protection de la vie, de la santé et de l'intégrité personnelle (art. 328 al. 2 CO)	24	278

	note marginale	page
IV. Principaux cas d'application.....	30	281
1. Harcèlement psychologique (mobbing).....	31	281
2. Stress et burnout.....	44	286
3. Harcèlement sexuel.....	47	287
4. Egalité de traitement.....	53	290
5. Droit d'être occupé.....	59	291
V. Voies de droit.....	64	293
VI. Responsabilité contractuelle de l'employeur.....	72	296
1. Principes généraux.....	72	296
2. Action en dommages-intérêts.....	79	298
3. Réparation du tort moral.....	83	299
4. Responsabilité pour les actes des auxiliaires.....	88	304
5. Facteurs de réduction (art. 43 et 44 CO).....	93	306
6. Recours.....	102	309

Bibliographie spécifique

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Protection de la santé au travail : cadre juridique général, in : OLIVIER GUILLOD (édit.), Santé et travail, Berne 2008, pp. 45 ss ; BETTEX CHRISTIAN, L'application temporelle de l'article 328 CO, in : WYLER, Panorama II, pp. 57 ss ; BLESİ ALFRED, Die Freistellung des Arbeitnehmers – Ein Handbuch für die Praxis, Zurich/Bâle/Genève 2010 ; BONARD ALINE, Sécurité au travail : le risque de l'amiante, in : WYLER, Panorama II, pp. 583 ss ; BRULHART VINCENT, L'influence de la prédisposition constitutionnelle sur l'obligation de réparation du responsable, in : WERRO FRANZ (édit.), La fixation de l'indemnité, Berne 2004, pp. 89 ss ; CARRON VINCENT, Mobbing et demeure de l'employeur, in : WYLER, Panorama I, pp. 115 ss ; DANHE MARIE-GISÈLE, Les limites qu'instaure l'art. 328 CO au droit de l'employeur de donner des directives et de contrôler l'activité du travailleur, in : WYLER, Panorama I, pp. 163 ss ; DEVEAUD-PLÉDRAN MARIE, Le harcèlement dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2011 ; DONATIello GIUSEPPE, Responsabilité du débiteur : de la délégation à l'organisation de l'exécution des obligations, Genève/Zurich/Bâle 2010 (cité : Responsabilité) ; DONATIello GIUSEPPE, Droit d'action des organisations au regard de l'article 89 CPC, in : WYLER, Panorama II, pp. 817 ss (cité : Droit d'action) ; DUNAND JEAN-PHILIPPE, La réparation du tort moral du travailleur par l'employeur, in : GAUCH/WERRO/PICHONNAZ (édit.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genève/Zurich/Bâle 2008, pp. 173 ss (cité : Réparation) ; DUNAND JEAN-PHILIPPE, Les devoirs et la responsabilité de l'employeur en matière de protection de la personnalité et de la santé psychique des travailleurs, in : OLIVIER GUILLOD (édit.), Santé et travail, Berne 2008, pp. 99 ss (cité : Devoirs) ; DUNAND JEAN-PHILIPPE, La « prédisposition constitutionnelle » de la victime d'un harcèlement psychologique (*mobbing*), in : DTA 2007, pp. 15 ss (cité : Prédisposition) ; DUNAND JEAN-PHILIPPE, Le harcèlement psychologique (*mobbing*) en droit privé suisse du travail, in : RJN 2006, pp. 13 ss (cité : Harcèlement) ; DUNAND JEAN-PHILIPPE, Liberté de licenciement en droit suisse : la règle devient-elle l'exception ?, in : Revue de l'avocat 9/2006, pp. 319 ss (cité : Liberté) ; GAGNEBIN JOHANNE, Prévention du stress au travail : Un thème en évolution en Suisse et dans l'Union européenne, in : RSDS 11/2008, pp. 59 ss ; GLOOR WERNER, Kopftuch an der Kasse – Religionsfreiheit im privaten Arbeitsverhältnis, in : DTA 2006, pp. 1 ss ; KROPF FABIENNE, La levée du privilège de recours de l'employeur en présence d'une assurance responsabilité civile obligatoire au sens de l'article 75 alinéa 3 LPGa, in : WYLER, Panorama I, pp. 635 ss ; LUGNBÜHL JÜRG, Schikanen am Arbeitsplatz – rechtliche, gesundheitliche und soziale Aspekte, in : DTA 2010, pp. 65 ss ; MURER ERWIN,

Diskriminierung wegen Religion in der Arbeitswelt ?, in : Religion und Integration aus der Sicht des Rechts, Zurich/Bâle/Genève 2010, pp. 173 ss ; PÄRLI KURT, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Berne 2009 ; PÄRLI KURT, Die Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, in : DTA 4/2005, pp. 225 ss ; PERRENOUD JEAN, Lutte contre la fumée passive, in : Jusletter 18 janvier 2010 ; PORTMANN WOLFGANG, Genugtuungsbegründende Persönlichkeitsverletzungen im Arbeitsverhältnis, in : Mélanges en l'honneur d'Eugen Bucher, Berne 2009, pp. 581 ss ; PORTMANN WOLFGANG, Das Verhältnis der « Entschädigung » zu Schadenersatz und Genugtuung, in : ArbR 2008, pp. 15 ss ; PORTMANN WOLFGANG, Stresshaftung im Arbeitsverhältnis – Erfolgreiche Stresshaftungsklagen gegen Arbeitgeber in der Schweiz und in anderen europäischen Ländern, in : DTA 2008, pp. 1 ss ; ROSSEL VANESSA, La protection de la santé de l'apprenti, in : WYLER, Panorama II, pp. 493 ss ; RUDOLPH ROGER et WIESLI CAROLINE, Fristlose Kündigung und Beschäftigungsanspruch eines Profi-Fussballers, in : Jusletter 22 août 2011 ; SAILLEN ANNE-LISE, La protection de la personnalité du travailleur au sens de l'art. 328 CO, Lausanne 1980 ; SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ, Stress et épuisement professionnel : l'employeur et le contrôle médical annuel, in : Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc, Lausanne 2001, pp. 293 ss ; SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Commentaire des ordonnances 3 et 4 relatives à la loi sur le travail, Berne 2005, 8^e mise à jour 2011 ; SONNENBERG CAROLE, La protection de la personnalité du travailleur : sauvegarde de sa santé et sécurité au travail, Lausanne 2010 ; UDRY PATRICK, Appel à des spécialistes de la sécurité au travail, in : WYLER, Panorama I, pp. 441 ss ; VON KAENEL ADRIAN, Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers, in : DTA 2009, pp. 1 ss ; WAEBER JEAN-BERNARD, Le mobbing ou harcèlement psychologique au travail, quelles solutions ?, in : PJA 1998, pp. 792 ss ; WENNUBST GABRIELA, Mobbing, le harcèlement psychologique analysé sur le lieu de travail, Lausanne 1999 ; WERRO FRANZ, La responsabilité civile, 2^e éd., Berne 2011 ; WYLER RÉMY, La responsabilité civile de l'employeur, y compris en ce qui concerne les actes de ses organes et auxiliaires, in : DTA 2011, pp. 249 ss (cité : Responsabilité) ; WYLER RÉMY, La responsabilité personnelle de l'organe en droit du travail, in : WYLER, Panorama I, pp. 3 ss (cité : Panorama I).

I. Généralités

- 1 **Objet et but** – L'article 328 CO régit le devoir de l'employeur de protéger la personnalité de ses employés. Il intègre et concrétise, dans le contrat de travail, les principes généraux de protection de la personnalité qui sont énoncés aux articles 27 ss CC¹.
- 2 **Systématique** – La protection de la personnalité des travailleurs est régie par trois dispositions, les articles 328 à 328b CO, qui font partie de la section C (obligations de l'employeur) du chapitre premier sur le contrat individuel de travail. L'article 328 CO traite des éléments généraux. Il est complété par l'article 328a CO, relatif à la protection du travailleur qui vit dans le ménage de

¹ TF du 19 décembre 1994, c. 3a, in : SJ 1995 669 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 328 CO, p. 140.

l'employeur (« Communauté domestique ») et par l'article 328b CO, relatif au « traitement de données personnelles » par l'employeur.

Disposition centrale – Comme l'ont relevé des auteurs, l'article 328 CO constitue une « norme ouverte qui permet une concrétisation évolutive du droit dans le monde du travail, tenant compte des transformations techniques et des changements de comportement, comme le montre la jurisprudence toujours plus abondante des tribunaux relative à cette norme »². La protection de la personnalité du travailleur constitue l'un des principes cardinaux du droit du travail dont l'importance ne cesse de croître. Concrétisant les règles générales issues du Code civil, le principe rayonne tant sur le droit privé que sur le droit public du travail.

Principes généraux – La protection de la personnalité trouve son ancrage aux articles 27 à 28b du Code civil dont les règles s'appliquent aussi aux relations de travail. On rappellera que l'art. 27 al. 2 CC prohibe les engagements excessifs, que l'art. 28 CC pose les principes de la protection (al. 1) et de l'atteinte illicite (al. 2), alors que l'art. 28a CC contient un catalogue des diverses actions possibles. L'article 28b CC, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2007³, est moins connu. Il prévoit notamment qu'en cas de violence, de menaces ou de harcèlement, la victime peut requérir le juge d'interdire à l'auteur de l'atteinte de l'approcher, de fréquenter certains lieux, de prendre contact avec lui ou de lui causer d'autres dérangements (al. 1). Bien que cette nouvelle disposition ait été conçue avant tout pour protéger les victimes de violence domestique, il n'est pas exclu qu'elle puisse s'appliquer aussi sur le lieu de travail, en cas de harcèlement obsessionnel comportant des menaces, la recherche constante d'une proximité physique ou encore des actes d'espionnage⁴.

Normes sur le contrat de travail – La protection de la personnalité limite, par exemple, le droit de l'employeur de donner des directives (cf. art. 321d al. 2 CO)⁵ ou de licencier librement un employé (cf. art. 336 al. 1 let. a CO)⁶. De même, l'obligation de l'employeur de remettre un certificat de travail à son employé (cf. art. 330a CO) a pour objectif de protéger la personnalité de celui-ci et de favoriser son avenir économique⁷.

Autres législations – Constituent autant de concrétisations ou de prolongements de la protection de la personnalité des travailleurs :

² BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 328 CO, pp. 140 s.

³ RO 2007 137 ; FF 2005 6437.

⁴ FF 2005 6440.

⁵ Cf. dans le présent ouvrage, N 24 ad art. 321d CO.

⁶ Cf. dans le présent ouvrage, N 25 ss ad art. 336 CO.

⁷ Cf. dans le présent ouvrage, N 2 ad art. 330a CO.

- la protection de la santé des travailleurs, assurée notamment par la loi sur le travail (cf. en particulier l'art. 6 LTr)⁸, la loi sur la protection contre le tabagisme passif⁹, ou encore l'ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles¹⁰ ;
- l'interdiction des discriminations entre les sexes, prévue dans la loi sur l'égalité (cf. notamment les art. 3 et 4 LEg)¹¹ ;
- la limitation du traitement des données personnelles, régie par la loi sur la protection des données¹², en relation avec l'art. 328b CO¹³, ainsi que par la loi sur l'analyse génétique humaine (cf. art. 21 ss LAGH)¹⁴ ;
- ou encore le droit d'être informé ou consulté, garanti dans la loi sur la participation¹⁵.

7 **Nature de la norme** – L'article 328 CO constitue une disposition relativement impérative, c'est-à-dire à laquelle il ne peut pas être dérogé au détriment du travailleur (cf. art. 362 CO)¹⁶.

8 **Origine et évolution** – La teneur de l'article 328 CO est issue, pour l'essentiel, de la révision de 1971¹⁷. Auparavant, la version résultant de la révision générale du Code des obligations de 1911 ne comportait qu'un seul alinéa selon lequel l'employeur était tenu « de prendre les mesures de sécurité propres à écarter les risques de l'exploitation » et « de veiller à ce que le travail soit exécuté dans des locaux convenables et sains » (art. 339 CO 1911). L'article 328 CO a été complété à l'occasion de l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 1996, de la loi fédérale

⁸ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964, RS 822.11 et ses ordonnances d'application. Cf. SONNENBERG, pp. 32 ss.

⁹ Loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif du 3 octobre 2008, RS 818.31. Cf. PERRENOUD, N 16 ss ; PORTMANN, BaK 2011, N 12 ss ad art. 328 CO, pp. 1925 ss.

¹⁰ Ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles du 19 décembre 1983, RS 832.30.

¹¹ Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, RS 151.1 ; CARRUZZO, N 20 ss ad art. 328 CO, pp. 296 ss ; PORTMANN, BaK 2011, N 37 ss ad art. 328 CO, pp. 1936 ss ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 9 et 10 ad art. 328 CO, pp. 530 ss.

¹² Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992, RS 235.1.

¹³ Cf. dans le présent ouvrage, commentaire ad art. 328b CO.

¹⁴ Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 8 octobre 2004, RS 810.12 ; PORTMANN, BaK 2011, N 25 ss ad art. 328 CO, pp. 1933 ss.

¹⁵ Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993, RS 822.14. Cf. BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 9 ad art. 328 CO, pp. 145 s. ; WYLER, pp. 777 ss.

¹⁶ STAEHELIN, ZK 2006, N 26 ad art. 328 CO, pp. 387 s.

¹⁷ Cf. Message 1967, p. 352 ; RO 1971 1461.

sur l'égalité, par l'introduction d'une phrase relative au harcèlement sexuel (al. 1) et par la mention de la protection de l'intégrité personnelle (al. 2)¹⁸.

II. Protection de la personnalité des travailleurs (art. 328 al. 1 CO)

1. Etendue et limites

Cadre général – En vertu de l'article 328 alinéa 1, première phrase, CO, l'employeur doit protéger et respecter la personnalité du travailleur. Ce principe revêt une importance particulière dans les rapports de travail, en raison du rapport de subordination du travailleur à l'égard de l'employeur¹⁹. Il constitue le pendant du devoir de fidélité du travailleur résultant de l'article 321a CO²⁰. 9

Responsabilité pour les actes des organes et de tiers – Lorsque l'employeur est une personne morale, il faut lui imputer les actes de ses organes (cf. art. 55 al. 2 CC)²¹. Par ailleurs, l'employeur répond aussi des actes de ses auxiliaires (cf. art. 55 et 101 CO)²². Dans le domaine de la protection de la personnalité des travailleurs, une convention d'exclusion de la responsabilité de l'employeur, au sens des art. 100 ou 101 al. 2 CO, pour ses propres actes ou ceux de ses auxiliaires, est exclue (cf. art. 362 CO)²³. 10

Début et fin de l'obligation – Le devoir de protection de la personnalité des travailleurs déploie principalement ses effets pendant la durée effective des relations de travail. La jurisprudence a toutefois eu l'occasion de préciser que l'article 328 CO s'appliquait également, dans certaines limites, avant la conclusion du contrat et après la fin de celui-ci²⁴. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, les droits et obligations découlant de l'article 328 CO s'appliquent déjà lors des pourparlers précontractuels²⁵. Dès lors, dans la mesure où, lors d'un entretien d'embauche, l'employeur pose des questions au sujet de la situation personnelle du candidat sans rapport avec le travail pour lequel le candidat se présente, il 11

¹⁸ Ch. 3 de l'annexe à la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité, RO 1996 1498 ; Message 1993 (LEg), p. 1163.

¹⁹ TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, c. 6.2.

²⁰ ATF 132 III 257, c. 5.1, JdT 2007 I 274 (trad.), SJ 2007 I 173 (trad.).

²¹ ATF 128 III 76, c. 1b = JdT 2002 I 223 ; TF 4A_544/2008 du 10 février 2009, c. 2.3 ; WYLER, Responsabilité, pp. 253 s.

²² ATF 137 III 303, c. 2.2.2 = JdT 2011 II 390 = SJ 2011 I 453 ; ATF 125 III 70, c. 3a. Sur les problèmes liés à l'application de l'art. 101 CO, cf. *infra* N 89.

²³ WYLER, Panorama I, pp. 9 s.

²⁴ Pour une présentation critique de la jurisprudence, cf. BETTEX, Panorama II, pp. 58 ss.

²⁵ TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, c. 6.2. Voir aussi TPH/Lausanne du 1^{er} juin 2005, in : JAR 2006, p. 531.

contrevient à l'article 328 CO²⁶. Notons qu'une instance cantonale a considéré que le seul contenu d'une offre d'emploi pouvait générer une atteinte à la personnalité d'un postulant, susceptible de réparation sur la base des règles sur la *culpa in contrahendo*, même en l'absence de tout entretien d'embauche²⁷. Par ailleurs, l'obligation de protéger la personnalité du travailleur perdure dans « une certaine mesure » au-delà de la fin des rapports de travail²⁸. Il en résulte, par exemple, qu'un employeur peut être tenu de verser des dommages-intérêts à un ancien employé lorsqu'il a fourni de faux renseignements sur son compte qui ont découragé une entreprise de l'engager²⁹.

- 12 **Limites de la protection** – Comme tout droit, le principe de la protection de la personnalité des travailleurs n'existe pas de manière illimitée. Il y a lieu en effet de tenir compte des intérêts légitimes de l'employeur qui sont notamment fondés sur les exigences du travail à effectuer³⁰. Pour déterminer si l'on est ou non en présence d'une atteinte illicite à la personnalité, le juge examinera chaque cas d'espèce en tenant compte de l'ensemble des circonstances. Il se référera aux règles de la bonne foi (cf. art. 2 et 3 CC ; art. 321d al. 2 CO) et pourra également prendre en considération, par analogie, les motifs justificatifs permettant à l'employeur de notifier un congé pour une raison inhérente à la personnalité du travailleur lorsque cette raison a « un lien avec le rapport de travail » ou qu'elle « porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise » (cf. art. 336 al. 1 let. a CO)³¹.

2. Aspects protégés

- 13 **Principe** – La protection de la personnalité comprend « tous les biens personnels du travailleur qui sont inséparables de son être physique et moral et de sa qualité de membre de la société »³². Elle recouvre l'ensemble des valeurs essentielles, physiques, affectives et sociales liées à la personne humaine (cf. art. 10 al. 2 Cst. qui consacre le droit à la liberté personnelle)³³. Les valeurs protégées sont notamment l'intégrité physique, la santé physique et psychique,

²⁶ TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, c. 6.2. Cf. également dans le présent ouvrage, N 46 ad art. 328b CO.

²⁷ ArbG/ZH du 13 janvier 2006, in : JAR 2007, p. 509.

²⁸ ATF 130 III 699, c. 5.1 = JdT 2006 I 193 = SJ 2005 I 152 ; CAPH/GE du 21 mai 2003, c. 3, in : JAR 2004, p. 481 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 21 ad art. 328 CO, p. 570.

²⁹ TF 4C.379/2002 du 22 avril 2003, c. 1 et 2 ; ArbG/ZH du 13 septembre 1995, in : ZR 97 (1998) N 72.

³⁰ GLOOR, p. 8 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 ad art. 328 CO, p. 522 ; TERCIER/FAVRE, N 3523, p. 521.

³¹ Cf. dans le présent ouvrage, N 26 ad art. 336 CO.

³² Message 1967, p. 353.

³³ TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, c. 6.2.

l'intégrité morale et la considération sociale, les libertés individuelles, ainsi que la sphère privée³⁴.

Santé – L'employeur doit ménager l'intégrité de ses employés en s'abstenant de leur demander des efforts excessifs et de les charger de travaux pouvant porter atteinte ou mettre en danger leur santé³⁵.

Considération sociale – La considération sociale comprend l'honneur personnel et professionnel, la réputation économique, ainsi que la considération dans et à l'extérieur de l'entreprise³⁶. Viole, par exemple, les devoirs découlant de l'article 328 CO l'employeur qui évoque les raisons de se séparer d'un employé devant l'ensemble des collaborateurs et qui invite ceux-ci à éviter désormais tout contact avec lui³⁷. Subit aussi une atteinte à sa réputation professionnelle, le footballeur professionnel qui est traité publiquement, par la voie de la presse, de « traître et d'imbécile » et qui se trouve du jour au lendemain chassé de l'équipe dont il était le capitaine³⁸. Par ailleurs, il y a atteinte grave aux droits de la personnalité lorsque l'employeur formule des accusations lourdes qui se révèlent infondées alors qu'il ne disposait d'aucun indice sérieux ou n'avait fait aucune recherche en vue d'établir les faits³⁹.

Exercice des libertés individuelles – L'employeur est tenu de tolérer, dans certaines limites, l'exercice des libertés individuelles au sein de l'entreprise. La protection résultant de l'art. 328 al. 1 CO n'est toutefois opérante que dans la mesure où l'exercice de ces libertés n'est pas contraire à une obligation résultant du contrat de travail ou ne porte pas sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (cf. art. 336 al. 1 let. b CO, par analogie). L'exercice des libertés individuelles n'est donc pas toujours garanti. La liberté d'expression en est un bon exemple. Parmi les droits de la personnalité figure notamment le droit d'émettre, de bonne foi, des critiques envers l'entreprise⁴⁰. Le Tribunal fédéral a cependant précisé que le devoir de fidélité du travailleur, ainsi que les rapports de confiance qui sont à la base du contrat de travail, pouvaient tempérer ce droit de critique et même justifier, dans certaines circonstances, le licenciement du travailleur, en particulier lorsque les attaques étaient exprimées envers des subordonnés et sapient l'ambiance de travail⁴¹.

³⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 328 CO, p. 141.

³⁵ Message 1967, p. 354.

³⁶ ATF 131 III 535, c. 4.3 ; TF 4C.46/2006 du 12 avril 2006, c. 3.1 ; PORTMANN, BaK 2011, N 24 ss ad art. 328 CO, p. 1933.

³⁷ ATF 130 III 699, c. 5.2 = JdT 2006 I 193 = SJ 2005 152.

³⁸ ATF 137 III 303, c. 2.2.2 = JdT 2011 II 390 = SJ 2011 I 453.

³⁹ TF 4A_99/2012 du 30 avril 2012, c. 2.2.1.

⁴⁰ STAEHELIN, ZK 2006, N 9 ad art. 328 CO, p. 377.

⁴¹ TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, c. 4.2. Voir aussi dans le présent ouvrage, N 48 ad art. 321a CO.

- 17 **Sphère privée** – La sphère privée englobe la vie intime, soit les faits et gestes que chacun veut garder pour soi-même, ainsi que la vie privée, soit les événements que chacun choisit de partager avec un cercle plus ou moins étroit de personnes, qu'ils soient ou non en relation avec la vie professionnelle⁴². Notons que, selon le Tribunal fédéral, le montant du salaire ne fait pas partie de la sphère privée du travailleur⁴³. L'employeur peut donc instaurer un système transparent des rémunérations dans l'entreprise⁴⁴.

3. Devoir général d'aide et d'assistance

- 18 **Terminologie légale** – Selon l'article 328 al. 1 CO, l'employeur doit « protéger » et « respecter », dans les rapports de travail, la personnalité des travailleurs. Il est tenu de « manifester les égards voulus » pour leur santé et de « veiller au maintien » de la moralité. Il doit en particulier « veiller » à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement ni désavantagés en raison de tels actes.
- 19 **Abstention et action** – En concrétisation de la terminologie légale, il est admis que l'employeur doit non seulement respecter la personnalité du travailleur, mais aussi la protéger. Il doit donc autant s'abstenir de porter directement atteinte aux droits de la personnalité de ses employés que de prendre les « mesures adéquates » pour empêcher qu'ils ne subissent une telle atteinte⁴⁵.
- 20 **Atmosphère de travail agréable** – L'employeur doit veiller à ce que ses employés puissent exécuter leur prestation de travail dans des conditions qui respectent leur personnalité⁴⁶. Il assurera à cet effet une atmosphère de travail empreinte de dignité et de respect mutuel⁴⁷. Il organisera le travail, définira les tâches et responsabilités, et instruira ses employés en conséquence. Il s'assurera de la bonne application des directives et sanctionnera leur non-respect⁴⁸. L'employeur peut en principe exiger de ses employés qu'ils collaborent avec un collègue même s'ils n'apprécient pas sa personnalité⁴⁹. Il portera cependant une attention particulière aux travailleurs ayant fait l'objet de plaintes réitérées dans le passé⁵⁰.

⁴² TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, c. 6.2.

⁴³ TF 4A_195/2010 du 8 juin 2010, c. 2.2.

⁴⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 12 ad art. 328 CO, p. 147.

⁴⁵ TF 4A_128/2007 du 9 juillet 2007, c. 2.2 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 328 CO, p. 141 ; SONNENBERG, pp. 67 ss.

⁴⁶ DUNAND, Devoirs, p. 109 ; TERCIER/FAVRE, N 3522, p. 521.

⁴⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 6 ad art. 328 CO, p. 144.

⁴⁸ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 328 CO, p. 141.

⁴⁹ TF 4C.431/2005 du 31 janvier 2006, c. 3.

⁵⁰ CARRUZZO, N 9 ad art. 328 CO, p. 285.

Conflits – Les situations conflictuelles seront repérées et désamorcées en temps utile⁵¹. L'employeur devra élucider les faits rapidement, avec détermination, mais sans parti pris⁵². Cette tâche pourra être confiée à des collaborateurs de l'entreprise (par exemple : responsable du service des ressources humaines) ou à des intervenants externes (par exemple : psychologue du travail). L'employeur cherchera à clore le conflit, en mettant en évidence les responsabilités, en organisant au besoin une médiation, ou en introduisant les autres mesures que l'on peut raisonnablement attendre de lui, telles que des modifications de son organisation ou des instructions adressées à ses employés⁵³. Il déterminera également s'il est souhaitable et possible de séparer les personnes impliquées, en proposant par exemple le transfert de l'une d'elles dans un autre département, magasin ou unité de travail de l'entreprise⁵⁴.

21

Personne de confiance – Le Tribunal fédéral a récemment jugé, sous l'angle de la législation sur le travail (cf. art. 6 LTr), qu'un office cantonal du travail était parfaitement en droit d'imposer à une entreprise la désignation d'une personne de confiance dans le but de prévenir les conflits internes pouvant survenir en son sein. Il est toutefois nécessaire que cette personne garantisse la confidentialité des entretiens qu'elle aura avec les salariés de l'entreprise et, si elle se trouve dans une structure interne déjà existante, qu'elle n'ait pas de rapports hiérarchiques avec les employés concernés⁵⁵. Notre Haute Cour a encore précisé que la mise en œuvre de cette méthode de gestion des conflits pouvait dépendre de la structure de l'entreprise, ainsi que du nombre de salariés qu'elle emploie. Il est, par exemple, concevable que les petites et moyennes entreprises s'adressent à leur association professionnelle respective pour mettre en place un système commun⁵⁶.

22

Licenciement du perturbateur ? – Lorsque les responsabilités sont clairement établies, se pose la question de savoir si l'employeur est autorisé, voire dans certains cas obligé de licencier le perturbateur dans le but de protéger les autres employés ? La position juridique de l'employeur n'est pas aisée : s'il renonce à écarter l'auteur de l'atteinte, on pourra lui reprocher son laxisme et une violation de son devoir de protection ; à l'inverse, s'il décide de licencier le perturbateur, de manière ordinaire ou avec effet immédiat, il courra le risque qu'un tribunal

23

⁵¹ ATF 127 III 351, c. 4b/dd = JdT 2001 I 369 ; TF 8C_18/2011 du 7 février 2012, c. 6.2 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 7 ad art. 328 CO, p. 144 ; DUNAND, Devoirs, pp. 110 s.

⁵² AUBERT, CR 2012, N 10 ad art. 328 CO, p. 2027 ; SUBILIA/DUC, N 20 ad art. 328 CO, p. 318.

⁵³ ATF 132 III 115, c. 5.1, JdT 2006 I 152 (trad.) ; TF 4C.431/2005 du 31 janvier 2006, c. 3.

⁵⁴ CAPH/GE du 4 février 2010, c. 5.1.2, in : JAR 2011, p. 451.

⁵⁵ TF 2C_462/2011 du 9 mai 2012, c. 4.3.

⁵⁶ TF 2C_462/2011 du 9 mai 2012, c. 5.2.

déclare que le congé est abusif (cf. art. 336 CO)⁵⁷ ou qu'il ne repose pas sur un juste motif (cf. art. 337 CO)⁵⁸, avec les suites financières qui en découlent (cf. art. 336a et 337c CO). En réalité, le Tribunal fédéral applique une règle de subsidiarité : l'employeur doit démontrer avoir pris les mesures nécessaires pour désamorcer le conflit avant d'en arriver à la résiliation⁵⁹. L'employeur sera donc avisé, en tous les cas, de ne recourir au licenciement qu'après avoir cherché en vain d'autres solutions et constaté qu'il n'était raisonnablement pas possible de poursuivre les relations de travail⁶⁰.

III. Protection de la vie, de la santé et de l'intégrité personnelle (art. 328 al. 2 CO)

24 **Protection de la santé** – L'art. 328 al. 2 CO fonde une responsabilité directe de l'employeur pour ses propres agissements ou omissions⁶¹. L'obligation de l'employeur de protéger la vie et la santé de ses employés découle autant de l'article 328 CO que de règles de droit public qui s'appliquent selon le champ d'application respectif des lois concernées (cf. art. 6 LTr et art. 82 LAA)⁶². Ces diverses normes légales ont un contenu matériel identique et visent la même finalité⁶³. Il convient en conséquence de retenir l'existence d'un concept unifié de protection de la santé et de l'intégrité des travailleurs⁶⁴. On rappellera aussi que dans le domaine de protection de la santé et de prévention des accidents de nombreuses normes imposent à l'employeur ou au travailleur une obligation de droit public dont l'autre partie peut en obtenir l'exécution par une action civile (cf. art. 342 al. 2 CO)⁶⁵.

25 **Risques liés à l'exploitation de l'entreprise** – Selon l'article 328 alinéa 2 CO, l'employeur doit prendre, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle de ses employés « les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation », « dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui »⁶⁶. La norme vise tous les risques liés à l'exploitation de

⁵⁷ TF 4C.189/2003 du 23 septembre 2003, c. 5.

⁵⁸ TF 4A_251/2009 du 29 juin 2009, c. 2 et 3 ; TF 4C.331/2005 du 16 décembre 2005, c. 2.

⁵⁹ TF 8C_826/2009 du 1^{er} juillet 2010, c. 4 ; TF 4A_158/2010 du 22 juin 2010, c. 3.2 ; TF 4C.189/2003 du 23 septembre 2003, c. 5.

⁶⁰ PORTMANN, BaK 2011, N 8 ad art. 328 CO, p. 1923 ; WYLER, p. 303.

⁶¹ SONNENBERG, p. 99.

⁶² SONNENBERG, pp. 103 ss.

⁶³ AUBRY-GIRARDIN, p. 61.

⁶⁴ ATF 132 III 257, c. 5.4, JdT 2007 I 274 (trad.), SJ 2007 I 173 (trad.) ; WYLER, p. 298.

⁶⁵ WYLER, p. 330.

⁶⁶ STAEHELIN, ZK 2006, N 18 ss ad art. 328 CO, pp. 383 ss.

l'entreprise. L'employeur doit non seulement prévenir les accidents du travail, mais aussi, plus généralement, toutes les atteintes à la santé pouvant résulter de l'exécution du travail⁶⁷. Pour déterminer de manière concrète quelles mesures doit prendre l'employeur pour protéger la santé de ses salariés, il faut examiner non seulement les ordonnances du Conseil fédéral, mais aussi les différentes recommandations et normes techniques correspondant aux standards de protection à prendre en considération au moment déterminant⁶⁸. L'employeur respectera ainsi scrupuleusement les dispositions spéciales se trouvant notamment dans l'ordonnance sur la prévention des accidents (OPA) et prendra en considération les directives de la Commission fédérale de coordination pour la sécurité au travail (CFST), ainsi que les différentes publications de la SUVA⁶⁹.

Mesures commandées par l'expérience – Les mesures appropriées, qui concernent autant les locaux, le matériel et l'organisation du travail, doivent répondre à un besoin pratique, correspondre à l'état de la technique et être proportionnées par rapport aux spécificités de l'entreprise. Elles doivent être régulièrement adaptées (cf. art. 3 al. 1 OLT3)⁷⁰. Les mesures doivent cependant être économiquement supportables pour l'employeur, et il existera un rapport raisonnable entre leur coût et leur efficacité, étant entendu que la protection de la santé doit toujours primer⁷¹. En d'autres termes, il faut que la mesure soit nécessaire, que l'état de la technique permette de l'appliquer et qu'elle soit adaptée aux conditions d'exploitation de l'entreprise⁷².

Locaux et matériel – L'employeur doit veiller à l'état irréprochable du matériel, des machines, des installations et des locaux de travail, de telle manière que la vie et la santé des travailleurs ne soient pas mises en danger. Toutes les nuisances potentielles seront prises en considération (par exemple : bruit, secousses, radiations, poussières, chaleur, etc.)⁷³. Le Tribunal fédéral a précisé que le devoir de l'employeur s'étend aussi aux autres espaces que le travailleur peut fréquenter, tels que les accès au lieu de travail (corridors, escaliers, ascenseurs), les locaux de

26

27

⁶⁷ ATF 132 III 257, c. 5.2, JdT 2007 I 274 (trad.), SJ 2007 I 173 (trad.) ; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 14 ad art. 328 CO, p. 148.

⁶⁸ TF 2C_462/2011 du 9 mai 2012, c. 4.2.

⁶⁹ AUBRY-GIRARDIN, p. 59 ; SONNENBERG, pp. 38 ss ; UDRY, Panorama I, pp. 442 ss ; KG/SG du 22 septembre 2008, c. III/1, in : JAR 2009, p. 603.

⁷⁰ SCHEIDEGGER/PITTELOU, Commentaire LTr, N 18 ad art. 6 LTr, p. 120.

⁷¹ ATF 132 III 257, c. 5.4.4, JdT 2007 I 274 (trad.), SJ 2007 I 173 (trad.) ; SCHEIDEGGER/PITTELOU, Commentaire LTr, N 19 ad art. 6 LTr, p. 120.

⁷² TF 2C_462/2011 du 9 mai 2012, c. 5.2.

⁷³ TERCIER/FAVRE, N 3533, p. 524.

pause ou les vestiaires⁷⁴. Les installations et les dispositifs de sécurité doivent correspondre à l'état de la technique⁷⁵.

- 28 **Organisation du travail** – L'employeur doit engager les travailleurs, les former et les instruire, en fonction des spécificités de l'activité déployée et des risques qu'elle comporte⁷⁶. La nature et l'étendue des précautions qui lui incombent sont déterminées dans une large mesure par la personne de l'employé, sa formation et ses capacités⁷⁷. L'employeur doit s'assurer que les mesures prescrites ont été bien comprises⁷⁸. Il informera le travailleur des risques inhabituels, que celui-ci ne connaît pas, ainsi que des mesures à prendre pour les éviter, et veillera à l'application scrupuleuse de ces mesures⁷⁹. Le devoir de diligence de l'employeur doit être apprécié selon des exigences rigoureuses : il comprend la prévention de tout accident qui n'est pas dû à un comportement imprévisible et constitutif d'une faute grave de la victime⁸⁰. Viole les règles élémentaires de précaution, l'employeur qui demande à un travailleur engagé depuis peu d'aller travailler sur une machine dangereuse, sans l'avoir fait bénéficier d'une instruction préalable, alors que le mode de fonctionnement de l'engin n'était même pas apposé sur celui-ci et que le dispositif de sécurité était en panne⁸¹.

- 29 **Refus de la prestation de travail par l'employeur** – Le travailleur est tenu de suivre les directives de l'employeur et d'observer les règles de sécurité généralement reconnues (cf. art. 321d CO et 11 al. 1 OPA). Lorsque le travailleur paraît incapable d'exécuter son travail sans se mettre en danger ou sans mettre en danger d'autres personnes (par exemple, à cause d'une consommation excessive d'alcool), ou lorsqu'il ne se conforme pas aux directives élémentaires de sécurité (par exemple : refus de porter un casque de sécurité), l'employeur doit lui interdire d'accomplir sa prestation de travail⁸². Un refus persistant du travailleur peut constituer, suivant les circonstances, un juste motif de licenciement immédiat (cf. art. 337 CO)⁸³. De même, l'employeur doit refuser le travail offert par un employé qui, pour cause de maladie, d'invalidité ou de grossesse, n'est pas à même de fournir sa prestation sans danger pour lui-même⁸⁴.

⁷⁴ ATF 132 III 257, c. 5.2, JdT 2007 I 274 (trad.), SJ 2007 I 173 (trad.).

⁷⁵ ATF 100 II 352, c. 2a = JdT 1975 I 186 = SJ 1975 353 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 14 ad art. 328 CO, p. 148.

⁷⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 14 ad art. 328 CO, p. 148 ; SONNENBERG, p. 69.

⁷⁷ ATF 100 II 352, c. 2a = JdT 1975 I 186 = SJ 1975 353.

⁷⁸ CARRUZZO, N 3 ad art. 328 CO, pp. 279 s.

⁷⁹ ATF 102 II 18, c. 1 = JdT 1976 I 319 = SJ 1976 609.

⁸⁰ ATF 112 II 138, c. 3b = JdT 1986 I 596 et JdT 1987 I 451 = SJ 1986 625 ; ATF 100 II 352, c. 2a = JdT 1975 I 186 = SJ 1975 353.

⁸¹ TF 4A_132/2010 du 5 mai 2011, c. 3.3.

⁸² SCHEIDEGGER/PITTELOU, Commentaire LTr, N 26 ad art. 6 LTr, p. 124.

⁸³ TF du 28 juillet 2000, in : JAR 2001, p. 302 ; WYLER, p. 300.

⁸⁴ TF du 13 janvier 2000, c. 2e, in : SJ 2000 I 323.

IV. Principaux cas d'application

Nombreux cas – Les cas d'application de la protection de la personnalité des travailleurs sont innombrables, et la jurisprudence est très abondante⁸⁵. Nous traiterons ici des questions que l'on rencontre souvent dans les litiges portés devant les tribunaux. 30

1. Harcèlement psychologique (mobbing)

Notion – Le harcèlement psychologique constitue une atteinte grave à la personnalité, et souvent à la santé, du travailleur. En l'absence d'une norme légale spécifique, la notion a été précisée par la doctrine⁸⁶ et la jurisprudence⁸⁷. Selon la définition qu'en donne le Tribunal fédéral (qui vaut aussi bien pour les relations de travail fondées sur le droit privé que pour la fonction publique⁸⁸), « le harcèlement psychologique, appelé aussi mobbing, se définit comme un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne de son lieu de travail. [...] La victime est souvent placée dans une situation où chaque acte pris individuellement, auquel un témoin a pu assister, peut éventuellement être considéré comme supportable alors que l'ensemble des agissements constitue une déstabilisation de la personnalité, poussée jusqu'à l'élimination professionnelle de la personne visée »⁸⁹. Les actes de harcèlement contreviennent autant aux règles de droit privé sur la protection de la personnalité (cf. art. 28 ss CC et art. 328 CO) qu'aux règles de droit public sur la protection de la santé (cf. art. 6 LTr ; art. 2 OLT3)⁹⁰. Il en résulte que le mobbing peut être dénoncé auprès de l'Inspection cantonale du travail compétente⁹¹. 31

Exemples de comportements hostiles – Les comportements hostiles portent généralement sur les relations sociales de la victime, la considération dont elle bénéficie, la qualité de sa vie professionnelle et de sa vie privée, ainsi que sa 32

⁸⁵ Cf. FAVRE/MUNOZ/TOBLER, ad art. 328 CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 ad art. 328 CO, pp. 522 ss.

⁸⁶ Cf. notamment les études de DEVEAUD-PLEDRAU, DUNAND, Harcèlement, WAEBER et WENNUBST.

⁸⁷ Cf. les nombreuses jurisprudences citées dans les notes qui suivent.

⁸⁸ TF 1C_156/2007 du 30 août 2007, c. 4.2.

⁸⁹ TF 4A_245/2009 du 6 avril 2010, c. 4.2 ; TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, c. 3.1.

⁹⁰ DUNAND, Harcèlement, p. 18.

⁹¹ DUNAND, Harcèlement, pp. 34 ss. Voir *infra* N 71.

santé⁹². Ils peuvent consister à empêcher la victime de s'exprimer et de communiquer, à l'isoler, à répandre des rumeurs malsaines sur son compte, à lui attribuer ou à lui retirer des tâches sans motifs ou sans la consulter, ou encore à lui donner des tâches nettement inférieures ou nettement supérieures à ses qualifications et à son expérience dans le but de la dévaloriser⁹³. Dans un cas tranché par le Tribunal fédéral, le harcèlement a pris la forme d'une mise à l'écart, de pressions vraisemblablement destinées à faire démissionner l'employée et de directives reflétant un autoritarisme déplacé, dur, injuste, blessant, rabaisant et vexatoire⁹⁴. Dans une autre affaire soumise à l'appréciation du Tribunal fédéral, le mobbing était caractérisé par une communication négative, une très grande agressivité, une disqualification professionnelle permanente, des abus de pouvoir répétés, ainsi que des tracasseries en tout genre (horaires, vacances, etc.)⁹⁵.

- 33 **Harceleur(s)** – Le mobbing peut prendre des formes diverses selon le critère des personnes qu'il met en relation : une seule personne peut en harceler une autre ; un groupe de personnes peut participer au harcèlement d'une seule personne ; enfin, un seul employé peut harceler plusieurs personnes lorsqu'il se trouve dans une situation suffisamment influente pour avoir une action sur la situation professionnelle des victimes⁹⁶. On ne saurait dès lors exclure l'existence d'un mobbing au seul motif que le mobbeur aurait eu un comportement inadéquat à l'égard de plusieurs employés⁹⁷. On parle de « mobbing horizontal » lorsqu'il a lieu entre collègues de travail de même niveau hiérarchique et de « mobbing vertical » lorsqu'il se manifeste entre personnes ayant un niveau hiérarchique différent. Dans ce dernier cas, le mobbing est dit « descendant » quand le harceleur est un supérieur de la victime et « ascendant » lorsqu'il lui est subordonné⁹⁸.

- 34 **Le mobbing s'inscrit dans une certaine durée** – Par définition, le harcèlement psychologique est constitué par un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés de manière fréquente et durable. A contrario, le mobbing ne saurait résulter d'un seul acte hostile ou de quelques comportements isolés, même si ces derniers causent un préjudice ou constituent une véritable atteinte à la personnalité du travailleur. Ainsi, le Tribunal fédéral a-t-il précisé qu'il n'est pas

⁹² TC/VD du 25 avril 2001, in : RSJ 98 (2002) 447 ; TC/VS du 6 juillet 1998, c. 3b/aa, in : RVJ 2000, p. 177.

⁹³ TC/VD du 27 février 2009, c. III/a, in : JAR 2010, p. 628 ; DUNAND, Harcèlement, pp. 20 s.

⁹⁴ TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, c. 3.2.

⁹⁵ TF 2C.2/2000 du 4 avril 2003, faits, partie C.

⁹⁶ DEVEAUD-PLEDRAAN, p. 24.

⁹⁷ TF 1C_418/2008 du 27 mai 2009, c. 2.2.2 ; CAPH/GE du 14 juin 2005, c. 2.3, in : JAR 2006, p. 445 ; *contra* : TF 4A_32/2010 du 17 mai 2010, c. 3.3.3.

⁹⁸ Sur ces questions, cf. DEVEAUD-PLEDRAAN, p. 24 et WENNUBST, pp. 23 ss.

arbitraire de considérer qu'un seul acte hostile, ni même deux, ne suffisent pas à former un tel enchaînement, partant un harcèlement psychologique⁹⁹.

Harcèlement administratif – Le mobbing peut également prendre la forme d'un « harcèlement administratif ». Le Tribunal fédéral a validé cette notion dans le cas d'un travailleur qui a été harcelé non pas durant la période où il a effectivement travaillé, mais à partir du moment où il s'est trouvé en incapacité de travail. Le harcèlement a consisté dans la multiplication des démarches que l'employé a dû entreprendre, face à l'attitude hostile de l'employeur, pour faire reconnaître ses droits et obtenir ses salaires, puis les indemnités journalières versées par l'assurance, ainsi que dans les nombreux courriers et appels téléphoniques que le travailleur a reçus à son domicile pour régler des affaires professionnelles¹⁰⁰. 35

Tout conflit ne constitue par un harcèlement – Le Tribunal fédéral a souligné qu'il n'y a pas harcèlement psychologique du seul fait qu'un conflit existe dans les relations professionnelles, ni d'une mauvaise ambiance de travail, ni du fait qu'un membre du personnel serait invité – même de façon pressante, répétée, au besoin sous la menace de sanctions disciplinaires ou d'une procédure de licenciement, à se conformer à ses obligations résultant du rapport de travail. Il n'y a, de même, pas harcèlement du fait qu'un supérieur hiérarchique n'aurait pas satisfait pleinement et toujours aux devoirs qui lui incombent à l'égard de ses collaboratrices et collaborateurs. Il faut par ailleurs garder à l'esprit que le mobbing peut n'être qu'imaginaire et qu'il est parfois allégué abusivement pour tenter de se protéger contre des remarques ou des mesures pourtant justifiées¹⁰¹. 36

Cas limite – Le Tribunal fédéral a considéré, bien qu'il s'agisse d'un « cas limite », qu'une cour cantonale n'avait pas abusé de sa marge d'appréciation en jugeant que les faits suivants ne permettaient pas de conclure à l'existence d'un mobbing au détriment d'une employée travaillant comme boursière communale : difficultés relationnelles et tensions avec un collègue de travail ; courriers demandant de fournir un effort pour améliorer l'ambiance au sein du bureau communal, ainsi que la qualité du travail ; menace d'une résiliation du contrat de travail à défaut d'une amélioration de la situation dans un certain délai ; refus d'accorder une augmentation de salaire ; réduction du taux d'activité et du salaire ; absence d'information sur l'engagement d'un nouveau collaborateur ; décision de ne plus convoquer l'employée à la commission des finances ; retrait de la comptabilité scolaire de ses attributions ; décision de ne plus autoriser 37

⁹⁹ TF 8C_358/2009 du 8 mars 2010, c. 5.3. Voir aussi TC/VD du 21 décembre 2007, c. II/b, in : JAR 2009, p. 631.

¹⁰⁰ TF 4C.74/2007 du 22 janvier 2008, c. 5.

¹⁰¹ TF 4A_245/2009 du 6 avril 2010, c. 4.2 ; TF 4A_128/2007 du 9 juillet 2007, c. 2.1 ; DUNAND, *Harcèlement*, pp. 23 ss.

l'employée à retirer à la poste le courrier relatif à la bourse communale ; décision de ne plus inviter l'employée aux sorties de fin d'année¹⁰².

38 **Preuve du harcèlement** – Selon les principaux généraux, la personne qui allègue avoir subi un harcèlement psychologique doit le prouver (cf. art. 8 CC). Toutefois, vu son caractère sournois, il est difficile d'apporter une preuve stricte du harcèlement. C'est pourquoi le Tribunal fédéral admet un allègement du fardeau de la preuve en ce sens que celle-ci peut être apportée sur la base d'un simple faisceau d'indices convergents¹⁰³. Ainsi, dans la mesure où les témoins directs de ce genre d'atteinte font souvent défaut, il n'est nullement insoutenable de tenir compte d'autres indices et notamment des déclarations des personnes auxquelles la victime s'est confiée (témoins indirects : médecin traitant, psychologue, amis, proches)¹⁰⁴. Par ailleurs, il n'est pas admissible d'écarter d'emblée les témoignages d'autres employés ayant également été victimes de comportements hostiles et qui éprouvent du ressentiment à l'égard de l'auteur de ceux-ci. En effet, si l'on devait suivre un tel raisonnement, l'existence d'un mobbing deviendrait quasiment impossible à démontrer dans tous les cas où les attaques du mobbeur supposé ne visent pas exclusivement un individu, mais également d'autres collègues témoins de ces agissements¹⁰⁵.

39 **Expertise médicale** – Dans les cas douteux, il est fréquent que le juge ordonne une expertise médicale pour déterminer les causes de l'atteinte à la santé du travailleur. Mis en œuvre dans un procès, l'expert judiciaire – médecin psychiatre – sera amené à vérifier l'existence ou l'inexistence de symptômes compatibles avec ceux que présentent habituellement les victimes d'un harcèlement¹⁰⁶. Il pourra, en revanche, plus difficilement conclure que la dégradation de l'état de santé de son patient est la conséquence directe du mobbing. En effet, il ne lui appartient en principe pas d'établir des liens de causalité avec des faits qu'il n'a pas pu lui-même constater¹⁰⁷. Le juge apprécie librement la valeur et la portée d'une expertise, mais s'il n'entend pas en retenir les conclusions, il doit alors en donner les motifs dans sa décision. Si les conclusions d'une expertise lui paraissent douteuses, il lui appartient d'ordonner des preuves complémentaires pour dissiper ses doutes¹⁰⁸.

¹⁰² TF 4A_245/2009 du 6 avril 2010, c. 4.3.

¹⁰³ TF 4A_245/2009 du 6 avril 2010, c. 4.2 ; DIETSCHY, N 610, p. 291.

¹⁰⁴ TF 1C_418/2008 du 27 mai 2009, c. 2.2.4 ; TF 4P.214/2006 du 19 décembre 2006, c. 2.2 ; DIETSCHY, N 691, p. 329.

¹⁰⁵ TF 1C_418/2008 du 27 mai 2009, c. 2.2.2.

¹⁰⁶ TF 1C_418/2008 du 27 mai 2009, c. 2.2.4.

¹⁰⁷ CARRUZZO, N 11 ad art. 328 CO, p. 289.

¹⁰⁸ TF 4P.329/2005 du 21 février 2006, c. 3.2.5.

Appréciation globale des circonstances – La décision qui admet ou écarte l'existence d'un harcèlement psychologique présuppose une appréciation globale des circonstances, en particulier des indices pouvant entrer dans la définition du mobbing. Il convient donc, selon le Tribunal fédéral, d'accorder une certaine marge d'appréciation au juge du fait, ce d'autant plus lorsque les déclarations des nombreux témoins sont contradictoires et que la cour cantonale a dû composer sur la base de l'ensemble des témoignages¹⁰⁹.

40

Responsabilité contractuelle de l'employeur – Lorsque l'un de ses employés est victime d'un harcèlement psychologique, l'employeur engage sa responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO) pour le préjudice matériel et/ou, aux conditions fixées à l'art. 49 al. 1 CO (cf. art. 99 al. 3 CO), pour le tort moral causé à l'employé¹¹⁰. Si le dommage ou le tort moral a été causé par un autre employé, l'employeur peut en répondre, selon les règles sur la responsabilité des auxiliaires (cf. art. 101 CO)¹¹¹. Il ne suffit par conséquent pas, en cas de harcèlement psychologique de la part d'un autre employé, que l'employeur ait pris toutes les mesures nécessaires pour protéger la personnalité de la victime après que celle-ci lui ait fait part de la situation, puisque l'employeur répond également des atteintes à la personnalité commises auparavant par son auxiliaire¹¹².

41

Dommages-intérêts et tort moral – La victime d'un mobbing peut requérir le versement de dommages-intérêts et d'un montant à titre de réparation morale. Lorsque le harcèlement a causé une atteinte à la santé, par exemple un état dépressif grave chronique, le dommage de la victime consistera dans la perte de gain liée à une incapacité de travail. Les prétentions financières de la victime peuvent s'avérer considérables¹¹³. Par ailleurs, pour justifier une indemnité pour tort moral fondée sur l'art. 49 al. 1 CO, il faut que l'atteinte subie ait une certaine gravité objective et qu'elle ait été ressentie par la victime, subjectivement, comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime qu'une personne dans ces circonstances s'adresse au juge pour obtenir réparation¹¹⁴. Ces conditions sont généralement réalisées en cas de mobbing¹¹⁵. Le montant de l'indemnité dépend de l'ensemble des circonstances. Dans l'état actuel de la jurisprudence, il se situe dans une fourchette allant de 5'000 à 20'000 fr.¹¹⁶. Selon la jurisprudence, la prédisposition constitutionnelle de la victime peut justifier une réduction des indemnités¹¹⁷.

42

¹⁰⁹ TF 4A_32/2010 du 17 mai 2010, c. 3.3.4 ; TF 4A_245/2009 du 6 avril 2010, c. 4.3.3.

¹¹⁰ TF 4A_128/2007 du 9 juillet 2007, c. 2.3.

¹¹¹ TF 4A_128/2007 du 9 juillet 2007, c. 2.4.

¹¹² TF 4A_128/2007 du 9 juillet 2007, c. 2.4.

¹¹³ TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, c. 5.

¹¹⁴ TF 4A_128/2007 du 9 juillet 2007, c. 2.3.

¹¹⁵ DUNAND, Harcèlement, p. 43.

¹¹⁶ Cf. *infra* N 87.

¹¹⁷ TF 4C.320/2005 du 20 mars 2006, c. 2.3. Voir toutefois *infra* N 101.

43 **Protection contre le licenciement** – Lorsque l’employeur résilie le contrat de travail d’un employé parce qu’il s’est plaint de mobbing, le congé est en principe abusif (cf. art. 336 al. 1 let. d CO)¹¹⁸. De même, un licenciement motivé par une baisse de la qualité du travail de l’employé peut également être abusif, selon les circonstances, lorsque cette baisse de rendement est consécutive au harcèlement subi par le travailleur. En effet, l’employeur abuse de son droit de licencier lorsqu’il donne comme motif du congé des faits dont il est responsable et qui lui sont contractuellement imputables (cf. art. 101 et 328 CO)¹¹⁹. Inversement, il a été jugé, de manière contestable, que l’employeur était en droit de licencier la personne harcelée plutôt que le harceleur lorsqu’il avait tout tenté pour apaiser le conflit, d’une part, et que ce choix était dicté par l’intérêt de l’entreprise, d’autre part¹²⁰.

2. Stress et burnout

44 **Notion** – Le stress, le surmenage et le burnout sont des cas de trouble psychosocial qui entraînent souvent des dysfonctionnements physiques et dont la fréquence est croissante¹²¹. Il existe différentes formes de stress sur le lieu de travail, qui peuvent notamment résulter d’une mauvaise gestion des ressources humaines, d’une surcharge ou d’un manque de travail, ou de conflits sur le lieu de travail. Selon la définition retenue par le SECO, le stress « est un état fait de réactions émotionnelles, cognitives, comportementales ou physiologiques aux effets néfastes et nocifs de la nature du travail, de son organisation et de son environnement. Cet état est caractérisé par des degrés élevés d’activité et de souffrance et, souvent, par le sentiment de ne pas pouvoir faire face à la situation¹²². » Le syndrome de burnout est quant à lui une maladie qui se développe lentement et qui se caractérise par un épuisement professionnel ainsi que par un phénomène de distanciation et de dépersonnalisation¹²³. Il est connu que le burnout peut fréquemment déclencher une dépression, ou qu’inversement, on fasse remonter, rétrospectivement, l’origine d’une dépression dans un burnout¹²⁴. Ces phénomènes constituant des cas d’atteinte à la personnalité et à la

¹¹⁸ TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, c. 7.

¹¹⁹ ATF 125 III 70, c. 2a-b ; CCC/NE du 31 janvier 2000, c. 3b, in : RJN 2000, p. 122 ; DUNAND, Harcèlement, pp. 37 s.

¹²⁰ ArbG/ZH du 23 janvier 2002, in : JAR 2003, p. 245. Pour une critique de cette jurisprudence, cf. PORTMANN, BaK 2011, N 21 ad art. 328 CO, pp. 1929 ss ; SONNENBERG, pp. 94 ss.

¹²¹ DUNAND, Devoirs, p. 105 ; GAGNEBIN, N 1 ss ; SCHEIDEGGER/PITTELOU, Commentaire LTr, N 22 et 23 ad art. 6 LTr, pp. 122 s.

¹²² SECO, Annexe de l’art. 2 OLT3, p. 302 – E.

¹²³ SECO, Annexe de l’art. 2 OLT3, p. 302 – F.

¹²⁴ TF 4A_117/2007 du 13 septembre 2007, c. 5.2.

santé des employés, il convient de préciser dans quelle mesure la responsabilité de l'employeur peut être engagée.

Responsabilité de l'employeur – L'employeur doit organiser le travail de manière à ménager ses employés d'un stress inutile¹²⁵. Le Tribunal fédéral a ainsi validé le raisonnement du Tribunal cantonal vaudois qui avait estimé que le système très contraignant et délibéré d'acquisition de la clientèle mis sur pied dans une entreprise portait atteinte à la personnalité des employés et qu'il était apte, dans des circonstances semblables, à entraîner à terme la dégradation de la santé des personnes qui y étaient exposées. En l'espèce, une employée soumise à ce système d'organisation s'était trouvée en incapacité de travail pour surmenage et avait souffert d'un syndrome dépressif grave. Notre Haute Cour a considéré que l'employeur pouvait être tenu pour responsable de la dégradation de son état de santé et qu'il devait être condamné à lui verser une somme de 10'000 fr. à titre de réparation morale (cf. art. 49 CO), « pour tenir compte de la pression constante, de longue durée, exercée sur la travailleuse, et de l'absence de considération autre que celle d'un rendement maximum à obtenir »¹²⁶.

Surcharge de travail – Une surcharge de travail liée à un manque chronique de personnel peut également constituer une violation par l'employeur de son devoir de protéger et de respecter la personnalité de ses employés. Il résulte de l'expérience courante de la vie qu'un employé soumis durant des années à une surcharge de travail et maintenu dans l'incertitude de son avenir professionnel est susceptible de tomber en dépression pendant plusieurs mois. Une atteinte de cette nature à la santé correspond à la notion de « tort considérable » donnant droit à une indemnité pour tort moral¹²⁷.

3. Harcèlement sexuel

Notion – Selon l'article 328 alinéa 1 CO, deuxième phrase, l'employeur « veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes ». Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail constitue non seulement une atteinte à la personnalité des travailleurs, au sens de l'article 328 CO, mais aussi une forme grave de discrimination fondée sur le sexe, qui est prohibée par la loi sur l'égalité¹²⁸. Selon l'article 4 LEg, le harcèlement sexuel comprend « tout comportement importun de caractère sexuel ou tout autre comportement fondé sur l'appartenance sexuelle, qui porte atteinte à la dignité de la personne sur son lieu de travail, en particulier le fait de proférer des menaces, de promettre des avantages, d'imposer des

¹²⁵ PORTMANN, BaK 2011, N 21c ad art. 328 CO, p. 1930.

¹²⁶ TF 4C.24/2005 du 17 octobre 2005, c. 7.3.

¹²⁷ CAPH/GE du 4 février 2008, c. 3.2.2, in : JAR 2009, p. 507.

¹²⁸ LEMPEN, Commentaire LEg, N 1 ad art. 4 LEg, p. 100.

contraintes ou d'exercer des pressions de toute nature sur une personne en vue d'obtenir d'elle des faveurs de nature sexuelle ». On admet cependant que la définition légale est trop étroite. Ainsi, bien que les exemples cités à l'article 4 LEg ne se réfèrent qu'à des cas d'abus d'autorité, la loi n'exclut pas d'autres actes qui portent atteinte à la dignité du travailleur et qui contribuent à rendre le climat de travail hostile¹²⁹. Selon le Tribunal fédéral, des remarques sexistes, des commentaires grossiers, des plaisanteries déplacées, l'envoi de courriels contenant des caricatures ou des plaisanteries lourdes, à caractère sexuel, ou encore l'affichage d'icônes et de photos indécentes rentrent, par exemple, dans la définition du harcèlement sexuel¹³⁰.

48 **Ambiance familiale** – Le comportement des parties doit être apprécié eu égard à l'ensemble des circonstances. Ainsi, dans une entreprise où il existe une « ambiance familiale », basée notamment sur des liens personnels et quasi amicaux entre les parties, qui se tutoient, prennent régulièrement des déjeuners en commun et même des vacances ensembles, le fait que l'employeur appelle l'employée par son prénom ou par d'autres termes, comme « ma petite » ou « ma grande » ne permet pas à lui seul de conclure à l'existence d'un harcèlement sexuel¹³¹.

49 **Preuve du harcèlement** – La personne qui allègue avoir été victime d'un harcèlement sexuel doit le prouver (cf. art. 8 CC). Vu la difficulté d'apporter la preuve absolue de ce type d'atteinte à la personnalité, l'on se contentera le plus souvent d'une vraisemblance prépondérante¹³². En ce domaine, les témoins directs font souvent défaut, de sorte qu'il n'est nullement insoutenable de tenir compte d'autres indices et notamment des déclarations de personnes auxquelles la victime s'est confiée¹³³. Ainsi, les déclarations de témoins indirects tels un médecin de famille ou un expert pourront suffire¹³⁴.

50 **Indemnité** – Selon l'article 5 alinéa 3 LEg, lorsque la discrimination porte sur un cas de harcèlement sexuel, le tribunal peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité, à moins que l'employeur ne prouve qu'il a pris les mesures appropriées afin de prévenir ces actes ou d'y mettre fin. L'indemnité est fixée compte tenu de toutes les circonstances et doit être calculée sur la base du salaire moyen suisse¹³⁵. Elle ne peut excéder le montant correspondant à six mois

¹²⁹ LEMPEN, Commentaire LEg, N 7 et 8 ad art. 4 LEg, pp. 102 s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 328 CO, p. 511.

¹³⁰ ATF 126 III 395, c. 7b/bb = JdT 2001 I 298 = SJ 2001 I 145 ; TF 4C.289/2006 du 7 février 2007, c. 3.1 ; TF 4C.289/2006 du 5 février 2007, c. 3.2.

¹³¹ TF 4C.60/2006 du 22 mai 2006, c. 3.3.

¹³² DIETSCHY, N 616, p. 294 ; LEMPEN, Commentaire LEg, N 35 ad art. 4 LEg, p. 123.

¹³³ TF 4P.214/2006 du 19 décembre 2006, c. 2.2.

¹³⁴ TF 1C_418/2008 du 27 mai 2009, c. 2.2.4 ; DIETSCHY, N 693, p. 331.

¹³⁵ AUBERT, Commentaire LEg, N 57 ad art. 5 LEg, p. 139.

de salaire (art. 5 al. 4 in fine LEg). Elle vise autant la punition de l'employeur que la réparation forfaitaire du dommage et du tort moral subis par la victime¹³⁶.

Preuve libératoire – L'employeur peut se libérer en démontrant « qu'il a pris les mesures que l'expérience commande, qui sont appropriées aux circonstances et que l'on peut équitablement exiger de lui pour prévenir [le harcèlement sexuel] ou y mettre fin » (art. 5 al. 3 LEg). Le fardeau de la preuve libératoire est entièrement à la charge de l'employeur¹³⁷. La nature du devoir de diligence de l'employeur sera appréciée eu égard à l'ensemble des circonstances. L'on n'aura pas les mêmes exigences envers un employeur privé ou une petite entreprise employant quelques collaborateurs qu'envers une grande entreprise comportant plusieurs centaines d'employés¹³⁸. Si l'employeur prouve qu'il a rempli son devoir de diligence, il ne peut être condamné au versement de ladite indemnité¹³⁹. Cependant, lorsque l'auteur du harcèlement est l'employeur lui-même, il va de soi qu'il ne peut invoquer aucune preuve libératoire¹⁴⁰.

Pas de cumul d'indemnités – En principe, la victime d'un harcèlement sexuel ne peut prétendre à une indemnité pour tort moral, fondée sur l'article 49 CO, en sus de l'indemnité prévue à l'article 5 al. 3 LEg. En effet, dans la mesure où la loi sur l'égalité constitue une loi spéciale par rapport aux dispositions du Code des obligations et où la réparation du même préjudice est prévue dans les deux lois, le travailleur n'a droit qu'à une seule indemnité pour la même atteinte¹⁴¹. On réservera cependant le cas d'une atteinte particulièrement grave qui justifierait l'allocation d'une indemnité pour tort moral en plus de celle prévue par l'art. 5 LEg¹⁴². Par ailleurs, rien n'interdit à la victime de renoncer à l'indemnité instituée à l'article 5 al. 3 LEg et de demander réparation dans le cadre d'une action classique en paiement de dommages-intérêts et d'une réparation morale. L'article 5 alinéa 5 LEg réserve en effet une telle possibilité¹⁴³. Enfin la jurisprudence a rappelé que la loi sur l'égalité ne traite que de la responsabilité de l'employeur et non celle de l'auteur du harcèlement sexuel, qui peut être tenu de réparer le tort moral de la victime en vertu des articles 41 ss CO¹⁴⁴.

¹³⁶ AUBERT, Commentaire LEg, N 63 ad art. 5 LEg, p. 141.

¹³⁷ WYLER, p. 319.

¹³⁸ LEMPEN, Commentaire LEg, N 24 ad art. 4 LEg, pp. 114 s.

¹³⁹ ATF 126 III 395, c. 7b/bb = JdT 2001 I 298 = SJ 2001 I 145 ; TF 4A_178/2010 du 14 mai 2010, c. 4.3 ; TF 4C.289/2006 du 5 février 2007, c. 4.1.

¹⁴⁰ TF 4A_330/2007 du 17 janvier 2008, c. 4.3.

¹⁴¹ ATF 126 III 395, c. 7b/aa = JdT 2001 I 298 = SJ 2001 I 145 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 16 ad art. 328 CO, p. 150.

¹⁴² DUNAND, Réparation, pp. 188 s ; WYLER, p. 318.

¹⁴³ AUBERT, Commentaire LEg, N 70 ad art. 5 LEg, p. 142.

¹⁴⁴ ATF 126 III 395, c. 7b/cc = JdT 2001 I 298 = SJ 2001 I 145 ; TC/VD du 8 décembre 2009, c. 3, in : JAR 2010, p. 662.

4. Egalité de traitement

- 53 **Problématique** – Une partie de la doctrine et certaines jurisprudences cantonales déduisent de l'article 328 CO et des articles 28 ss CC un droit général à l'égalité de traitement dans les rapports de travail¹⁴⁵. Constituerait ainsi une violation de l'art. 328 CO toute décision de l'employeur dont il résulte qu'un travailleur est moins bien traité que ses collègues, sans raison objective et fondée¹⁴⁶. Un tel raisonnement doit cependant être accueilli avec réserve. En effet, selon la conception retenue dans l'ordre juridique suisse, l'égalité de traitement est un droit fondamental qui n'est en principe directement opposable qu'à l'Etat, sous réserve du droit à l'égalité salariale entre les sexes (cf. art. 8 al. 3 Cst. fédérale et art. 3 LEG)¹⁴⁷. Dans les relations entre personnes privées, c'est, sous la réserve indiquée, le principe de la liberté contractuelle qui prédomine¹⁴⁸.
- 54 **Protection de la considération sociale** – Il faut donc considérer qu'il n'existe pas de droit général à l'égalité de traitement en droit privé suisse du travail¹⁴⁹. En revanche, lorsque l'employeur traite collectivement d'une situation, les travailleurs peuvent déduire de l'article 328 CO, qui protège notamment leur dignité et leur considération sociale, le droit de ne pas être traité de manière discriminatoire, sans motifs justificatifs.
- 55 **Conception du Tribunal fédéral** – Nous rejoignons ainsi l'approche du Tribunal fédéral selon lequel l'article 328 CO interdit à l'employeur de discriminer un travailleur lorsqu'une telle attitude laisse transparaître une sous-évaluation de la personnalité de l'employé qui soit blessante pour ce dernier. Une telle sous-évaluation ne sera donnée que si l'employé est placé dans une situation clairement moins avantageuse qu'un grand nombre d'autres employés, mais non lorsque l'employeur favorise seulement certains de ses employés¹⁵⁰. Ainsi, l'employeur est libre de déterminer ou de convenir, selon les circonstances, des critères d'inclusion ou d'exclusion de certaines catégories de travailleurs dans le traitement collectif, pour autant que ces critères soient reconnaissables, qu'ils ne soient pas arbitraires, ne violent pas le respect de la personnalité et ne soient pas illicites¹⁵¹.

¹⁴⁵ WYLER, p. 743 ; CAPH/GE du 3 mars 2009, c. 3.1, in : JAR 2010, p. 498 ; CAPH/GE du 14 mars 2007, c. 3.4.1, in : JAR 2008, p. 386.

¹⁴⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 8 ad art. 328 CO, p. 144.

¹⁴⁷ TF 4A_422/2011 du 3 janvier 2012, c. 2.3.8 ; TF 5P.97/2006 du 1^{er} juin 2006, c. 3.2.

¹⁴⁸ PORTMANN, BaK 2011, N 30 ad art. 328 CO, p. 1935 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 ad art. 328 CO, p. 535.

¹⁴⁹ KG/SG du 8 avril 2008, c. 4, in : JAR 2009, p. 579.

¹⁵⁰ ATF 129 III 276, c. 3.1, JdT 2003 I 346 (trad.).

¹⁵¹ TF 4A_63/2007 du 6 juillet 2007, c. 4.2.

Protection des travailleurs discriminés – Selon le Tribunal fédéral, le fait que l’employeur favorise certains de ses employés peut avoir pour conséquence que des employés qui ne bénéficient pas du même traitement puissent, selon les principes de la bonne foi, conclure à une modification tacite, en leur faveur, de leur contrat de travail. Dans une telle situation, l’employeur doit leur accorder aussi le traitement censé favoriser certains de ses employés uniquement parce qu’en vertu du principe de la bonne foi, ce sont ces conditions qui paraissent avoir été convenues¹⁵². Les gratifications et les plans sociaux constituent les cas d’application principaux.

56

Gratifications ou bonus – La protection de la personnalité des travailleurs peut impliquer qu’un employé ne soit pas discriminé dans l’attribution des gratifications ou bonus lorsqu’il se trouve dans une situation semblable à celle de ses collègues de travail¹⁵³. Il en va également ainsi en matière d’allocation d’indemnités de départ en cas de restructuration ou de transfert d’entreprise, ces indemnités pouvant s’apparenter à des gratifications au sens de l’art. 322d CO¹⁵⁴. De même, malgré le fait qu’une indemnité de licenciement n’est pas prévue dans le contrat de travail initial, lorsque, dans les faits, une majorité de collaborateurs est mis au bénéfice d’un « *package* » indépendamment du motif de leur licenciement, le travailleur qui en est exclu peut objectivement et de bonne foi inférer des circonstances que son contrat a été modifié en ce sens qu’il a droit à une indemnité de licenciement, à l’instar des autres employés qui se sont trouvés dans une situation semblable¹⁵⁵.

57

Plan social – Un plan social a généralement pour but de limiter et d’atténuer les conséquences d’un licenciement collectif. Il est admis qu’en matière d’allocation de prestations convenues dans un plan social, l’employeur ne peut désavantager l’un de ses employés par rapport aux autres sans raison. En particulier, l’employeur ne peut pas différer volontairement le licenciement d’un employé afin qu’il ne remplisse plus les conditions formelles pour accéder à un plan social préparé pour tous les employés licenciés¹⁵⁶.

58

5. Droit d’être occupé

Principe – Le travailleur peut avoir un intérêt légitime à fournir effectivement la prestation prévue au contrat. En effet, un employé qui ne travaille plus se déprécie sur le marché du travail, et son avenir professionnel s’en

59

¹⁵² ATF 129 III 276, c. 3.1, JdT 2003 I 346 (trad.) ; TF 4A_63/2007 du 6 juillet 2007, c. 4.2.

¹⁵³ WYLER, pp. 735 s., ainsi que les jurisprudences cantonales citées note 2632. Voir aussi dans le présent ouvrage, N 25 et 26 ad art. 322d CO.

¹⁵⁴ CAPH/GE du 3 mars 2009, c. 3.1, in : JAR 2010, p. 498.

¹⁵⁵ TC/VD du 11 mars 2009, c. I/b.cc, in : JAR 2010, p. 637.

¹⁵⁶ CAPH/GE du 14 mars 2007, c. 3.4, in : JAR 2008, p. 386.

trouve compromis¹⁵⁷. La question de savoir si le droit suisse confère au travailleur un véritable droit d'être occupé ayant pour corollaire l'obligation de l'employeur de fournir du travail à ses employés est toutefois controversée¹⁵⁸. L'existence d'un tel droit n'est généralement reconnue qu'avec réserve, à moins que l'obligation de fournir du travail ne découle directement de la loi (cf. art. 326 al. 1 CO) ou de circonstances spécifiques au rapport de droit considéré¹⁵⁹.

- 60 **Catégories spéciales de travailleurs** – Il est admis que certaines catégories spécifiques de travailleurs peuvent se prévaloir d'un intérêt légitime à être effectivement occupés par leur employeur lorsqu'une pratique régulière de leur profession est indispensable à la conservation de leur savoir-faire ou à leur notoriété¹⁶⁰. Il en va notamment ainsi des artistes, des acrobates, des chercheurs, des chirurgiens, des pilotes d'avion ou encore des sportifs professionnels¹⁶¹. Le Tribunal fédéral a récemment eu l'occasion de préciser qu'il était évident qu'un footballeur professionnel jouant en première division devait, pour conserver sa valeur sur le marché du travail, non seulement s'entraîner régulièrement avec des joueurs de son niveau, mais aussi disputer des matchs avec des équipes du niveau le plus élevé possible¹⁶². En revanche, une instance cantonale a jugé que le membre d'un chœur, composé de plusieurs dizaines de personnes, n'était pas titulaire d'un droit d'être occupé dans la mesure notamment où c'était le chœur dans son intégralité et non chaque choriste séparément qui était en relation avec le public¹⁶³.
- 61 **Condition d'exercice** – La violation du droit d'être occupé suppose que le travailleur se soit opposé à sa libération de travailler et qu'il ait expressément exigé d'être occupé¹⁶⁴.
- 62 **Délai de congé** – Dans les hypothèses où il est reconnu, le droit d'être occupé disparaît au moment de la notification de la résiliation du contrat de travail, lorsque le travailleur est totalement libéré de travailler pendant le délai de congé et qu'il a la possibilité de chercher un nouveau travail auprès d'un autre employeur. En effet, le Tribunal fédéral considère que, dans une telle hypothèse, le respect de la personnalité du travailleur est alors assuré, le devoir de l'assistance de l'employeur se limitant alors au paiement du salaire jusqu'à la fin

¹⁵⁷ ATF 137 III 303, c. 2.1.2 = JdT 2011 II 390 = SJ 2011 I 453.

¹⁵⁸ STAEHELIN, ZK 2006, N 14 ad art. 319 CO, pp. 22 s. ; WYLER, p. 320, note 1102.

¹⁵⁹ TF 4C.240/2000 du 2 février 2001, c. 3b ; PORTMANN, Bak 2011, N 22 ad art. 328 CO, p. 1932.

¹⁶⁰ CARRUZZO, N 2 ad art. 328 CO, p. 276 ; SUBILIA/DUC, N 10 ad art. 328 CO, p. 315.

¹⁶¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 13 ad art. 328 CO, pp. 148 ; RUDOLPH/WIESLI, N 13.

¹⁶² ATF 137 III 303, c. 2.1.2 = JdT 2011 II 390 = SJ 2011 I 453.

¹⁶³ CA/GE du 24 octobre 1990, c. 5, in : JAR 1991, p. 247.

¹⁶⁴ TF 4C.240/2000 du 2 février 2001, c. 3b.

du délai de congé¹⁶⁵. On réservera cependant les situations dans lesquelles le fait de ne pas être occupé, même pendant quelques semaines, est de nature à porter atteinte à l'avenir économique du travailleur concerné. Plus le délai de congé est long et plus facilement l'on aboutira à cette conclusion.

Conséquences d'une atteinte aux droits de la personnalité – L'employeur qui refuse, à tort, de fournir du travail à son employé peut être tenu de lui verser des dommages-intérêts¹⁶⁶, voire, selon les circonstances, une réparation morale¹⁶⁷. Le travailleur pourra aussi se prévaloir d'un juste motif lui permettant de résilier son contrat de travail avec effet immédiat, aux conditions de l'article 337 CO¹⁶⁸.

63

V. Voies de droit

Cadre général – Le travailleur atteint dans ses droits de la personnalité peut se prévaloir des actions prévues dans le Code civil (cf. art. 28a CC), dans le droit du contrat de travail (art. 319 ss CO), ainsi que dans la partie générale du Code des obligations (art. 97 ss CO)¹⁶⁹. Lorsque sa santé est en danger, il bénéficie aussi des protections de la loi sur le travail, pour autant évidemment que le rapport de travail envisagé soit soumis au champ d'application de cette loi (cf. art. 1 ss LTr). Suivant les circonstances, le travailleur peut exercer ces différents droits concurremment.

64

Actions prévues dans le Code civil – Le travailleur peut, théoriquement, agir en prévention, en cessation et en constatation des atteintes subies (cf. art. 28a CC)¹⁷⁰. Une juridiction cantonale a ainsi considéré qu'une travailleuse avait un intérêt à faire constater le caractère illicite du comportement de son ancien employeur qui avait adressé un courrier à son nouvel employeur l'accusant « de harceler » des clients¹⁷¹. Globalement, les actions de l'article 28a CC sont cependant peu utilisées ou inefficaces dans les relations de travail. On rappellera ici que l'action en constatation a un caractère subsidiaire dans le sens qu'elle ne peut être intentée que si le demandeur n'est pas en mesure de prendre immédiatement des conclusions tendant à la réparation du préjudice¹⁷². La Cour civile du Tribunal cantonal vaudois a par exemple jugé qu'une action en constatation d'un mobbing n'était recevable que si la victime justifiait d'un intérêt digne de protection, de fait ou de droit, à une constatation immédiate. Or, un tel intérêt fait en principe

65

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 13 ad art. 328 CO, p. 148.

¹⁶⁷ ATF 87 II 143, c. 5.

¹⁶⁸ ATF 137 III 303, c. 2.1.2 = JdT 2011 II 390 = SJ 2011 I 453.

¹⁶⁹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 15 ad art. 328 CO, p. 149.

¹⁷⁰ *Ibid.* ; DIETSCHY, N 387, p. 193.

¹⁷¹ CAPH/GE du 21 mai 2003, c. 3 et 4, in : JAR 2004, p. 481.

¹⁷² WERRO, N 1425, p. 404.

défaut lorsque le demandeur peut immédiatement exiger une prestation exécutoire en sus de la simple constatation et qu'il dispose de la sorte d'une action condamnatoire¹⁷³.

66 **Action de l'employeur contre un tiers ?** – La légitimation active d'une action en protection de la personnalité appartient à celui qui est titulaire du droit de la personnalité auquel il prétend qu'une atteinte a été portée. Le Tribunal fédéral a souligné que l'art. 328 CO ne constituait pas une disposition légale expresse dérogeant à ce principe. Si l'employeur doit, certes, veiller à la protection de la personnalité de ses employés, voire, le cas échéant, prendre des mesures pour atteindre ce but, il n'est pas autorisé à intenter une action défensive en lieu et place de l'employé directement concerné. C'est en effet à de dernier, et à lui seul, de décider s'il entend agir en protection¹⁷⁴.

67 **Qualité pour agir d'une association** – Selon une pratique bien établie, l'on reconnaissait, à certaines conditions, le droit d'un syndicat d'agir en son nom propre afin de défendre les travailleurs contre les atteintes portées à leurs droits de la personnalité¹⁷⁵. La qualité pour agir d'un syndicat était subordonnée à la réalisation de trois conditions cumulatives : l'association devait être habilitée par ses statuts à sauvegarder les intérêts économiques de ses membres ; ceux-ci devaient eux-mêmes avoir qualité pour intenter action ; enfin, l'association devait défendre un intérêt collectif, lequel concernait la profession en général¹⁷⁶. Cette pratique a été partiellement codifiée à l'art. 89 al. 1 CPC, selon lequel, les « associations et les autres organisations d'importance nationale ou régionale qui sont habilitées aux termes de leurs statuts à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé peuvent, en leur propre nom, agir pour l'atteinte à la personnalité des membres de ce groupe »¹⁷⁷. Les organisations peuvent agir en interdiction, en cessation et en constatation du caractère illicite d'une atteinte (art. 89 al. 2 CPC). En revanche, elles n'ont pas la possibilité de demander des dommages-intérêts ou des réparations morales à la place des travailleurs¹⁷⁸. Relevons cependant que dans le champ du droit du travail, plusieurs lois contiennent des dispositions spécifiques sur la qualité pour agir des organisations (cf., par exemple, art. 7 LEg)¹⁷⁹. Le code de procédure civile réserve expressément leur application (cf. art. 89 al. 3 CPC).

¹⁷³ TC/VD du 18 juin 2010, c. XI/a, in : JAR 2011, p. 586.

¹⁷⁴ TF 5A_641/2011 du 23 février 2012, c. 5.2.4.

¹⁷⁵ DONATIELLO, Panorama II, pp. 822 ss.

¹⁷⁶ ATF 125 III 82, c. 1a ; ATF 121 III 168, c. 4b, JdT 1996 I 52 ; TF 4A_248/2010 du 12 juillet 2010, c. 4.1.

¹⁷⁷ DIETSCHY, N 727, pp. 349 ss ; DONATIELLO, Panorama II, pp. 825 ss.

¹⁷⁸ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 17 ad art. 328 CO, p. 151 ; DIETSCHY, N 728, p. 351 ; DONATIELLO, Panorama II, pp. 832 s.

¹⁷⁹ DIETSCHY, N 729 ss, pp. 351 ss.

Droit du travailleur de suspendre sa prestation de travail – Lorsque l'employeur mis en demeure ne prend pas les mesures pour assurer la protection de la personnalité de son employé, celui-ci est autorisé, en tous les cas lorsque l'atteinte est importante et manifeste, de suspendre sa prestation de travail tout en conservant le droit de percevoir son salaire (cf. art. 82 et 324 CO)¹⁸⁰. 68

Droit du travailleur de résilier son contrat avec effet immédiat – Lorsque l'atteinte aux droits de sa personnalité est importante, par exemple quand la poursuite des rapports de travail est de nature à compromettre sa santé, le travailleur peut envisager de résilier son contrat de travail avec effet immédiat, aux conditions prévues à l'art. 337 CO. Selon le Tribunal fédéral, il faut cependant que le travailleur ait subi un agissement ou un manquement particulièrement nuisible et indiscutablement contraire aux devoirs contractuels de l'employeur¹⁸¹. En revanche, des conditions de travail difficiles, une ambiance de travail insatisfaisante et un encadrement déficient ne suffisent en principe pas à justifier une résiliation immédiate. Dans ce genre de situations, si le travailleur ne s'accommode pas des modalités qui lui sont imposées, il doit alors se départir du contrat en observant le délai légal ou convenu¹⁸². Lorsque les conditions d'une résiliation immédiate sont réalisées (cf. art. 337 CO), le travailleur pourra solliciter la réparation de son préjudice dans les limites fixées à l'article 337b CO¹⁸³. 69

Protection contre les congés – Quand l'employeur résilie le contrat de travail d'un employé parce qu'il s'est plaint d'une atteinte à sa personnalité, le congé est abusif (cf. art. 336 al. 1 let. d CO)¹⁸⁴. Par ailleurs, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsque le caractère difficile d'un travailleur engendre une situation conflictuelle dans l'entreprise, l'employeur ne peut licencier ce travailleur qu'après avoir introduit sans succès les mesures que l'on pouvait attendre de lui en vue d'améliorer la situation. Si l'employeur omet ces mesures ou se contente de démarches insuffisantes et qu'il procède au licenciement, il viole son obligation de protéger la personnalité du travailleur concerné, et le licenciement est alors abusif¹⁸⁵. Dans ces diverses hypothèses, le travailleur licencié peut solliciter le paiement de l'indemnité prévue à l'art. 336a CO, en ayant pris soin de respecter les règles de procédure prescrites à l'article 336b CO. 70

¹⁸⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 15 ad art. 328 CO, p. 149 ; CARRON, Panorama I, pp. 137 ss ; Message 1967, p. 355 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 14 ad art. 328 CO, p. 380.

¹⁸¹ TF 4A_252/2011 du 22 août 2011, c. 4.3.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 15 ad art. 328 CO, p. 149.

¹⁸⁴ TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2003, c. 7.

¹⁸⁵ ATF 132 III 115, c. 2.2, JdT 2006 I 152 (trad.) ; TF 4C.25/2006 du 21 mars 2006, c. 2 ; DUNAND, Liberté, p. 322.

- 71 **Dénonciation du cas à l'Inspection cantonale du travail** – Lorsque l'atteinte à la personnalité constitue également une atteinte à la santé au sens de l'art. 6 LTr, comme c'est par exemple généralement le cas lors d'un mobbing, l'Inspection cantonale du travail compétente devra faire rétablir l'ordre légal¹⁸⁶. L'autorité intervient généralement à la suite d'une plainte d'un travailleur ou d'un syndicat, ou à l'occasion d'une visite décidée d'office¹⁸⁷. Dans la règle, un avertissement assorti d'un délai raisonnable est donné à l'employeur afin qu'il prenne les mesures adéquates (cf. art. 51 al. 1 LTr). Si l'employeur ne donne pas suite à cette intervention, diverses procédures administratives (cf. art. 51 ss LTr) et pénales (cf. art. 59 al. 1 let. a LTr) pourront être engagées contre lui. En principe, la contrainte pénale présente un caractère subsidiaire par rapport à la contrainte administrative. Suivant les circonstances, l'autorité cantonale compétente peut cependant suivre les deux voies en parallèle, voire recourir à la voie pénale seule, si les mesures administratives se révélaient d'emblée être inopérantes¹⁸⁸. Selon le Tribunal fédéral, le fait que l'autorité cantonale intervienne à la suite d'une dénonciation d'un salarié d'une entreprise ne change pas la nature de la procédure fondée sur l'article 51 LTr, qui poursuit avant tout un but préventif et se déroule indépendamment de toute atteinte à la santé du dénonciateur¹⁸⁹.

VI. Responsabilité contractuelle de l'employeur

1. Principes généraux

- 72 **Actes illicites et violation du contrat** – L'art. 328 al. 2 CO fonde une responsabilité directe de l'employeur pour ses propres agissements ou omissions¹⁹⁰. Une atteinte aux droits de la personnalité du travailleur constitue en même temps un acte illicite, susceptible d'engager la responsabilité délictuelle de l'employeur (cf. art. 41 al. 1 CO), et une violation du contrat de travail, susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle (cf. art. 97 al. 1 et 328 al. 2 CO)¹⁹¹.
- 73 **Concours d'actions** – Quand un acte est à la fois illicite et contraire à une obligation contractuelle, le droit suisse reconnaît au lésé un concours alternatif d'actions¹⁹². Le travailleur lésé choisira généralement la voie contractuelle, dont le régime du fardeau de la preuve (cf. art. 97 al. 1 CO), de la responsabilité du fait

¹⁸⁶ TA/GE du 7 juin 2005, in : SJ 2006 I 75.

¹⁸⁷ SCHEIDEGGER/PITTELOU, Commentaire LTr, N 35 ad art. 6 LTr, p. 127.

¹⁸⁸ TF 2A.423/2000 du 22 mars 2001, c. 2a.

¹⁸⁹ TF 2C_462/2011 du 9 mai 2012, c. 3.3.

¹⁹⁰ SONNENBERG, p. 99.

¹⁹¹ TF du 14 janvier 1992, c. 1a, in : SJ 1993 351.

¹⁹² WERRO, N 1572, p. 441 ; WYLER, Responsabilité, p. 253.

des auxiliaires (cf. art. 101 al. 1 CO) et de la prescription (cf. art. 127 CO) lui est plus avantageux.

Concours de responsabilités – Il peut arriver que plusieurs personnes physiques ou morales puissent répondre de la même atteinte à la personnalité d'un travailleur. Par exemple, lorsqu'un cadre d'une entreprise harcèle un subordonné, aussi bien ce cadre (cf. art. 41 ss CO) que l'employeur (cf. art. 55 et 101 CO) en répondent. Ou encore, selon un cas traité par le Tribunal fédéral, deux employeurs de la même employée peuvent faire l'objet d'une responsabilité plurale¹⁹³. Selon les règles générales sur la responsabilité plurale (cf. art. 50 ss CO) et la solidarité passive (cf. art. 144 al. 1 CO), l'employé lésé peut rechercher l'un ou l'autre des responsables pour la totalité du dommage, aussi longtemps qu'il n'a pas été désintéressé¹⁹⁴.

Responsabilité pour les actes des organes et de tiers – Lorsque l'employeur est une personne morale, il faut lui imputer les actes de ses organes (cf. art. 55 al. 2 CC)¹⁹⁵. Par ailleurs, l'employeur répond aussi des actes de ses auxiliaires (cf. art. 55 et 101 CO)¹⁹⁶.

Préjudice matériel et moral – La violation des obligations prévues à l'article 328 CO entraîne la responsabilité contractuelle (cf. art. 97 ss CO) de l'employeur pour le préjudice matériel et/ou, pour le tort moral causé au travailleur (cf. art. 99 al. 3 et 49 CO)¹⁹⁷.

Fixation de l'indemnité – Que cela soit dans le cadre de l'action en dommages-intérêts ou de l'action en réparation du tort moral, le mode et l'étendue de la réparation, ainsi que la mesure de la responsabilité de l'employeur se déterminent d'après les principes généraux (cf. art. 41 ss CO). La responsabilité contractuelle est soumise sur ces questions au même régime que celui de la responsabilité délictuelle (cf. art. 99 al. 3 CO). Le juge fixera les indemnités en prenant en compte les facteurs de réduction prévus aux articles 43 et 44 CO¹⁹⁸.

Prescription – La responsabilité contractuelle de l'employeur est soumise au délai de prescription de dix ans (cf. art. 127 CO). Même si elle se pose rarement en pratique, la question de la détermination du point de départ du délai peut s'avérer délicate. En principe, le délai courra à partir de l'omission des mesures

¹⁹³ TF 4C.201/2005 du 21 février 2006, c. 6.3.

¹⁹⁴ TF 4C.201/2005 du 21 février 2006, c. 6.3 ; PORTMANN, BaK 2011, N 53d ad art. 328 CO, p. 1942 ; WYLER, Responsabilité, p. 258.

¹⁹⁵ ATF 128 III 76, c. 1b = JdT 2002 I 223 ; TF 4A_544/2008 du 10 février 2009, c. 2.3 ; WYLER, Responsabilité, pp. 253 s.

¹⁹⁶ ATF 137 III 303, c. 2.2.2 = JdT 2011 II 390 = SJ 2011 I 453 ; ATF 125 III 70, c. 3a. Sur la problématique de l'application de l'art. 101 CO, cf. *infra* N 89.

¹⁹⁷ TF 2C.2/2000 du 4 avril 2003, c. 2.3 ; TC/VD du 25 avril 2001, in : RSJ 2002 447 ; TC/VS du 6 juillet 1998, c. 3b/aa, in : RVJ 2000, p. 177.

¹⁹⁸ Voir les développements *infra* N 93 ss.

de sécurité incombant à l'employeur¹⁹⁹. En cas de comportement répété ou dommageable, le délai commence cependant à courir le jour du dernier acte illicite ou le jour où ce comportement cesse²⁰⁰. Ainsi, en cas de mobbing, l'on ne devrait pas prendre en considération le moment correspondant au début du harcèlement, mais plutôt celui du dernier acte hostile. Un problème délicat surgit lorsque le dommage survient de nombreuses années après l'atteinte (exemple : dans le cas de l'amiante, l'atteinte à la santé se déclare en moyenne 35 à 40 années après l'exposition²⁰¹). Dans une jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a rappelé que le délai de prescription courrait dès la violation du contrat et non pas dès la survenance du dommage ou sa connaissance par le cocontractant²⁰².

2. Action en dommages-intérêts

79 **Conditions** – Lorsque le travailleur subit un dommage matériel découlant d'une atteinte illicite à ses droits de la personnalité, il a droit à une réparation sous forme de dommages-intérêts²⁰³. Pour mettre en œuvre la responsabilité contractuelle de l'employeur, le travailleur doit prouver le dommage, la violation contractuelle, ainsi que le lien de causalité entre les deux. En revanche, la faute de l'employeur est présumée (cf. art. 97 al. 1 CO).

80 **Dommage** – Le dommage est défini comme la diminution involontaire de la fortune nette²⁰⁴. Le dommage résultant d'une atteinte à la personnalité est la perte patrimoniale découlant de cette atteinte²⁰⁵. Il pourra par exemple consister en la différence entre le salaire qu'une employée percevait auprès de son ancien employeur et les montants perçus de l'assurance-chômage, lorsque l'ancien employeur a donné des renseignements inexacts qui ont dissuadé des entreprises de l'embaucher²⁰⁶. Le lésé doit prouver aussi bien l'existence que le montant du dommage (cf. art. 8 CC et 42 al. 1 CO)²⁰⁷. Cependant, lorsqu'il est difficile d'apporter la preuve stricte du dommage, le juge le détermine équitablement (cf. art. 42 al. 2 CO).

81 **Lésion corporelle** – Quand l'atteinte à la personnalité est également constitutive d'une atteinte à la santé physique ou à la santé mentale du travailleur, par

¹⁹⁹ ATF 106 II 134, c. 2d = JdT 1980 I 573.

²⁰⁰ WERRO, N 1538, p. 429. Voir aussi TERCIER/FAVRE, N 3538, p. 525.

²⁰¹ BONARD, Panorama II, pp. 590 s.

²⁰² ATF 137 III 16, c. 2.4.3, SJ 2011 I 373 (trad.) ; BONARD, Panorama II, pp. 596 s.

²⁰³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 16 ad art. 328 CO, pp. 149 s.

²⁰⁴ WERRO, N 42, p. 24.

²⁰⁵ WERRO, N 61, p. 28.

²⁰⁶ TF 4C.379/2002 du 22 avril 2003, c. 1 et 2.

²⁰⁷ WERRO, N 1013, p. 288.

exemple dans certains cas de mobbing, l'on sera en présence d'une lésion corporelle. Le dommage consistera alors dans l'impossibilité pour la victime d'utiliser pleinement sa capacité de gain²⁰⁸. Le calcul de la perte de gain s'effectuera sur la base du salaire net, toutes les cotisations aux assurances sociales devant être déduites du salaire brut. Il conviendra alors de distinguer trois périodes, à savoir celle comprise entre la date de l'événement dommageable et celle de l'arrêt cantonal, celle s'étendant jusqu'à la retraite et enfin celle débutant à ce moment-là²⁰⁹.

Lien de causalité naturelle – Lorsqu'une incapacité de travailler est à l'origine d'une action en dommages-intérêts, il appartient à la victime, en vertu de l'art. 8 CC, d'alléguer et de prouver les faits permettant de constater que le comportement de l'employeur, par exemple la prétendue omission d'adopter des mesures destinées à protéger sa personnalité et sa santé, a été la condition sine qua non du résultat, soit du dommage subi, par exemple son invalidité. Il s'agit donc de démontrer que si l'employeur avait pris les mesures qu'on pouvait attendre de lui, la victime ne serait pas dans l'incapacité de travailler²¹⁰.

82

3. Réparation du tort moral

Notion – En cas d'atteinte illicite à sa personnalité du fait de son employeur ou des auxiliaires de celui-ci, le travailleur peut prétendre au paiement d'une indemnité pour tort moral, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'employeur ne lui ait pas donné satisfaction autrement (cf. art. 97 al. 1, 101 al. 1, 99 al. 3 et 49 CO). L'existence d'un tort moral suppose que le travailleur ait non seulement subi objectivement une atteinte grave dans ses intérêts personnels, mais aussi qu'il l'ait subjectivement ressentie sous forme de souffrances qui ont entraîné une diminution de son bien-être²¹¹. Le travailleur doit prouver l'acte illicite, la faute de l'employeur, la gravité de l'atteinte et le tort moral.

83

Travailleur licencié – Lorsqu'un travailleur est licencié de manière abusive (cf. art. 336 CO) ou de manière immédiate injustifiée (cf. art. 337 CO) et que l'atteinte à la personnalité qu'il a subie résulte du licenciement lui-même, la réparation du tort moral est en principe comprise dans l'indemnité sanctionnant le

84

²⁰⁸ ATF 127 III 403, c. 4a, JdT 2001 I 482 (trad.), SJ 2001 I 605 (trad.).

²⁰⁹ TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, c. 5.3.1.

²¹⁰ TF 4A_245/2009 du 6 avril 2010, c. 4.4. Voir aussi TF 4A_564/2008 du 26 mai 2009, c. 3.2.

²¹¹ TF 4A_123/2007 du 31 août 2007, c. 7.2 ; TF 4A_128/2007 du 9 juillet 2007, c. 2.3 ; DUNAND, Réparation, pp. 174 ss.

congé abusif (cf. art. 336a al. 1 CO) ou le licenciement immédiat injustifié (cf. art. 337c al. 3 CO)²¹².

- 85 **Prestations de la LAA** – La loi fédérale sur l'assurance-accidents prévoit le versement d'une indemnité équitable pour atteinte à l'intégrité physique, mentale ou psychique (cf. art. 24 et 25 LAA²¹³). Cette indemnité étant de même nature que celle versée à titre de réparation morale sur la base de l'art. 49 CO (cf. art. 74 al. 2 let. e LPGa), elle doit être déduite des prétentions émises à ce titre dans le cadre d'une action dirigée contre l'employeur. Il appartient cependant à l'employeur, défendeur à l'action, d'établir le versement d'une indemnité pour atteinte à l'intégrité, ainsi que son montant²¹⁴.
- 86 **Ampleur de la réparation** – La réparation morale revêt en principe la forme d'une somme d'argent, même si d'autres modes de réparation sont possibles (cf. art. 49 al. 2 CO)²¹⁵. La détermination de la somme allouée relève du pouvoir d'appréciation du juge (cf. art. 4 CC). L'ampleur de la réparation dépend avant tout de la gravité des souffrances physiques ou psychiques consécutives à l'atteinte subie par la victime, et de la possibilité d'adoucir sensiblement, par le versement d'une somme d'argent, la douleur morale qui en résulte. Selon la jurisprudence, en raison de sa nature, l'indemnité pour tort moral, destinée à réparer un dommage qui ne peut que difficilement être réduit à une somme d'argent, échappe à toute fixation selon des critères mathématiques, de sorte que son évaluation en chiffres ne saurait excéder certaines limites. Deux critères complémentaires, en apparence contradictoires, sont utilisés par les tribunaux pour fixer la somme due à la victime. Premièrement, chaque cas de tort moral est unique dans la mesure où chaque souffrance est particulière et que chacun réagit différemment au malheur qui le frappe. Il en résulte que toute comparaison avec d'autres affaires doit intervenir avec prudence. Deuxièmement toutefois, le sentiment d'équité existant dans notre pays doit être (proportionnellement) comparable dans les divers cas de tort moral. Il en résulte que des comparaisons sont des éléments utiles d'orientation.
- 87 **Casuistique** – Pour préserver une certaine cohérence, même dans un domaine aussi subjectif que celui du tort moral, les tribunaux effectuent volontiers une comparaison systématique des cas²¹⁶. Si les montants alloués en Suisse sont comparativement plus faibles que ceux octroyés dans d'autres ordres juridiques, ils tendent à augmenter progressivement. Les décisions des tribunaux sont très

²¹² DUNAND, Réparation, pp. 187 s.

²¹³ Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981, RS 832.20.

²¹⁴ Cf. TF 6B_546/2011 du 12 décembre 2011, c. 2.3.

²¹⁵ TF 4C.177/2003 du 21 octobre 2003, c. 4.2.

²¹⁶ DUNAND, Réparation, p. 181.

nombreuses²¹⁷. Nous citerons ici quelques cas marquants, dans l'ordre croissant des montants alloués, et en indiquant l'année de la décision :

- 1'000 fr. pour une employée licenciée pendant ses vacances pour des motifs fondés, mais dont le licenciement a été porté à la connaissance des collègues de travail avant sa notification à l'intéressée (1983)²¹⁸ ;
- 2'000 fr. pour un travailleur licencié de manière brutale, forcé à quitter immédiatement les lieux, après treize ans passés au sein de l'entreprise, sans que le temps lui ait été laissé de prendre congé de ses collègues, et qui en a ressenti une forte humiliation (2004)²¹⁹ ;
- 3'000 fr. pour une employée victime de voies de fait et d'attouchements infligés par un employeur abusant de sa force physique, qui ont causé un grand hématome sur son sein gauche (1988)²²⁰ ;
- 3'000 fr. pour une employée sur laquelle l'employeur a exercé une certaine pression afin de l'amener à prendre la décision d'avorter (2009)²²¹ ;
- 5'000 fr. pour un travailleur congédié d'une « manière extrêmement brusque », « traité comme un malfrat », dont le bureau a été fouillé et sur le compte duquel des rumeurs ont été répandues selon lesquelles il avait déserté son poste et voulu emporter des documents de son employeur (1993)²²² ;
- 5'000 fr. pour une employée harcelée psychologiquement pendant des mois par un cadre de l'entreprise qui tenait des propos injurieux et dégradants, et adoptait des attitudes agressives, cela au vu et au su de l'employeur qui n'a pas réagi (1998)²²³ ;
- 5'000 fr., en plus d'une indemnité de six mois pour licenciement abusif, pour une employée dont le supérieur hiérarchique a tenu des propos à caractère sexuel et a eu des gestes déplacés, contribuant au développement d'un ulcère et étant à l'origine d'états d'anxiété et de dépression (1999)²²⁴ ;
- 5'000 fr. pour une personne de couleur noire qui s'est entendu dire lors d'un entretien d'embauche qu'elle ne pouvait être engagée en raison de sa couleur de peau, étant ainsi fortement atteinte dans sa dignité (2005)²²⁵ ;
- 5'000 fr. pour une postulante d'origine macédonienne dont la candidature a été écartée avant tout entretien d'embauche parce que l'employeur ne

²¹⁷ FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.49 ad art. 328 CO, pp. 164 ss.

²¹⁸ TPH/GE du 8 février 1983, in : RSJ 1983, p. 394.

²¹⁹ TF 4C.259/2004 du 11 novembre 2004, c. 1.

²²⁰ CAPH/GE du 18 octobre 1988, in SJ 1989, p. 669.

²²¹ TF 4A_495/2007 du 12 janvier 2009, c. 6.

²²² CAPH/GE du 8 juin 1993, c.3, in : JAR 1994, p. 158.

²²³ TPH/GE du 20 juillet 1998, in : plädoyer 6/1999, p. 54.

²²⁴ TF du 8 janvier 1999, c. 4, in : SJ 1999 I 277.

²²⁵ TPH/Lausanne du 1^{er} juin 2005, c. C/b, in : JAR 2006, p. 531.

- souhaitait pas engager de travailleurs originaires des Balkans ou des musulmans (2006)²²⁶ ;
- 5'000 fr. pour le directeur d'un hôtel harcelé psychologiquement par l'administrateur de la société qui l'employait, victime d'une décompression psychique importante ayant entraîné son hospitalisation, puis une longue convalescence pendant les mois suivants (2006)²²⁷ ;
 - 5'000 fr. pour l'employée qui se voit subitement reléguée dans une activité moins intéressante, alors qu'elle donnait satisfaction dans son travail précédent, et dont la santé a été atteinte du fait qu'elle a dû effectuer ses nouvelles tâches, qui impliquaient l'emploi de produits toxiques, dans un local insuffisamment aéré, sans protection respiratoire (2011)²²⁸ ;
 - 7'000 fr. pour l'employé, directeur des ventes, dont le licenciement immédiat a été annoncé par une lettre circulaire adressée à environ deux cents clients de l'employeur, dont le libellé était de nature à faire croire que le travailleur avait été licencié pour des motifs graves (1992)²²⁹ ;
 - 10'000 fr. à la personne au sujet de laquelle l'ex-employeur a donné oralement à des employeurs potentiels des renseignements défavorables et erronés, l'empêchant ainsi de retrouver du travail pendant plus de deux ans (2003)²³⁰ ;
 - 10'000 fr. à un juriste travaillant dans un syndicat, qui a été stigmatisé à l'égard de ses collègues, frappé d'ostracisme lors de son licenciement, et accusé par presse interposée de pratiquer « l'entrisme », nuisant ainsi à sa considération sociale et professionnelle (2004)²³¹ ;
 - 10'000 fr. pour une employée mise sous une pression excessive en raison d'un système très contraignant d'acquisition de la clientèle, ayant subi un syndrome dépressif grave (2005)²³² ;
 - 10'000 fr., en plus d'une indemnité de six mois de salaire pour licenciement abusif, pour un employé harcelé pendant plusieurs mois sous forme d'insultes et d'accusations mensongères qui ont mis en danger son intégrité physique et psychique (2005)²³³ ;
 - 12'000 fr. pour une employée ayant dû supporter une caméra constamment braquée sur sa place de travail et dont l'employeur, après la résiliation de son

²²⁶ ArbG/ZH du 13 janvier 2006, c. 5.7, in : JAR 2007, p. 509.

²²⁷ TF 4C.320/2005 du 20 mars 2006, c. 2.5.

²²⁸ TF 4A_665/2010 du 1^{er} mars 2011, c. 6.2.

²²⁹ TF du 14 janvier 1992, c. 2, in : SJ 1993, p. 351.

²³⁰ TF 4C.379/2002 du 22 avril 2003.

²³¹ TF 4C.116/2004 du 7 septembre 2004, c. 5.3 (considérant non publié de l'ATF 130 III 699 = JdT 2006 I 193 = SJ 2005 I 152).

²³² TF 4C.24/2005 du 17 octobre 2005, c. 7.

²³³ TF 4C.84/2005 du 16 juin 2005, c. 6.3.

- contrat de travail, a donné des renseignements faux à un employeur potentiel (1996)²³⁴ ;
- 12'000 fr. pour une employée qui a été harcelée pendant près de trois ans par sa cheffe de groupe, par une très grande agressivité envers elle, une disqualification professionnelle permanente, des tracasseries en tout genre, ayant entraîné des conséquences graves pour sa santé, notamment un arrêt de travail pendant plus de quinze mois (2003)²³⁵ ;
 - 12'000 fr. pour une jeune fille au pair mineure qui a été cantonnée durant treize mois dans une situation proche de l'esclavage, sans congés ni vacances, travaillant tous les jours durant treize heures sans s'arrêter, quasiment privée de tout contact avec l'extérieur, ne bénéficiant pas de chambre individuelle et n'ayant jamais reçu de salaire sous réserve de quelques modiques sommes (2004)²³⁶ ;
 - 15'000 fr. pour un travailleur souffrant d'une grave dépression provoquée par la modification brutale de son environnement professionnel, après vingt-sept ans de bons et loyaux services (2003)²³⁷ ;
 - 15'000 fr. pour un travailleur harcelé psychologiquement pendant plusieurs mois par un organe de l'employeur, sous forme d'un « contrôle excessif et infantilisant », d'une attitude méprisante et déstabilisatrice, ainsi que de menaces répétitives de licenciement, attitudes ayant entraîné une dépression et une incapacité de travail de relative longue durée (2005)²³⁸ ;
 - 15'000 fr. pour un employé de banque qui s'est vu retirer des tâches de direction après avoir patiemment gravi les échelons de l'entreprise depuis son apprentissage, et alors qu'aucun manque de performance et qu'aucune faute ne lui aient été formellement reprochés (2010)²³⁹ ;
 - 15'000 fr. pour un footballeur professionnel atteint dans sa réputation professionnelle, ayant été traité publiquement, par la voie de la presse, de « traître et d'imbécile » et s'étant trouvé du jour au lendemain chassé de l'équipe dont il était le capitaine (2011)²⁴⁰ ;
 - 15'000 fr. pour une employée de maison qui, après avoir subi une grave blessure aux yeux lors d'un accident de la circulation dans lequel le fils des employeurs était impliqué, a été « raccompagnée » dans son pays, sans qu'elle

²³⁴ CAPH/GE du 14 octobre 1996, in : JU-TRAV 1997, p. 34.

²³⁵ TF 2C.2/2000 du 4 avril 2003, c. 4.8.

²³⁶ TF 4C.94/2003 du 23 avril 2004, c. 5.4.

²³⁷ CC/NE du 20 août 2003, in : RJN 2003, p. 176.

²³⁸ CAPH/GE du 14 juin 2005, c. 2.3, in : JAR 2006, p. 445.

²³⁹ TC/VD du 3 septembre 2010, c. II/c/bb, in : JAR 2011, p. 607.

²⁴⁰ ATF 137 III 303, c. 2.2.2 = JdT 2011 II 390 = SJ 2011 I 453 = TF 4A_53/2011 du 28 avril 2011, c. 2.3.

- soit informée que ses employeurs avaient décidé de mettre un terme immédiat à la relation de travail, afin de parer aux risques inhérents à l'emploi d'une travailleuse dépourvue d'autorisation de séjour (2012)²⁴¹ ;
- 20'000 fr. pour un architecte soumis pendant plusieurs années au harcèlement psychologique de son employeur, sous la forme de reproches répétés, de l'attribution de tâches subalternes et de l'assignation de lieux de travail inacceptables, ayant provoqué un état dépressif entraînant plusieurs mois d'incapacité de travail (1997)²⁴² ;
 - 25'000 fr. pour une employée harcelée psychologiquement pendant près d'une année, sous la forme d'une mise à l'écart, de pressions vraisemblablement destinées à la faire démissionner, de directives reflétant un autoritarisme déplacé, dur, injuste, blessant, rabaissant et vexatoire, ayant subi d'importants troubles psychiques entraînant une invalidité et une incapacité totale de travailler (2004)²⁴³ ;
 - 50'000 fr. pour une employée de maison atteinte à la tête par un coup de feu parti d'une arme exposée au mur du salon, suite à une mauvaise manipulation d'un autre employé, souffrant d'une incapacité définitive de travail et d'une perte de la vue à 80 % (1986)²⁴⁴.

4. Responsabilité pour les actes des auxiliaires

88

Principes – L'employeur répond des actes et omissions de ses auxiliaires (cf. 101 CO), c'est-à-dire de ses collaborateurs, quel que soit leur niveau hiérarchique, voire de tiers extérieurs à l'entreprise lorsqu'il leur a délégué des tâches²⁴⁵. Dans une affaire de harcèlement psychologique, le Tribunal fédéral a relevé que la notion d'auxiliaire au sens de l'article 101 CO doit être interprétée de manière large et s'appliquer non seulement à celui qui est soumis à l'autorité de la partie ou de son mandataire, mais encore à toute personne qui, même sans être dans une relation juridique suivie avec la partie ou son mandataire, lui prête son concours. Pour que l'article 101 CO soit applicable, il suffit que l'auxiliaire ait agi au su et avec le consentement du débiteur, même s'il n'y a aucun lien de subordination²⁴⁶. Une convention d'exclusion de la responsabilité de l'employeur pour ses propres actes ou ceux de ses auxiliaires est exclue (cf. art. 362 CO)²⁴⁷.

²⁴¹ TF 4A_578/2011 du 12 janvier 2012, c. 6.

²⁴² CAPH/GE du 23 juin 1997, c. 2b, in : JAR 1998, p. 154.

²⁴³ TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, c. 8.2.

²⁴⁴ ATF 112 II 138, c. 5b. = JdT 1986 I 596 et JdT 1987 I 451 = SJ 1986 625.

²⁴⁵ ATF 125 III 70, c. 3a ; TF 4A_578/2011 du 12 janvier 2012, c. 6.4.

²⁴⁶ TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, c. 4.1.

²⁴⁷ WYLER, Panorama I, pp. 9 s.

Problématique – L'application de l'article 101 CO dans les cas d'atteinte à la personnalité d'un travailleur pose des problèmes juridiques délicats²⁴⁸. Il faut rappeler que cette disposition a pour but de rendre le débiteur responsable comme il l'aurait été s'il n'avait pas confié l'exécution de son obligation à un auxiliaire, mais s'en était occupé personnellement²⁴⁹. A notre avis, l'article 101 CO vise en premier lieu les relations contractuelles nouées entre l'employeur et un tiers (externe à l'entreprise). Il est aussi envisageable, en second lieu, de l'appliquer dans les relations internes d'une entreprise. Encore faut-il que l'on soit effectivement en présence de l'acquiescement par l'auxiliaire d'une obligation de l'employeur envers un tiers, en l'occurrence un autre collaborateur de l'entreprise. Autrement dit, on ne peut imputer à l'employeur, sur la base de l'article 101 al. 1 CO, que le comportement des travailleurs auxquels il a confié des tâches de direction à l'égard de son personnel²⁵⁰. Prenons l'exemple du harcèlement psychologique. Lorsqu'un cadre harcèle un subordonné (harcèlement vertical descendant), ces conditions paraissent réalisées : l'employeur a confié au cadre des tâches de direction envers le travailleur. En revanche, lorsque le harcèlement est le fait d'un employé de même niveau hiérarchique (harcèlement horizontal) ou alors d'un employé subalterne envers son supérieur hiérarchique (harcèlement vertical ascendant), il ne paraît guère possible d'appliquer l'art. 101 CO²⁵¹.

Responsabilité quasi causale – La question d'éventuelles preuves libératoires accordées à l'employeur est également problématique²⁵². On rappellera qu'en vertu de l'article 101 al. 1 CO, l'employeur répond du comportement de son auxiliaire comme s'il s'agissait du sien propre, même si l'auxiliaire a excédé ses compétences et agi au mépris d'instructions reçues²⁵³. Or, l'article 101 CO est une norme de responsabilité particulièrement sévère pour l'employeur puisqu'il ne peut pas apporter de véritable preuve libératoire : il peut uniquement essayer d'établir que, s'il avait agi à la place de l'auxiliaire, il aurait agi comme lui et qu'on ne pourrait lui reprocher ce comportement²⁵⁴. Cette preuve est impossible à apporter en cas d'atteinte à la personnalité. La loi instaure ainsi une responsabilité « quasi causale » de l'employeur²⁵⁵.

89

90

²⁴⁸ DUNAND, *Harcèlement*, pp. 28 ss.

²⁴⁹ DONATIELLO, *Responsabilité*, N 384, p. 110.

²⁵⁰ ATF 137 III 303, c. 2.2 = JdT 2011 II 390 = SJ 2011 I 453 ; TPH/GE du 21 novembre 1991, c. 3b, in : JAR 1992, p. 166 ; AUBERT, *Commentaire LEg*, N 52 ad art. 5 LEg ; CARRON, *Panorama I*, p. 126 ; PORTMANN, *BaK* 2011, N 20 ad art. 328 CO, p. 1929 et N 53a ad art. 328 CO, p. 1941.

²⁵¹ SONNENBERG, pp. 101 s. ; WYLER, *Responsabilité*, pp. 256 s.

²⁵² DUNAND, *Harcèlement*, p. 30.

²⁵³ CA/GE du 2 novembre 1989, in : SJ 1990 642.

²⁵⁴ WERRO, N 513, p. 151 ; CCC/NE du 31 janvier 2000, c. 3a, in : RJN 2000, p. 122.

²⁵⁵ TPH/GE du 21 novembre 1991, c. 3b, in : JAR 1992, p. 166 ; WAEBER, p. 793.

- 91 **Employeur diligent** – Dans cette logique, le Tribunal fédéral a considéré que l'employeur ne pouvait s'exonérer de la responsabilité découlant de l'article 101 CO en prouvant qu'il avait pris toutes les mesures nécessaires pour protéger la personnalité de la victime après que celle-ci lui avait fait part de la situation, puisque l'employeur répond également des atteintes à la personnalité commises auparavant par son auxiliaire²⁵⁶. L'application sans réserve de l'article 101 al. 1 CO peut cependant paraître inéquitable lorsque l'employeur a pris toutes les mesures de prévention, d'organisation et de surveillance nécessaires et que, sans qu'il ait pu être au courant, des atteintes à la personnalité, par exemple sous la forme d'un harcèlement psychologique, se sont produites dans son entreprise.
- 92 **Norme d'imputation *sui generis* ?** – Dans une publication antérieure, nous nous sommes demandés, vu les problèmes d'application de l'article 101 CO comme norme de responsabilité de l'employeur, s'il ne serait pas préférable de considérer que l'article 328 CO constitue une norme d'imputation *sui generis* qui serait assortie de réelles preuves libératoires²⁵⁷. On pourrait alors s'inspirer, ou appliquer par analogie, la réglementation relative au harcèlement sexuel qui, comme nous l'avons vu²⁵⁸, exclut le versement d'une indemnité à la victime lorsque l'employeur a prouvé « qu'il a pris les mesures que l'expérience commande, qui sont appropriées aux circonstances et que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour prévenir » un tel harcèlement « ou y mettre fin » (cf. art. 5 al. 3 LEg)²⁵⁹. Cette solution permettrait de fixer des critères identiques de responsabilité de l'employeur que la victime ait été harcelée sexuellement ou psychologiquement²⁶⁰.

5. Facteurs de réduction (art. 43 et 44 CO)

- 93 **Principe** – Après avoir déterminé le montant maximal auquel le lésé aurait droit, le juge fixe l'indemnité en prenant en compte les facteurs de réduction résultant des articles 43 et 44 CO.
- 94 **Montant de la réparation** – Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute (art. 43 al. 1 CO). On admet qu'il y a notamment lieu de tenir compte, outre de la gravité de la faute, du

²⁵⁶ TF 4A_128/2007 du 9 juillet 2007, c. 2.4.

²⁵⁷ DUNAND, Harcèlement, pp. 30 s.

²⁵⁸ Cf. *supra* N 51.

²⁵⁹ Dans le même sens, WYLER, p. 327. Notons que, dans un arrêt du 22 février 2008, c. 4d, la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois a retenu cette solution (cf. in :JAR 2009, p. 642).

²⁶⁰ DUNAND, Réparation, p. 180.

revenu particulièrement élevé de la victime, de la complaisance et du cas fortuit²⁶¹.

Gestion adéquate des ressources humaines – On peut se demander si le juge ne devrait pas être légitimé à réduire l'étendue de la réparation lorsque l'employeur a pris toutes les mesures préventives, informatives et répressives que l'on pouvait attendre de lui et qu'une atteinte à la personnalité d'un employé a quand même eu lieu dans l'entreprise, à son insu (cf. art. 3 CC). 95

Attitude de l'employeur après la connaissance de l'atteinte – Le comportement de l'employeur après qu'il a eu connaissance de l'atteinte aux droits de la personnalité d'un employé peut aussi opérer comme facteur de réduction lorsqu'il a contribué à la réhabilitation et à l'atténuation des souffrances de la victime (oreille attentive, sanction infligée à l'auteur de l'atteinte, aide à la réintégration ou à la reconversion)²⁶². Inversement, l'attitude de l'employeur peut opérer comme un facteur aggravant lorsque, une fois averti de l'atteinte, il ne prend aucune mesure sérieuse et efficace, mais au contraire licencie la victime qui se retrouve sans aucun soutien, intensifiant encore l'atteinte à la personnalité²⁶³. 96

Autres facteurs de réduction – Selon l'article 44 alinéa 1 CO, le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur. 97

Faute concomitante du travailleur ? – Il y a faute concomitante lorsque le lésé omet de prendre les mesures raisonnables aptes à empêcher la survenance ou l'aggravation du dommage²⁶⁴. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, nous l'avons vu, le fait que l'employeur ignore l'atteinte à la personnalité de l'un de ses employés ne lui permet pas de se libérer de sa responsabilité contractuelle²⁶⁵. Une autre question est de se demander si le juge ne serait pas légitimé à réduire les sommes allouées à la victime, du fait d'une faute concomitante, lorsque celle-ci n'a pas informé l'employeur en temps utile de l'atteinte dont ce dernier ignorait de bonne foi l'existence²⁶⁶. Le raisonnement devra toutefois être manié avec précaution puisque certaines atteintes, résultant en particulier d'un harcèlement, peuvent avoir pour effet d'annihiler toute possibilité de réaction de la personne qui en est la victime. 98

99

²⁶¹ WERRO, N 1183, p. 335.

²⁶² TF 2C.2/2000 du 4 avril 2003, c. 4.8.

²⁶³ TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, c. 8.2.

²⁶⁴ WERRO, N 1221, p. 344.

²⁶⁵ TF 4A_128/2007 du 9 juillet 2007, c. 2.4. Cf. *supra* N 91.

²⁶⁶ CARRON, Panorama I, p. 125.

Prédisposition constitutionnelle : notion – Lors d'un dommage corporel, on considère que la victime a pu présenter une prédisposition constitutionnelle, c'est-à-dire un état pathologique antérieur à l'atteinte, qui a augmenté le dommage de manière fortuite²⁶⁷. La prédisposition peut être de nature physique ou psychique. Elle est qualifiée d'indépendante lorsque l'état de santé de la victime est tel que le dommage se serait de toute manière réalisé, même sans l'accident ou sans l'atteinte à l'intégrité psychique²⁶⁸. La « prédisposition indépendante » est prise en compte dans le calcul du dommage (art. 42 CO). Elle est en revanche considérée comme liée lorsque le dommage attribuable à l'état antérieur de la victime ne se serait jamais réalisé sans l'atteinte²⁶⁹. La « prédisposition liée » opère quant à elle comme facteur de réduction dans la détermination de l'indemnité (art. 44 CO).

100 **Prédisposition constitutionnelle : cas d'application** – Bien connue en droit de la responsabilité civile et en droit des assurances sociales, la notion de prédisposition constitutionnelle est utilisée depuis quelque temps également en droit du travail, comme facteur de réduction des indemnités dues par l'employeur au travailleur ayant subi une atteinte à sa santé. La jurisprudence a ainsi tenu compte d'une « extrême sensibilité »²⁷⁰, d'une fragilité antérieure²⁷¹, d'une « vulnérabilité préexistante »²⁷², ou encore du fait que le travailleur a déjà été affecté par un surmenage et une dépression lors d'un précédent emploi²⁷³.

101 **Appréciation critique** – Comme le relève Werro, « il est en principe critiquable de tenir compte de la prédisposition constitutionnelle liée. Il n'y a en effet pas de raison de diminuer ou d'exclure l'obligation de réparer de l'auteur simplement parce que la victime présente un état qui aggrave les conséquences de l'acte dommageable. Il faut considérer que le responsable n'a pas le choix de la victime²⁷⁴. » A notre avis, l'application de la notion de prédisposition constitutionnelle dans des litiges concernant la réparation d'une atteinte à la personnalité du travailleur se heurte à des problèmes importants relatifs à la charge de la preuve et à la détermination de la causalité²⁷⁵. Elle est par ailleurs de nature à porter une atteinte supplémentaire aux droits de la personnalité du

²⁶⁷ WERRO, N 1268, p. 357.

²⁶⁸ WERRO, N 1270, p. 358.

²⁶⁹ WERRO, N 1271, p. 359.

²⁷⁰ TF 4C.289/2006 du 5 février 2007, c. 5.2.

²⁷¹ TF 4C.74/2007 du 22 janvier 2008, c. 5.2.

²⁷² CC/NE du 20 août 2003, c. 4, in : RJN 2003, p. 176.

²⁷³ TF 4C.320/2005 du 20 mars 2006, c. 2.5.

²⁷⁴ WERRO, N 1274, p. 360.

²⁷⁵ DUNAND, Prédisposition, pp. 15 ss.

travailleur (art. 328 et art. 328b CO)²⁷⁶. Au demeurant, voudrait-on tout de même y recourir, encore faudrait-il déterminer la quotité de la réduction sur la base de critères prévisibles et équitables²⁷⁷.

6. Recours

Privilège de l'employeur – L'art. 75 al. 1 et 2 LPGa prévoit un privilège de recours, soit une limitation du recours de l'assureur social contre le tiers responsable²⁷⁸. Ainsi, lorsque le travailleur est victime d'un accident professionnel, l'art. 75 al. 2 LPGa prévoit une limitation du droit de recours de l'assureur contre l'employeur (privilège de l'employeur). En vertu de ce privilège, l'assureur social ne peut recourir contre l'employeur qu'en cas d'accident provoqué intentionnellement ou par négligence grave²⁷⁹. Il n'y a, en revanche, pas de limitation du droit de recours de l'assureur social contre l'employeur lorsque celui-ci est couvert par une assurance responsabilité civile obligatoire (art. 75 al. 3 LPGa)²⁸⁰. 102

Action du travailleur – Le travailleur victime d'un accident professionnel peut réclamer à l'employeur la partie du dommage et de l'indemnité pour tort moral non couverte par les assurances sociales, même si ce dernier n'a causé l'accident que par une faute légère²⁸¹. En effet, le privilège de recours conféré à l'employeur par l'article 75 LPGa n'est opposable qu'à l'assureur social et non au lésé lui-même. 103

²⁷⁶ Dans le même sens, TC/VD du 22 février 2008, c. 3c, in : JAR 2009, p. 642. *Contra* : WYLER, p. 327, selon lequel il peut se justifier, notamment en cas d'accusation de mobbing, de procéder à un examen de l'ensemble de la personnalité du plaignant.

²⁷⁷ DUNAND, Prédisposition, p. 19.

²⁷⁸ KROPF, Panorama I, p. 642.

²⁷⁹ WERRO, N 455, p. 136.

²⁸⁰ KROPF, Panorama I, pp. 654 ss.

²⁸¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 16 ad art. 328 CO, p. 150 ; KROPF, Panorama I, pp. 642 s.

Art. 328a

2. Communauté domestique

¹ Lorsque le travailleur vit dans le ménage de l'employeur, celui-ci fournit une nourriture suffisante et un logement convenable.

² L'employeur accorde au travailleur empêché de travailler sans sa faute pour cause de maladie ou d'accident les soins et secours médicaux pour un temps limité, soit pendant trois semaines au cours de la première année de service et, ensuite, pendant une période plus longue, fixée équitablement compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières.

³ En cas de grossesse et d'accouchement de la travailleuse, l'employeur a les mêmes obligations.

2. bei Hausgemeinschaft

¹ Lebt der Arbeitnehmer in Hausgemeinschaft mit dem Arbeitgeber, so hat dieser für ausreichende Verpflegung und einwandfreie Unterkunft zu sorgen.

² Wird der Arbeitnehmer ohne sein Verschulden durch Krankheit oder Unfall an der Arbeitsleistung verhindert, so hat der Arbeitgeber Pflege und ärztliche Behandlung für eine beschränkte Zeit zu gewähren, im ersten Dienstjahr für drei Wochen und nachher für eine angemessene längere Zeit, je nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen.

³ Bei Schwangerschaft und Niederkunft der Arbeitnehmerin hat der Arbeitgeber die gleichen Leistungen zu gewähren.

2. Nella comunione domestica

¹ Se il lavoratore vive in comunione domestica con il datore di lavoro, questi deve fornirgli vitto sufficiente e alloggio irreprensibile.

² Se il lavoratore, senza colpa da parte sua, è impedito di lavorare per malattia o infortunio, il datore di lavoro deve procurargli la cura e il trattamento medico per un tempo limitato, cioè per tre settimane nel primo anno di servizio e poi, per un tempo equamente più lungo, secondo la durata del rapporto di lavoro e le circostanze particolari.

³ Il datore di lavoro deve concedere le stesse prestazioni alla lavoratrice in caso di gravidanza e di puerperio.

Table des matières

	note marginale	page
I. Généralités	1	311
II. Notion de communauté domestique	13	314
III. Nourriture et logement (art. 328a al. 1 CO).....	15	314
IV. Soins et secours médicaux (art. 328a al. 2 et 3 CO)	19	315

Bibliographie spécifique

GLOOR WERNER, Conditions de travail du personnel privé des diplomates en Suisse – Commentaire de l'ATF 135 III 162, in : DTA 2009, pp. 209 ss.

I. Généralités

Objet – L’art. 328a CO énonce les obligations de l’employeur relatives à la nourriture, au logement et aux soins médicaux qu’il doit fournir aux employés vivant dans son ménage. Il complète l’art. 322 al. 2 CO, selon lequel l’entretien et le logement font partie du salaire de ces employés, sauf accord ou usage contraire¹. 1

Systématique – La protection de la personnalité des travailleurs est régie par trois dispositions, les articles 328 à 328b CO, qui font partie de la section C (obligations de l’employeur) du chapitre premier sur le contrat individuel de travail. L’art. 328a CO contient des règles spécifiques qui précisent les règles générales énoncées à l’art. 328 CO. 2

But – L’article 328a CO a pour but de conférer une protection accrue aux travailleurs vivant dans le ménage de leur employeur. Il s’agit souvent de personnes qui par leur situation personnelle (âge, statut) sont particulièrement vulnérables. En outre, elles se trouvent dans une plus grande dépendance vis-à-vis de leur employeur que le travailleur ordinaire. Elles ne peuvent, en particulier, organiser librement leur vie privée et leurs loisirs². De plus, les employés occupés dans des ménages privés sont exclus du champ d’application de la loi sur le travail (cf. art. 2 al. 1 let. g LTr) et ne bénéficient en conséquence pas de ses règles protectrices. 3

Prescription – Selon le régime ordinaire, les créances commencent à courir dès leur exigibilité (cf. art. 130 al. 1 CO). La loi confère toutefois un régime privilégié aux travailleurs vivant dans la communauté domestique de leur employeur. En effet, selon l’art. 134 al. 1 ch. 4 CO, pendant la durée des rapports de travail, la prescription ne court point et, si elle avait commencé à courir, elle est suspendue, à l’égard des créances des travailleurs contre l’employeur, lorsqu’ils vivent dans son ménage. Par voie de conséquence, pour cette catégorie de travailleurs, le délai de prescription ne commence à courir ou ne reprend son cours qu’à partir de la fin des rapports de travail ou dès le moment où le travailleur cesse de vivre dans le ménage de son employeur³. 4

Nature de la norme – L’article 328a CO constitue une disposition relativement impérative, c’est-à-dire à laquelle il ne peut être dérogé au détriment du travailleur (cf. art. 362 CO)⁴. 5

¹ TF 4A_419/2011 du 23 novembre 2011, c. 7.4.2.

² BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 328a CO, p. 152.

³ CARRUZZO, N 4 ad art. 328a CO, p. 318 ; TF 4A_419/2011 du 23 novembre 2011, c. 4.2.3.

⁴ STAEHELIN, ZK 2006, N 13 ad art. 328a CO, p. 395.

- 6 **Origine et évolution** – La teneur de l'article 328a CO est issue, pour l'essentiel, de la révision de 1971⁵. Auparavant, la version résultant de la révision générale du Code des obligations de 1911 comportait cependant déjà une disposition selon laquelle l'employeur était tenu de pourvoir à l'entretien, aux soins et aux secours médicaux nécessaires lorsque l'employé vivant dans sa communauté domestique était empêché, par la maladie et sans sa faute, de faire son travail pendant un temps relativement court (art. 344 al. 2 CO 1911).
- 7 **Disposition rarement appliquée** – L'art. 328a CO n'est presque jamais appliqué par les tribunaux. Les travailleurs vivant dans la communauté domestique de leur employeur (par exemple : travailleurs étrangers en situation irrégulière en Suisse, employés du personnel diplomatique, jeunes filles au pair) constituent des catégories de travailleurs qui ne sont guère syndiqués et qui font rarement valoir leurs droits en justice. De plus, comme nous le verrons, l'intérêt pratique des règles matérielles contenues dans l'art. 328a CO est limité⁶. Il existe cependant d'autres normes susceptibles de régir les relations des employés vivant dans le ménage de leur employeur.
- 8 **Contrat-types cantonaux** – Selon l'article 359 al. 2 CO, les cantons sont tenus d'édicter des contrats-types relatifs au service de maison. Tous les cantons ont donc adopté, avec des dénominations diverses, un contrat-type relatif aux travailleurs de l'économie domestique. Certains, comme les cantons de Genève et de Neuchâtel, ont également édicté un contrat-type concernant les travailleurs au pair. La force contraignante des contrats-types est toutefois limitée (cf. art. 360 CO).
- 9 **Contrat-type fédéral** – En date du 20 octobre 2010, le Conseil fédéral a adopté un contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique travaillant dans un ménage privé, qui fixe des salaires minimaux impératifs⁷. Ce contrat-type est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, pour une première durée de trois ans, jusqu'au 31 décembre 2013. Il s'applique dans toute la Suisse, à l'exception du canton de Genève, qui avait déjà introduit un salaire minimal pour cette catégorie de travailleurs.
- 10 **Travailleurs au pair** – Les travailleurs au pair sont souvent placés dans des familles d'accueil par des associations recommandant le respect de directives ou de conditions générales qui sont intégrées dans le contrat de travail⁸.

⁵ Cf. Message 1967, p. 355 ; RO 1971 1461.

⁶ Cf. *infra* N 23.

⁷ Ordonnance du Conseil fédéral sur le contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique (CCT économie domestique) du 20 octobre 2010 ; RO 2010 5053 ; RS 221.215.329.4.

⁸ Cf., par exemple, les Directives pour employés au pair résidant en Suisse, en séjour dans une région de langue étrangère, ainsi que les Conditions de travail et d'engagement pour employés au pair résidant en Suisse, documents utilisés par l'Eglise réformée et par plu-

Employés du personnel diplomatique – Les employés, en principe étrangers, travaillant en Suisse au service de fonctionnaires des organisations internationales ou de membres des représentations diplomatiques se trouvent souvent dans une situation précaire⁹. Les diplomates résidant en Suisse qui recourent au service d'employés de maison ont toutefois l'obligation de respecter la législation suisse sur le travail et la sécurité sociale¹⁰. Soucieux de protéger le personnel concerné, dans les limites du droit international, le Conseil fédéral a adopté, le 6 juin 2011, une ordonnance sur les domestiques privés (ODPr) qui règle les conditions d'entrée en Suisse, de séjour et de travail des domestiques privés employés par les membres du personnel des missions diplomatiques, des missions permanentes, des postes consulaires et des organisations internationales¹¹. Entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2011, cette ordonnance a remplacé la Directive du Département fédéral des affaires étrangères du 1^{er} mai 2006 sur l'engagement des domestiques privés. Les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de l'ODPr restent cependant soumis à la Directive du Département au plus tard jusqu'à l'échéance de validité de la carte de légitimation du domestique privé (cf. art. 64 al. 1 ODPr).

11

Immunité de juridiction – Selon la jurisprudence, un Etat étranger ne peut se prévaloir de l'immunité de juridiction lorsqu'il a agi comme titulaire d'un droit privé au même titre qu'un particulier (*jure gestionis*). Pour distinguer les actes accomplis *jure imperii* des actes accomplis *jure gestionis*, il convient de déterminer si l'acte en cause relève de la puissance publique ou s'il s'agit d'un rapport juridique qui pourrait, dans une forme identique ou similaire, être conclu entre deux particuliers. En matière de rapports de travail, l'Etat employeur n'est pas touché dans l'exercice de ses tâches relevant de la puissance publique lorsqu'il conclut un contrat avec un employé subalterne. L'Etat ne pourra donc bénéficier de l'immunité de juridiction si un litige survient avec cet employé. Les fonctions subalternes relèvent essentiellement de la logistique, de l'intendance et du soutien, sans influence décisionnelle sur l'activité spécifique de la mission dans la représentation du pays¹². Selon le Tribunal fédéral, bien que la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens du 2 décembre 2004 (CNUJE), ratifiée par la Suisse en date du 16 avril 2010¹³, n'est pas encore entrée en vigueur, il est justifié de s'en inspirer

12

sieurs autres associations actives dans le secteur en Suisse (cf. le site internet : www.aupair.ch).

⁹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 328a CO, p. 153 ; ATF 130 IV 106 = SJ 2005 I 52.

¹⁰ GLOOR, p. 214 ; ATF 135 III 162 = JdT 2009 I 500 = SJ 2009 I 313 ; TF 4P.297/2004 du 12 mai 2005, c. 2 ; TF 4P.277/2003 du 2 avril 2004, c. 3.

¹¹ Ordonnance sur les conditions d'entrée, de séjour et de travail des domestiques privés des personnes bénéficiaires de privilèges, d'immunités et de facilités du 6 juin 2011 ; RS 192.126 ; RO 2011 2425.

¹² ATF 134 III 570, c. 2.2 = SJ 2009 I 125 ; TF 4A_542/2011 du 30 novembre 2011, c. 3.2.

¹³ FF 2009 7969.

lorsqu'il s'agit de rendre une décision fondée sur les règles générales du droit international public relatives à l'immunité de juridiction¹⁴.

II. Notion de communauté domestique

- 13 **Notion** – Il y a communauté domestique lorsque le travailleur vit en ménage commun avec l'employeur et qu'il est ainsi soumis à l'ordre de la maison et à son autorité domestique (cf. art. 331 CC)¹⁵. La communauté suppose que l'employé dorme et prenne ses repas chez son employeur¹⁶. Elle n'est pas réputée exister lorsque l'employé doit payer à son employeur un prix pour la nourriture et le logement¹⁷.
- 14 **Travail effectué en dehors du ménage** – Pour que l'on admette l'existence d'une communauté domestique, il faut que le travailleur vive dans le ménage de l'employeur, mais il ne doit pas nécessairement y travailler (par exemple, comme employé de maison). L'employé peut fort bien effectuer sa prestation de travail dans un autre lieu (par exemple, dans le restaurant exploité par son employeur)¹⁸.

III. Nourriture et logement (art. 328a al. 1 CO)

- 15 **Conditions moyennes** – Selon la loi, l'employeur doit offrir une nourriture « suffisante » et un logement « convenable ». Il faut retenir que le cadre de vie offert par l'employeur doit correspondre au moins aux conditions de vie moyennes dont disposent les travailleurs ayant leur propre domicile¹⁹. Les obligations à remplir par l'employeur dépendront aussi de ce qui a été convenu entre les parties et des usages²⁰.
- 16 **Nourriture** – Le type et la quantité de nourriture dépendront du travail, de l'âge et de la santé du travailleur concerné²¹.

¹⁴ TF 4A_542/2011 du 30 novembre 2011, c. 2.1.

¹⁵ Message 1967, p. 321.

¹⁶ AUBERT, CR 2012, N 1 ad art. 328a CO, p. 2028.

¹⁷ SUBILIA/DUC, N 3 ad art. 328a CO, p. 336.

¹⁸ Cf., pour un exemple, l'ATF 95 II 126, c. 1 = JdT 1970 I 234 = SJ 1970 145.

¹⁹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 328a CO, p. 152.

²⁰ Message 1967, p. 355.

²¹ Message 1967, p. 355 ; SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 328a CO, p. 336.

Logement – La loi vise des chambres à coucher et de séjour qui doivent être appropriées aux circonstances et n’offrir aucun danger pour la santé ou la moralité de l’employé²². Des précisions se trouvent souvent dans les contrats-types applicables aux travailleurs de l’économie domestique²³, ainsi que dans les conditions générales qui s’appliquent dans le secteur des employés au pair²⁴.

17

Utilité de la norme ? – On peut se demander quelle est la réelle utilité de l’art. 328a al. 1 CO. En effet, un employeur qui n’offre pas une nourriture « suffisante » ou un logement « convenable » à un employé vivant dans son ménage viole de toute manière gravement le devoir général de protection de la personnalité de cet employé résultant de l’art. 328 CO. Il est d’ailleurs significatif que pour juger une triste affaire relative à une jeune fille au pair étrangère réduite à un état proche de l’esclavage, le Tribunal fédéral a appliqué exclusivement l’art. 328 CO²⁵. Une référence à l’art. 328a CO aurait toutefois pu être faite dans la mesure où l’employée n’avait pas bénéficié d’une chambre individuelle et qu’elle avait même dû partager son lit avec l’un des deux enfants de la famille.

18

IV. Soins et secours médicaux (art. 328a al. 2 et 3 CO)

Principe – Selon la loi, l’employeur doit accorder au travailleur, pour un temps limité, les soins et secours médicaux résultant d’une incapacité de travail non fautive pour cause de maladie et d’accident (art. 328a al. 2 CO), de grossesse et d’accouchement (art. 328a al. 3 CO).

19

Nature des frais – L’obligation implique que l’employeur prenne en charge les frais médicaux, pharmaceutiques et hospitaliers (en chambre commune) non couverts par une assurance obligatoire²⁶. En revanche, l’employeur n’est pas tenu de payer les primes de l’assurance-maladie ou de l’assurance contre les accidents non professionnels²⁷.

20

²² Message 1967, p. 355.

²³ Cf., par exemple, l’article 11 du contrat-type de travail genevois de l’économie domestique du 13 décembre 2011, RS GE J 1 50.03

²⁴ Les Directives pour employés au pair résidant en Suisse, en séjour dans une région de langue étrangère, utilisées notamment par l’Eglise réformée, prévoient par exemple que l’employeur doit mettre à disposition des employés au pair « une chambre pour leur seul usage, chauffée et fermant à clé » (cf. le site internet : www.aupair.ch).

²⁵ TF 4C.94/2003 du 23 avril 2004, c. 5.3.

²⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 328a CO, p. 152 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 7 ad art. 328a CO, p. 393.

²⁷ CARRUZZO, N 3 ad art. 328a CO, p. 317.

- 21 **Absence d'incapacité de travail** – Contrairement à la formulation du texte légal, on considère qu'il suffit que le travailleur ait besoin de soins, sans qu'il soit nécessairement en incapacité de travail, pour que l'employeur doive l'indemniser de ses frais médicaux²⁸.
- 22 **Temps limité** – Selon la loi, l'obligation de l'employeur est limitée dans le temps « pendant trois semaines au cours de la première année de service et, ensuite, pendant une période plus longue fixée équitablement compte tenu de la durée des rapports de service et des circonstances particulières ». Le législateur a repris les mêmes critères que ceux existants en matière d'obligation de payer le salaire en cas d'empêchement de travailler (cf. art. 324a al. 1 et 2 CO). En revanche, contrairement à la situation prévalant en matière de paiement du salaire, l'article 328a CO ne prévoit pas de délai de carence de trois mois ou de durée minimale du contrat. L'obligation de l'employeur existe donc dès le 1^{er} jour de travail²⁹.
- 23 **Intérêt pratique réduit** – L'intérêt pratique de l'article 328a al. 2 et 3 CO est limité en raison du caractère obligatoire des assurances-maladie (cf. art. 3 LAMal³⁰), accidents (cf. art. 1a LAA³¹) et en cas de maternité (cf. art. 16b ss LAPG³²). En effet, dans la plupart des cas, les frais de soins et de secours médicaux sont couverts par ces assurances³³.

²⁸ AUBERT, CR 2012, N 4 ad art. 328a CO, p. 2028 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 5 ad art. 328a CO, p. 392 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 328a CO, p. 572 ; SUBILIA/DUC, N 7 ad art. 328a CO, p. 336.

²⁹ CARRUZZO, N 3 ad art. 328a CO, p. 317 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 10 ad art. 328a CO, p. 394.

³⁰ Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 ; RS 832.10.

³¹ Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 ; RS 823.20.

³² Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952 ; RS 834.1.

³³ PORTMANN, BaK 2011, N 2 ad art. 328a CO, p. 1944 ; WYLER, p. 332.

Art. 328b

3. Lors du traitement de données personnelles

L'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. En outre, les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données sont applicables.

3. Bei der Bearbeitung von Personendaten

Der Arbeitgeber darf Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz.

3. Nel trattamento di dati personali

Il datore di lavoro può trattare dati concernenti il lavoratore soltanto in quanto si riferiscano all'idoneità lavorativa o siano necessari all'esecuzione del contratto di lavoro. Inoltre, sono applicabili le disposizioni della legge federale del 19 giugno 1992 sulla protezione dei dati.

Table des matières

	note marginale	page
I. Généralités	1	318
II. Traitement de données par l'employeur : marche à suivre	13	322
1. L'employeur a-t-il traité (ou délégué le traitement) de données ?.....	14	322
2. L'employeur peut-il se prévaloir d'un motif justificatif ?	25	325
3. Le traitement respecte-t-il les principes généraux ?	34	328
III. Principaux cas d'application.....	40	329
1. Dossier de candidature.....	41	329
2. Entretien d'embauche.....	44	330
3. Tests de recrutement et enquêtes	55	334
4. Etat de santé.....	61	335
5. Dossier personnel	68	338
6. Droit de consulter son dossier.....	74	339
7. Levée du courrier électronique	82	341
8. Surveillance du travailleur	85	342
9. Cybersurveillance	95	346
10. Traitement des données après la fin du contrat	102	348
IV. Voies de droit.....	107	350
1. Voie civile	109	350
2. Voie administrative.....	118	353
3. Voie pénale.....	122	354

Bibliographie spécifique

AUBERT GABRIEL, La protection des données dans les rapports de travail, in : Journée 1995 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1999, pp. 145 ss (cité : Protection) ; BALZAN MARIE-CHRISTINE, La protection des données des travailleurs dans la due diligence, in : WYLER, Panorama II, pp. 3 ss ; CORET JOSÉ CARLOS, La communication de données des travailleurs à des tiers, in : WYLER, Panorama II, pp. 85 ss ; COSTA GIORDANO, Internet- und E-mail-Überwachung am Arbeitsplatz, in : Jusletter du 9 janvier 2012 ; COTTIER BERTIL, La protection des données, in :

Internet au lieu de travail, Lausanne 2004, pp. 81 ss ; EGLI URS, Soziale Netzwerke und Arbeitsverhältnis, in : Jusletter du 17 janvier 2011 ; FLUECKIGER CHRISTIAN, Dopage, santé des sportifs professionnels et protection des données médicales, Genève/Zurich/Bâle 2008 ; GEISER THOMAS, Interne Untersuchungen des Arbeitgebers – Konsequenzen und Schranken, in : PJA 2011, pp. 1047 ss (cité : Untersuchungen) ; GEISER THOMAS, Betriebs- bzw. arbeitsärztlicher Dienst und Datenschutz, in : OLIVIER GUILLOD (édit.), Santé et travail, Berne 2008, pp. 63 ss (cité : Betrieb) ; GLOOR WERNER, Le congé-soupçon, in : DTA 2003, pp. 133 ss ; GUILLOD OLIVIER, Les développements en droit de la santé, in : OLIVIER GUILLOD (édit.), Santé et travail, Berne 2008, pp. 5 ss ; GUILLOD OLIVIER et GIAUQUE ALAIN, Secret médical et rapports de travail, in : Journée 1997 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1999, pp. 51 ss ; HAUNREITER DIEGO, Zulässige und unzulässige Fragen beim Anstellungsgespräch, in : Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Berne 2010, pp. 277 ss ; HUGENTOBLE MARKUS, Datenschutzfälle Assessment Center, in : PJA 2009, pp. 153 ss ; KETTIGER DANIEL, Die Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis im Lichte von Auskunftspflichten des Sozialhilferechts am Beispiel des Kantons Bern, in : Jusletter du 2 avril 2012 ; MARKARIAN FRANÇOISE, La protection des données du sportif professionnel, in : WYLER, Panorama I, pp. 181 ss ; MEIER PHILIPPE, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE, Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'internet et du courrier électronique au lieu de travail, Berne 2007, dernière modification le 22 janvier 2010 (cité : Surveillance) ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE, Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail, Traitement par des personnes privées, Berne, version mai 2011 (cité : Travail) ; ROSENTHAL DAVID et JÖHRI YVONNE, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie zu weiteren ausgewählten Bestimmungen, Zurich/Bâle/Genève 2008 ; SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Commentaire des ordonnances 3 et 4 relatives à la loi sur le travail, Berne 2005, 8^e mise à jour 2011 ; STAEGER ALEXANDRE et MEIER PHILIPPE, Surveillance vidéo sur le lieu de travail, in : Jusletter du 16 avril 2012.

I. Généralités

- 1 **Objet et but** – Le traitement de données personnelles par l'employeur constitue une source potentielle d'atteinte illicite à la personnalité des travailleurs. L'article 328b CO protège l'ensemble de la vie privée et professionnelle du travailleur. Il énumère les deux catégories de données personnelles que l'employeur est autorisé à traiter et rappelle que les dispositions de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) s'appliquent également dans les rapports de travail.
- 2 **Systématique** – L'art. 328b CO est la dernière des trois dispositions consacrées à la protection de la personnalité des travailleurs, qui font partie de la section C (obligations de l'employeur) du chapitre premier sur le contrat individuel de travail. L'article 328 CO traite des éléments généraux. L'article 328a CO énonce les obligations spécifiques de l'employeur eu égard aux employés qui vivent dans son ménage. L'art. 328b CO, quant à lui, complète et précise la protection de la

personnalité des travailleurs prévue à l'art. 328 CO en désignant le type de données personnelles concernant le travailleur que l'employeur peut traiter¹.

Importance croissante – Encore peu connue il y a quelques années dans les entreprises et même parmi les juristes, la question de la protection des données sur le lieu de travail tend à prendre une importance croissante. Il faut dire que les nombreuses informations que détiennent les employeurs sur leurs employés, conjuguées au développement fulgurant des moyens techniques, en particulier de l'informatique, exposent les travailleurs à des atteintes importantes à leur personnalité². Vu les lourdes responsabilités qui pèsent sur l'employeur³, il peut être conseillé aux entreprises qui en ont la possibilité de désigner un conseiller interne à la protection des données (cf. art. 11a al. 6 LPD, ainsi que art. 12a et 12b OLPD)⁴. 3

Portée de l'art. 328b CO – L'art. 328b CO a été inséré dans le Code des obligations par la loi sur la protection des données. Sa portée est controversée⁵. Selon certains auteurs, l'art. 328b CO aurait essentiellement pour fonction de concrétiser en droit du travail les principes de proportionnalité (cf. art. 4 al. 2 LPD) et de finalité (cf. art. 4 al. 3 LPD) inscrits dans la loi sur la protection des données⁶. Selon d'autres auteurs, l'art. 328b CO a, au contraire, une importance matérielle considérable : il poserait comme principe que tout traitement de données par l'employeur est en principe illicite, sauf s'il est couvert par les deux catégories de motifs justificatifs prévus dans la disposition elle-même⁷. Il convient de s'en tenir à l'avis du Tribunal fédéral selon lequel les données personnelles couvertes par l'art. 328b CO bénéficient de la présomption légale qu'elles ne portent pas atteinte à la personnalité du travailleur⁸. 4

Champ d'application temporel – Le devoir de protection de la personnalité des travailleurs déploie principalement ses effets pendant la durée effective des relations de travail. On admet cependant que les articles 328 et 328b CO s'appliquent également, dans certaines limites, avant la conclusion du contrat et 5

¹ ATF 130 II 425, c. 3.3.

² AUBERT, Protection, pp. 146 s. ; Message 1988, p. 494 ; MEIER, N 5 ss, pp. 60 ss (risques d'atteinte pour l'ensemble des citoyens).

³ Cf. *infra* N 107.

⁴ MEIER, N 1445 ss, pp. 487 ss ; WYLER, p. 334.

⁵ Pour un résumé des divers avis, cf. BALZAN, Panorama II, pp. 5 s. ; MEIER, N 2032 ss, p. 650.

⁶ MEIER, N 2037, pp. 650 s.

⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 3 et 4 ad art. 328b CO, pp. 155 s. ; CARRUZZO, N 1 ad art. 328b CO, p. 319 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 328b CO, p. 579.

⁸ ATF 130 II 425, c. 3.3. Voir aussi, *infra* N 26.

après la fin de celui-ci⁹. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, les droits et obligations découlant des articles 328 et 328b CO s'appliquent déjà lors des pourparlers précontractuels¹⁰. Par ailleurs, la protection de l'art. 328b CO s'exerce également après la fin des rapports de travail¹¹.

- 6 **Loi sur la protection des données** – L'interprétation et l'application de l'art. 328b CO doivent tenir compte de la législation générale sur la protection des données. Contrairement à son intitulé, la LPD ne protège évidemment pas les données, mais « la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données » (cf. art. 1 LPD). Dans les relations de travail, la LPD¹² et son ordonnance d'application¹³ régissent notamment les notions (art. 3 LPD), les principes fondamentaux (art. 4 à 7 LPD), le droit d'accès (art. 8 et 9 LPD), ainsi que le traitement de données personnelles par des personnes privées (art. 12 à 15 LPD)¹⁴.
- 7 **Autres législations** – En sus de la législation générale sur la protection des données, diverses questions spécifiques sont traitées dans des sources éparées :
- l'art. 26 OLT3 régit l'utilisation de systèmes de surveillance ou de contrôle destinés à surveiller le comportement des travailleurs à leur poste de travail¹⁵ ;
 - la loi sur l'analyse génétique humaine règle les conditions auxquelles des analyses génétiques humaines peuvent être traitées dans le domaine des relations de travail (cf. art. 21-25 LAGH)¹⁶ ;
 - la législation sur le service de l'emploi prévoit que le bailleur de services n'est habilité à traiter des données concernant les travailleurs et à les communiquer à des entreprises locataires de services que dans la mesure et aussi longtemps que ces données sont nécessaires au placement. Hors de ce cadre, ces données

⁹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 8 ad art. 328b CO, p. 158 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 328b CO, p. 319 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 1 ad art. 328b CO, p. 398 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 328b CO, pp. 580 s. Voir aussi, dans le présent ouvrage, N 11 ad art. 328 CO.

¹⁰ TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, c. 6.2. Voir aussi TPH/LA du 1^{er} juin 2005, c. A, in : JAR 2006, p. 531.

¹¹ ATF 131 V 298, c. 6.1.

¹² Loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 19 juin 1992, RS 235.1.

¹³ Ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données (OLPD) du 14 juin 1993, RS 235.11.

¹⁴ MEIER, N 2060 et 2061, pp. 658 s.

¹⁵ Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail (OLT 3) du 18 août 1993, RS 822.113. Voir *infra* N 86.

¹⁶ Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine (LAGH) du 8 octobre 2004, RS 810.12.

ne peuvent être traitées ou communiquées qu'avec l'assentiment exprès du travailleur (cf. art. 18 al. 3 LSE¹⁷ ; art. 47 OSE¹⁸)¹⁹.

Règles applicables dans certaines branches ou entreprises – Certaines conventions collectives contiennent des règles sur la protection des données qui complètent les dispositions légales²⁰. Par ailleurs, de nombreux employeurs ont édicté des règlements ou des directives relatives à la gestion des données. S'agissant des employés de la Confédération, la matière est régie non seulement par la LPD, mais aussi par des règles spécifiques qui se trouvent dans la loi fédérale sur le personnel de la Confédération (cf. art. 27 et 28 LPers)²¹ et dans l'ordonnance concernant la protection des données personnelles du personnel de la Confédération²². En revanche, le traitement de données effectuées par des organes cantonaux ou communaux relèvent du droit public cantonal (cf. art. 2 al. 1 LPD, a contrario)²³.

Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence – Nommé par le Conseil fédéral, avec l'approbation de l'Assemblée fédérale (art. 26 al. 1 LPD), le Préposé fédéral est rattaché administrativement à la Chancellerie fédérale (art. 26 al. 3 LPD). La loi lui confère plusieurs attributions (cf. art. 27 ss LPD), dont celle de conseiller les personnes privées en matière de protection des données (art. 28 LPD)²⁴. Le Préposé fédéral a le pouvoir d'émettre dans certaines circonstances des recommandations (art. 29 LPD)²⁵.

Publications du Préposé – Dans un souci légitime de sensibilisation et d'information, le Préposé fédéral a publié de nombreux guides et explications concernant la protection des données dans les relations de travail, qui sont régulièrement mis à jour²⁶. Ces textes n'ont pas de valeur contraignante. Ils n'en constituent pas moins des publications de référence qui proposent des solutions concrètes aux problèmes d'application les plus courants. On consultera plus particulièrement le « Guide pour le traitement des données personnelles dans le

¹⁷ Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE) du 6 octobre 1989, RS 823.11.

¹⁸ Ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services (OSE) du 16 janvier 1991, RS 823.111.

¹⁹ AUBERT, Protection, p. 186 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Travail, N 3.1.8, p. 11 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 22 ad art. 328b CO, pp. 628 s.

²⁰ AUBERT, Protection, p. 146.

²¹ Loi fédérale sur le personnel de la Confédération (LPers) du 24 mars 2000, RS 172.220.1.

²² Ordonnance concernant la protection des données personnelles du personnel de la Confédération (OPDC) du 26 octobre 2011, RS 172.220.111.4.

²³ MEIER, N 295 ss, pp. 152 s.

²⁴ MEIER, N 1877 ss, pp. 605 ss.

²⁵ MEIER, N 1894 ss, pp. 610 ss. Cf. *infra* N 120.

²⁶ On peut consulter les différents textes sur le site internet du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence : (www.leprepose.ch) ou (www.edoeb.admin.ch).

secteur du travail »²⁷ ainsi que le « Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'internet et du courrier électronique au lieu de travail »²⁸.

- 11 **Nature de la norme** – L'article 328b CO constitue une disposition relativement impérative, c'est-à-dire à laquelle il ne peut être dérogé au détriment du travailleur (cf. art. 362 CO)²⁹.
- 12 **Origine et évolution** – L'art. 328b CO, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1993, a été introduit dans le Code des obligations par la loi sur la protection des données du 19 juin 1992³⁰. Notons que la LPD a été modifiée à plusieurs reprises et qu'elle a subi une importante révision le 24 mars 2006, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, qui a notamment eu pour but d'améliorer l'information des personnes lors de la collecte de données sensibles et de profils de la personnalité les concernant³¹.

II. Traitement de données par l'employeur : marche à suivre

- 13 **Méthode** – Confronté à un problème de traitement de données, l'on identifiera le type de traitement effectué par l'employeur (1), puis l'on vérifiera l'existence d'un motif justificatif adéquat (2) et l'on s'assurera que le procédé utilisé respecte les règles générales, notamment le principe de la proportionnalité (3).

1. L'employeur a-t-il traité (ou délégué le traitement) de données ?

- 14 **Données personnelles** – Sont considérées comme données personnelles, toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable (art. 3 let. a LPD)³². Il s'agit, dans les relations de travail, de tous renseignements, indications ou notes concernant la personne du travailleur, et qui portent tant sur sa vie privée que sur sa vie professionnelle, que le support soit manuel ou informatique, et que les données aient été recueillies par l'employeur lui-même ou par un tiers auquel il a confié cette tâche³³.

²⁷ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Travail.

²⁸ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Surveillance.

²⁹ Message 1988 (LPD), p. 494 ; FLUECKIGER, N 358, p. 106 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Travail, N 2.2.2, p. 6. Cf. également l'avis de droit du Préposé fédéral à la protection des données du 11 juillet 2001, in : JAAC 65 (2001) N° 99.

³⁰ Cf. ch. 2 de l'annexe à la loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 ; Message 1988, p. 421 (494) ; RO 1993 1945.

³¹ Message 2003 (LPD), p. 1915 ; RO 2007 4983 4992. Voir aussi MEIER, N 232 ss, pp. 132 ss.

³² MEIER, N 418 ss, pp. 197 ss.

³³ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUNNER, N 2 ad art. 328b CO, p. 154.

Données sensibles – Les données sensibles sont les informations confidentielles qu'il convient de traiter avec une discrétion accrue³⁴. La LPD en donne une liste exhaustive : données personnelles sur les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales, la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race, les mesures d'aide sociale, les poursuites ou les sanctions pénales et administratives (cf. art. 3 let. c LPD)³⁵.

15

Profils de personnalité – La LPD assimile aux données personnelles sensibles les profils de personnalité, soit les assemblages de données qui permettent d'apprécier les caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne, comme les tests psychologiques ou les expertises graphologiques (cf. art. 3 let. d LPD)³⁶.

Régime spécifique – La LPD soumet le traitement de données sensibles et des profils de personnalité à des conditions restrictives. Ainsi, lorsque le consentement est requis, il doit être non seulement libre et éclairé, mais également explicite (art. 4 al. 5 LPD)³⁷. Par ailleurs, le maître du fichier a un devoir d'information spécifique à la collecte (art. 14 LPD)³⁸. Enfin, il est interdit de communiquer ces données à des tiers, sans motif justificatif (cf. art. 12 al. 2 let. c LPD)³⁹.

16

Traitement – La LPD donne un sens très vaste à la notion de « traitement » : il s'agit de toute opération relative à des données personnelles quels que soient les moyens et procédés utilisés : collecte, conservation, utilisation, modification, communication, archivage ou destruction de données (cf. art. 3 let. e LPD)⁴⁰.

17

Utilisation de données non retranscrites sur un support – On peut se demander si la LPD s'applique à la simple mémorisation d'une donnée dans la mémoire humaine, sans qu'elle ne soit jamais retranscrite sur un support quelconque⁴¹. Il y a en tous les cas lieu d'admettre l'application de la loi, dès que la donnée personnelle a été communiquée ou simplement utilisée⁴². Comme nous l'avons vu⁴³, les règles sur la protection des données, et en particulier l'art. 328b CO, régissent également l'entretien d'embauche, lequel se déroule par définition sous la forme orale, sans que son contenu ne fasse nécessairement l'objet d'une retranscription écrite⁴⁴.

18

³⁴ AUBERT, Protection, p. 147.

³⁵ FLUECKIGER, N 193 ss, pp. 59 s. ; MEIER, N 469 ss, pp. 215 ss.

³⁶ FLUECKIGER, N 198 et 199, pp. 60 s. ; MEIER, N 506 ss, pp. 224 ss.

³⁷ MEIER, N 897 ss, pp. 341 ss.

³⁸ MEIER, N 909 ss, pp. 435 ss.

³⁹ MEIER, N 1566 ss, pp. 522 s.

⁴⁰ MEIER, N 519 ss, pp. 229 ss.

⁴¹ FLUECKIGER, N 157 ss, pp. 49 ss.

⁴² MEIER, N 527, pp. 231 s.

⁴³ Cf. *supra* N 5. Voir également *infra* N 44.

⁴⁴ PORTMANN, BaK 2011, N 4 ad art. 328b CO, p. 1946.

- 19 **Fichier** – Le fichier est un ensemble de données organisé de telle manière que les données peuvent être recherchées par personne concernée (art. 3 let. g LPD)⁴⁵. La plupart des entreprises détiennent des fichiers concernant leurs employés (dossiers personnels « papier », fichiers électroniques, etc.). L'employeur en est généralement le maître, soit la personne qui décide du but et du contenu du fichier (cf. art. 3 let. i LPD)⁴⁶.
- 20 **Déclaration des fichiers** – Selon la LPD, le maître du fichier a en principe l'obligation de le déclarer au Préposé fédéral lorsqu'il traite régulièrement des données sensibles ou des profils de personnalité, ou lorsqu'il communique régulièrement des données personnelles à des tiers (cf. art. 11a al. 3 LPD), ce qui est généralement le cas des employeurs. La loi prévoit cependant des exceptions, notamment si les données sont traitées en vertu d'une obligation légale (cf. art. 11a al. 5 let. a LPD)⁴⁷. Le Préposé fédéral admet que l'employeur n'est en principe pas tenu de déclarer les fichiers dans la mesure où diverses lois (CO, droit des assurances sociales et droit fiscal) l'obligent à traiter des données de ses employés⁴⁸.
- 21 **Délégation du traitement** – Les entreprises recourent de plus en plus souvent à l'externalisation (*outsourcing*) du traitement de certaines données relatives à leurs employés, notamment la gestion administrative des salaires. Selon la LPD, l'externalisation est autorisée aux conditions cumulatives suivantes (cf. art. 10a LPD) : la délégation se fonde sur une convention entre l'employeur et le mandataire ; celui-ci ne procède qu'à des traitements que l'employeur lui-même serait en droit de faire ; aucune obligation légale ou contractuelle de garder le secret n'interdit le traitement de données par le mandataire⁴⁹. Lorsque ces conditions sont remplies, le mandataire peut également traiter de données sensibles ou de profils de personnalité⁵⁰.
- 22 **Groupement de sociétés** – En cas de groupe de sociétés, la société-mère ne peut déléguer le traitement à une succursale ou à une autre société du même groupe (ou vice-versa) que si les conditions de l'art. 10a LPD sont remplies⁵¹. Par ailleurs, si la société-mère a son siège en Suisse et qu'elle délègue le traitement de ses données à une filiale à l'étranger, les règles relatives à la communication transfrontalière de données personnelles devront être observées (cf. art. 6 al. 1 et al. 2 let. g LPD)⁵².

⁴⁵ MEIER, N 556 ss, pp. 239 ss.

⁴⁶ MEIER, N 577 ss, pp. 245 ss.

⁴⁷ MEIER, N 1482 ss, pp. 497 ss.

⁴⁸ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Travail, N 3.2.2, p. 12. Voir aussi MEIER, N 1486, p. 498.

⁴⁹ MEIER, N 1188 ss, pp. 420 ss.

⁵⁰ MEIER, N 1205, p. 424.

⁵¹ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Travail, N 2.1.3, p. 5.

⁵² MEIER, N 1270, p. 442 et N 1391 ss, pp. 474 ss.

Communication de données à l'étranger – La communication de données personnelles à l'étranger est soumise à des conditions particulières⁵³. Elle est en principe interdite lorsque la législation du pays concerné n'assure pas une protection adéquate en matière de protection des données (art. 6 al. 1 LPD)⁵⁴. Le Préposé fédéral publie une liste des Etats qui disposent d'une législation assurant un niveau de protection adéquat (art. 7 OLPD). Cette liste n'a toutefois pas de valeur contraignante et ne lie pas le juge en cas de litige⁵⁵. Selon l'art. 6 al. 2 LPD, il peut être suppléé à l'absence de garanties législatives suffisantes par des garanties d'une autre nature, notamment contractuelles (let. a)⁵⁶. L'employeur doit alors en informer le Préposé fédéral (art. 6 al. 3 LPD), lequel vérifiera que les garanties données sont suffisantes⁵⁷. Notons que l'art. 6 LPD ne s'applique pas à un site web (cf. art. 5 OLPD)⁵⁸ !

23

Communication de données dans le cadre d'une « due diligence » – La « due diligence » est une procédure préalable à la conclusion d'un contrat visant, par exemple, le transfert d'une entreprise, une fusion ou une scission⁵⁹. Elle peut impliquer la transmission de données personnelles concernant certains travailleurs de l'entreprise et un risque important d'atteinte illicite à leur personnalité. Par voie de conséquence, la transmission de données personnelles ne sera admise que dans des limites étroites⁶⁰.

24

2. L'employeur peut-il se prévaloir d'un motif justificatif ?

Principes – Tout traitement de données relatif à un employé constitue une atteinte illicite à sa personnalité, au sens des articles 328 et 328b CO, à moins qu'il ne repose sur un motif justificatif⁶¹. Un tel motif peut résulter de la loi, en particulier de l'art. 328b CO, d'un intérêt prépondérant privé ou public, ou du consentement de la victime (cf. art. 13 al. 1 LPD)⁶². Pour apprécier un cas concret, l'on procèdera à une pesée des intérêts (cf. art. 4 CC) dans laquelle on tiendra compte de l'ensemble des circonstances, notamment de la nature de l'emploi, et des intérêts en présence (cf. art. 13 al. 2 LPD)⁶³. Il y a donc lieu de prendre également en considération les intérêts légitimes de l'employeur qui sont

25

⁵³ FLUECKIGER, N 269 ss, pp. 82 ss ; MEIER, N 1246 ss, pp. 436 ss.

⁵⁴ FAVRE/TERCIER, N 3550, p. 527.

⁵⁵ MEIER, N 1306, p. 450.

⁵⁶ MEIER, N 1312 ss, pp. 452 ss.

⁵⁷ CARRUZZO, N 18 ad art. 328b CO, pp. 335 ss ; MEIER, N 1322 ss, pp. 455 ss.

⁵⁸ MEIER, N 1274 ss, pp. 443 s.

⁵⁹ BALZAN, Panorama II, p. 10.

⁶⁰ BALZAN, Panorama II, pp. 10 ss.

⁶¹ AUBERT, Protection, pp. 149 s.

⁶² MEIER, N 1594 ss, pp. 528 ss ; PORTMANN, BaK 2011, N 25 ss ad art. 328b CO, p. 1950.

⁶³ AUBERT, Protection, p. 152.

notamment fondés sur les exigences du travail à effectuer⁶⁴. Quant au consentement du travailleur, il ne peut justifier une atteinte que dans les limites de l'art. 362 CO⁶⁵.

- 26 **Art. 328b CO** – En principe, l'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur « que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail ». Comme l'a souligné le Tribunal fédéral, les données personnelles couvertes par l'art. 328b CO « bénéficient de la présomption légale qu'elles ne portent pas atteinte à la personnalité du travailleur »⁶⁶.
- 27 **Aptitudes du travailleur à remplir son emploi** – Il s'agit des données qui sont nécessaires pour déterminer si le travailleur dispose des capacités professionnelles et personnelles objectivement requises pour remplir son emploi⁶⁷. Sont notamment visés : le cursus scolaire et professionnel, les diplômes et certificats de travail, les connaissances linguistiques, les autorisations d'exercer (professions réglementées) ou encore les allergies à certaines substances⁶⁸.
- 28 **Qualités et opinions personnelles ?** – Le traitement de données plus personnelles, par exemple les opinions du candidat ou du travailleur, n'est en principe pas considéré comme nécessaire pour déterminer les aptitudes à l'emploi du travailleur. Il est donc interdit. Des exceptions seront admises en fonction de la relation de travail et du type d'entreprise⁶⁹. On admet par exemple que, s'agissant d'un poste à responsabilité, certaines qualités personnelles fassent l'objet d'investigations plus poussées : faculté de coopérer et de diriger, confiance en soi, résistance au stress, etc⁷⁰.
- 29 **Données nécessaires à l'exécution du contrat** – Il s'agit de toutes les données qui sont objectivement et matériellement nécessaires à l'exécution du contrat de travail, c'est-à-dire de données dont l'employeur a besoin pour satisfaire à ses obligations légales ou conventionnelles, ainsi qu'à ses prérogatives d'employeur⁷¹ : état civil, date de naissance, nationalité, numéro AVS, domicile, enfants ; références bancaires ; relevé des présences et absences, des vacances et heures

⁶⁴ Cf. dans le présent ouvrage, N 12 ad art. 328 CO.

⁶⁵ Cf. *infra* N 32.

⁶⁶ ATF 130 II 425, c. 3.3. Cf. *supra* N 4.

⁶⁷ MEIER, N 2042, p. 653 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 5 ad art. 328b CO, p. 399 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 328b CO, pp. 581 s.

⁶⁸ MEIER, N 2045, p. 654.

⁶⁹ AUBERT, CR 2012, N 4 ad art. 328b CO, p. 2030.

⁷⁰ MEIER, N 2045, p. 654 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 5 ad art. 328b CO, p. 399 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 328b CO, pp. 581 s.

⁷¹ MEIER, N 2046, p. 654 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 6 ad art. 328b CO, p. 400 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 328b CO, pp. 582 s.

supplémentaires ; fiches de salaire ; évaluation des prestations, avertissements, etc⁷².

Intérêt privé prépondérant – Il s’agit de l’intérêt de l’auteur du traitement ou d’un tiers⁷³. On peut estimer, par exemple, que l’employeur peut se prévaloir, dans certaines circonstances, d’un intérêt prépondérant à pouvoir archiver l’intégralité des e-mails entrants ou sortants, sur une adresse électronique de l’entreprise, afin d’éviter un tri fastidieux⁷⁴. 30

Intérêt public prépondérant – Pour que l’intérêt invoqué soit considéré comme étant de nature publique, il faut que l’atteinte soit destinée à procurer un avantage à la collectivité ou au moins à une pluralité de personnes⁷⁵. L’employeur peut, par exemple, se prévaloir d’un intérêt public à dénoncer pénalement un collaborateur surpris en flagrant délit de téléchargement illégal d’images pornographiques (cf. art. 197 al. 3^{bis} CP)⁷⁶. 31

Consentement du travailleur – Selon l’art. 13 al. 1 LPD, le consentement de la victime peut constituer un motif justificatif de l’atteinte à la personnalité⁷⁷. On rappellera toutefois que l’article 328b CO constitue une disposition relativement impérative, c’est-à-dire à laquelle il ne peut être dérogée au détriment du travailleur (cf. art. 362 CO)⁷⁸. Il en résulte, selon nous, qu’un travailleur ne peut consentir, même de manière libre, informée, voire explicite (cf. art. 4 al. 5 LPD), à un traitement de données allant au-delà de l’art. 328b CO, que dans les limites des articles 341 et 362 CO⁷⁹. Pour que le consentement du travailleur soit valable, il faut ainsi qu’il porte sur une atteinte qui puisse être considérée comme étant dans son propre intérêt⁸⁰. Un tel intérêt existe, par exemple, lorsque l’employé autorise son employeur à communiquer directement à un bailleur ou un prêteur potentiel des indications sur son salaire annuel (remise d’une attestation de salaire)⁸¹. 32

Traitement de données contre la volonté de la personne concernée – Il faut encore noter que, selon le principe général consacré dans la LPD, l’employeur n’a 33

⁷² MEIER, N 2046, pp. 654 s. ; PORTMANN, BaK 2011, N 9 ad art. 328b CO, p. 1947 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 9 ad art. 328b CO, pp. 591s.

⁷³ MEIER, N 1619 ss, p. 536.

⁷⁴ MEIER, N 2039, pp. 651 s.

⁷⁵ MEIER, N 1612, p. 533.

⁷⁶ MEIER, N 2039, p. 652.

⁷⁷ MEIER, N 823 ss, pp. 316 ss.

⁷⁸ BALZAN, Panorama II, pp. 6 s. ; Message 1988 (LPD), p.494 ; CORET, Panorama II, pp. 91 s. ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Travail, N 2.2.2, p. 6.

⁷⁹ PORTMANN, BaK 2011, N 26 ad art. 328b CO, p. 1950. *Contra* : MEIER, N 2040, pp. 652 s.

⁸⁰ Cf. avis de droit du Préposé fédéral à la protection des données du 11 juillet 2001, in : JAAC 65 (2001) N° 99.

⁸¹ CARRUZZO, N 17 ad art. 328b CO, p. 334.

pas le droit de traiter des données personnelles concernant un travailleur contre la volonté expresse de celui-ci, sauf s'il peut se prévaloir de motifs justificatifs (cf. art. 12 al. 2 let. b LPD)⁸².

3. Le traitement respecte-t-il les principes généraux ?

- 34 **Principe** – L'existence d'un motif justificatif ne suffit pas à rendre licite un traitement des données par l'employeur. En effet, comme l'a relevé le Tribunal fédéral, « le procédé utilisé doit, lui aussi, respecter la personnalité des travailleurs, conformément à l'art. 328 CO, et observer les principes généraux du droit, en particulier ceux de la bonne foi et de la proportionnalité »⁸³. Tout traitement de données doit ainsi respecter les principes généraux résultant des art. 4 et 5 LPD. La violation de ces principes fait présumer une atteinte à la personnalité du travailleur (cf. art. 12 al. 2 let. a LPD)⁸⁴.
- 35 **Caractère licite** – Tout traitement de données doit évidemment être licite (art. 4 al. 1 LPD). Le traitement est notamment illicite lorsque la collecte est intervenue au moyen d'un comportement délictueux, comme par exemple la violation de secrets privés (art. 179 CP), l'enregistrement non autorisé de conversation (art. 179^{ter} CP) ou la soustraction de données personnelles (art. 179^{novies} CP)⁸⁵.
- 36 **Bonne foi** – Tout traitement de données doit être effectué conformément au principe de la bonne foi (art. 4 al. 2 LPD ; art. 2 et 3 CC). Il ne doit ainsi pas se faire à l'insu du travailleur, ni conduire à la conservation de renseignements dont l'employeur avait garanti l'élimination⁸⁶.
- 37 **Proportionnalité** – Tout traitement de données doit être effectué conformément au principe de la proportionnalité (art. 4 al. 2 in fine LPD). L'idée principale est que l'employeur ne doit traiter que les données strictement nécessaires, et de la manière la moins intrusive possible⁸⁷.

⁸² CORET, Panorama II, pp. 97 ss ; MEIER, N 2060, pp. 658 s. ; STAEHELIN, ZK 2006, N 8 ad art. 328 b CO, p. 403.

⁸³ ATF 130 II 425, c. 3.3.

⁸⁴ ATF 136 II 508, c. 5, JdT 2011 II 446 (trad.) ; MEIER, N 1541 ss, pp. 514 ss.

⁸⁵ FLUECKIGER, N 201, p. 61 ; MEIER, N 637 ss, pp. 260 ss ; STAEHELIN, ZK 2006, N 8 ad art. 328b CO, p. 401.

⁸⁶ TAF A-8028/2008 du 14 janvier 2009, c. 3.3 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 328b CO, p. 155 ; FLUECKIGER, N 203 ss, pp. 62 ss ; MEIER, N 644 ss, pp. 263 ss ; STAEHELIN, ZK 2006, N 8 ad art. 328b CO, p. 401.

⁸⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 328b CO, p. 155 ; FLUECKIGER, N 208 ss, pp. 64 s. ; MEIER, N 661 ss, pp. 267 ss ; STAEHELIN, ZK 2006, N 8 ad art. 328b CO, p. 401.

Finalité et reconnaissabilité – Tout traitement de données doit être opéré dans le respect du but qui a présidé à la collecte (art. 4 al. 3 LPD)⁸⁸ et qui était reconnaissable par la personne concernée (art. 4 al. 4 LPD)⁸⁹. 38

Exactitude ou qualité – Enfin, tout traitement doit porter sur des données actualisées et conformes à la réalité (art. 5 al. 1 LPD)⁹⁰. 39

III. Principaux cas d'application

Applications multiples – Les cas d'application de traitement de données par l'employeur sont innombrables⁹¹. Nous avons identifié dix thèmes principaux, allant du dossier de candidature à la communication d'informations à des employeurs potentiels, en passant par l'entretien d'embauche, le droit d'accès au dossier ou la cybersurveillance. 40

1. Dossier de candidature

Propriété des documents – Le dossier de candidature contient tous les renseignements utiles sur les qualifications professionnelles du candidat (*curriculum vitae*, diplômes, références, etc.). L'employeur doit traiter les données qu'il contient de manière confidentielle : le dossier ne sera accessible et consulté que par les personnes chargées du recrutement⁹². Le dossier de candidature n'est que prêté à l'employeur et reste donc la propriété du candidat⁹³. Certains documents sont cependant considérés comme étant la propriété de l'employeur : il s'agit des informations et documents qui lui sont spécifiquement destinés (par exemple : lettre de candidature) ou qu'il a lui-même préparés ou recueillis (par exemple : questionnaires, tests graphologiques, renseignements obtenus)⁹⁴. 41

Candidat retenu – Lorsque le candidat est engagé, son dossier de candidature pourra simplement être intégré dans son dossier personnel d'employé de l'entreprise. 42

⁸⁸ FLUECKIGER, N 21 ss, pp. 66 ss ; MEIER, N 716 ss, pp. 281 ss.

⁸⁹ MEIER, N 689 ss, pp. 274 ss.

⁹⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 328b CO, p. 155 ; FLUECKIGER, N 220 ss, pp. 68 s. ; MEIER, N 736 ss, pp. 287 ss.

⁹¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 9 et 10 ad art. 328b CO, pp. 591 ss.

⁹² PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Travail, N 3.1.2, p. 8.

⁹³ ArbG/ZH du 28 octobre 2005, in : JAR 2006, p. 570 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 320 CO, p. 44.

⁹⁴ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Travail, N 3.1.9, p. 11.

43 **Candidat non retenu** – Lorsque le candidat n'est pas engagé, l'employeur est en principe tenu de lui restituer immédiatement tous les documents qui lui appartiennent et de détruire les autres⁹⁵. On réservera les cas particuliers permettant à l'employeur de conserver ces divers documents pendant le temps nécessaire⁹⁶ : le travailleur peut consentir à la conservation du dossier en vue d'un autre poste qui pourrait être repourvu dans un avenir proche ; la loi peut imposer la conservation dans la perspective d'éventuelles prétentions fondées sur la LEg à l'encontre de l'employeur en cas de refus d'embauche (cf. art. 8 LEg).

2. Entretien d'embauche

44 **Problématique** – Selon l'art. 328b CO, seules sont admissibles, lors de la procédure de recrutement, les questions (orales ou résultant d'un questionnaire) qui sont en relation avec l'aptitude du candidat à répondre aux qualifications requises (formation, expérience, compétences professionnelles)⁹⁷. Il n'existe cependant pas de solution schématique, car selon la nature de l'emploi, la protection du travailleur sera plus ou moins étendue⁹⁸. En pratique, la réglementation est souvent inappliquée, d'une part, parce que les personnes concernées en ignorent les subtilités, et d'autre part, parce que la preuve de sa violation peut rarement être apportée (vu l'oralité de l'entretien notamment).

45 **Questions a priori admissibles** – Sont, en principe, considérées comme licites des questions portant sur⁹⁹ :

- les motifs pour lesquels le candidat souhaite quitter son emploi ;
- l'existence d'éventuelles autres activités rémunérées du candidat ;
- le fait de savoir si le candidat est lié par une clause d'interdiction de concurrence au sens des art. 340 ss CO.

46 **Questions a priori inadmissibles** – Sont considérées comme inadmissibles, et donc illicites, des questions qui n'ont pas trait au poste de travail ou à l'activité à exercer, et qui portent atteinte à la sphère privée du candidat ou de ses proches¹⁰⁰. Il en va notamment ainsi, selon le Tribunal fédéral, des questions relatives à une éventuelle séropositivité, aux opinions politiques, à la volonté d'une femme

⁹⁵ ArbG/ZH du 28 octobre 2005, in : JAR 2006, p. 570 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Travail, N 3.1.9, p. 11 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 13 ad art. 328b CO, p. 613.

⁹⁶ MEIER, N 2105 s., p. 677.

⁹⁷ TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, c. 6.2 ; TFA du 2 juillet 1996, c. 3, in : JAR 1997, p. 196 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 7 ad art. 320 CO, p. 46 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Travail, N 3.1.2, p. 8.

⁹⁸ HAUNREITER, p. 288 ; MEIER, N 2088, p. 668 ; PORTMANN, BaK 2011, N 10 ad art. 320 CO, p. 1814.

⁹⁹ AUBERT, Protection, pp. 154 s. ; MEIER, N 2089, pp. 668 s.

¹⁰⁰ MEIER, N 2090, p. 670.

d'avoir des enfants, à la situation familiale, au cercle d'amis et de fréquentation, ou aux tendances sexuelles¹⁰¹.

Questions admissibles dans des cas particuliers – Certaines questions qui sont considérées généralement comme inadmissibles peuvent être tolérées dans des cas particuliers. Il est ainsi, en principe, licite de demander :

47

- à un comptable, un banquier ou un assureur, s'il a une situation financière saine (avec demande de communication d'une attestation de l'Office des poursuites et faillites)¹⁰² ;
- à une danseuse professionnelle, à une mannequin, ou à une personne qui sera chargée de tâches physiquement astreignantes, si elle est enceinte¹⁰³ ;
- à un cadre, s'il aime prendre des initiatives et quels sont ses loisirs¹⁰⁴.

Entreprises dites « à tendance » – Les entreprises dites « à tendance » (*Tendenzbetriebe*) n'ont pas un but essentiellement lucratif, mais exercent une activité à caractère spirituel ou intellectuel, c'est-à-dire politique, confessionnel, syndical, scientifique, artistique, caritatif ou similaire¹⁰⁵. Les travailleurs de ces entreprises sont soumis à un devoir de fidélité accru¹⁰⁶. Il en résulte que la vérification de l'aptitude du candidat à répondre aux qualifications requises peut également dépendre de considérations plus personnelles. Ainsi, lors de l'entretien d'embauche, une question relative à la religion peut être posée au candidat souhaitant travailler comme porte-parole d'une Eglise ou relative à l'appartenance politique au candidat désireux de devenir le secrétaire général d'un parti politique¹⁰⁷.

48

Questions licites : conséquences – Le candidat doit répondre de manière conforme à la vérité à toute question licite¹⁰⁸. Quand l'employeur découvre que l'un de ses travailleurs lui a menti lors de l'entretien d'embauche, il peut être fondé, suivant les cas, à invalider (cf. art. 23ss CO)¹⁰⁹ ou à résilier le contrat avec effet immédiat (cf. art. 337 CO)¹¹⁰, pour autant évidemment que les conditions

49

¹⁰¹ TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, c. 6.2.

¹⁰² CARRUZZO, N 6 ad art. 328b CO, p. 324.

¹⁰³ AUBERT, Protection, p. 157 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 8 ad art. 320 CO, p. 47.

¹⁰⁴ AUBERT, CR 2012, N 4 ad art. 328b CO, p. 2030.

¹⁰⁵ ATF 130 III 699, c. 4.1 = JdT 2006 I 193 = SJ 2005 I 152.

¹⁰⁶ Cf. dans le présent ouvrage, N 18 ad art. 321a CO.

¹⁰⁷ ATF 123 III 129, c. 3b/cc = JdT 1998 I 30 ; TPH/GE du 17 juillet 1986, c. B/4, in : JAR 1989, p. 158 ; HAUNREITER, p. 299.

¹⁰⁸ ATF 132 II 161, c. 4.2, in : RDAF 2007 I 567.

¹⁰⁹ ATF 132 III 242, c. 4.1, JdT 2006 I 49 (trad.), SJ 2006 I 317 (trad.) ; ATF 132 II 161, c. 4.4, in : RDAF 2007 I 567.

¹¹⁰ TF 4A_569/2010 du 14 février 2011, c. 2.5 ; TC/FR du 25 juin 1993, in : RFJ 1994 67.

des dispositions légales pertinentes soient réunies¹¹¹. Par exemple, un employeur exploitant une entreprise de location et de montage d'échafaudages est-il légitimé à résilier avec effet immédiat le contrat de travail d'un manœuvre qui a faussement prétendu, lors de la signature du contrat, qu'il n'avait pas le vertige¹¹². De même, une banque peut se prévaloir d'un juste motif de licenciement à l'encontre d'un employé engagé comme « Senior Private Banker » et membre de la direction, qui a omis, lors de l'entretien d'embauche, de révéler qu'il était au chômage¹¹³.

- 50 **Questions illicites : « droit de mentir »** – La doctrine dominante admet, à juste titre, que lorsqu'une question illicite lui est posée, le candidat a le droit de refuser d'y répondre ou même de mentir¹¹⁴. Ce « droit au mensonge », qui doit être exercé de manière proportionnée, est considéré comme un cas d'application de la légitime défense prévue à l'art. 52 al. 1 CO¹¹⁵. Le droit de mentir ne semble pas avoir été consacré de manière explicite par la jurisprudence¹¹⁶. Sa mise en œuvre demeure toutefois aléatoire et risquée pour le profane, car comme l'a souligné Christian Flückiger : s'il « n'est déjà pas facile, avec du recul, de distinguer si une question est licite ou non, il est encore plus difficile de le faire, de manière instantanée lors d'un entretien d'embauche »¹¹⁷.
- 51 **Conséquences d'un « mensonge légitime »** – Lorsque l'employeur découvre le mensonge du candidat qu'il a engagé, il ne peut se prévaloir ni d'un motif d'invalidation, ni d'un juste motif de licenciement immédiat¹¹⁸. Au contraire, un licenciement du travailleur sera vraisemblablement considéré comme abusif (cf. art. 336 CO)¹¹⁹.
- 52 **Devoir de révéler spontanément** – Le travailleur a en principe l'obligation de révéler spontanément les faits qui rendent son engagement inadéquat et ceux qui

¹¹¹ AUBERT, Protection, p. 166 ; CARRUZZO, N 9 ad art. 328b CO, pp. 325 s. ; FLUECKIGER, N 374 ss, pp. 110 ss ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 ad art. 328b CO, pp. 609 s.

¹¹² TC/FR du 25 juin 1993, in : RFJ 1994, p. 67.

¹¹³ TF 4A_569/2010 du 14 février 2011, c. 2.5.

¹¹⁴ AUBERT, CR 2012, N 5 ad art. 328b CO, p. 2030 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 9 ad art. 320 CO, p. 48 ; CARRUZZO, N 3 ad art. 328b CO, p. 321 ; FLUECKIGER, N 339 ss, pp. 103 ss ; GUILLOD/GIAUQUE, p. 75 ; MEIER, N 2102, pp. 675 s. ; WYLER, pp. 315 s. *Contra* : SUBILIA/DUC, N 3 ss ad art. 320 CO, pp. 91 ss.

¹¹⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 19 ad art. 328b CO, p. 624. Voir également, dans le présent ouvrage, WYLER, N 38 ad art. 320 CO.

¹¹⁶ Cf. cependant la décision de l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral du 27 août 2003, in : JAAC 68 (2004) N° 7, c. 2b.

¹¹⁷ FLUECKIGER, N 354, p. 105.

¹¹⁸ AUBERT, Protection, p. 165 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 9 ad art. 320 CO, p. 48 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 19 ad art. 328b CO, pp. 624 s.

¹¹⁹ CARRUZZO, N 9 ad art. 328b CO, p. 326 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 19 ad art. 328b CO, pp. 624 s.

excluent ou rendent excessivement difficile l'exécution du contrat de travail¹²⁰. Il en va notamment ainsi lorsque la prestation de travail ne pourra pas être exécutée faute de formation ou de capacité professionnelles, en raison d'affections chroniques, ou encore si le travailleur sera manifestement malade ou en cure à la date de la prise d'emploi¹²¹.

Existence d'une procédure pénale – Le candidat peut être obligé de révéler l'existence d'une procédure pénale lorsqu'elle risque concrètement d'empêcher ou de faire largement obstacle à l'exécution du contrat de travail¹²². Le Tribunal fédéral a ainsi considéré qu'une postulante au service de la Direction générale des douanes devait révéler spontanément lors de l'entretien d'embauche qu'elle faisait l'objet d'une poursuite pénale pour homicide, ce qui mettait en cause sa capacité de travail autant sur le plan de la qualité que de la disponibilité en temps. La présomption d'innocence ne légitimait pas la postulante à passer ces éléments sous silence, pas plus que la protection de sa personnalité. En conséquence, son employeur était en droit d'invalider le contrat pour erreur essentielle (cf. art. 24 al. 1 ch. 4 CO) ou dol (cf. art. 28 CO)¹²³. En revanche, les condamnations pénales qui ont été radiées du casier judiciaire n'ont pas à être mentionnées, car l'on considère que le travailleur bénéficie en l'occurrence d'un « droit à l'oubli »¹²⁴.

Impossibilité subjective initiale – Au mois de novembre 1985, un travailleur d'origine roumaine résidant en Suisse, réfugié politique et apatride, avait été engagé par une agence temporaire en qualité de chauffeur de voitures de personnes et loué à la Mission des Etats-Unis à Genève, à l'occasion de la rencontre Reagan-Gorbatchev pendant la durée de la conférence. Apprenant l'origine du travailleur, la Mission des Etats-Unis refusa sa prestation de travail, pour des raisons de sécurité. L'agence temporaire informa le travailleur que son contrat de travail prenait fin avec effet immédiat. Selon le Tribunal des prud'hommes de Genève, le travailleur avait fautivement omis de révéler son statut d'apatride d'origine roumaine. Il se trouvait dans une impossibilité initiale fautive de poursuivre l'exécution de son contrat et ne pouvait en conséquence réclamer le salaire prévu pour la durée de la conférence¹²⁵.

¹²⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 ad art. 328b CO, pp. 606 ss.

¹²¹ ATF 132 II 161, c. 4.2, in : RDAF 2007 I 567.

¹²² ATF 132 II 161, c. 4.2, in : RDAF 2007 I 567.

¹²³ ATF 132 II 161, c. 4.3-4, in : RDAF 2007 I 567.

¹²⁴ AUBERT, Protection, p. 161 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 8 ad art. 320 CO, p. 47.

¹²⁵ TPH/GE du 17 juillet 1986, c. 11, in : JAR 1989, p. 158. Notons que la LPD n'était pas encore en vigueur. Le Tribunal a considéré que le travailleur avait violé son devoir de renseigner lors des pourparlers contractuels.

3. Tests de recrutement et enquêtes

- 55 **Principes** – L’employeur est en droit de soumettre un candidat à un test psychologique ou à un autre test de recrutement pour autant que cela soit nécessaire pour examiner ses aptitudes et que le test ne soit utilisé qu’à cette fin. Le candidat doit être informé de la finalité et de la méthode de sélection¹²⁶. Les frais sont à la charge de l’employeur¹²⁷.
- 56 **Consentement** – Les tests ne peuvent être réalisés sans le consentement du candidat¹²⁸. Selon l’art. 4 al. 5 LPD, le consentement doit être libre et éclairé, et, dans la mesure où un profil de personnalité en résulte, être également explicite. Selon nous, le consentement du candidat ne peut être valablement donné que dans les limites de l’art. 362 CO¹²⁹.
- 57 **Analyse graphologique** – L’envoi d’une lettre de postulation manuscrite ne peut pas être considéré comme un consentement tacite du candidat à la réalisation d’une analyse graphologique, sauf si l’offre d’emploi indiquait clairement qu’il en irait ainsi (cf. art. 14 al. 1 LPD)¹³⁰.
- 58 **Enquête sur le candidat** – Des « Centres d’évaluations » (appelés souvent *Assessment Centers*) proposent aux employeurs d’évaluer de manière approfondie le profil et les compétences des candidats. Certaines méthodes d’investigation et d’évaluation paraissent aboutir à des traitements de données qui ne sont pas compatibles avec les prescriptions de l’art. 328b CO¹³¹. L’employeur en répond (cf. art. 10a al. 1 let. a LPD)¹³². L’employeur n’a, en particulier, pas le droit de faire procéder à des enquêtes détaillées sur la vie et la personne du candidat¹³³. Ainsi, le Tribunal administratif fédéral a admis une requête de mesures provisionnelles du Préposé fédéral tendant à ce qu’une société renonce à fournir aux entreprises des renseignements sur les candidats à l’embauche. Les données communiquées aux futurs employeurs comportaient des profils de personnalité et portaient notamment sur la situation financière, la vie privée, les poursuites ou encore l’âge et le sexe de la personne avec qui le candidat faisait ménage commun¹³⁴.

¹²⁶ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Travail, N 3.1.3, p. 9.

¹²⁷ CARRUZZO, N 10 ad art. 328b CO, p. 327.

¹²⁸ MEIER, N 2107, p. 677.

¹²⁹ Cf. *supra* N 32.

¹³⁰ CARRUZZO, N 10 ad art. 328b CO, p. 327 ; HAUNREITER, p. 297 ; MEIER, N 2113, p. 679 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Travail, N 3.1.3, p. 10. *Contra* : AUBERT, Protection, p. 163.

¹³¹ HUGENTOBLE, pp. 154 ss.

¹³² PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Travail, N 2.2.1, p. 6.

¹³³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 6 ad art. 320 CO, p. 46.

¹³⁴ TAF A-8028/2008 du 14 janvier 2009.

Recherche d'informations sur Internet – La recherche d'informations relative à un candidat sur Internet (appelée *screening*) est une pratique courante¹³⁵. Elle peut être effectuée par l'employeur lui-même (respectivement les personnes chargées du recrutement dans l'entreprise) ou par l'intermédiaire d'une société spécialisée, mandatée par l'employeur. Une telle pratique présente un risque important d'atteinte illicite à la personnalité du candidat dans la mesure où l'employeur sera très vraisemblablement mené à traiter de données qui ne sont pas couvertes par l'un de deux motifs justificatifs prévus à l'art. 328b CO¹³⁶. L'employeur ne devrait donc pas recourir au *screening* sans précautions particulières. Certes, selon les règles générales, il n'y a en principe pas atteinte à la personnalité lorsque la personne concernée a rendu les données accessibles à tout un chacun et ne s'est pas opposée formellement au traitement (art. 12 al. 3 LPD)¹³⁷. Il faut toutefois que l'intéressé ait mis volontairement ses données à la disposition du public¹³⁸. Or, on ne peut pas considérer, par exemple, qu'une personne a voulu rendre accessible à tous les informations communiquées par la mise en ligne de son « profil » sur un réseau social réservé « aux amis » (Facebook, par exemple)¹³⁹. Par ailleurs, personne n'est en mesure de contrôler les informations le concernant qui sont accessibles sur Internet par le biais d'un moteur de recherche (Google, par exemple)¹⁴⁰.

Résultats – Lorsque la candidature n'a pas été retenue, les tests de recrutement doivent en principe être détruits¹⁴¹. En revanche, lorsque le candidat a été engagé, ils pourront être conservés dans son dossier personnel. Le travailleur possède en tout temps un droit d'accès aux résultats des tests, fondé sur l'art. 8 LPD¹⁴².

4. Etat de santé

Données sensibles – Les informations relatives à l'état de santé d'un candidat ou d'un travailleur constituent des données sensibles (cf. art. 3 let. c, ch. 2 LPD)¹⁴³. Elles doivent être traitées avec des précautions particulières. Ainsi, l'employeur, ni d'ailleurs ses organes (cf. art. 55 al. 2 CC) ou auxiliaires (cf. art. 55 et 101 CO), n'est jamais en droit de consulter le dossier médical d'un

¹³⁵ EGLI, N 63.

¹³⁶ EGLI, N 65 ss.

¹³⁷ MEIER, N 1573 ss, pp. 523 ss.

¹³⁸ TAF A-3144/2008 du 27 mai 2009, c. 9.3.5 ; MEIER, N 1579, p. 524.

¹³⁹ EGLI, N 72.

¹⁴⁰ EGLI, N 79.

¹⁴¹ CARRUZZO, N 10 ad art. 328b CO, p. 327.

¹⁴² MEIER, N 2115, p. 679.

¹⁴³ TF 4C.192/2001 du 17 octobre 2001, c. 2b/aa ; GEISER, Betrieb, p. 81.

candidat ou d'un employé¹⁴⁴. Seul le médecin-conseil de l'entreprise peut y accéder, avec le consentement de l'intéressé¹⁴⁵.

- 62 **Entretien d'embauche** – L'employeur est en droit de s'assurer que l'état de santé du candidat lui permettra d'exercer l'emploi convoité. Il peut exiger à cette fin que le candidat se soumette à un examen médical. Lors de l'entretien d'embauche, l'employeur n'est toutefois pas autorisé à poser des questions relatives à l'état de santé du candidat¹⁴⁶. Des questions spécifiques pourront en revanche être posées par le médecin-conseil de l'entreprise lorsque le poste concerné rend les informations complémentaires indispensables : par exemple, risque de transmission d'une maladie contagieuse ou séropositivité pour un employé en contact avec des patients, ou risques pour le travailleur lui-même¹⁴⁷. L'employeur sera même en droit d'attendre qu'un candidat communique spontanément un état de santé ou une maladie susceptibles de l'empêcher de travailler à brève échéance ou de provoquer un risque pour des tiers qui seraient en contact avec lui¹⁴⁸.
- 63 **Examen médical** – Comme indiqué, l'examen médical ne peut porter que sur l'aptitude du candidat ou du travailleur à exercer l'emploi considéré (cf. art. 328b CO). En raison du secret médical et des règles sur la protection de la personnalité, l'employeur ne sera pas informé du diagnostic, mais uniquement des éléments médicaux portant sur l'aptitude à exercer l'activité envisagée¹⁴⁹. Les frais de l'examen sont à la charge de l'employeur¹⁵⁰. En cas de non-engagement, l'expertise médicale ne peut être conservée par l'employeur¹⁵¹.
- 64 **Analyse génétique** – L'art. 21 LAGH prévoit l'interdiction de principe pour l'employeur ou son médecin-conseil d'exiger d'un candidat à un poste de travail ou d'un travailleur déjà engagé qu'il se soumette à une analyse génétique présymptomatique (analyse effectuée dans le but de détecter une prédisposition à une maladie avant l'apparition des symptômes cliniques) ou qu'il communique les résultats d'une telle analyse effectuée par le passé¹⁵². L'art. 22 LAGH réserve des exceptions pour les analyses présymptomatiques visant à prévenir les

¹⁴⁴ Voir aussi ATF 131 V 298, c. 6.

¹⁴⁵ CARRUZZO, N 12 ad art. 328b CO, p. 328.

¹⁴⁶ FLUECKIGER, N 325 ss, pp. 99 ss.

¹⁴⁷ AUBERT, Protection, p. 156.

¹⁴⁸ FLUECKIGER, N 332, p. 101 ; GUILLOD/GIAUQUE, p. 74.

¹⁴⁹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 320 CO, p. 45 ; FLUECKIGER, N 336, p. 102 ; GUILLOD/GIAUQUE, p. 75 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Travail, N 3.1.5, p. 10.

¹⁵⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 320 CO, p. 45.

¹⁵¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 320 CO, p. 45.

¹⁵² GUILLOD, p. 9.

maladies professionnelles et les accidents¹⁵³. Les articles 23 à 25 LAGH prévoient cinq mesures complémentaires destinées à protéger les travailleurs¹⁵⁴.

Questionnaires d'assurances – Les assurances collectives d'indemnités journalières en cas de maladie, ainsi que les caisses de pension étendant leurs prestations au-delà du minimum légal prévoient généralement des réserves en cas de maladies préexistantes (cf., par exemple, art. 331c CO). Le travailleur est ainsi appelé à remplir, à l'attention de ces assurances, des questionnaires de santé détaillés. Ces questionnaires ne devraient être remplis qu'après la conclusion du contrat de travail et être adressés directement par le travailleur aux assurances concernées¹⁵⁵. L'employeur ne peut y avoir accès. Si l'assureur émet une réserve pour une affection précise, l'employeur ne doit pas en connaître les raisons¹⁵⁶. Lorsque l'entreprise gère sa propre caisse maladie, elle est tenue d'assurer une stricte séparation entre le personnel et les fonctions du service du personnel, d'une part, et ceux des services administratifs de la caisse, d'autre part¹⁵⁷. 65

Réticence imputable à l'employeur ? – Dans un cas tranché par une instance cantonale, un employeur a posé à un employé des questions illicites sur son état de santé en l'amenant ainsi, par crainte de se faire licencier, à dissimuler des troubles de la santé, ce qui avait conduit ensuite l'assureur LPP à lui opposer une réticence et à réduire ses prestations. La Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève a considéré que l'employé n'avait pas adopté un comportement de nature à justifier l'atteinte portée à sa personnalité et qu'il existait un lien de causalité adéquate entre l'atteinte illicite commise par l'employeur et le dommage allégué par l'employé. Se considérant dans l'impossibilité de tenir ce dommage pour établi, la Cour a cependant renvoyé la cause au Tribunal des prud'hommes pour complément d'instruction. Le Tribunal fédéral n'est pas entré en matière sur le recours en matière civile interjeté par l'employeur contre cette décision incidente¹⁵⁸. 66

Contrôles médicaux – L'employeur a le droit d'imposer des contrôles médicaux lorsque l'employé allègue une incapacité de travail¹⁵⁹. Le médecin, externe ou interne à l'entreprise, se limitera à indiquer si le travailleur est capable ou non, le degré d'incapacité, la durée prévisible et les tâches qui pourraient éventuellement être confiées au travailleur. En revanche, l'employeur n'a pas le droit de connaître les raisons de l'incapacité¹⁶⁰. 67

¹⁵³ FLUECKIGER, N 446, p. 127 ; GUILLOD, pp. 10 s.

¹⁵⁴ GUILLOD, pp. 11 s.

¹⁵⁵ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 320 CO, p. 45.

¹⁵⁶ CARRUZZO, N 12 ad art. 328b CO, p. 329 ; GUILLOD/GIAUQUE, pp. 62 ss.

¹⁵⁷ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Travail, N 3.1.4, p. 10.

¹⁵⁸ TF 4A_129/2012 du 20 mars 2012.

¹⁵⁹ ATF 125 III 70, c. 6 ; TF 8C_373/2010 du 3 août 2010, c. 6 et 7.

¹⁶⁰ GUILLOD/GIAUQUE, p. 86.

5. Dossier personnel

- 68 **Contenu** – Le dossier personnel du travailleur comporte toutes les données nominatives concernant les rapports de travail, qu’elles documentent la naissance (dossier de candidature, tests de recrutement, etc.), le déroulement (contrat de travail, fiches de salaire, certificats médicaux, évaluations périodiques, etc.), ou, le cas échéant, la fin des rapports de travail (lettre de résiliation)¹⁶¹. Les données du dossier matériel du travailleur peuvent être dispersées dans plusieurs dossiers « papier » ou fichiers électroniques¹⁶².
- 69 **Informations complémentaires** – Il faut rappeler que, selon l’art. 328b CO, l’employeur ne peut traiter que de données qui portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou qui sont nécessaires à l’exécution du contrat de travail. En application de cette disposition, il peut arriver que l’employeur soit autorisé à traiter de nouvelles informations après l’engagement du candidat. Ainsi, une question portant sur l’affiliation syndicale est en principe illicite lors de l’entretien d’embauche, mais peut devenir licite une fois le contrat conclu, lorsqu’elle est nécessaire pour déterminer si le salaire du nouvel employé doit être ou non fixé en fonction des prescriptions d’une convention collective de travail¹⁶³.
- 70 **Qualité des données** – L’employeur est tenu à l’obligation d’exactitude et de mise à jour prévue à l’art. 5 al. 1 LPD. Les informations nominatives caduques doivent être éliminées. Selon le Préposé fédéral, il y a lieu de faire le tri tous les deux ans¹⁶⁴.
- 71 **Accès au dossier** – L’accès aux données personnelles du travailleur ne doit être reconnu qu’à l’intérieur du cercle restreint des seules personnes qui en ont véritablement besoin (cf. art. 9 al. 1 let. a OLPD). Il s’agira, en principe, de l’employeur lui-même, des membres de la direction, des supérieurs hiérarchiques en ligne verticale directe, ainsi que, dans une large mesure, des employés du service des ressources humaines¹⁶⁵.
- 72 **Sécurité des données** – Les données relatives aux travailleurs doivent être protégées contre tout traitement illicite par des mesures organisationnelles et techniques appropriées (art. 7 LPD et 9 OLPD)¹⁶⁶. Ainsi, les personnes autorisées doivent avoir accès uniquement aux données personnelles dont elles ont besoin pour accomplir leurs tâches (art. 9 al. 1 let. g OLPD).

¹⁶¹ MEIER, N 2116, p. 680 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 13 ad art. 328b CO, p. 611.

¹⁶² MEIER, N 2117, p. 680.

¹⁶³ ATF 123 III 129, c. 3b/cc = JdT 1998 I 30.

¹⁶⁴ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Travail, N 3.2.1, p. 12.

¹⁶⁵ CARRUZZO, N 16 ad art. 328b CO, p. 333 ; WYLER, p. 334.

¹⁶⁶ FLUECKIGER, N 277 ss, pp. 84 s. ; MEIER, N 776 ss, pp. 297 ss.

Agences temporaires – Selon l'article 13 al. 1 let. b LSE, l'entreprise de location de services doit disposer d'un « local commercial approprié ». Cela implique que l'entreprise dispose de locaux adéquats permettant le rangement sûr des dossiers et le déroulement confidentiel des entretiens.

73

6. Droit de consulter son dossier

Principe – La LPD consacre le droit d'accès aux données personnelles (art. 8 al. 1 LPD)¹⁶⁷. Par voie de conséquence, les employés ont un droit d'accès aux données les concernant qui sont traitées par leur employeur¹⁶⁸. Ce droit leur permet d'obtenir l'accès à toutes les données des fichiers, et même de connaître leur origine, le but du traitement, les catégories de données personnelles traitées, les participants au fichier et les destinataires des données (art. 8 al. 2 LPD)¹⁶⁹. Les travailleurs peuvent ainsi, du moins théoriquement, vérifier si leur dossier contient des données qui portent atteinte à leur personnalité, soit parce qu'elles sont inexactes, soit parce qu'elles n'ont aucun rapport avec l'exécution du contrat¹⁷⁰. Le droit d'accès est considéré comme la pierre angulaire de la protection des données¹⁷¹. Il n'en demeure pas moins qu'il est encore peu utilisé en pratique, car, le plus souvent, les personnes concernées en ignorent, si ce n'est l'existence, du moins les modalités.

74

Requête écrite – Le travailleur n'a pas un droit d'accès direct à son dossier, mais le droit à se voir communiquer par écrit toutes les données le concernant, sous forme d'imprimés ou de photocopies, voire par voie électronique (cf. art. 8 al. 5 LPD et 1 al. 2 OLPD)¹⁷². Il doit formuler une demande par écrit (art. 1 al. 1 OLPD). Il n'est cependant pas tenu d'établir ou de rendre vraisemblable un intérêt digne de protection ni une atteinte effective ou potentielle à sa personnalité¹⁷³. La requête peut être notifiée en tout temps, même après la fin des rapports de travail¹⁷⁴. Dans la mesure où l'employé ignore en principe si son employeur exploite plusieurs fichiers le concernant, on doit présumer que sa requête constitue une demande globale valant pour tous les fichiers¹⁷⁵.

75

¹⁶⁷ MEIER, N 961 ss, pp. 361 ss.

¹⁶⁸ FLUECKIGER, N 359, p. 107.

¹⁶⁹ MEIER, N 1035 ss, pp. 381 ss.

¹⁷⁰ ATF 120 II 118, c. 3 b, JdT 1995 I 141 (trad.).

¹⁷¹ FLUECKIGER, N 223, p. 69.

¹⁷² ArbG/ZH du 26 juin 2006, c. 1.4, in : JAR 2007, p. 524 ; MEIER, N 1070 ss, pp. 390 ss.

¹⁷³ ArbG/ZH du 26 juin 2006, c. 1.4, in : JAR 2007, p. 524 ; MEIER, N 1063, p. 388.

¹⁷⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 6 ad art. 328 b CO, p. 157 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Travail, N 3.3.3, p. 14.

¹⁷⁵ MEIER, N 1024, p. 379.

- 76 **Obligations de l'employeur** – L'employeur doit communiquer les renseignements sollicités dans un délai de 30 jours suivant la demande écrite (art. 1 al. 4 OLPD). Les parties peuvent toutefois convenir que le travailleur consultera directement les données dans les locaux de l'employeur, au lieu d'en recevoir une copie (art. 1 al. 3 OLPD). Les renseignements doivent en principe être fournis gratuitement (art. 8 al. 5 LPD), sauf si leur communication occasionne un volume de travail considérable (art. 2 al. 1 let. b OLPD), auquel cas une participation financière ne dépassant pas 300 fr. peut être demandée au travailleur (art. 2 al. 2 OLPD)¹⁷⁶.
- 77 **Obligation de véracité** – L'employeur doit respecter le principe de véracité et d'exactitude des renseignements fournis¹⁷⁷. Il lui est par conséquent interdit de posséder un dossier caché (appelé parfois « dossier gris »), parallèle au dossier officiel, contenant des informations confidentielles sur le travailleur¹⁷⁸.
- 78 **Restriction au droit d'accès** – Le maître du fichier (l'employeur) peut refuser totalement ou partiellement, provisoirement ou définitivement, l'accès du travailleur à ses données personnelles, lorsqu'un intérêt personnel prépondérant (art. 9 al. 4 LPD) ou un intérêt prépondérant d'un tiers (art. 9 al. 1 let. b LPD) l'exige, de même que lorsqu'une loi au sens formel le prévoit (art. 9 al. 1 let. a LPD)¹⁷⁹. Il doit alors en indiquer le motif (art. 9 al. 5 LPD).
- 79 **Intérêts prépondérants** – On admet, par exemple, que l'employeur peut refuser le droit d'accès aux notes qu'il a établies à des fins personnelles, aux dossiers relatifs à la planification des besoins en personnel ou aux plans de carrière¹⁸⁰. Il est également en droit de retenir les documents relatifs aux procédures en cours ou aux enquêtes relatives à des soupçons de fraude du travailleur¹⁸¹. A certaines conditions, l'employeur peut aussi refuser de communiquer les données permettant d'identifier les personnes ayant dénoncé des infractions commises par le travailleur¹⁸².
- 80 **Renseignements inexacts** – Si, lors de la consultation, l'employé constate que des renseignements sont inexacts ou portent atteinte à sa personnalité, il est en droit de requérir de l'employeur que ces données soient rectifiées (cf. art. 5 al. 2

¹⁷⁶ MEIER, N 1082 ss, pp. 393 ss.

¹⁷⁷ MEIER, N 1028, p. 380.

¹⁷⁸ AUBERT, Protection, p. 181 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Travail, N 3.2.1, p. 11 ; PORTMANN, BaK 2011, N 32 ad art. 328b CO, p. 1951.

¹⁷⁹ MEIER, N 116 ss, pp. 400 ss ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 15 ad art. 328b CO, pp. 615 ss.

¹⁸⁰ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Travail, N 3.2.3, pp. 12 s.

¹⁸¹ ATF 120 II 118, c. 3 b, JdT 1995 I 141 (trad.) ; AUBERT, Protection, p. 178 ; CARRUZZO, N 14 ad art. 328b CO, p. 331 ; FLUECKIGER, N 359, p. 107.

¹⁸² CARRUZZO, N 14 ad art. 328b CO, p. 332 ; MEIER, N 1146 et 1147, pp. 407 s. Voir aussi, TF du 16 août 2001, c. 3 b, in : SJ 2002 I 38.

LPD)¹⁸³. Comme l'a précisé le Tribunal fédéral, l'intéressé ne peut toutefois requérir que la rectification de données de fait qui se révèlent inexactes. La procédure prévue par la LPD n'a pas pour objet de remettre en cause, après la fin des rapports de travail, les différentes évaluations faites par l'employeur au sujet des prestations de l'employé¹⁸⁴.

Candidat non retenu – Le droit de consultation (et de rectification) appartient aussi au postulant, dont la candidature n'a pas été retenue¹⁸⁵. 81

7. Levée du courrier électronique

Problématique – Il peut arriver que le travailleur soit absent du lieu de travail pendant plusieurs jours (maladie, vacances, service militaire, etc.) et qu'il ne soit pas en mesure de prendre connaissance du courrier électronique adressé sur son adresse professionnelle. Il existera alors un conflit d'intérêts entre le respect de la sphère privée de l'employé et la bonne marche du service¹⁸⁶. La solution au problème dépend notamment de savoir si le travailleur était autorisé ou non à faire une utilisation privée de la messagerie de l'entreprise. 82

Utilisation privée prohibée – On considère que lorsque l'employeur a interdit l'utilisation de la messagerie à des fins privées, tout message reçu ou envoyé sur la boîte électronique professionnelle de l'employé est présumé appartenir à la sphère de l'employeur¹⁸⁷. L'accès à la messagerie de l'employé absent sera donc autorisé¹⁸⁸. L'employeur s'abstiendra cependant, dans la mesure du possible, de prendre connaissance du contenu d'un message privé¹⁸⁹. 83

Utilisation privée autorisée – Lorsque l'employeur a autorisé l'utilisation de la messagerie professionnelle à des fins privées, il lui est en principe prohibé d'accéder aux messages reçus par l'employé absent. Le Préposé fédéral suggère une solution pratique : l'installation d'un message automatique de réponse prédéfini indiquant à l'expéditeur que le destinataire de l'envoi est absent et qu'il peut contacter, si nécessaire, un collègue déterminé. Tout autre moyen, qu'il s'agisse d'une déviation vers la boîte d'un suppléant ou de l'octroi au suppléant d'un droit de consultation de la messagerie de l'absent, comprend un risque élevé de lecture de courriers privés, et par voie de conséquence de violation des règles sur la protection de la personnalité du travailleur absent¹⁹⁰. L'employeur s'expose 84

¹⁸³ MEIER, N 761 ss, pp. 293 ss.

¹⁸⁴ TF 1A.295/2005 du 29 mars 2006, c. 2.4.

¹⁸⁵ AUBERT, Protection, p. 177 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 15 art. 328b CO, p. 614.

¹⁸⁶ COTTIER, p. 105.

¹⁸⁷ CARRUZZO, N 23 ad art. 328b CO, p. 343.

¹⁸⁸ COTTIER, p. 106.

¹⁸⁹ MEIER, N 2176, p. 703.

¹⁹⁰ PRÉPOSÉ FÉDÉRAC, Surveillance, N. 8.5.2.1, p. 25 ; COTTIER, p. 106.

à une action en réparation du tort moral selon les conditions prévues à l'art. 49 CO¹⁹¹.

8. Surveillance du travailleur

- 85 **Problématique** – Il est dans la nature même des relations de travail que l'employeur puisse exercer un certain contrôle sur l'activité et les prestations de son personnel¹⁹². On rappellera que l'une des caractéristiques essentielles du contrat de travail réside dans le lien de subordination unissant le travailleur à son employeur¹⁹³. Il en résulte le droit de l'employeur de donner des directives et instructions, et de vérifier qu'elles ont été respectées par le travailleur¹⁹⁴. Comme l'a relevé le Tribunal fédéral, il est cependant difficile en pratique de faire la distinction entre, d'une part, des simples mesures de surveillance qui tirent leur justification du droit de l'employeur de contrôler la qualité du travail ou le rendement des travailleurs, qui sont, en principe, licites pour autant que les règles sur la protection de la personnalité et des données soient respectées, et d'autre part, des mesures de surveillance qui portent uniquement ou essentiellement sur le comportement des travailleurs, qui sont, en principe, illicites¹⁹⁵.
- 86 **Contrôle du comportement : principe** – Le traitement de données résultant de l'utilisation de systèmes de surveillance ou de contrôle destinés à surveiller le comportement des travailleurs à leur poste de travail est interdit (art. 26 al. 1 OLT3). Ainsi que l'a énoncé le Tribunal fédéral, « même si leurs effets exacts sur la santé ne sont pas définitivement connus [...], il est généralement admis que les systèmes de surveillance induisent le plus souvent chez les personnes observées des sentiments négatifs et détériorent le climat général de l'entreprise et que, par conséquent, ils nuisent au bien-être, à la santé psychique et, finalement, à la capacité de rendement des travailleurs »¹⁹⁶.
- 87 **Contrôle du comportement : exceptions** – On peut déduire de la jurisprudence, et notamment d'un arrêt de principe du Tribunal fédéral¹⁹⁷, qu'un système de surveillance du comportement peut être licite lorsque les conditions suivantes sont remplies :
- le système est justifié par « d'autres raisons » (art. 26 al. 2 OLT3) ;
 - il satisfait un intérêt prépondérant de l'employeur¹⁹⁸ ;

¹⁹¹ CARRUZZO, N 23 ad art. 328b CO, p. 343.

¹⁹² ATF 130 II 425, c. 4.2.

¹⁹³ Cf., dans le présent ouvrage, N 16 ad art. 319 CO.

¹⁹⁴ WYLER, p. 304.

¹⁹⁵ ATF 130 II 425, c. 4.3.

¹⁹⁶ ATF 130 II 425, c. 3.3.

¹⁹⁷ ATF 130 II 425.

¹⁹⁸ SECO, p. 326-1.

- il est conçu et disposé de façon à ne pas porter atteinte à la santé et à la liberté de mouvement des travailleurs (art. 26 al. 2 OLT3) ;
- la surveillance respecte les principes généraux énoncés aux articles 4 et 5 LPD, notamment le principe de la proportionnalité ;
- l'employeur informe les travailleurs sur l'existence du système et ses modalités d'utilisation, la durée de conservation des données et leur destruction¹⁹⁹.

Motifs justificatifs – L'importance des motifs justificatifs (« autres raisons ») invoqués par l'employeur dépend principalement de leur nature, notamment du caractère privé ou public des intérêts qu'ils mettent en jeu, ainsi que des conséquences prévisibles d'une interdiction du système de surveillance incriminé. Le Tribunal fédéral a précisé que lorsque le but poursuivi par l'employeur sert son seul intérêt personnel, il pèsera moins lourd que si d'autres intérêts, de nature privée (intérêts des travailleurs eux-mêmes ou de clients, par exemple) ou publique viennent s'y ajouter²⁰⁰. Sont, en principe, considérés comme des motifs légitimes au sens de l'art. 26 al. 2 OLT3 de recourir à un système de surveillance ou de contrôle²⁰¹ :

88

- les impératifs liés à la prévention des accidents, ainsi qu'à la protection ou la sécurité des personnes et des biens ;
- des motifs tenant à l'organisation ou à la planification du travail (enregistrement des conversations à titre de preuve, localisation des véhicules, etc.) ;
- les objectifs de contrôle du travail (qualité des prestations et du rendement) ou de formation des employés.

Proportionnalité – Selon la jurisprudence, le principe de la proportionnalité se compose de trois volets : la règle d'aptitude ou d'adéquation, qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but visé ; la règle de nécessité qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts en cause ; et la règle de proportionnalité au sens étroit, qui requiert de mettre en balance les effets de la mesure choisie sur la situation des personnes concernées avec le résultat escompté du point de vue du but visé²⁰².

89

Gravité de l'atteinte – La gravité de l'atteinte doit être appréciée en fonction de l'ensemble des circonstances concrètes du cas d'espèce. Selon le Tribunal fédéral, elle « dépend principalement de la nature et de l'ampleur de la surveillance exercée ainsi que du type de moyen utilisé pour la mettre en œuvre. En particulier, selon qu'elle s'exerce directement sur la personne même du travailleur ou qu'elle porte sur un autre aspect, par exemple le résultat de ses

90

¹⁹⁹ WYLER, p. 307.

²⁰⁰ ATF 130 II 425, c. 6.2.

²⁰¹ ATF 130 II 425, c. 4.2 ; MEIER, N 2141, pp. 687 s.

²⁰² ATF 130 II 425, c. 5.2.

prestations (surveillance directe/immédiate ou indirecte/médiate), selon qu'elle englobe toute la personnalité du travailleur (comme peut le faire une surveillance audiovisuelle) ou qu'elle se limite à certaines facettes de sa personne ou de sa personnalité (comme son image, sa voix, sa vitesse d'exécution...), selon qu'elle vise spécifiquement un travailleur ou qu'elle est envisagée plus largement par le nombre de personnes qu'elle touche ou le point de vue qu'elle adopte (surveillance particulière ou générale), selon qu'elle est permanente ou seulement passagère, son intensité et, par conséquent, l'atteinte qu'elle est susceptible de causer à la personnalité et la santé des travailleurs, sera d'une gravité variable. [...]. [S]elon que la surveillance est strictement réglementée ou qu'elle n'est soumise à aucune réglementation précise ou selon que ses résultats sont détruits (instantanément ou à brève échéance) ou qu'ils sont durablement enregistrés sur un support pour être réutilisés (bande-son ou vidéo, fichier informatique...), l'intensité de l'atteinte ne sera pas la même »²⁰³.

91 **Exemples de surveillances admises** – Notre Haute Cour a encore précisé que « c'est moins le type de surveillance ou ses effets comme tels qui vont déterminer si un système de surveillance est admissible ou non, que les motifs qui ont prévalu à sa mise en place ou les buts que poursuit son utilisation »²⁰⁴. Sont, en principe, admissibles, pour autant que toutes les autres conditions soient réalisées :

- la vidéosurveillance des « endroits stratégiques ou sensibles de l'entreprise, tels les extérieurs des bâtiments, les parkings, les accès, les entrées, les guichets, les caisses, les étals, les salles contenant des valeurs ou des documents sensibles ou confidentiels (salle des coffres, archives...) ou encore, dans l'industrie, les lieux abritant des machines, des installations ou des produits dangereux »²⁰⁵ ;
- un système de géolocalisation (GPS) installé sur les véhicules d'une entreprise active dans la vente et la maintenance d'extincteurs incendie, pour contrôler la qualité des prestations des employés, ainsi que pour des motifs de sécurité et d'efficacité²⁰⁶ ;
- un système de géolocalisation (GPS) installé sur les véhicules d'agences de sécurité, d'entreprises de taxi ou de transport routier, permettant de localiser en tout temps et aussi vite que possible la position de chacun des véhicules en service, afin de surveiller l'emploi du temps des employés et d'exercer un certain contrôle sur la qualité des prestations offertes aux clients²⁰⁷ ;

²⁰³ ATF 130 II 425, c. 6.2.

²⁰⁴ ATF 130 II 425, c. 4.1.

²⁰⁵ ATF 130 II 425, c. 4.2 ; TF 6B_536/2009 du 12 novembre 2009, c. 3.4-7, in : SJ 2010 I 394 ; MEIER, N 2149 ss, pp. 693 ss.

²⁰⁶ ATF 130 II 425, c. 5 et 6.

²⁰⁷ ATF 130 II 425, c. 4.2.

- les tests de dépistage de drogue ou d'alcool dans les professions comportant des risques pour le travailleur, des collègues ou des tiers (chauffeur professionnel, chirurgien, contrôleur aérien, grutier, policier, etc.)²⁰⁸ ;
- l'utilisation d'une machine de timbrage (pointeuse) ou d'autres moyens électroniques (cartes magnétiques) pour contrôler l'horaire de travail²⁰⁹ ;
- le relevé des numéros d'appels téléphoniques de l'entreprise, pour vérifier que les appels ont été effectués à des fins professionnelles ou pour permettre une facturation des appels privés²¹⁰ ;
- l'enregistrement des entretiens téléphoniques avec des clients, moyennant l'accord de ces derniers, à titre de preuve de transactions financières en ligne²¹¹ ou aux fins de vérification des performances²¹².

Exemple de surveillance non admise – Ont été considérés, dans les circonstances du cas d'espèce, comme des traitements illicites de données :

92

- l'installation d'une caméra vidéo dans un atelier, pour surveiller le fonctionnement de machines automatiques qui n'étaient pas desservies par du personnel, dans la mesure où la caméra était toujours orientée sur une place de travail où se trouvait un salarié, même si la caméra n'était en général pas enclenchée et qu'elle ne visait pas à la surveillance du personnel²¹³ ;
- un dépistage général de drogue auprès de tous les apprentis d'une entreprise, au début de l'apprentissage et au hasard deux fois dans l'année, dans la mesure où il s'avérait disproportionné à la sauvegarde d'un intérêt prépondérant (sécurité de la place de travail) et qu'il ne pouvait se fonder sur le libre consentement des personnes concernées comme motif justificatif²¹⁴.

Information et consultation des travailleurs – Avant l'installation d'un système de surveillance au sens de l'art. 26 al. 2 OLT3, les travailleurs bénéficient d'un droit à être informés et consultés (cf. art. 5 et 6 OLT3 ; art. 10 let. a Loi sur la

93

²⁰⁸ CARRUZZO, N 12 ad art. 328b CO, p. 328 ; MEIER, N 2220 ss, pp. 719 s. ; WYLER, pp. 308 ss.

²⁰⁹ MEIER, N 2148, p. 692.

²¹⁰ AUBERT, Protection, pp. 171 ss ; WYLER, p. 306.

²¹¹ ATF 130 II 425, c. 4.2.

²¹² PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Travail, N 4.3.2, p. 16.

²¹³ TC/JU du 19 septembre 1989, in : SJ 1990 247. Voir aussi CAPH/GE du 14 octobre 1996, in : JAR 1997, p. 141.

²¹⁴ Jugement de la Commission fédérale de la protection des données du 29 août 2003, in : JAAC 68 (2004) N° 68, c. 3.

participation)²¹⁵. Le but, les possibilités et le contrôle du système de surveillance doivent être discutés avec le personnel²¹⁶.

- 94 **Soupçons d'infractions** – Lorsqu'il soupçonne de manière fondée (sur la base d'indices sérieux et concrets) un employé d'avoir commis ou de s'apprêter à commettre une infraction pénale, l'employeur peut être en droit de mener les enquêtes et d'organiser des mesures de contrôle en vue de sauvegarder les moyens de preuve, d'empêcher la commission de l'infraction ou de préparer des sanctions ou procédures judiciaires ultérieures²¹⁷. Les règles générales sur la protection des données doivent évidemment être scrupuleusement respectées, étant précisé que l'employeur pourra se fonder sur un intérêt prépondérant privé ou un intérêt public, pour ne pas informer préalablement la personne mise en cause des mesures de surveillance qu'il entend prendre à son égard²¹⁸. En principe, le contrôle du bureau, du sac à main, de la voiture de service, du courrier privé ou de la mémoire du téléphone portable de l'entreprise sera effectué en présence de l'intéressé²¹⁹. Dans des cas graves, il est conseillé à l'employeur de dénoncer l'affaire aux autorités pénales compétentes.

9. Cybersurveillance

- 95 **Problématique** – La surveillance de l'utilisation de la messagerie et de l'Internet par les employés n'est pas illicite en soi²²⁰. L'employeur a le droit de contrôler la correcte exécution de la prestation de travail par ses employés, mais aussi de s'assurer du respect de la confidentialité, de la sécurité et de la réputation de l'entreprise²²¹. La surveillance doit évidemment respecter les principes applicables en matière de traitement des données des travailleurs (y compris l'art. 26 OLT3) que nous avons évoqué ci-dessus.
- 96 **Etendue de la surveillance** – Des précautions particulières doivent cependant être prises quant à l'étendue et aux modalités de la surveillance²²². Lorsqu'il a interdit toute utilisation à des fins privées, l'employeur a en principe un droit de

²¹⁵ CAPH/GE du 10 février 2005, c. 5, in : JAR 2006, p. 428 ; STREIFF/VON KAENEL/RU-DOLPH, N 8 ad art. 328b CO, p. 584.

²¹⁶ SECO, p. 326-5.

²¹⁷ GEISER, Untersuchungen, pp. 1052 ss ; STAEGGER/MEIER, N 28 ss.

²¹⁸ TF 9C_785/2010 du 10 juin 2011, c. 6.7.3 ; MEIER, N 2152, p. 695 et N 2211, pp. 715 s. ; STAEGGER/MEIER, N 48 ss.

²¹⁹ GLOOR, p. 139.

²²⁰ COTTIER, p. 96.

²²¹ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Surveillance, pp. 6 s. Voir également, dans le présent ouvrage, N 73 ad art. 321a CO.

²²² COTTIER, pp. 97 ss.

contrôle étendu²²³. Il s'abstiendra cependant, dans la mesure du possible, de prendre connaissance du contenu d'un message privé²²⁴. En revanche, lorsqu'une utilisation privée était autorisée ou tolérée, l'employeur ne devra pas avoir accès (ni a fortiori prendre connaissance du contenu) aux courriels privés des employés²²⁵.

Guide du Préposé fédéral – En l'absence de règles spécifiques dans la législation fédérale ou de jurisprudence déterminante, l'on se référera utilement au Guide du Préposé fédéral relatif à la surveillance de l'utilisation d'Internet et du courrier électronique au lieu de travail²²⁶.

Directives de l'employeur – Il est conseillé à l'employeur d'édicter des directives sur l'utilisation et la surveillance des moyens de communication électroniques²²⁷. Par ailleurs, le Préposé fédéral recommande l'installation préventive de mesures techniques de protection, lesquelles permettront d'éviter la majorité des problèmes potentiels²²⁸.

Contrôles anonymisés – L'employeur peut procéder librement à des contrôles globaux anonymes. Ils porteront sur l'analyse anonymisée en continu et pseudonymisée par sondages des fichiers de journalisation des ordinateurs de l'entreprise, d'un service ou de plusieurs personnes déterminables, mais dont l'identité a été pseudonymisée²²⁹.

Contrôles ciblés – Il ne sera procédé à une analyse nominative que dans le cas où des abus ont été constatés, c'est-à-dire lorsqu'un employé paraît avoir enfreint les dispositions de la loi ou d'un règlement d'utilisation²³⁰. En principe, aucun contrôle nominatif ne doit être ordonné sans information préalable des employés, que celle-ci ait été donnée peu avant le déclenchement concret d'une opération ou antérieurement par la communication d'un règlement d'utilisation²³¹. Les contrôles ciblés doivent être ponctuels et limités dans le temps²³². Une fois le contrôle effectué, le travailleur en sera personnellement informé.

²²³ MEIER, N 2173, p. 702 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 18 ad art. 328b CO, p. 622.

²²⁴ MEIER, N 2176, p. 703.

²²⁵ ArbG/ZH du 10 décembre 2003, in : JAR 2004, p. 606 ; CARRUZZO, N 23 ad art. 328b CO, p. 343 ; COTTIER, p. 100 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Surveillance, pp. 23 ss ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 18 ad art. 328b CO, p. 622 s.

²²⁶ COSTA, N 6 ss ; COTTIER, pp. 85 ss.

²²⁷ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Surveillance, pp. 14 s.

²²⁸ PRÉPOSE FÉDÉRAL, Surveillance, pp. 8 ss.

²²⁹ COTTIER, p. 98 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Surveillance, p. 16.

²³⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 5 ad art. 328 CO, p. 143 ; COTTIER, p. 98 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Surveillance, pp. 18 s. ; MEIER, N 2210, p. 715.

²³¹ COTTIER, pp. 103 ss ; MEIER, N 2207, pp. 712 s. ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Surveillance, p. 18.

²³² COTTIER, p. 102.

101 **Programmes espions** – Il est évidemment interdit de procéder à une surveillance permanente au moyen de l'analyse des fichiers journaux ou par l'installation de programmes espions²³³. L'utilisation d'espionlogiciels (*spywares*) est contraire tant aux règles du droit du travail (art. 328 et 328b CO ; art. 26 OLT3) qu'aux principes généraux de la protection des données (bonne foi et reconnaissance) ²³⁴.

10. Traitement des données après la fin du contrat

102 **Conservation ou destruction des données ?** – On pourrait penser, en bonne logique, que les motifs justificatifs prévus à l'art. 328b CO n'existent plus après la fin du contrat de travail. Il en résulterait que les données personnelles devraient être détruites ou remises au travailleur. On doit cependant tenir compte du fait que l'employeur a l'obligation de conserver certaines données même après la fin du contrat, car leur traitement concerne l'exécution du contrat ou sont justifiées par d'autres obligations légales de l'employeur. La durée de conservation dépend de la catégorie de données concernées²³⁵. Elle est, en principe, de dix ans en ce qui concerne les documents nécessaires aux assurances sociales (cf., par exemple, art. 41 al. 2 LPP), ceux permettant à l'employeur de rédiger un certificat de travail détaillé (cf. art. 127 CO) ou encore, s'agissant des entreprises soumises à l'obligation de tenir une comptabilité, des livres, des pièces comptables et de la correspondance (cf. art. 962 al. 1 CO)²³⁶. La durée est en revanche de cinq ans pour les documents nécessaires à l'employeur pour lui permettre de s'opposer à d'éventuelles prétentions du travailleur relatives, par exemple, au paiement d'heures supplémentaires ou d'un bonus (cf. art. 128 ch. 3 CO)²³⁷. Finalement, l'employeur ne sera tenu de détruire immédiatement qu'une faible quantité de données. Il s'agira, par exemple, des profils de personnalité²³⁸.

103 **Messagerie électronique** – Le dernier jour de travail de l'employé, l'adresse électronique professionnelle qu'il utilise doit être désactivée et sa boîte aux lettres effacée²³⁹. Il faut cependant distinguer deux hypothèses. Lorsqu'il a expressément interdit tout usage privé de la messagerie, l'employeur est en droit de consulter, d'archiver ou de détruire librement les courriels figurant dans la messagerie professionnelle utilisée par l'employé quittant l'entreprise, pour autant qu'il

²³³ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Surveillance, p. 16.

²³⁴ MEIER, N 2213, p. 717.

²³⁵ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Travail, N 3.3.1, p. 14.

²³⁶ Notons cependant qu'il a été jugé que l'art. 328b CO constituait une *lex specialis* par rapport à l'art. 962 CO et qu'en conséquence le travailleur pouvait exiger la destruction des documents (ArbG/ZH du 26 juin 2006, c. 1.8, in : JAR 2007, p. 524).

²³⁷ PORTMANN, BaK 2011, N 46 ad art. 328b CO, p. 1955.

²³⁸ CARRUZZO, N 19 ad art. 328b CO, p. 338.

²³⁹ PREPOSE FEDERAL, Surveillance, p. 25.

s'abstienne de prendre connaissance du contenu d'un (éventuel) message privé. En revanche, lorsqu'un usage privé a été autorisé ou toléré, l'employeur n'a aucun droit d'accéder aux messages privés. Il doit, en conséquence, offrir au travailleur de les récupérer sur un support privé, puis de les effacer des serveurs de l'entreprise²⁴⁰.

Droit à l'image – Les entreprises publient fréquemment sur leur site web ou sur des prospectus des informations relatives à leurs employés. En principe, les listes publiées ne devraient contenir que les données indispensables pour contacter la personne recherchée. Suivant le type d'activité, la publication des photos ainsi que d'informations sur la carrière de certains collaborateurs peut se justifier, notamment pour des raisons d'image de marque de l'entreprise, de valorisation du profil des employés ou pour faciliter la prise de contact par les clients. Lorsque l'employé quitte l'entreprise, les données le concernant doivent être supprimées. Il peut cependant y avoir des exceptions. Un employeur peut, par exemple, se prévaloir d'un intérêt privé prépondérant à utiliser jusqu'à épuisement du stock un prospectus sur lequel figure un employé qui a quitté l'entreprise, dans la mesure notamment où l'ancien employé n'a pas été photographié en gros plan, mais de profil et penché en avant, en compagnie de deux autres collaborateurs de l'entreprise²⁴¹. En revanche, un employé est en principe en droit d'exiger que son nom et sa photo ne figurent plus sur le site internet de l'entreprise après son départ²⁴².

Remise de données à des employeurs potentiels – La communication d'informations entre employeurs n'est licite qu'avec l'accord du travailleur concerné²⁴³. Il faut distinguer plusieurs hypothèses²⁴⁴. Lorsque le nom de l'entreprise est mentionné dans les documents de postulation, l'employeur, respectivement la ou l'une des personnes responsables des ressources humaines, peut renseigner un autre employeur sur la nature et les fonctions exercées par le travailleur dans son entreprise (cf. art. 330a al. 2 CO). L'employeur est également en droit de confirmer l'existence et le contenu d'un certificat de travail présenté par le candidat. Il ne peut, en revanche, fournir d'informations allant au-delà du contenu du certificat de travail ou d'explications complémentaires, sans avoir obtenu l'accord préalable du travailleur²⁴⁵. Cet accord peut résulter du fait que le nom de l'employeur a été mentionné comme référence²⁴⁶. Le travailleur a le droit de

²⁴⁰ CARRUZZO, N 23 ad art. 328b CO, p. 343 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Surveillance, p. 25.

²⁴¹ CAPH/GE du 4 novembre 1998, c. 6, in : JAR 1999, p. 153.

²⁴² SUBILIA/DUC, N 26 ad art. 328b CO, p. 346.

²⁴³ ARbG/BE du 16 août 1994, c. 8, in : JAR 1996, p. 161 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 6 ad art. 320 CO, pp. 45 s. ; CARRUZZO, N 8 ad art. 328b CO, p. 324 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Travail, N 3.1.2, p. 9.

²⁴⁴ MEIER, N 2083 ss, pp. 665 ss.

²⁴⁵ ARbG/BE du 16 août 1994, c. 8, in : JAR 1996, p. 161.

²⁴⁶ MEIER, N 2084, p. 666.

savoir quelles données personnelles ont été communiquées, aussi bien auprès de l'ancien employeur que de l'employeur potentiel (cf. art. 8 LPD). Des appréciations contraires à la réalité engagent la responsabilité de l'employeur²⁴⁷.

- 106 **Droit d'accès** – Le droit d'accès à son dossier personnel (art. 8 LPD) peut également s'exercer après la fin des rapports de travail²⁴⁸.

IV. Voies de droit

- 107 **Responsabilité de l'employeur** – Il incombe à l'employeur, en sa qualité de maître des fichiers (cf. art. 3 let. i LPD), de veiller au respect des règles sur la protection des données par l'ensemble des organes, auxiliaires et employés de l'entreprise²⁴⁹. Il a évidemment la même responsabilité lorsqu'il externalise le traitement de données (cf. art. 10a al. 1 let. a LPD)²⁵⁰.

- 108 **Protection étendue** – L'arsenal législatif sanctionnant un traitement illicite de données au détriment des employés est plus large qu'il n'y paraît. Il faut distinguer la voie civile, la voie administrative et la voie pénale.

1. Voie civile

- 109 **Art. 15 LPD** – Conformément à l'art. 15 LPD, qui renvoie aux articles 28, 28a et 281 CC, les travailleurs (et les postulants²⁵¹) victimes d'une atteinte à leur personnalité par un traitement illicite de données ont, outre les mesures provisionnelles (cf. art. 261 ss CPC), plusieurs actions à leur disposition pour défendre leurs intérêts : actions en interdiction de l'atteinte, en cessation de l'atteinte, en constatation du caractère illicite de l'atteinte, en dommages-intérêts, en réparation du tort moral et en remise du gain (cf. art. 28a CC)²⁵². On y ajoutera le droit à la rectification de données inexactes (cf. art. 5 al. 2 LPD) et le droit d'accès (cf. art. 8 LPD) qui ne requièrent pas une atteinte à la personnalité²⁵³. La preuve de l'atteinte incombe au travailleur, celle d'un éventuel motif justificatif à l'employeur (cf. art. 8 CC)²⁵⁴.

²⁴⁷ TF 4C.379/2002 du 22 avril 2003, c. 2 ; CAPH/GE du 8 septembre 1992, in : JAR 1993, p. 166.

²⁴⁸ MEIER, N 2122, p. 682.

²⁴⁹ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL, Travail, N 2.1.3, p. 5.

²⁵⁰ MEIER, N 1239, p. 433.

²⁵¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 19 ad art. 328b CO, p. 624.

²⁵² MEIER, N 1735 ss, pp. 567 ss ; PORTMANN, BaK 2011, N 29 s. ad art. 328b CO, pp. 1950 s.

²⁵³ MEIER, N 1725, p. 565.

²⁵⁴ MEIER, N 1522, p. 509.

Difficultés pratiques – Malgré cette large palette d’actions à disposition, la protection effective du travailleur est souvent limitée en pratique par la charge de la preuve qui lui incombe. Le travailleur aura, suivant les cas, de grandes difficultés à prouver l’atteinte à sa personnalité, un dommage, une violation du contrat, respectivement un acte illicite, ou le lien de causalité entre la violation et le dommage²⁵⁵.

Tribunal compétent – Pour toute action civile, qu’elle soit fondée sur la loi sur la protection des données, le Code civil, ou le Code des obligations, le travailleur doit pouvoir agir devant la juridiction du travail puisque le litige s’inscrit dans le cadre des rapports de travail et que la protection du travailleur est prévue dans les dispositions sur le contrat de travail (art. 328 et 328b CO)²⁵⁶.

Droit d’accès au dossier – Si l’employeur n’autorise pas un travailleur à consulter son dossier ou refuse sans motifs légitimes de lui en communiquer le contenu, le travailleur peut s’adresser au juge afin qu’il en ordonne l’accès²⁵⁷. Le tribunal statue selon la procédure simplifiée (art. 15 al. 4 LPD). Le droit d’accès est indépendant de toute atteinte à la personnalité²⁵⁸. Inversement, son exercice ne constitue pas un préalable nécessaire à une action en protection de la personnalité²⁵⁹.

Action en rectification ou en destruction de données inexactes – Le travailleur peut requérir que le traitement de données, notamment la communication à des tiers, soit interdit ou que les données soient rectifiées ou détruites (art. 15 al. 1 LPD). Lorsque ni l’exactitude ni l’inexactitude ne peut être prouvée, il y a lieu de joindre une note au dossier du travailleur, faisant état du caractère litigieux des mentions contestées (cf. art. 15 al. 2 LPD)²⁶⁰.

Action en dommages-intérêts ou en réparation du tort moral – Lorsque le travailleur a subi un préjudice résultant d’une atteinte à la personnalité par suite d’un traitement illicite de données dont l’employeur est responsable, il est en droit de solliciter des dommages-intérêts (cf. art. 41 ss/97 ss CO)²⁶¹, ainsi qu’une indemnité pour tort moral (cf. art. 49 CO)²⁶², aux conditions prévues par les

²⁵⁵ FLUECKIGER, N 383 ss, pp. 112 ss ; GUILLOD/GIAUQUE, pp. 80 s.

²⁵⁶ AUBERT, CR 2012, N 1 ad art. 328b CO, p. 2029 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 7 ad art. 328b CO, p. 157 ; MEIER, N 2061, p. 659.

²⁵⁷ MEIER, N 1099 ss, pp. 396 ss.

²⁵⁸ MEIER, N 968, pp. 362 s.

²⁵⁹ MEIER, N 969, p. 363.

²⁶⁰ TF 1A.295/2005 du 29 mars 2006, c. 2.4 ; ArbG/ZH du 26 juin 2006, c. 3, in : JAR 2007, p. 524 ; MEIER, N 1756 ss, pp. 572 ss.

²⁶¹ TF 4C.379/2002 du 22 avril 2003, c. 2 ; CAPH/GE du 8 septembre 1992, in : JAR 1993, p. 166. Voir aussi, dans le présent ouvrage, N 72 ss ad art. 328 CO.

²⁶² ArbG/ZH du 10 décembre 2003, in : JAR 2004, p. 606. Voir aussi, dans le présent ouvrage, N 83 ss ad art. 328 CO.

dispositions légales concernées²⁶³. Ainsi, il a, par exemple, été jugé qu'un employeur peut être tenu de verser des dommages-intérêts à un ancien employé lorsqu'il a fourni de faux renseignements sur son compte qui ont découragé une entreprise de l'engager²⁶⁴.

115 **Qualité pour agir des syndicats** – Selon l'art. 89 al. 1 CPC, les « associations et les autres organisations d'importance nationale ou régionale qui sont habilitées aux termes de leurs statuts à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé peuvent, en leur propre nom, agir pour l'atteinte à la personnalité des membres de ce groupe »²⁶⁵. Les organisations peuvent agir en interdiction, en cessation et en constatation du caractère illicite d'une atteinte (art. 89 al. 2 CPC). En revanche, elles n'ont pas la possibilité de demander des dommages-intérêts ou des réparations morales à la place des travailleurs. Un syndicat peut, par exemple, agir pour solliciter la mise hors service d'une caméra dont l'utilisation porte atteinte aux droits de la personnalité des salariés²⁶⁶.

116 **Protection contre un congé** – Le licenciement notifié à un employé parce qu'il s'est opposé à une atteinte illicite à sa personnalité, par exemple en usant de son « droit de mentir » lors de l'entretien d'embauche²⁶⁷, sera vraisemblablement considéré comme abusif (cf. art. 336 CO)²⁶⁸. Le travailleur licencié dans ces conditions pourra solliciter le paiement de l'indemnité prévue à l'art. 336a CO, en ayant pris soin de respecter les règles de procédure prescrites à l'article 336b CO.

117 **Refus d'embauche discriminatoire** – Une candidate à l'emploi qui se voit refuser un engagement au motif qu'elle a répondu par l'affirmative à la question (illicite) de l'employeur qui souhaitait savoir si elle était enceinte, c'est-à-dire pour un motif discriminatoire au sens de la loi sur l'égalité (cf. art. 3 al. 2 LEg), est fondée à intenter une procédure pour discrimination à l'embauche (cf. art. 8 LEg)²⁶⁹. Elle pourra prétendre à une indemnité, qui n'excédera pas le montant correspondant à trois mois du salaire auquel elle avait droit ou aurait vraisemblablement eu droit (cf. art. 5 al. 2 et 4 LEg)²⁷⁰.

²⁶³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUNNER, N 7 ad art. 328b CO, p. 157 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 328b CO, p. 320.

²⁶⁴ TF 4C.379/2002 du 22 avril 2003, c. 2.

²⁶⁵ Cf. dans le présent ouvrage, N 67 ad art. 328 CO et références citées.

²⁶⁶ TC/JU du 19 septembre 1989, in : SJ 1990 247 (décision rendue avant l'existence du CPC).

²⁶⁷ Cf. *supra* N 50 ss.

²⁶⁸ AUBERT, Protection, pp. 165 s. ; CARRUZZO, N 9 ad art. 328b CO, p. 326 ; FLUECKIGER, N 383, p. 113 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 19 ad art. 328b CO, pp. 624 s.

²⁶⁹ LEMPEN, Commentaire LEg, N 22 ad art. 3 LEg, p. 48.

²⁷⁰ AUBERT, Protection, p. 166 ; CARRUZZO, N 24 ad art. 328 CO, pp. 299 s.

2. Voie administrative

Retrait d'une autorisation – Le non-respect par l'employeur des règles sur la protection de la personnalité et la protection des données peut mener l'autorité administrative compétente à retirer une autorisation précédemment accordée à l'employeur. Par exemple, dans un cas tranché par le Tribunal fédéral, la Direction de la formation professionnelle vaudoise avait retiré l'autorisation accordée à une fondation de former des apprenti(e)s, au motif que les conditions posées à l'engagement des futures candidates étaient hors de propos en matière de formation professionnelle²⁷¹.

118

Interdiction d'un système de surveillance – L'autorité administrative a le pouvoir d'interdire un système illicite de surveillance et de contrôle des travailleurs (cf. art. 26 OLT3). Ainsi, dans une affaire soumise à l'appréciation du Tribunal fédéral, l'Office cantonal genevois de l'inspection et des relations de travail avait exigé le retrait du système de localisation satellite (GPS) installé par l'employeur sur les véhicules de l'entreprise, au motif qu'il mettait en danger la santé psychique des travailleurs en permettant une surveillance systématique, durable, ciblée et préventive de leurs comportements²⁷².

119

Recommandations du Préposé fédéral – Lorsqu'une méthode de traitement de données est susceptible de porter atteinte à la personnalité d'un nombre important de personnes (cf. art. 29 al. 1 let. a LPD), le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence peut établir les faits de sa propre initiative ou à la demande de tiers et, le cas échéant, émettre une recommandation contre le maître du fichier, visant à faire modifier ou faire cesser le comportement (art. 29 al. 3 LPD)²⁷³. La recommandation n'a pas d'effet contraignant²⁷⁴. Toutefois, si elle est acceptée, elle déploie un effet juridique direct sur son destinataire²⁷⁵. Si, au contraire, elle est rejetée ou n'est pas suivie par son destinataire, le Préposé peut porter l'affaire devant le Tribunal administratif fédéral, afin que la recommandation soit dotée d'une force contraignante et exécutoire (art. 29 al. 4 LPD et art. 35 let. b LTAF)²⁷⁶. Le Préposé a, en outre, qualité pour recourir au Tribunal fédéral contre une décision du Tribunal administratif fédéral (art. 29 al. 4 LPD ; art. 89 al. 2 let. d LTF). Dans certaines circonstances, le Préposé fédéral a le droit de requérir des mesures provisionnelles du Président du Tribunal administratif fédéral (cf. art. 33 al. 2 LPD), en cours d'instruction déjà, soit avant d'avoir émis

120

²⁷¹ TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008.

²⁷² ATF 130 III 425. Pour les raisons évoquées *supra* N 88 ss, le Tribunal fédéral a cependant considéré que l'installation d'un système GPS n'était pas en soi illicite.

²⁷³ MEIER, N 1898 ss, pp. 611 ss.

²⁷⁴ FLUECKIGER, N 265, p. 81 ; MEIER, N 1919, p. 617.

²⁷⁵ MEIER, N 1925, p. 618.

²⁷⁶ MEIER, N 1926 ss, pp. 619 ss.

une recommandation²⁷⁷. Les arrêts rendus dans le cadre de l'application de l'art. 29 LPD ne lient pas le juge civil ni le juge pénal²⁷⁸.

- 121 **Recommandation relative aux certificats de prévoyance** – Dans une recommandation datée du 8 juillet 2009, le Préposé fédéral avait exigé qu'une fondation de prévoyance adresse les certificats directement aux travailleurs assurés et non à leurs employeurs. La recommandation avait été rejetée par la fondation en question. Par arrêt du 10 avril 2012, le Tribunal administratif fédéral a approuvé la recommandation en considérant que l'envoi des certificats de prévoyance aux entreprises portait atteinte aux principes fondamentaux de la protection des données, ainsi qu'aux droits de la personnalité des travailleurs²⁷⁹.

3. Voie pénale

- 122 **Protection étendue** – Il existe de nombreuses normes pénales, contenues dans diverses lois, qui tendent à réprimer, directement ou indirectement, des atteintes à la personnalité²⁸⁰. Nous nous limiterons ici à citer quelques infractions significatives.

- 123 **Violation du devoir de discrétion** – Selon l'art. 35 al. 1 LPD, la « personne qui, intentionnellement, aura révélé d'une manière illicite des données personnelles secrètes et sensibles ou des profils de la personnalité portés à sa connaissance dans l'exercice d'une profession qui requiert la connaissance de telles données » sera, sur plainte, punie de l'amende²⁸¹. Le comportement demeure punissable alors même que les rapports de travail ont pris fin (art. 35 al. 3 LPD). L'application de l'art. 35 al. 1 LPD aux employeurs est controversée. Selon Meier, un employeur, quel que soit son domaine d'activité, exerce une fonction et des responsabilités à l'égard de ses travailleurs qui l'obligent à protéger leur personnalité et leurs données personnelles²⁸². Il fait donc partie des personnes soumises à l'art. 35 LPD, « plus en raison de son rôle particulier dans la relation contractuelle de travail que parce qu'il est < membre d'une profession > visée par la loi »²⁸³. Notons que le Tribunal de police du district de Neuchâtel a récemment jugé que l'art. 35 LPD ne s'appliquait pas à tous les employeurs, mais unique-

²⁷⁷ TAF A-8028/2008 du 14 janvier 2009, c. 5.1 ; MEIER, N 1944 ss, pp. 622 s.

²⁷⁸ MEIER, N 1942, p. 622.

²⁷⁹ TAF A-4467/2011 du 10 avril 2012.

²⁸⁰ MEIER, N 2011 et 2012, p. 636 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 21 ad art. 328b CO, pp. 627 s.

²⁸¹ MEIER, N 1972 ss, pp. 627 ss.

²⁸² MEIER, N 2001, pp. 633 s.

²⁸³ MEIER, N 2001, p. 634. *Contra* : AUBERT, Protection, p. 187.

ment à certains types de professions (psychologues ou assistants sociaux, par exemple)²⁸⁴.

Violation du domaine secret ou du domaine privé – On mentionnera également que le Code pénal contient plusieurs dispositions réprimant la violation du domaine secret ou de la sphère privée (cf. art. 179 ss CP)²⁸⁵. 124

²⁸⁴ Jugement du Tribunal de police du district de Neuchâtel du 12 janvier 2010, non publié, cause POL.2009.347.

²⁸⁵ PORTMANN, BaK 2011, N 51 ad art. 328b CO, p. 1957.

Art. 329

VIII. Congé hebdomadaire, vacances et congé pour les activités de jeunesse et congé de maternité

1. Congé

¹ L'employeur accorde au travailleur un jour de congé par semaine, en règle générale le dimanche ou, si les circonstances ne le permettent pas, un jour ouvrable entier.

² Il peut exceptionnellement grouper les jours de congé auxquels le travailleur peut prétendre ou accorder deux demi-jours au lieu d'un jour complet, si des conditions particulières le justifient et si le travailleur y consent.

³ Il accorde au surplus au travailleur les heures et jours de congé usuels et, une fois le contrat dénoncé, le temps nécessaire pour chercher un autre emploi.

⁴ Les parties tiennent équitablement compte des intérêts de l'employeur et du travailleur pour fixer les heures et jours de congé.

VIII. Freizeit, Ferien, Urlaub für Jugendarbeit und Mutterschaftsurlaub

1. Freizeit

¹ Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer jede Woche einen freien Tag zu gewähren, in der Regel den Sonntag oder, wo dies nach den Verhältnissen nicht möglich ist, einen vollen Werktag.

² Unter besonderen Umständen können dem Arbeitnehmer mit dessen Zustimmung ausnahmsweise mehrere freie Tage zusammenhängend oder statt eines freien Tages zwei freie Halbtage eingeräumt werden.

³ Dem Arbeitnehmer sind im Übrigen die üblichen freien Stunden und Tage und nach erfolgter Kündigung die für das Aufsuchen einer anderen Arbeitsstelle erforderliche Zeit zu gewähren.

⁴ Bei der Bestimmung der Freizeit ist auf die Interessen des Arbeitgebers wie des Arbeitnehmers angemessen Rücksicht zu nehmen.

VIII. Tempo libero, vacanze, congedo per attività giovanili e congedo di maternità

1. Tempo libero

¹ Il datore di lavoro deve concedere al lavoratore un giorno di libero alla settimana, di regola la domenica o se le circostanze non lo permettono, un giorno feriale intero.

² Se condizioni particolari lo giustificano, il datore di lavoro può, eccezionalmente e con il consenso del lavoratore, raggruppare più giorni di libero a cui questi ha diritto o accordargli due mezze giornate di libero al posto di un giorno intero.

³ Il datore di lavoro deve inoltre concedere al lavoratore le ore e i giorni di libero usuali e, se il contratto è disdetto, il tempo necessario per cercare un altro lavoro.

⁴ Nel determinare il tempo libero si deve tener debitamente conto degli interessi del datore di lavoro e del lavoratore.

Table des matières

	note marginale	page
I. Généralités	1	357
1. Objet et but de la norme.....	1	357
2. Nature, origine et évolution de la norme.....	3	358
II. Congés hebdomadaires et temps libre quotidien	6	358

	note marginale	page
III. Jours fériés	12	360
1. Jour férié fédéral.....	13	360
2. Jours fériés cantonaux et fêtes religieuses.....	17	361
IV. Congés usuels.....	22	363

Bibliographie spécifique

AUBERT DAVID, Le contrat de travail des voyageurs de commerce, Articles 347 à 350a du Code des obligations, thèse, Genève 2010 (cité: AUBERT D.) ; BYRNE-SUTTON PASCALE, Le contrat de travail à temps partiel, thèse, Genève 2000 ; CEROTTINI ERIC, Le droit aux vacances, Etude des articles 329a à d CO, thèse, Lausanne 2001 ; WEBER HANSULRICH, Die Ansprüche auf Freizeit und Ferien nach Schweizerischem Arbeitsrecht, thèse, Berne 1976.

I. Généralités

1. Objet et but de la norme

Objet – L’art. 329 CO traite d’un certain nombre de périodes répondant à la définition dans le langage courant de *temps libre* ou de *congés*. Les périodes en question correspondent soit à du temps libre au sens étroit, soit à une période située en dehors du temps de travail¹, soit à des interruptions du temps de travail. Cette disposition ne traite explicitement que des congés hebdomadaires, des congés usuels et des congés nécessaires à la recherche d’un nouvel emploi. Elle ne traite en revanche pas d’autres congés auxquels le travailleur peut prétendre ou négocier avec son employeur, comme le temps libre quotidien, les jours fériés, un congé intercalaire ou un congé non payé.

But – Le congé hebdomadaire a pour but de protéger la santé physique et psychique du travailleur et doit lui permettre de développer sa personnalité, en disposant du temps libre nécessaire aux relations sociales et aux loisirs. Les congés usuels doivent permettre au travailleur d’interrompre son travail, à la survenance d’événements exceptionnels et personnels ou confessionnels, ainsi qu’en présence d’obligations personnelles urgentes ou ne pouvant pas être réglées en dehors des heures de bureau. Le temps mis à disposition pour rechercher un nouvel emploi à la fin des rapports de travail poursuit le même but, à savoir permettre au travailleur de s’absenter de sa place de travail lorsque cela s’avère nécessaire à l’exécution de telles démarches.

¹ Pour une définition de la notion de temps libre au sens étroit, voir CEROTTINI, pp. 47 s.

2. Nature, origine et évolution de la norme

- 3 **Nature** – Comme indiqué explicitement à l’art. 362 CO, les al. 1, 2 et 3 sont de nature relativement impérative, alors que l’al. 4 est de droit dispositif.
- 4 **Origine** – Dans sa teneur actuelle, l’art. 329 CO est issu, pour l’essentiel, de la loi fédérale du 25 juin 1971 révisant les titres dixième et dixième bis du Code des obligations².
- 5 **Evolution** – Le titre marginal de cet article a été modifié par la loi fédérale du 6 octobre 1989 concernant l’encouragement des activités de jeunesse extrascolaires, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1991³, par l’ajout des termes *congé pour les activités de jeunesse*. Les termes *congé de maternité* ont été ajoutés au même titre marginal dans le cadre de la révision du 3 octobre 2003 de la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2005⁴.

II. Congés hebdomadaires et temps libre quotidien

- 6 **Notion de congé hebdomadaire** – Le congé hebdomadaire correspond à du temps libre au sens étroit, qui se situe en dehors du temps de travail. L’employeur n’a donc aucune prétention à l’obtention de la prestation du travailleur pendant cette période ; par voie de conséquence, le travailleur n’a pas droit à une rémunération durant le congé hebdomadaire, dès lors que le salaire est uniquement une contrepartie de la prestation effectuée durant le temps de travail⁵.
- 7 **Rémunération du congé hebdomadaire** – Les travailleurs journaliers, payés à l’heure ou aux pièces ne bénéficient pas d’une rémunération durant les congés hebdomadaires, sauf accord contraire, conformément à l’al. 1^{er} de l’art. 322 CO. La question ne se pose pas en principe, s’agissant des salariés au mois ou à la semaine, puisque leur rémunération est accordée pour la période donnée, indépendamment du temps libre dont le travailleur bénéficie pendant cette période⁶.

² RO 1971 1449 ; Message 1967, p. 249.

³ RO 1990 2007 ; Message 1987, p. 777.

⁴ RO 2005 1429 ; FF 2002 6998.

⁵ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 329 CO, p. 159 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 329 CO, p. 347, avec référence à un arrêt de la CCiv du TC/FR du 13 janvier 1995, in : RFJ 1995, p. 59 ; CEROTTINI, p. 51 ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 9 ad art. 329 CO, p. 502 ; WYLER, p. 335.

⁶ AUBERT, CR 2012, N 5 ad art. 329 CO, pp. 2032 s. ; CEROTTINI, p. 51 ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 15 ad art. 329 CO, p. 506 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 10 ad art. 329 CO ; WYLER, p. 336.

Temps libre quotidien – Le temps libre quotidien, à savoir le temps qui sépare la fin du temps de travail d'une journée et le début du temps de travail du jour suivant ainsi que les pauses et autres interruptions journalières, dispose du même statut juridique et répond aux mêmes règles en matière de rémunération que le congé hebdomadaire.

8

Portée – L'art. 329 al. 1^{er} et 2 CO précise uniquement que l'employeur doit accorder au travailleur un jour de congé par semaine, en général le dimanche ou, si les circonstances ne le permettent pas, un autre jour de la semaine dans son entier. Ce minimum légal a perdu de son importance avec la généralisation de la semaine de travail de cinq jours. Par ailleurs, cette disposition de droit privé cède le pas aux dispositions impératives, nettement plus précises et restrictives de droit public, figurant dans la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail, s'agissant des entreprises et travailleurs soumis à cette législation⁷.

9

Loi sur le travail⁸ – Les art. 18 à 20 LTr règlent la question du travail les dimanches. L'art. 18 LTr pose le principe de l'interdiction de travailler, du samedi à 23 heures au dimanche à 23 heures, cet intervalle pouvant être avancé ou retardé d'une heure avec l'accord des représentants des travailleurs dans l'entreprise. Les éventuelles dérogations à cette interdiction sont soumises à un régime d'autorisations temporaires ou permanentes, l'accord de chaque travailleur concerné devant être de surcroît obtenu, conformément aux dispositions de l'art. 19 LTr. Cette disposition et l'art. 20 LTr règlent la question de la rémunération majorée et de l'octroi d'un congé compensatoire en cas de travail dominical temporaire⁹, respectivement de l'octroi d'un congé compensatoire en cas de travail dominical régulier.

10

Les art. 15 à 17e et 21 LTr traitent du temps libre quotidien. En vertu de l'art. 15a LTr, le travailleur doit bénéficier d'une durée de repos quotidien d'au moins onze heures consécutives, cette durée pouvant être réduite chez le travailleur adulte à huit heures une fois par semaine, pour autant que la moyenne sur deux semaines atteigne onze heures. L'art. 21 LTr impose en outre à l'employeur de donner une demi-journée supplémentaire de congé par semaine, sauf dans les semaines comprenant un jour chômé, lorsque le temps de travail hebdomadaire est réparti sur plus de cinq jours.

Les pauses journalières doivent correspondre au moins à un quart d'heure, une demi-heure ou une heure si la journée de travail dure respectivement plus de cinq heures et demie, sept heures ou neuf heures, conformément à l'art. 15 LTr. Les art. 17 à 17e LTr régissent les exceptions à l'interdiction du travail de nuit

⁷ Voir art. 1 à 5 LTr (RS 822.11) et 1 à 12 OLT1 (RS 822.111).

⁸ Pour plus de détails sur cette réglementation, voir PORTMANN/PETROVIC, Commentaire LTr, ainsi que les art. 13 à 33 OLT1 notamment.

⁹ Est réputé temporaire le travail dominical qui n'excède pas six dimanches, jours fériés légaux inclus par entreprise et par année civile (art. 40 al. 3 et 4 OLT1).

énoncées à l'art. 16 LTr, et prévoient notamment du temps de repos compensatoire équivalant à 10 % de la durée du travail, lorsque son exécution est périodique, ainsi qu'une majoration du salaire de 25 % lorsque son exécution est temporaire.

- 11 **Impossibilité de bénéficier du temps libre** – Lorsque le travailleur est dans l'impossibilité de profiter d'un congé dominical ou d'une période de temps libre quotidien, par exemple pour cause de maladie, d'accident ou de service militaire, il ne peut pas en obtenir la restitution¹⁰ : cette période se situant en dehors d'une période de travail, une telle obligation ne saurait en effet être mise à la charge de l'employeur.

III. Jours fériés

- 12 **Notion** – Le Code des obligations ne possède pas de disposition régissant les jours fériés. Des normes de droit public fédéral et cantonal arrêtent en revanche les jours durant lesquels il est en principe interdit de travailler¹¹. Les jours fériés avaient initialement pour unique but de permettre la célébration des fêtes religieuses et la commémoration d'événements historiques ou sociaux, justification qui tend à l'heure actuelle à disparaître dans l'esprit des gens, le but de détente et de repos étant désormais placé au premier plan. Les jours fériés correspondent à une période de temps libre au sens étroit, période durant laquelle aucune partie n'a de prétention à faire valoir contre l'autre¹².

1. Jour férié fédéral

- 13 **Disposition constitutionnelle** – En 1994, la Confédération a décrété le 1^{er} août *jour férié chômé assimilé au dimanche* pour toute la Suisse. Cette mesure concernant le jour de la fête nationale a été insérée dans la Constitution fédérale¹³. Elle implique une interdiction de travail.
- 14 **Loi sur le travail** – La réglementation a été reproduite à l'art. 20a al. 1^{er} LTr. Pour les entreprises et travailleurs soumis à la LTr, cette assimilation au dimanche implique une interdiction de travail de principe le 1^{er} août, avec un régime d'exceptions soumises à autorisation, conformément aux dispositions des art. 18, 19 et 27 LTr et 21, 27 et 28 OLT1.

¹⁰ CEROTTINI, p. 51 ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 3 et 9 ad art. 329 CO, p. 499 ; WYLER p. 337.

¹¹ Pour plus de détails sur cette réglementation : PORTMANN/PETROVIC, Commentaire LTr, N 1 ss ad art. 20a LTr, pp. 309 ss.

¹² CEROTTINI, p. 52 ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 6 ad art. 329a CO, p. 520.

¹³ Art. 110 al. 3 Cst : « Le 1^{er} août est le jour de la fête nationale. Il est assimilé aux dimanches du point de vue du droit du travail ; il est rémunéré. »

Ordonnance fédérale – Pour les entreprises ou les travailleurs non soumis à la LTr, l'Ordonnance fédérale du 3 mai 1994 sur la fête nationale¹⁴ prévoit également à son art. 1^{er} al. 1^{er} l'assimilation du jour de la fête nationale à un dimanche.

Le régime d'exceptions est prévu à l'art. 2 al. 2 de cette ordonnance ; le contenu de cet al. demeure toutefois succinct, puisqu'il ne conditionne la possibilité d'occuper un travailleur le 1^{er} août qu'à l'existence d'une situation dans laquelle *les besoins de l'entreprise l'exigent*, sans délimiter les contours d'une telle notion. L'art. 3 de cette ordonnance réserve cependant les dispositions du droit cantonal régissant le repos dominical et les heures d'ouverture des établissements qui servent au commerce de détail, à la restauration ou au divertissement, qui peuvent restreindre plus amplement, voire exclure l'exception à l'interdiction de travailler le 1^{er} août au sens de l'art. 2 al. 2 de l'ordonnance fédérale précitée.

Rémunération et congé compensatoire – Tant l'art. 110 al. 3 Cst que l'art. 1^{er} al. 3 de l'Ordonnance fédérale du 3 mai 1994 sur la fête nationale prévoient expressément la rémunération du travailleur pour cet unique jour férié fédéral. Cette obligation de verser le salaire existe donc également en faveur des travailleurs journaliers, payés à l'heure ou aux pièces, qu'ils soient soumis ou non à la LTr¹⁵.

Lorsque le travailleur soumis à la LTr est appelé à travailler le 1^{er} août, la majoration de sa rémunération, respectivement l'octroi d'un congé compensatoire, suit les règles relatives au travail du dimanche, soit les art. 19 et 20 LTr, voire celles prévues à l'art. 33 al. 4 OLT1.

Pour les travailleurs non soumis à la LTr, l'art. 2 al. 2 de l'Ordonnance fédérale du 30 mai 1994 sur la fête nationale prévoit la compensation du travail dont la durée n'a pas dépassé cinq heures par une période de temps libre d'égale durée ; lorsque la durée dudit travail dépasse cinq heures, elle doit alors être compensée par un jour entier de repos.

Sauf accord contraire, lorsque le jour de la fête nationale tombe sur une autre période de temps libre au sens étroit habituellement non travaillé (dimanche, samedi pour un travailleur employé du lundi au vendredi), celui-ci ne donne droit à aucun jour de remplacement ou de restitution¹⁶.

2. Jours fériés cantonaux et fêtes religieuses

Interdiction de travail – L'art. 20a al. 1^{er} LTr donne la possibilité aux cantons d'assimiler au dimanche jusqu'à huit jours fériés par an au plus et les

¹⁴ RS 116.

¹⁵ PORTMANN/PETROVIC, Commentaire LTr, N 12 ad art. 20a LTr, p. 317.

¹⁶ TF 4A_54/2010 du 4 mai 2010, c. 2 ; TF 4A_478/2009 du 16 décembre 2009, c. 5, in : DTA 2010, p. 23.

fixer différemment selon les régions¹⁷. L'interdiction d'occuper les travailleurs le dimanche s'étend à ces huit jours fériés cantonaux officiels, ainsi que le régime dérogatoire d'autorisations prévu par la LTr¹⁸.

- 18 **Rémunération** – A raison de la primauté du droit privé fédéral et de l'absence de toute introduction par le législateur fédéral d'une obligation de rémunérer ces jours fériés cantonaux dans la législation précitée, les cantons ne peuvent imposer par des dispositions cantonales une obligation de payer le salaire durant ces jours de temps libre¹⁹.

La rémunération des salariés au mois ou à la semaine ne subit aucune réduction à raison des jours fériés cantonaux se situant dans la période concernée, sauf clause conventionnelle ou contractuelle prévoyant expressément le contraire²⁰.

La rémunération des jours fériés s'agissant des travailleurs journaliers, payés à l'heure ou aux pièces, a fait l'objet de controverses en doctrine. Certains auteurs²¹ ont en effet considéré que l'art. 7 let. d du Pacte ONU I²² disposait d'un caractère *self-executing* et donc d'un effet direct en droit suisse au point d'imposer la rémunération des jours fériés légaux pour les travailleurs journaliers, payés à l'heure ou à la pièce.

Dans un arrêt rendu en 2010, le Tribunal fédéral a considéré que cette disposition de droit international n'était pas directement applicable en droit interne, de sorte qu'il n'existe aucune obligation d'indemniser les jours fériés pour les travailleurs payés à l'heure en Suisse²³. Le travail compensatoire, qui peut être imposé par l'employeur dans les limites de l'art. 11 LTr, donnera en revanche lieu à rémunération.

- 19 **Congé compensatoire** – Au même titre que ce qui prévaut pour le jour de la fête nationale, les jours fériés cantonaux qui tombent sur un jour normalement « chômé » ne donnent pas droit à remplacement ou restitution.

¹⁷ La liste des jours fériés cantonaux est disponible sur le site internet du SECO, à l'adresse : « www.seco.admin.ch ».

¹⁸ PORTMANN/PETROVIC, Commentaire LTr, N 16 ad art. 20a LTr, p. 318.

¹⁹ CARRUZZO, N 5 ad art. 329 CO, p. 352 ; PORTMANN/PETROVIC, Commentaire LTr, N 17 ad art. 20a LTr, p. 319 et jurisprudence citée ; WYLER p. 338.

²⁰ CARRUZZO, N 5 ad art. 329 CO, p. 352 ; PORTMANN/PETROVIC, Commentaire LTr, N 18 ad art. 20a LTr, p. 319 ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 15 ad art. 329 CO, p. 506 ; SUBILIA/DUC, N 9 ad art. 329 CO, p. 354 ; TC/JU du 4 mai 1994, in : RJJ 1994, p. 179.

²¹ AUBERT D., p. 303 ; BYRNE-SUTTON, pp. 145 s. ; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 329 CO, p. 160 ; PORTMANN/PETROVIC, Commentaire LTr, N 19 ad art. 20a LTr, p. 320 ; *contra* : REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 15 ad art. 329 CO, p. 506 ; SUBILIA/DUC, N 7 ad art. 329 CO, p. 353.

²² Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (RS 0.103.1).

²³ ATF 136 I 290, c. 2.3.3 = JdT 2011 II 204 = SJ 2010 I 416. Dans le même sens, voir également TF 4A_478/2009 du 16 décembre 2009, c. 5, in : DTA 2010, p. 23, qui n'aborde toutefois pas la question spécifique de l'application directe de l'art. 7 let. d du Pacte ONU I.

Autres jours fériés – Si un canton arrête des jours fériés officiels supplémentaires, ceux-ci ne peuvent être assimilés au dimanche et la LTr ne saurait s'appliquer ; le droit cantonal fixe alors les conséquences d'une telle désignation²⁴. 20

Fêtes religieuses – L'art. 20a al. 2 LTr autorise également le travailleur à interrompre son travail à l'occasion de fêtes religieuses autres que celles assimilées à des jours fériés, moyennant préavis de trois jours²⁵. L'art. 20a LTr prévoit en outre l'obligation d'accorder le temps nécessaire pour assister à une fête religieuse autre que celles prévues aux al. 1^{er} et 2 du même art., sous réserve d'impératifs pour l'entreprise dépassant l'intérêt du travailleur au respect de sa liberté de croyance et à la protection de sa personnalité²⁶. 21

Là encore, sauf accord contraire, le travailleur ne bénéficie d'aucun droit à une rémunération pour le temps octroyé à raison d'une fête religieuse ; l'éventuel travail compensatoire qui peut être demandé par l'employeur, dans les limites arrêtées à l'art. 11 LTr, sera en revanche rémunéré.

IV. Congés usuels

Notion – Les congés usuels, également appelés congés extraordinaires, sont régis par l'art. 329 al. 3 CO. Ils constituent une interruption de travail, accordée en principe à la survenance d'événements exceptionnels personnels et familiaux (mariage, naissance, adoption, visite ou surveillance d'un membre de la famille malade, décès, déménagement) ainsi qu'en présence d'obligations personnelles urgentes ou ne pouvant être réglées en dehors des heures de travail (consultations médicales, démarches administratives ou juridiques, fonction publique, devoirs politiques et religieux, recherche d'un nouvel emploi). 22

Le congé usuel correspond donc à une période durant laquelle le travailleur est en principe apte à fournir sa prestation de travail mais entend en être dispensé pour un motif valable. On aura tendance à être plus restrictif à l'égard des travailleurs employés à temps partiel ou au bénéfice d'un horaire flexible, dès lors qu'ils pourront en principe accomplir plus facilement les tâches en question durant leur temps libre, respectivement durant les heures où leur présence n'est pas obligatoire en entreprise, en dehors des plages-horaires bloquées²⁷.

Durée – Pour ce qui a trait à la date et à la durée des congés, elles doivent être fixées en équité au sens de l'art. 4 CC, selon les circonstances, en tenant compte notamment des besoins de l'employeur et du travailleur, comme indiqué à 23

²⁴ Pour plus de détails sur ces jours fériés surnuméraires, voir PORTMANN/PETROVIC, Commentaire LTr, N 23 ss ad art. 20a LTr, pp. 322 ss.

²⁵ L'art. 329 al. 3 CO prévoit une interruption similaire, sous la forme d'un congé usuel, qui s'applique aux travailleurs non soumis à la LTr.

²⁶ WYLER, p. 339.

²⁷ Dans ce sens, SUBILIA/DUC, N 17 ad art. 329 CO, p. 356 ; WYLER, p. 339.

l'art. 329 al. 4 CO. Les contrats types et conventions collectives contiennent très souvent une liste précise des congés usuels et de leur durée. Cette question est également très fréquemment réglée dans les règlements d'entreprise ou directement dans les contrats individuels. Certains auteurs ont reproduit des règles générales de durée selon le motif du congé²⁸.

- 24 **Rémunération** – Le législateur a expressément renoncé à réglementer la question du paiement du salaire dans le cadre de l'art. 329 al. 3 CO, en estimant qu'elle était en principe réglée par accords individuels ou collectifs²⁹.

Ainsi, en principe, lorsque le congé usuel correspond à une période durant laquelle le travailleur est apte au travail et qu'aucun accord exprès ou tacite ne peut être retenu, notamment au regard de l'art. 322 CO, une rémunération n'est pas due³⁰.

La doctrine majoritaire, quant à elle, fait toutefois la distinction entre les travailleurs salariés au mois ou à la semaine et les travailleurs payés à l'heure ou à la tâche. Pour la première catégorie, ces auteurs considèrent que leur rémunération durant la période donnée ne doit pas faire l'objet d'une réduction à raison des congés usuels accordés, sauf clause conventionnelle ou contractuelle contraire³¹. A l'inverse, les travailleurs de la seconde catégorie n'ont un droit au salaire durant les congés usuels que lorsque ceci est prévu conventionnellement ou contractuellement, voire à raison d'un usage³².

A cet égard, nous nous rallions à l'avis d'Aubert, en ce sens que l'absence de tout accord pour un travailleur au mois ou à la semaine n'implique pas nécessairement l'engagement tacite de son employeur à lui verser une pleine rémunération lors de ses congés usuels. En l'absence de toute obligation fixée par la loi, on ne pourrait admettre qu'elle puisse s'imposer sans autre pour des congés prolongés, comme par exemple une participation en tant que partie à un procès, qui peut durer plusieurs jours, voire semaines d'audience. Compte tenu de cette incertitude, on ne peut que constater l'importance de régler contractuellement ces questions, en vue d'éviter tout litige ultérieur.

- 25 **Application des art. 324a et 324b CO** – Certains motifs justifiant l'octroi d'un congé usuel correspondent en réalité à des situations dans lesquelles le travailleur se trouve empêché de travailler pour une raison inhérente à sa personne et non

²⁸ REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 20 ad art. 329 CO, p. 509 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 13 ad art. 329 CO, p. 414 ; WEBER, p. 77.

²⁹ RO 1971 1461 ; Message 1967, p. 356.

³⁰ TF 4C.298/2005 du 3 janvier 2006, c. 5.2 ; TF du 7 avril 1998, c. 4, in : JAR 1999, p. 232 ; CARRUZZO, N 7 ad art. 329 CO, p. 354 ; SUBILIA/DUC, N 18 ad art. 329 CO, p. 357 ; WYLER, p. 335.

³¹ REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 21 ad art. 329 CO, p. 510 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 18 ad art. 329 CO, p. 416 ; *contra* : AUBERT, CR 2012, N 5 ad art. 329 CO, pp. 2032 s.

³² REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 21 ad art. 329 CO, p. 510 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 18 ad art. 329 CO, p. 416.

fautive. Tel est le cas pour la doctrine majoritaire en présence d'une absence pour cause de mariage, de naissance ou de décès³³. De même, le temps nécessaire à un traitement médical reconnu bénéficiera de la rémunération prévue aux art. 324a et b CO, pour autant que le travailleur concerné soit en mesure de démontrer qu'il ne peut s'y soumettre en dehors de ses heures de travail³⁴. Certains auteurs y associent également les déménagements, les démarches auprès de différents services publics, les consultations auprès d'un médecin ou d'un dentiste³⁵. L'art. 324a CO trouve également application lorsque le travailleur doit prendre soin d'un proche malade à raison d'une obligation légale, pendant le temps nécessaire à la recherche d'une solution de substitution, par exemple l'engagement d'une garde-malade, à charge pour le travailleur concerné d'établir qu'aucune solution de substitution ne pouvait être trouvée d'emblée³⁶. Pour les employés soumis à la LTr, il y a en outre application de l'art. 36 al. 3 LTr, qui prévoit l'octroi d'un congé au travailleur ayant des responsabilités familiales, pour le temps nécessaire à la garde d'un enfant malade, jusqu'à concurrence de trois jours et sur présentation d'un certificat médical.

Recherche d'un emploi – Lorsque le contrat de travail de durée indéterminée est résilié, l'employeur est tenu, à raison de l'art. 329 al. 3 CO, d'accorder au travailleur le temps nécessaire à la recherche d'un autre emploi³⁷. Le droit à l'octroi d'un tel congé est indépendant de l'auteur de la résiliation et doit être accordé tant en cas de licenciement qu'en cas de démission³⁸. Pour les contrats de durée déterminée, l'employeur est également tenu d'octroyer le temps nécessaire à la recherche d'un nouvel emploi, pendant une période dont la durée corres-

26

³³ REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 11 ad art. 324a CO, p. 367 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 329 CO, p. 160 ; WYLER, p. 336 ; *contra* : CARRUZZO, N 7 ad art. 329 CO, p. 355 et SUBILIA/DUC, N 17 ad art. 329 CO, p. 356, s'agissant d'un enterrement.

³⁴ CARRUZZO, N 7 ad art. 329 CO, p. 356 ; SUBILIA/DUC, N 17 ad art. 329 CO, p. 356.

³⁵ REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 11 ad art. 324a CO, p. 367 ; SUBILIA/DUC, N 17 ad art. 329 CO, p. 356 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 17 ad art. 324a CO, p. 285 ; *contra* : CARRUZZO, N 7 ad art. 329 CO, p. 356.

³⁶ TF du 7 avril 1998, c. 3, in : JAR 1999, p. 232 ; CARRUZZO, N 7 ad art. 329 CO, pp. 355 ss ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 11 ad art. 324a CO, p. 367 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 17 ad art. 324a CO, p. 285 ; WYLER, p. 336.

³⁷ CARRUZZO, N 8 ad art. 329 CO, p. 357, précise que ce type de congé comprend les entretiens d'embauche et les contacts téléphoniques, mais non les autres démarches telles que les recherches sur Internet, la lecture des offres d'emploi, la rédaction de lettres de candidature, l'établissement de documents usuels qui peuvent être accomplies en dehors des heures de travail.

³⁸ SUBILIA/DUC, N 16 ad art. 329 CO, p. 356 ; WYLER, p. 337.

pondra aux délais légaux de congé qui auraient été applicables si le contrat avait été de durée indéterminée³⁹.

L'octroi d'un congé pour recherche d'emploi est en outre exclu dans deux situations particulières, soit dès l'instant où le travailleur a retrouvé un travail pour l'échéance des rapports de travail et lorsqu'il est libéré de son obligation de travailler jusqu'à l'issue du délai de congé.

La loi ne précise pas la durée de tels congés. Certaines décisions cantonales ont arrêté le temps nécessaire à une demi-journée par semaine⁴⁰. La doctrine considère que cette durée hebdomadaire peut être inférieure lorsque le délai de congé du travailleur est particulièrement long ou dépasse le minimum légal et qu'il appartient à ce dernier d'apporter à son employeur la preuve de la nécessité d'un congé d'une durée plus importante⁴¹.

La rémunération de ces périodes de recherches d'emploi suit les règles développées précédemment ; nous adhérons à l'avis de Carruzzo, selon lequel il ne saurait y avoir application de l'art. 324a CO pour ce type de congé⁴².

³⁹ AUBERT, CR 2012, N 4 ad art. 329 CO, p. 2032 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 329 CO, p. 160 ; CARRUZZO, N 8 ad art. 329 CO, p. 358 ; SUBILIA/DUC, N 16 ad art. 329 CO, p. 356 ; WYLER, p. 337.

⁴⁰ ArbG/ZH du 21 octobre 1996, in : JAR 1999, p. 201.

⁴¹ CARRUZZO, N 8 ad art. 329 CO, p. 357 ; WYLER, p. 337.

⁴² CARRUZZO, N 8 ad art. 329 CO, p. 357.

Art. 329a

2. Vacances

a. Durée

¹ L'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, quatre semaines de vacances au moins et cinq semaines au moins aux travailleurs jusqu'à l'âge de 20 ans révolus.

² (abrogé)

³ Les vacances sont fixées proportionnellement à la durée des rapports de travail lorsque l'année de service n'est pas complète.

2. Ferien

a. Dauer

¹ Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer jedes Dienstjahr wenigstens vier Wochen, dem Arbeitnehmer bis zum vollendeten 20. Altersjahr wenigstens fünf Wochen Ferien zu gewähren.

² (aufgehoben)

³ Für ein unvollständiges Dienstjahr sind Ferien entsprechend der Dauer des Arbeitsverhältnisses im betreffenden Dienstjahr zu gewähren.

2. Vacanze

a. Durata

¹ Il datore di lavoro deve accordare al lavoratore, ogni anno di lavoro, almeno quattro settimane di vacanza; ai lavoratori sino ai 20 anni compiuti, almeno cinque settimane.

² (abrogato)

³ Per un anno incompleto di lavoro, le vacanze sono date proporzionalmente alla durata del rapporto di lavoro nell'anno considerato.

Table des matières

	note marginale	page
I. Généralités	1	368
1. Notion et but de la norme	1	368
2. Délimitation entre les vacances et les périodes de temps libre, ainsi que d'autres interruptions du temps de travail.....	3	369
3. Nature, origine et évolution de la norme.....	6	369
II. Durée des vacances	8	370
1. Période de référence complète	8	370
2. Période de référence incomplète	12	371
III. Impossibilité de bénéficier du droit aux vacances	17	374

Bibliographie spécifique

AUBERT GABRIEL, Le droit des vacances : quelques problèmes pratiques, in : Le droit du travail en pratique, journées 1990 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1990, pp. 81 ss (cité : Le droit des vacances) ; CEROTTINI ERIC, Le droit aux vacances, étude des articles 329a à d CO, thèse, Lausanne 2001 ; GNAEGI PHILIPPE, Le droit du travailleur au salaire en cas de maladie, in : Le droit du travail en pratique, Zurich 1996 ; ZINSLI MATHIAS, Krankheit im Arbeitsverhältnis, Zurich 1992.

I. Généralités

1. Notion et but de la norme

- 1 **Notion** – La notion de vacances peut être définie comme « le droit du travailleur à une période d'interruption du temps de travail prolongée, continue et rémunérée, ne nécessitant pas de travail compensatoire, dont la durée et les dates sont déterminées à l'avance, durant laquelle le travailleur doit pouvoir effectivement se remettre de la fatigue accumulée en cours d'année et pendant laquelle il dispose d'un libre choix de son emploi du temps dans la limite et le respect de son devoir de fidélité »¹.

Les vacances représentent un droit unique, mais composé d'une double prétention : l'octroi de jours exempts de travail pour se reposer d'une part (le temps de vacances), et le maintien du salaire usuel pendant cette période d'autre part (le salaire afférent aux vacances).

- 2 **But** – Le but des vacances est de permettre au travailleur de se reposer et de se détendre et par ce moyen, de retrouver sa forme physique et psychique². Cette récupération a pour corollaire le maintien et le renouvellement de la capacité de travail à l'issue de la période de vacances. L'employeur ne dispose toutefois pas d'un droit, au sens strict du terme, à voir la capacité de travail de son employé renouvelée au retour des vacances. Tout au plus peut-il sanctionner l'employé qui, de par les activités menées durant ses vacances, n'est pas apte au travail à son retour au travail³.

Le droit aux vacances est essentiellement une émanation du devoir de l'employeur de protéger la personnalité du travailleur ; l'élément de rémunération n'intervient qu'au second plan, et n'a de raison d'être que parce qu'il favorise le but des vacances : le repos du travailleur n'est de la sorte pas menacé par la nécessité de se procurer d'autres revenus pour vivre durant les vacances. Ainsi, sauf circonstances spéciales (comme la fin des rapports de travail), les vacances correspondent essentiellement à un droit à du repos rémunéré, mais non à un droit à de l'argent.

¹ CEROTTINI, p. 80, repris par SUBILIA/DUC, N 2 ad art. 329a CO, pp. 359 s. et WYLER, p. 342.

² Les vacances constituent une période durant laquelle le travailleur doit pouvoir prendre de la distance à l'égard de ses obligations professionnelles, se reposer sans se soucier de son travail. A ce titre, il n'existe pas à notre avis de devoir contractuel pour le travailleur de rester atteignable durant ses vacances. Admettre le contraire reviendrait en effet à limiter dans une trop grande mesure la liberté de choix des activités qu'il entend mener pendant les vacances.

³ A ce sujet, voir CEROTTINI, pp. 162 ss.

2. Délimitation entre les vacances et les périodes de temps libre, ainsi que d'autres interruptions du temps de travail

Temps libre – Les congés hebdomadaires, le temps libre quotidien et les pauses journalières ne peuvent constituer des périodes de vacances et, par voie de conséquence, être décomptés du droit aux vacances annuel de l'employé. En effet, ces périodes ne correspondent pas à du temps de travail durant lequel l'employeur renonce à la prestation de travail, mais à une période de temps libre qui se situe en dehors du temps de travail. Ces périodes sont en outre trop courtes pour permettre au but des vacances de se réaliser. En outre, elles ne sont pas rémunérées, contrairement aux périodes de vacances. Il en est de même des jours fériés, qui ne font pas partie du temps de travail et dont la brièveté s'oppose également à la réalisation du but des vacances. Ainsi, un jour férié se trouvant dans une semaine de vacances ne peut pas être compté dans le capital-vacances annuel⁴. 3

Interruptions du temps de travail – S'agissant des congés compensatoires d'heures supplémentaires ou de travail supplémentaire, ils ne peuvent être décomptés du droit annuel aux vacances, puisqu'ils correspondent précisément à un déplacement du temps libre, respectivement du temps de travail. Les congés extraordinaires régis par l'art. 329 al. 3 CO et les congés pour les activités de jeunesse extrascolaires au sens de l'art. 329e CO ne peuvent pas non plus être assimilés à des périodes de vacances, dès lors qu'il s'agit de périodes en principe dénuées de rémunération. 4

Congé intercalaire – Il arrive que l'employeur accorde des congés intercalaires durant les jours de travail qui séparent un jour férié d'un week-end ou de deux jours fériés, répondant souvent à la dénomination de « pont ». Lorsqu'un travail compensatoire est exigé en contrepartie du congé intercalaire, les jours composant cette période ne peuvent pas être assimilés à des vacances. En revanche, lorsque le pont est accordé sans exigence de travail compensatoire, ce congé peut être considéré comme une part du droit aux vacances fractionnée en jours, pour autant que cette période soit rémunérée et permette au travailleur de se reposer⁵. 5

3. Nature, origine et évolution de la norme

Nature – Comme indiqué explicitement à l'art. 362 CO, les al. 1 et 3 sont de nature relativement impérative. 6

⁴ Message 1982, p. 211 ; CEROTTINI, p. 90 et références doctrinales citées.

⁵ CEROTTINI, p. 56.

- 7 **Origine et évolution** – Le législateur a introduit, par l'intermédiaire de l'art. 341^{bis} al. 1^{er} et concurremment à l'entrée en vigueur de la LTr, la première disposition de droit fédéral régissant notamment la durée des vacances, entrée en vigueur le 1^{er} février 1966⁶. L'art. 329a CO, qui a repris le contenu de l'art. 341^{bis} al. 1^{er} CO s'agissant de la durée des vacances, est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1972, dans le cadre de la révision des titres dixième et dixième bis du Code des obligations⁷. Dans sa teneur actuelle, l'art. 329a CO est issu de la modification législative relative à la révision des dispositions sur les vacances, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1984⁸.

II. Durée des vacances

1. Période de référence complète

- 8 **Année de service ou année civile** – L'art. 329a al. 1^{er} CO prescrit que le droit aux vacances du travailleur doit être déterminé par rapport aux années de service de ce dernier. Cette période annuelle correspond donc à la période de référence légale et ordinaire en matière de droit aux vacances, appelée également « exercice-vacances ». Le fait de retenir l'année de service n'est cependant pas toujours satisfaisant en pratique, notamment lorsque l'entreprise concernée emploie un nombre élevé de travailleurs, l'employeur se trouvant alors confronté à une multitude de dates d'entrée en service. Il est dès lors fréquent de rencontrer des accords individuels ou collectifs qui adoptent un exercice-vacances semblable pour tous les travailleurs. L'année civile est ainsi souvent fixée contractuellement comme exercice-vacances. Il est toutefois important de préciser qu'à défaut de convention entre les parties, l'année de service reste la période de référence.
- 9 **Durée des vacances** – Conformément aux art. 329a al. 1^{er} et 345a al. 3 CO, l'employeur est tenu d'accorder un minimum de cinq semaines de vacances par année de service aux jeunes travailleurs jusqu'à vingt ans révolus et aux apprentis, même au-delà de vingt ans révolus à notre avis. Les autres travailleurs doivent bénéficier du droit annuel minimal de quatre semaines. Conformément à l'art. 362 al. 1^{er} CO, ces dispositions sont de nature relativement impérative; tout accord qui fixe un droit inférieur à ce minimum obligatoire étant frappé de nullité absolue. De par le caractère relativement impératif de cette même disposition, les parties sont en revanche parfaitement en mesure de s'accorder sur l'extension de la durée minimale légale du droit aux vacances.

⁶ RO 1966 57, spéc. 78.

⁷ RO 1971 1461, spéc. 1469 ; Message 1967, p. 249.

⁸ RO 1984 580 ; Message 1982, p. 177.

Age ou ancienneté – La loi ne prévoit aucune augmentation de ces minima à raison de l'âge du travailleur ou selon le nombre d'années de service passées auprès du même employeur⁹. Ainsi, à défaut d'un accord spécifique à ce sujet par accord individuel ou collectif, le travailleur ne peut pas se prévaloir de tels critères pour voir le droit aux vacances légal augmenté. On retrouve cependant souvent de telles dérogations en faveur du travailleur dans les conventions collectives¹⁰.

10

Unité de calcul – La durée du droit annuel aux vacances est fixée en semaines dans la loi. Les travailleurs engagés à temps partiel ou ayant un horaire irrégulier bénéficient des mêmes minima légaux que les travailleurs employés à plein temps. En effet, chaque semaine de vacances au sens de l'art. 329a CO n'est pas composée de sept jours comme dans un calendrier, mais sa durée varie pour chaque travailleur, selon le nombre de jours de travail que ce dernier accomplit pendant une semaine ordinaire¹¹. Pour le travailleur engagé selon un taux d'occupation variable ou bénéficiant d'une rémunération variable, il est nécessaire de connaître le nombre total de jours ou d'heures de travail effectués durant l'année de référence, et de le multiplier par le rapport entre le nombre de semaines de vacances par année et le nombre de semaines durant lesquelles l'employé a effectivement travaillé, pour obtenir le droit annuel aux vacances en jours ou en heures¹².

11

2. Période de référence incomplète

Calcul *pro rata temporis* – Le troisième al. de l'art. 329a CO s'applique aux situations dans lesquelles les rapports de travail envisagés ne couvrent pas l'exercice-vacances annuel, de sorte que le droit aux vacances doit être calculé sur une base mensuelle. La détermination de la durée des vacances s'opère alors par un calcul *pro rata temporis*.

12

⁹ Message 1982, p. 212.

¹⁰ Voir à ce sujet CEROTTINI, pp. 85 ss.

¹¹ Ainsi, le travailleur adulte employé deux jours par semaine bénéficiera, certes, de quatre semaines de vacances par année, mais celles-ci seront uniquement composées de l'équivalent de deux jours de travail ; les jours restants dans chacune des semaines correspondent en effet à du temps libre, voire à une période de travail auprès d'un autre employeur. Pour une conversion du nombre de semaines de vacances en jours de vacances, voir le tableau complet de CEROTTINI, p. 88, repris par WYLER, p. 343.

¹² Ainsi, le travailleur qui bénéficie d'un droit aux vacances de quatre semaines par année de service et qui aura fourni ses services pendant 112 jours durant cette période aura droit à 9,333 jours de vacances (112 multiplié par le rapport de 4 semaines de vacances par année sur 48 semaines de travail par année).

- 13 **Résiliation** – La première situation qui vient à l'esprit est la résiliation du contrat de travail en cours d'exercice-vacances, soit à une date qui ne correspond pas à celle du terme de l'année de service ou l'année civile. Il est alors nécessaire d'arrêter le rapport entre la durée des relations contractuelles et l'année de référence complète. Si la période de référence complète pour les vacances correspond à l'année civile et que les rapports de service du travailleur se terminent le 30 septembre, celui-ci n'aura travaillé que neuf mois durant l'année en question ; le droit aux vacances auquel peut prétendre le travailleur dans cette période ne correspondra qu'aux trois-quarts du quota annuel.
- 14 **Entrée en service** – L'engagement d'un travailleur en cours d'année nécessite également un calcul au *pro rata*, lorsque la période de référence en matière de vacances correspond à l'année civile. Ainsi, le travailleur engagé le 1^{er} octobre aura droit à un quart de son droit aux vacances annuel jusqu'à la fin de l'année civile en question, puis obtiendra son droit complet chaque année civile suivante.
- 15 **Modification du droit aux vacances** – Un calcul proportionnel peut également être nécessaire, alors même que les rapports de services sont complets durant l'année de référence. Tel est le cas lorsqu'un événement propre à modifier l'ampleur du droit annuel aux vacances se produit au cours de l'exercice-vacances. Il faut alors scinder la période de référence annuelle en deux périodes distinctes, chacune d'elles ayant pour base un droit annuel dont la durée diffère. L'un des cas à envisager est celui du jeune travailleur qui l'année de ses vingt ans bénéficie d'un droit aux vacances de cinq semaines jusqu'à son anniversaire et qui voit ensuite ce droit ramené à quatre semaines. Pour des raisons éminemment pratiques, l'OFIAMT¹³ a précisé à juste titre que les termes *jusqu'à vingt ans révolus* ne doivent pas être pris à la lettre pour déterminer les deux périodes, sous peine de compliquer à l'excès le calcul au *pro rata*. Il faut donc comprendre que le jeune travailleur a droit à cinq semaines de vacances jusqu'à la fin du mois durant lequel il fête ses vingt ans et non pas jusqu'au jour même de son anniversaire. Ainsi, le travailleur qui a vingt ans pendant le mois de mars voit son droit aux vacances correspondre pour les trois premiers mois de l'année à un quart de la base annuelle de cinq semaines et pour les neuf mois suivants aux trois quarts de la base annuelle de quatre semaines. Nous pensons qu'il faut aussi calculer de la sorte, lorsque le droit aux vacances est augmenté au-delà des minima légaux, selon un système progressif basé sur l'âge du travailleur.
- 16 **Méthode de calcul**¹⁴ – Pour déterminer le droit aux vacances à octroyer intégralement dans une période de référence incomplète, il y a lieu d'utiliser l'équation suivante¹⁵:

¹³ In : DTA 1988, p. 43.

¹⁴ Pour une explication détaillée de la méthode de calcul et de ses paramètres, voir AUBERT, Le droit des vacances, pp. 113 ss et CEROTTINI, pp. 97 ss.

a = Nombre de mois dans la période de référence incomplète

b = Nombre de semaines de vacances par année de service ou civile

c = Nombre de jour(s) de travail par semaine

d = Nombre de semaine(s) de vacances dont le travailleur a déjà bénéficié pendant la période de référence (paramètre « a »).

$\frac{a \times b \times c}{12} =$	Nombre de jours de vacances dont le travailleur doit bénéficier intégralement DANS la période de référence

En revanche, lorsque l'exercice-vacances est interrompu ensuite d'une résiliation des rapports de travail, alors que le travailleur n'a pas profité de son droit aux vacances ou du moins ne l'a fait que partiellement, et qu'il ne peut plus en profiter avant le terme des relations contractuelles, il y aura lieu de procéder à un calcul, non pas *dans la période* comme évoqué ci-dessus, mais à un calcul *après période*.

L'équation suivante doit être appliquée si le travailleur n'a absolument pas bénéficié d'un quelconque jour de vacances avant la fin de la période de référence :

$\frac{13 \times a \times b \times c}{3 \times (52 - b)} =$	Nombre de jours de vacances dont le travailleur doit bénéficier intégralement APRÈS la période de référence

En revanche, si le travailleur a partiellement bénéficié de son droit aux vacances durant la période de référence et qu'il faut calculer l'étendue du solde de vacances à prendre après ladite période, il faut utiliser l'équation suivante :

$\left[\left(\frac{a \times b \times c}{12} \right) - (d \times c) \right] \times \left(\frac{b}{52 - b} + 1 \right) =$	Solde de jours de vacances à prendre APRÈS la période de référence

Ce calcul *après période* s'avère également nécessaire pour arrêter le montant du salaire afférent aux vacances des travailleurs soumis à un horaire ou une rémunération variable¹⁶.

¹⁵ Pour disposer d'un tableau permettant de visualiser le nombre de jours de vacances dont le travailleur doit bénéficier intégralement dans chaque mois de travail, voir CEROTTINI, p. 101, repris par SUBILIA/DUC, N 9 ad art. 329a CO, p. 362.

¹⁶ Voir dans le présent ouvrage, commentaire ad art. 329d CO.

III. Impossibilité de bénéficier du droit aux vacances

- 17 **Empêchements** – Certains événements, lorsqu'ils se produisent pendant une période de vacances, sont de nature à empêcher la réalisation du but des vacances, à savoir le repos et la distraction. La maladie et l'accident sont les premiers cas d'empêchement qui viennent à l'esprit et qui sont les plus fréquemment rencontrés en pratique¹⁷. Certaines maladies vont entraîner une diminution des forces physiques ou psychiques du travailleur, au point de rendre illusoire toute concrétisation du but des vacances. D'autres affections, en revanche, n'auront pas de véritable impact sur la capacité du travailleur à profiter de ses vacances. Sa santé est certes atteinte, mais l'affection n'est pas assez sérieuse pour empêcher le travailleur de se reposer et de se distraire.
- 18 **Intensité de l'atteinte** – Pour qu'une affection empêche la réalisation du but des vacances, elle doit tout d'abord être suffisamment sérieuse, au point d'entraver la récupération physique ou psychique du travailleur. On pense aux maladies physiques qui provoquent des douleurs importantes ou une gêne constante chez le travailleur. Il en est de même pour des troubles psychologiques comme un état de dépression nerveuse. En outre, des atteintes à la santé, en soi bénignes au sens médical du terme, peuvent avoir des conséquences qui empêchent la détente, comme une immobilisation complète ou une isolation totale de l'extérieur, ou alors une maladie nécessitant une mise en quarantaine ou un suivi médical constant et prolongé. Ce genre d'affection n'entrave pas à proprement parler la récupération de la fatigue. En revanche, l'isolement ou l'immobilisation qui en dé-coule ôte au travailleur la maîtrise de son emploi du temps. Privé de toute liberté de choix quant aux occupations de vacances (lieu, activité), le travailleur ne pourra pas se distraire.
- Plusieurs situations de maladie ont été considérées par la doctrine ou la jurisprudence comme des cas d'incapacité d'exercer le droit aux vacances, notamment les affections nécessitant un alitement sur prescription médicale, le suivi d'un traitement important ou un séjour à l'hôpital¹⁸. En revanche, des indispositions ou des blessures de faible gravité comme un coup de soleil, un doigt cassé, une cheville foulée, une indigestion ou un simple rhume ne provoquent pas une inaptitude à se reposer ou se distraire. REHBINDER/STOCKLI estiment qu'il ne faut pas non plus tenir compte des malaises, maux de têtes, maux dentaires ainsi que des difficultés d'acclimatation sur les lieux des vacances, et cela à juste titre à notre avis, mais uniquement dans la mesure où il

¹⁷ D'autres empêchements peuvent être envisagés, comme la maternité ou l'exercice d'une fonction publique par exemple ; il arrive également que la résiliation des rapports de travail empêche le travailleur de profiter de son solde de vacances pendant le temps à disposition jusqu'à l'issue du délai de congé : voir notamment CEROTTINI, pp. 284 ss et 291 ss.

¹⁸ ArbG/ZH du 1^{er} février 1979, in : JAR 1981, p. 271 ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 5 ad art. 329a CO, p. 519 ; ZINSLI, p. 208.

ne s'agit que d'indispositions passagères et non pas de véritables maladies persistantes¹⁹.

Durée de l'atteinte – Outre l'intensité de l'affection et ses effets sur le choix de l'emploi du temps, il faut tenir compte de son prolongement dans le temps, y compris une éventuelle période de convalescence. En général, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à dire qu'une indisposition d'une demi-journée, d'une journée, voire de plusieurs jours non consécutifs, ne saurait être prise en considération ; la période d'incapacité doit donc se prolonger au-delà de deux à trois jours pour que l'empêchement donne droit à une restitution des jours de vacances²⁰. Nous nous sommes ralliés à cet avis en précisant toutefois qu'il faut garder à l'esprit que cette durée peut varier selon les circonstances et que seul le cumul des deux critères objectifs, soit l'intensité et la durée de l'empêchement, permet de déterminer clairement l'aptitude du travailleur à bénéficier de ses vacances²¹.

Atteinte au but fixé par le travailleur – Une impossibilité pour le travailleur de pratiquer une activité particulière qu'il entendait mener durant ses vacances ne saurait être prise en considération. S'il est vrai que le travailleur est libre d'utiliser ses vacances comme il l'entend pour parvenir à la détente, cette liberté peut se voir restreinte dans une certaine mesure, sans pour autant porter atteinte au but des vacances, ni à la protection de sa personnalité. En effet, lorsqu'un travailleur, victime d'une affection, n'est plus en mesure de pratiquer l'activité qu'il avait prévue pour sa détente, il doit tout de même mettre à profit ses vacances et tenter d'en atteindre le but d'une autre manière²². Nous en avons déduit que seuls les deux critères objectifs développés ci-dessus déterminent l'aptitude du travailleur à bénéficier de son droit aux vacances²³.

Réalisation du but des vacances – Si l'on parvient à la conclusion que le but des vacances peut se concrétiser malgré l'atteinte, la solution est celle qui est prévue par le Code des obligations : le travailleur exerce son droit aux vacances à la date prévue initialement et reçoit le salaire afférent aux vacances conformément à l'art. 329d al. 1^{er}.

Impossibilité de réalisation du but des vacances – La loi ne propose pas de solution lorsque le but des vacances ne peut pas se réaliser. Dans le cas où une maladie rend un travailleur incapable de profiter de ses vacances, la période durant laquelle se produit l'affection ne doit pas être comptabilisée comme des vacances, mais comme une période de travail ordinaire²⁴.

¹⁹ REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 5 ad art. 329a CO, p. 519.

²⁰ GG/ZH du 29 juin 1976, in : JAR 1980, p. 235 ; GNAEGI, p. 712 ; ZINSLI, p. 207.

²¹ CEROTTINI, p. 269.

²² GNAEGI, p. 293 ; ZINSLI, p. 209.

²³ CEROTTINI, p. 271.

²⁴ CEROTTINI, p. 255.

La doctrine se réfère souvent à la notion d'incapacité de travail lorsqu'elle détermine l'existence ou non d'une incapacité de prendre des vacances. Elle part du principe que lorsqu'un travailleur n'est pas en mesure de fournir sa prestation contractuelle, son état physique ou psychique est tel qu'il ne peut pas profiter de sa période de vacances. Il est vrai que la majeure partie des cas de maladie et d'accident pendant des vacances constitue à la fois des cas d'incapacité de travail et d'exercice du droit aux vacances. Il serait cependant erroné d'accorder une restitution des vacances dès l'instant où l'affection qui intervient pendant celles-ci remplit les conditions d'une incapacité de travailler. Dans certains cas, une incapacité de travailler est en effet reconnue, mais elle n'occasionne pas une incapacité de prendre des vacances. Nous pensons que la situation inverse peut également se présenter, c'est-à-dire une situation d'incapacité d'exercer son droit aux vacances qui n'entraîne pas une incapacité de travailler²⁵.

23 **Incapacité partielle** – Par ailleurs, contrairement à une incapacité de travail, il n'est pas possible d'envisager une incapacité partielle d'exercer son droit aux vacances ; le but des vacances ne saurait en effet se réaliser qu'à raison d'un certain pourcentage. Ainsi, un travailleur qui se retrouve à 50 % dans l'incapacité d'exercer son droit aux vacances ne verra pas son droit aux vacances doubler. Si l'atteinte empêche la réalisation du but des vacances, le travailleur doit fournir sa prestation contractuelle dans la mesure de sa capacité de travail et perçoit pour le reste du temps le salaire de l'art. 324a CO, ses vacances lui étant restituées ultérieurement. A l'inverse, si le but des vacances n'est pas altéré par l'affection et que le travailleur est en mesure de profiter pleinement de cette période, il reçoit le salaire afférent aux vacances et toute restitution du temps de vacances est exclue.

24 **Inaptitude au travail et/ou inaptitude à bénéficier des vacances** – En résumé, lorsque le but des vacances ne peut se réaliser, deux situations vont alors se présenter :

1) La maladie provoquant chez le travailleur une inaptitude à profiter de ses vacances ne le rend pas incapable de travailler : celui-ci doit alors retourner au travail pour fournir ses services ; il perçoit à ce titre son salaire ordinaire conformément aux art. 322 ss CO.

2) La maladie provoquant chez le travailleur une incapacité d'exercer son droit aux vacances le rend également inapte à travailler : celui-ci se retrouve en arrêt de travail et touche de ce fait le salaire dû en cas d'empêchement de travailler, conformément aux art. 324a CO.

25 **Restitution des vacances** – Les art. 329a à d CO ne règlent pas le principe de la restitution du droit aux vacances. Il est toutefois constant que les jours durant lesquels le travailleur est incapable d'exercer son droit aux vacances pour cause de maladie ne sauraient lui être déduits et qu'il conserve le droit d'en profiter

²⁵ Voir les exemples envisagés par la doctrine et la jurisprudence : CEROTTINI, pp. 262 ss.

pleinement à une date ultérieure²⁶. Que le travailleur soit responsable de son état d'incapacité d'exercer son droit aux vacances n'a pas d'influence sur son droit à la restitution des jours concernés²⁷. La sanction s'opérera en revanche sur son droit au salaire selon les art. 324a et b CO, qui peut se voir réduit ou supprimé. De même, en cas d'empêchement fautif, le droit aux vacances annuel du travailleur peut être réduit déjà après un mois d'absence, conformément à l'art. 329b al. 1^{er} CO²⁸.

Devoir d'annonce – Lorsque le travailleur est victime d'un accident ou tombe malade durant sa période de vacances et qu'il se retrouve dans l'incapacité de profiter de ses vacances, il doit le faire savoir au plus vite à son employeur. Cette obligation découle de son devoir de fidélité au sens de l'art. 321a al. 1^{er} CO. Dans l'hypothèse où le travailleur conserve sa capacité de travailler, il annoncera immédiatement son inaptitude à bénéficier de ses vacances et réintègrera sans délai sa place de travail. Lorsque l'atteinte rend le travailleur incapable de travailler, l'employeur a également un intérêt légitime à en être informé immédiatement, pour éviter un quelconque préjudice ou toute contestation ultérieure. L'employeur serait malgré tout bien inspiré de faire expressément figurer cette obligation dans le contrat de travail.

Devoir de preuve – Le travailleur qui tombe malade durant ses vacances doit apporter les moyens de preuve attestant son incapacité d'exercer son droit aux vacances. S'il n'est pas en mesure de fournir une preuve tangible à son employeur, il perdra son droit et se verra refuser toute restitution ultérieure. Cette preuve sera généralement apportée par la production d'un certificat médical. Il appartient au travailleur d'obtenir un certificat qui constate clairement une incapacité de bénéficier du temps de vacances. Ce certificat doit également préciser si cette incapacité de profiter des vacances occasionne une incapacité de travailler ou si au contraire elle n'affecte en rien l'aptitude au travail²⁹. Si le certificat ne reconnaît qu'une incapacité de profiter des vacances, l'employeur pourrait exiger du travailleur qu'il réintègre immédiatement sa place de travail, car une inaptitude à prendre des vacances n'implique pas forcément la présence d'une incapacité de travail. A l'inverse, si le certificat ne constate qu'une inaptitude au travail, le travailleur risque de se voir refuser toute restitution par son employeur au motif qu'une incapacité de travail ne provoque pas forcément une incapacité de prendre ses vacances.

²⁶ Message 1982, p. 211.

²⁷ CEROTTINI, pp. 271 ss, suivi par SUBILIA/DUC, N 34 ad art. 329a CO, p. 370 ; *contra* : GNAEGI, p. 294 et ZINSLI, p. 206.

²⁸ CEROTTINI, pp. 272 ss.

²⁹ CEROTTINI, p. 280.

Art. 329b

b. Réduction

¹ Lorsqu'au cours d'une année de service, le travailleur est, par sa propre faute, empêché de travailler pendant plus d'un mois au total, l'employeur peut réduire la durée de ses vacances d'un douzième par mois complet d'absence.

² Si la durée de l'empêchement n'est pas supérieure à un mois au cours d'une année de service, et si elle est provoquée, sans qu'il y ait faute de sa part, par des causes inhérentes à la personne du travailleur, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale, exercice d'une fonction publique ou prise d'un congé-jeunesse, l'employeur n'a pas le droit de réduire la durée des vacances.

³ L'employeur ne peut pas non plus diminuer les vacances d'une travailleuse si, en raison d'une grossesse, elle est empêchée de travailler pendant deux mois au plus, ou si elle a bénéficié des allocations de maternité au sens de la loi du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain (LAPG).

⁴ Un contrat-type de travail ou une convention collective peut déroger aux al. 2 et 3, à la condition d'offrir, dans l'ensemble, une réglementation au moins équivalente pour les travailleurs.

b. Kürzung

¹ Ist der Arbeitnehmer durch sein Verschulden während eines Dienstjahres insgesamt um mehr als einen Monat an der Arbeitsleistung verhindert, so kann der Arbeitgeber die Ferien für jeden vollen Monat der Verhinderung um einen Zwölftel kürzen.

² Beträgt die Verhinderung insgesamt nicht mehr als einen Monat im Dienstjahr und ist sie durch Gründe, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten, Ausübung eines öffentlichen Amtes oder Jugendurlaub, ohne Verschulden des Arbeitnehmers verursacht, so dürfen die Ferien vom Arbeitgeber nicht gekürzt werden.

³ Die Ferien dürfen vom Arbeitgeber auch nicht gekürzt werden, wenn eine Arbeitnehmerin wegen Schwangerschaft bis zu zwei Monaten an der Arbeitsleistung verhindert ist oder weil sie die Mutterschaftsentschädigung im Sinne des Erwerbsersatzgesetzes vom 25. September 1952 (EOG) bezogen hat.

⁴ Durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine von den Absätzen 2 und 3 abweichende Regelung getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer im Ganzen mindestens gleichwertig ist.

b. Riduzione

¹ Se nel corso di un anno di lavoro il lavoratore è impedito per propria colpa di lavorare complessivamente per più di un mese, il datore di lavoro può ridurgli la durata delle vacanze di un dodicesimo per ogni mese completo di assenza dal lavoro.

² Se l'impedimento non dura complessivamente più d'un mese nel corso d'un anno di lavoro ed è causato da motivi inerenti alla persona del lavoratore, come malattia, infortunio, adempimento d'un obbligo

legale, esercizio d'una funzione pubblica o congedo giovanile, senza che vi sia colpa da parte sua, il datore di lavoro non ha diritto di ridurre la durata delle vacanze.

³ Il datore di lavoro non può neppure ridurre le vacanze di una lavoratrice che, causa gravidanza, è impedita di lavorare per due mesi al massimo o ha fruito del congedo di maternità ai sensi della legge del 25 settembre 1952 sulle indennità di perdita di guadagno.

⁴ Alle disposizioni dei capoversi 2 e 3 può essere derogato mediante contratto normale o collettivo di lavoro a condizione tuttavia che tale ordinamento costituisca, nell'insieme, una soluzione almeno equivalente per i lavoratori.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	379
1. Objet, nature et justification de la norme	1	379
2. Origine et évolution de la norme	4	380
II. Réduction pendant une année de service complète.....	6	381
1. Types d'absence	6	381
2. Absences relevant des 1 ^{er} et 2 ^e al.....	11	382
3. Absences relevant du 3 ^e al	17	383
III. Réduction pendant une année de service incomplète.....	22	387
IV. Dérogation au régime légal	24	388

Bibliographie spécifique

AUBERT GABRIEL, Le droit des vacances : quelques problèmes pratiques, in : Le droit du travail en pratique, journée 1990 du droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1990, pp. 81 ss (cité : Le droit des vacances) ; BRUCHEZ CHRISTIAN, La nouvelle assurance maternité et ses effets sur le droit du contrat de travail, in : SJ 2005, pp. 269-272 ; CEROTTINI ERIC, Le droit aux vacances, étude des articles 329a à d CO, thèse, Lausanne 2001 ; SUBILIA OLIVIER, La nouvelle loi sur les allocations pour perte de gain et maternité, in : AJP 12/2005, pp. 1478 s. (cité : LAPG).

I. Généralités

1. Objet, nature et justification de la norme

Objet – Le calcul du droit aux vacances selon les dispositions de l'art. 329a CO se base exclusivement sur la durée de la période de référence et ne tient pas compte des éventuelles absences du travailleur pendant cette période. Le législateur a dès lors prévu à l'art. 329b CO la possibilité pour l'employeur de réduire la durée des vacances lorsque les absences cumulées du travailleur pendant une année de service dépassent une certaine durée.

1

- 2 **Nature** – Comme cela résulte explicitement de l’art. 362 CO, les al. 2 et 3 de l’art. 329b CO sont des dispositions relativement impératives. Les al. 1^{er} et 4 sont en revanche de nature dispositive.
- 3 **Justification** – Cette faculté de réduction s’explique comme suit : l’activité exigée par l’employeur pendant l’année entame progressivement la capacité de travailler du salarié ; la loi impose dès lors à l’employeur de lui accorder des périodes de vacances pour permettre la disparition de la fatigue causée par le travail. Or, lorsque la durée du travail effectif est réduite par une ou plusieurs périodes d’absences de longue durée, la fatigue qui en résulte est de moindre importance ; l’obligation de l’employeur d’octroyer des vacances peut alors être diminuée¹.

2. Origine et évolution de la norme

- 4 **Origine** – Dans sa teneur actuelle, l’art. 329b CO a pour l’essentiel été introduit dans le cadre de la révision du 25 juin 1971 des titres dixième et dixième bis du CO, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1972².
- 5 **Evolution** – L’al. 4 a été introduit lors de l’entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1984 de la loi du 16 décembre 1983, qui avait trait à la modification de la réglementation des vacances dans le CO³.
L’al. 1^{er} a été modifié par l’ajout des termes *par sa propre faute*, à raison de l’entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1984 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l’assurance-chômage⁴. Le congé-jeunesse a été ajouté à la liste figurant à l’al. 2, par l’intermédiaire de la loi du 6 octobre 1989 sur les activités de jeunesse, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1991.
L’al. 3 a été modifié dans le cadre de la révision du 3 octobre 2003 de la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2005⁵.

¹ La réduction du droit aux vacances peut également se justifier pour des motifs d’équité, à raison des autres prestations à fournir par l’employeur durant les périodes d’absence du travailleur. Voir à ce sujet CEROTTINI, p. 109.

² RO 1971 1461 ; Message 1967, p. 249.

³ RO 1984 p. 580 ; Message 1982, p. 177.

⁴ RO 1982 2184 ; RO 1983 1204.

⁵ RO 2005 1429 ; Message 2003, p. 2595.

II. Réduction pendant une année de service complète

1. Types d'absence

Réduction selon la cause de l'absence – Le système légal prévoit une réduction qui va fluctuer en présence de différentes causes d'absences, certaines bénéficiant d'un régime privilégié. L'énumération des circonstances entraînant une réduction est exhaustive. 6

Absences au sens de l'al. 1^{er} – Le premier al. de l'art. 329b CO prévoit une réduction de la durée des vacances lorsque *le travailleur est, par sa propre faute, empêché de travailler*. Nous avons précisé que la formulation malheureuse de cette disposition était de nature à tromper le lecteur sur les intentions du législateur⁶. Son champ d'application est à notre avis plus vaste puisqu'il englobe toutes les absences pour des motifs dont le travailleur doit répondre ou qui relèvent de sa responsabilité (non seulement les périodes définies à l'art. 324a CO, mais également les jours d'absence injustifiés, les congés usuels non couverts par l'art. 324a CO, les congés non payés, les congés de formation et la participation à des grèves illicites ou non)⁷. 7

Absences au sens de l'al. 2 – L'al. 2 admet la réduction du droit aux vacances en présence d'empêchements non fautifs de travailler au sens de l'art. 324a CO, dont on rappelle que la liste des cas d'empêchements n'est pas exhaustive (maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale, exercice d'une fonction publique, etc.), auxquels s'ajoute le congé-jeunesse au sens de l'art. 329e CO. 8

Absences au sens de l'al. 3 – L'al. 3 retient également les périodes d'empêchements de travailler à raison d'une grossesse, ainsi que le congé-maternité. 9

Exclusions – En revanche, les situations de demeure de l'employeur au sens de l'art. 324 CO, l'introduction unilatérale d'une réduction de l'horaire ou l'obtention d'un accord sur une diminution de l'horaire hebdomadaire pour éviter des licenciements, la libération de l'obligation de travailler sur décision unilatérale de l'employeur durant le délai de congé, ne peuvent donner lieu à une quelconque réduction du droit aux vacances. Il en est de même des absences causées par des empêchements objectifs externes (catastrophes naturelles, grèves des transports, conflits armés, etc.)⁸. 10

⁶ CEROTTINI, pp. 111 ss.

⁷ CEROTTINI, pp. 114 ss ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 1 ad art. 329b CO, p. 526 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 2 ad art. 329b CO, p. 431 ; *contra* : CARRUZZO, N 2 ad art. 329b CO, p. 364, qui renvoie exclusivement à la notion de faute au sens de l'art. 324a CO.

⁸ CEROTTINI, pp. 116 ss ; *contra* : ArbG/ZH du 12 novembre 1981, in : JAR 1983, p. 135.

2. Absences relevant des 1^{er} et 2^e al.

- 11 **Sens de la norme** – La doctrine a critiqué de manière unanime la formulation malheureuse de l'art. 329b CO ; les modifications subséquentes n'ont pas levé les doutes, au point que cette disposition manque toujours singulièrement de clarté ; toutefois, la doctrine dominante fait désormais une lecture identique de cette disposition.
- 12 **Absences relevant exclusivement du 1^{er} al.** – L'al. 1^{er} prévoit une réduction du droit aux vacances annuel d'un douzième dès le premier mois complet d'absence pour des motifs dont le travailleur doit répondre ou qui relèvent de sa responsabilité, et pour chaque mois complet subséquent.
En présence de ce genre d'absences (absence prolongée ou succession d'absences), une réduction ne peut être effectuée qu'après un délai minimal d'un mois complet. Si l'absence ou la somme des absences sur l'année de service est d'une durée inférieure à un mois, l'employeur n'a pas le droit d'opérer une réduction, sauf convention contraire expresse. Il ne s'agit toutefois que d'un simple délai d'attente : le 1^{er} al. autorise donc l'employeur à procéder à une réduction d'un douzième pour chaque mois entier d'absence et ce, dès le premier mois⁹.
- 13 **Absences relevant exclusivement du 2^e al.** – Le 2^e al. forme une exception au délai d'un mois fixé au premier al.. En effet, il prévoit une interdiction de procéder à une réduction pendant le premier mois d'absence, lorsque le travailleur est empêché de travailler, sans faute de sa part, pour des causes inhérentes à sa personne. Cette disposition introduit un système de réduction privilégié, par l'introduction d'un véritable délai de grâce. Ainsi, le premier mois ne peut servir de base à une réduction d'un douzième ; il est définitivement écarté du calcul de la réduction. La première réduction d'un douzième ne peut dès lors avoir lieu qu'à partir du mois complet supplémentaire, soit le délai d'attente, suivant celui qui compose le délai de grâce¹⁰. Ainsi, en présence d'une absence prolongée de trois mois complets ou une succession d'absences pour un total de trois mois complets, le droit aux vacances annuel est réduit de deux douzièmes pour un

⁹ AUBERT, Le droit des vacances, p. 126 ; CEROTTINI, pp. 121 ss ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 2 ad art. 329b CO, pp. 527 s. ; STAEHELIN, ZK 2006, N 5 ad art. 329b CO, p. 433 ; SUBILIA/DUC, N 12 ad art. 329b CO, p. 375 ; WYLER, p. 350 ; ArbG/ZH du 12 novembre 1981, in : JAR 1983, p. 135 ; OG/NW du 20 mai 1986, in : JAR 1990, p. 211 ; OG/LU du 14 janvier 1993, in : JAR 1994, p. 165.

¹⁰ AUBERT, Le droit des vacances, p. 126 ; CEROTTINI, pp. 126 ss ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 2 ad art. 329b CO, pp. 527 s. ; STAEHELIN, ZK 2006, N 5 ad art. 329b CO, p. 433 ; SUBILIA/DUC, N 12 ad art. 329b, p. 375 ; WYLER, p. 350. TF du 10 septembre 1998, in : JAR 1999, p. 167 ; ArbG/ZH du 12 novembre 1981, in : JAR 1983, p. 135 ; KG/ZG du 26 janvier 1987, in : JAR 1988, p. 206 ; OG/LU du 14 janvier 1993 ; in : JAR 1990, p. 211 ; OG/LU du 14 janvier 1993, in : JAR 1994, p. 165.

empêchement de travailler, sans faute de la part du travailleur, pour des causes inhérentes à sa personne.

Incapacité partielle de travailler – Nous avons expliqué pour quelle raison il faut également tenir compte d'éventuelles incapacités partielles de travailler dans le calcul de réduction du droit aux vacances¹¹. En pratique, il faut déterminer à quelle durée en jours d'absence à temps complet correspond l'empêchement à temps partiel. Pour cela, il faut arrêter le nombre de jours d'absence touchés par l'empêchement à temps partiel et le multiplier au pourcentage d'incapacité. Ainsi, une semaine d'incapacité à 70 % d'un salarié travaillant cinq jours par semaine, correspond à 5 multiplié par 70 divisé par 100, soit un total de 3,5 jours d'absence à temps complet. 14

Notion de « mois » – De même, nous avons considéré que le *mois complet* de l'art. 329b correspond dans toutes les situations de réduction à une des douze unités composant l'année soit 52/12^e ou 4,333 semaines¹². Sur cette base, nous avons établi des tableaux permettant de visualiser l'ampleur de la réduction à opérer sur le droit aux vacances annuel¹³. 15

Absences relevant des 1^{er} et 2^e al. – Dans la pratique, il peut arriver que différents empêchements relevant des 1^{er} et 2^e al. se succèdent pendant une année complète. Dans une telle hypothèse, nous sommes d'avis qu'il faut additionner les durées des absences causées par ces différents types d'empêchements durant l'année de service, le résultat total ainsi obtenu devant ensuite être confronté en bloc au système de calcul du 2^e al.¹⁴. Il s'agit de la seule méthode permettant de ne pas contredire le régime de faveur prévu par le législateur au 2^e al.¹⁵. 16

3. Absences relevant du 3^e al.

Ancien droit – Jusqu'au 30 juin 2005, le législateur octroyait deux mois de délai de grâce en présence d'un empêchement de travailler à raison d'une grossesse ou d'un accouchement. Comme au 2^e al., le délai de grâce était définitivement écarté du calcul et ne pouvait donner lieu à une quelconque réduction du droit aux vacances. La première réduction d'un douzième ne pouvait dès lors avoir lieu qu'à partir du mois complet supplémentaire, soit le délai d'attente, suivant les deux premiers mois qui composaient le délai de grâce. 17

¹¹ CEROTTINI, pp. 119 ss.

¹² CEROTTINI, pp. 122 ss. *Contra* : REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 3 ad art. 329b CO, p. 528.

¹³ CEROTTINI, pp. 131 ss.

¹⁴ En présence de périodes d'absences relevant des 1^{er} et 2^e al., il faut appliquer au total des absences le calcul selon le 2^e al., en y écartant définitivement le délai de grâce d'un mois complet.

¹⁵ CEROTTINI, p. 138.

Ainsi, en présence d'une absence de trois mois complets, le droit aux vacances annuel était réduit d'un douzième pour un empêchement relevant d'un empêchement de travailler à raison d'une grossesse ou d'un accouchement¹⁶.

Sous l'empire de l'ancien droit, nous avons considéré qu'en présence de périodes d'absences relevant des 1^{er} et 3^e al., respectivement des 2^e et 3^e al., les différents jours concernés devaient être additionnés, avant de confronter en bloc le résultat total au système de calcul du 3^e al., avec mise à l'écart du délai de grâce de deux mois complets¹⁷.

En présence de périodes d'absences relevant des 2^e et 3^e al., les deux délais de grâce n'étaient pas cumulatifs (une travailleuse ne pouvait pas bénéficier de deux délais de grâce dans la même année de service) ni alternatifs (seul le délai de grâce le plus long était applicable).

- 18 **Modification législative de 2005** – L'art. 329b al. 3 CO a été modifié le 1^{er} juillet 2005, à la date de l'entrée en vigueur de l'assurance-maternité et du nouvel art. 329f CO. Les périodes d'empêchement de travailler survenant durant la grossesse et jusqu'au jour de l'accouchement bénéficient comme par le passé d'un délai de grâce de deux mois. L'accouchement et la convalescence qui s'ensuit ont en revanche été remplacés textuellement par la période durant laquelle la travailleuse perçoit les allocations de maternité au sens de la loi du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain (LAPG), ce qui a pour effet de créer un nouveau délai de grâce. Cette modification légale manque à nouveau de clarté. On peut en effet s'interroger sur les conditions d'application de ce nouveau délai de grâce et de l'interaction entre les différents délais de grâce désormais applicables.

- 19 **Avis doctrinaux** – A l'exception de Subilia¹⁸, la doctrine¹⁹ retient la durée du congé maternité fédéral de 14 semaines prévu à l'art. 329f CO comme nouveau délai de grâce légal, indépendamment du fait que la travailleuse concernée a perçu ou non des allocations maternité.

Les mêmes auteurs, à l'exception de Subilia, estiment que le nouveau délai de grâce du congé-maternité doit toujours être exclu du calcul de la réduction et se cumule donc avec le délai de grâce de deux mois applicable à l'empêchement durant la grossesse conformément au 3^e al. ou avec le délai de grâce prévu au 2^e al.

Bruchez et Carruzzo estiment que le délai de grâce applicable à l'empêchement durant la grossesse doit également se cumuler avec les empêchements relevant du 2^e al.

¹⁶ Pour un cas de réduction du droit aux vacances à raison d'un cas de maternité, sous l'égide de l'ancien droit : TC/FR du 3 mai 2005, in : JAR 2006 415.

¹⁷ CEROTTINI, p. 139.

¹⁸ SUBILIA, LAPG, p. 1478 ; SUBILIA/DUC, N 12 ad art. 329b CO, p. 376.

¹⁹ BRUCHEZ, p. 270 ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 1 ad art. 329b, p. 527 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 9 ad art. 329b, p. 434 ; WYLER, p. 351.

Avec la modification de l'al. 3, Bruchez, Carruzzo et Subilia²⁰ retiennent en outre que les absences liées à la grossesse et au congé maternité bénéficieraient de délais de grâce spéciaux afférents à un événement particulier, à savoir la maternité, de sorte que ces délais de grâce ne seraient pas liés à la période de référence applicable en matière de droit aux vacances, qu'il s'agisse de l'année de service ou l'année civile, mais à une nouvelle période de référence de deux ans.

Notre position – Au vu de l'avis exprimé par la Commission du Conseil national²¹, il y a lieu de considérer avec la doctrine majoritaire que le législateur entendait faire bénéficier à toutes les travailleuses d'un nouveau délai de grâce durant les 14 semaines composant le congé maternité au sens de l'art. 329f CO, que celui-ci soit rémunéré par l'intermédiaire des allocations maternité fédérales ou non.

20

En ce qui concerne le cumul des délais de grâce, nous sommes d'avis que seul le nouveau délai de grâce concernant le congé maternité doit être traité de manière particulière, pour respecter l'unité de protection souhaitée par le législateur.

Nous sommes en revanche personnellement convaincu que la partie du système légal qui n'a pas fait l'objet d'une modification en 2005 doit continuer à être utilisée de la même manière qu'auparavant, comme cela avait été confirmé par la jurisprudence. Cela englobe à nos yeux l'absence pour cause d'empêchement de travailler à raison de la grossesse, figurant au 3^e al. de l'art. 329b CO.

Enfin, nous soumettons l'intégralité des absences à un calcul par année de service, dès lors qu'aucun élément à notre connaissance ne permet de déduire que le législateur aurait voulu modifier en 2005 le système initialement mis en place, à savoir un calcul fondé sur l'année de service, quelle que soit l'absence considérée. Cette position est également justifiée par le fait qu'une unité de référence est absolument nécessaire dès l'instant où l'on se trouve dans l'obligation de confronter des absences relevant d'alinéas différents ou de causes différentes. Il ne saurait donc être question d'étendre à une durée de deux ans la période de référence applicable aux deux délais de grâce de l'al. 3 (congé maternité et empêchement à raison de la grossesse).

En pratique, nous pensons que la réduction du droit aux vacances doit suivre les règles suivantes :

1) Les délais de grâce accordés à l'art. 329b CO, y compris celui du congé maternité, sont afférents à l'année de service, sauf accord prévoyant l'année civile. Ainsi, chaque nouvel exercice-vacances fait renaître de nouveaux délais de grâce et d'attente.

2) Les absences ou les parts de celles-ci qui n'ont pas donné lieu à une réduction pendant la période précédente, au vu de leur trop courte durée ou de leur non

²⁰ BRUCHEZ, p. 270 ; CARRUZZO, N 5 ad art. 329b CO, p. 367 ; SUBILIA, LAPG, p. 1478.

²¹ FF 2002 7026.

correspondance à un mois complet, ne peuvent être prises en compte dans la période suivante.

3) L'absence de la travailleuse durant son congé-maternité de 14 semaines doit toujours être écartée du calcul de réduction du droit aux vacances, indépendamment de la nécessité de respecter les autres délais de grâce légaux, à raison d'autres absences relevant du 2^e al. ou causées par une incapacité de travail découlant de la grossesse. Si le congé-maternité chevauche deux années de service, il ne faut évidemment exclure que l'absence effective constatée dans chaque année de référence.

4) Comme par le passé, en présence d'un empêchement relevant du 2^e al. et d'une période d'incapacité pour cause de grossesse durant la même année de service, les absences doivent être additionnées et soumises au délai de grâce le plus favorable, à savoir le délai de deux mois complets.

21 **Exemple** – L'exemple suivant permet de visualiser l'application de ces règles dans des situations complexes :

Une travailleuse est au bénéfice de quatre semaines de vacances par année. Son contrat débute le 1^{er} janvier 2010. Elle est absente pour cause de maladie durant 3 semaines en février 2010. Sa grossesse débute en avril 2010. Elle est victime d'un accident qui la rend incapable de travailler durant 4 semaines en juin 2010. Depuis la mi-octobre 2010, elle est déclarée incapable de travailler à raison de sa grossesse et ce jusqu'à l'accouchement qui a lieu le 1^{er} février 2011 (soit 12 semaines d'absence en 2010 et 4 semaines d'absence en 2011). Elle bénéficie de son congé maternité de 14 semaines durant lesquelles elle touche des allocations-maternité. Elle est à nouveau incapable de travailler pour cause de maladie durant 3 semaines en juin 2011 et 6 semaines en septembre 2011.

Pour 2010, il y a lieu d'additionner les absences relevant de l'al. 2, soit les 3 semaines de maladie et les 4 semaines d'accident, soit un total de 7 semaines. On y ajoute les 12 semaines d'incapacité dues à la grossesse durant l'année 2010, pour un total d'absence de 19 semaines. En l'absence de cumul entre les al. 2 et 3, on applique le délai de grâce le plus long soit deux mois complets (8,66 semaines) et on le soustrait au résultat de 19 semaines, soit un total final de 10,34 semaines d'absence sujettes à réduction, qui correspondent à 2,38 mois, soit deux mois complets. Le droit aux vacances annuel 2010 pourra donc être réduit de 2/12^e, soit 0,66 semaines à déduire sur le droit annuel de 4 semaines de vacances.

Pour 2011, la nouvelle année fait apparaître de nouveaux délais de grâce pour tous les cas d'empêchements. En revanche, le cumul ne s'opérera qu'entre le délai de grâce du congé-maternité et celui applicable à l'incapacité pour cause de grossesse, le délai de grâce du 2^e al. étant absorbé par le délai plus favorable applicable à l'incapacité pour cause de grossesse. Du total de 27 semaines d'absence en 2011 (4 + 14 + 3 + 6), il faut déduire le délai de grâce de deux mois complets (8,66 semaines) applicable à l'incapacité pour cause de grossesse et le délai de grâce du congé-maternité de 14 semaines, ce qui réduit le total final

d'absence sujet à réduction de 4,34 semaines, ce qui correspond à 1,11 mois, soit un mois complet. Le droit aux vacances annuel 2011 de 4 semaines pourra donc être réduit d'1/12^e soit de 0,33 semaines.

III. Réduction pendant une année de service incomplète

Méthode de calcul – En cas d'année de référence incomplète, le Tribunal fédéral a précisé qu'il ne pouvait y avoir de réduction proportionnelle du droit aux vacances au *pro rata* des différents délais de grâce²². Notre Haute Cour a ainsi adhéré à la méthode élaborée par Aubert²³, à notre avis à juste titre²⁴. Cette méthode consiste à diminuer la période totale composant l'année incomplète des mois complets d'absence qui peuvent faire l'objet d'une réduction au sens de l'art. 329b CO, pour ensuite calculer le droit aux vacances ordinaire sur cette période diminuée, selon le système ordinaire du calcul au *pro rata* prévu à l'art. 329a al. 3 CO.

Pour les absences relevant du premier al., il s'agit de retrancher tous les mois complets d'absence. Pour celles qui relèvent du deuxième al., le mois de grâce n'est pas pris en compte et seuls les mois complets subséquents sont retranchés à la période totale de l'année incomplète. S'agissant d'une incapacité pour cause de grossesse, on ne tient pas compte des deux mois de délais de grâce et seuls les mois complets subséquents sont retranchés à la période concernée. En ce qui concerne le congé-maternité, la période du congé se situant dans l'année de référence incomplète est exclue de la soustraction.

Comme en cas de réduction durant une année complète, les délais de grâce du 2^e al. et du 3^e al. 1^{re} phrase ne se cumulent pas : seul le délai le plus favorable est pris en compte pour être retranché de la période de référence incomplète.

Exemple – Là encore, un exemple permet de visualiser l'application de cette méthode de calcul dans des situations complexes :

Une travailleuse est au bénéfice de quatre semaines de vacances par année. Son contrat débute le 1^{er} janvier 2010. Durant 4 semaines au début de l'année 2011, elle est déclarée incapable de travailler à raison de sa grossesse et ce jusqu'à l'accouchement qui a lieu le 1^{er} février 2011. Elle bénéficie de son congé-maternité de 14 semaines durant lesquelles elle touche des allocations maternité. Elle est à nouveau incapable de travailler pour cause de maladie durant 3 semaines en juin 2011 et 6 semaines dès septembre 2011. Elle donne sa démission avec effet au 31 octobre 2011.

L'année incomplète est composée de 10 mois. Durant cette période, la travailleuse a été absente durant une période totale de 27 semaines (4 + 14 + 3 +

²² TF du 10 septembre 1998, c. 3b, in : JAR 1999, p. 167.

²³ AUBERT, Le droit des vacances, pp. 127 ss.

²⁴ CEROTTINI, pp. 142 ss.

6). De ce total d'absence, il faut uniquement déduire le délai de grâce de deux mois complets (8,66 semaines) applicable à l'incapacité pour cause de grossesse et le délai de grâce du congé-maternité de 14 semaines, le délai de grâce d'un mois complet prévu au 2^e al. étant absorbé par celui applicable aux empêchements liés à la grossesse. Le total final d'absences à déduire de l'année est ainsi réduit à $(27 - 8,66 - 14)$ à 4,34 semaines, qui n'équivaut qu'à un mois complet d'absence. Des 10 mois composant la période de référence incomplète il y a lieu de déduire ce mois complet. Il reste alors à calculer au *pro rata* le droit aux vacances de la travailleuse pour un exercice-vacances de 9 mois, ce qui lui donne droit à un droit aux vacances proportionnel de 3 semaines à prendre en nature avant la fin des rapports de travail.

IV. Dérogation au régime légal

24 **Dérogation au texte de l'al. 1^{er}** – Le 1^{er} al. étant une norme à caractère dispositif, il est possible de prévoir contractuellement ou conventionnellement un autre mode de réduction que celui prévu dans la loi, notamment en réduisant, supprimant ou augmentant le délai d'attente d'un mois en cas d'une ou plusieurs absences relevant du 1^{er} al.

Nous pensons cependant qu'une modification de l'étendue de la période d'attente doit également entraîner une transformation du rapport de réduction ; celui-ci doit à notre avis toujours correspondre au rapport entre la durée totale des absences en présence et la durée de l'année de service complète²⁵.

25 **Dérogation au texte des al. 2 et 3** – Conformément à l'art. 362, les 2^e et 3^e al. CO sont de nature relativement impérative. Il s'ensuit que les délais de grâce ne peuvent pas être d'une durée inférieure d'un, respectivement de deux mois, respectivement de 14 semaines. Ces délais peuvent cependant être contractuellement ou conventionnellement prolongés en faveur du travailleur ou de la travailleuse.

²⁵ On peut par exemple mettre sur pied un système qui ne tienne compte que des semaines complètes d'absence. Dans cette hypothèse, la durée des vacances serait réduite d'1/52^e par semaine d'absence, en présence d'une année de service complète. Pour une année incomplète, il s'agit de transformer les mois la composant en semaines pour ensuite en déduire les semaines d'absence et enfin calculer sur ce nouveau total le droit aux vacances au *pro rata* selon l'art. 329a al. 3 CO, conformément à la méthode d'AUBERT. Pour d'autres exemples et des équations permettant de faciliter les calculs, voir CEROTTINI, pp. 146 ss.

Dès lors qu'il relève du premier al., le délai d'attente d'un mois complet peut en revanche être écourté dans le cadre du 2^e et du 3^e al., par dérogation prévue contractuellement²⁶.

Dérogation par CCT ou CTT – Le 4^e al. prévoit la possibilité de déroger aux 2^e et 3^e al. de cette même disposition, par convention collective de travail ou contrat-type de travail exclusivement²⁷, à condition de prévoir une réglementation qui, prise dans son ensemble, apparaît au moins équivalente aux dispositions de l'art. 329b CO. Cet al. constitue donc une entorse au caractère relativement impératif des al. 2 et 3, pour autant que le régime global envisagé demeure similaire à la solution légale.

Le Conseil fédéral²⁸ cite notamment l'exemple d'une fixation de délais de grâce plus longs pour les travailleurs âgés mais plus courts pour les jeunes travailleurs. La doctrine²⁹ évoque également la possibilité de prévoir un délai d'attente plus long avec réduction supérieure à un douzième ou encore la suppression du délai de grâce en cas d'absence pour cause de service militaire, avec en contrepartie un délai de grâce plus long en cas d'absence causée par une maladie.

²⁶ On peut par exemple prévoir que chaque semaine dépassant le délai de grâce applicable permette une réduction proportionnelle de la durée des vacances. Pour d'autres exemples et des équations permettant de faciliter les calculs, voir CEROTTINI, pp. 148 ss.

²⁷ Une telle dérogation ne peut donc être envisagée par l'intermédiaire d'une disposition figurant dans un contrat individuel de travail ou dans un règlement du personnel.

²⁸ Message 1982, pp. 212 s.

²⁹ CARRUZZO, N 6 ad art. 329b CO, p. 368 ; SUBILIA/DUC, N 19 ad art. 329b CO, p. 378 ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 6 ad art. 329b CO, p. 530 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 12 ad art. 329b CO, p. 435.

Art. 329c

- c. Continuité et date** ¹ En règle générale, les vacances sont accordées pendant l'année de service correspondante; elles comprennent au moins deux semaines consécutives.
- ² L'employeur fixe la date des vacances en tenant compte des désirs du travailleur dans la mesure compatible avec les intérêts de l'entreprise ou du ménage.
- c. Zusammenhang und Zeitpunkt** ¹ Die Ferien sind in der Regel im Verlauf des betreffenden Dienstjahres zu gewähren; wenigstens zwei Ferienwochen müssen zusammenhängen.
- ² Der Arbeitgeber bestimmt den Zeitpunkt der Ferien und nimmt dabei auf die Wünsche des Arbeitnehmers soweit Rücksicht, als dies mit den Interessen des Betriebes oder Haushaltes vereinbar ist.
- c. Continuità e data** ¹ Le vacanze devono essere, di regola, assegnate durante il corrispondente anno di lavoro e comprendere almeno due settimane consecutive.
- ² Il datore di lavoro stabilisce la data delle vacanze considerando i desideri del lavoratore, per quanto sono compatibili con gli interessi dell'azienda e dell'economia domestica.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	391
1. Objet, but, nature et origine de la norme.....	1	391
II. Dates des vacances.....	4	392
1. Fixation des dates par l'employeur.....	4	392
2. Intérêts légitimes du travailleur	6	392
3. Continuité des vacances.....	10	393
4. Octroi des vacances pendant l'année de référence.....	12	394
5. Délai de préavis	16	395
III. Fixation des vacances par décision unilatérale de l'employeur.....	18	396
1. Vacances d'entreprise.....	18	396
2. Vacances forcées	21	397
IV. Prise de vacances par décision unilatérale du travailleur.....	25	399
V. Déplacement et interruption des vacances.....	32	400
VI. Prescription du droit aux vacances	35	402

Bibliographie spécifique

CEROTTINI ERIC, Le droit aux vacances, étude des articles 329a à d CO, thèse, Lausanne 2001 ; SAVIAUX NICOLAS, Les rapports de travail en cas de difficultés économiques de l'employeur et l'assurance chômage, thèse, Lausanne 1993 ; WEBER HANSULRICH, Die Ansprüche auf Freizeit und Ferien nach schweizerischem Arbeitsrecht, Berne 1976.

I. Généralités

1. Objet, but, nature et origine de la norme

Objet et but – En vertu de l'al. 1^{er}, l'employeur se doit d'accorder en principe l'intégralité du droit aux vacances durant l'année de référence, avec un minimum de deux semaines de vacances consécutives. Cette disposition a été introduite afin d'éviter l'accumulation progressive d'un solde de vacances à prendre en nature ainsi que la prise de vacances fractionnées, ces deux situations étant de nature à porter atteinte à la santé du travailleur, en empêchant le but des vacances de se réaliser.

L'al. 2 pose le principe d'un droit de l'employeur de fixer la date des vacances, pour éviter des perturbations néfastes à l'entreprise. Le législateur a toutefois imposé à l'employeur de tenir compte des intérêts légitimes du travailleur s'agissant de la fixation de ces dates, afin de respecter l'obligation de protéger la personnalité de ce dernier.

Nature – Comme indiqué explicitement à l'art. 362 CO, les al. 1 et 2 sont de nature relativement impérative.

Origine et évolution – L'ancien art. 341^{bis} al. 2¹ CO et l'ancien art. 329c al. 1^{er} CO², respectivement entrés en vigueur les 1^{er} février 1966 et 1^{er} janvier 1972, prévoyaient que les vacances devaient être accordées pendant l'année de service correspondante, mais au plus tard au cours de l'année suivante. La teneur de l'art. 329c al. 1^{er} CO a été modifiée, par la simple mention qu'en règle générale, les vacances sont accordées pendant l'année de service correspondante³. Cette modification est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1984⁴.

L'ancien art. 341^{bis} al. 3 CO, ainsi que l'ancien art. 329a CO prévoyaient que les vacances ne devaient pas, en règle générale, être fractionnées. Il était en outre précisé que l'employeur avait l'obligation d'octroyer au moins deux semaines consécutives de vacances aux jeunes travailleurs. Ce minimum obligatoire a été étendu à tous les travailleurs lors de la dernière révision des art. 329a et ss CO en 1984.

L'al. 2 n'a pas subi de modification depuis 1966, sous réserve de l'adjonction des termes *ou du ménage* en 1972.

¹ RO 1966 57, spéc. 78.

² RO 1971 1461, spéc. 1469 ; Message 1967, p. 249.

³ L'ajout des termes *en règle générale* nous paraît contre-productif : en effet, la présence de cette locution dans cet alinéa peut amener le lecteur à oublier le caractère relativement impératif de cette disposition, au sens de l'art. 362 CO.

⁴ RO 1984 580 ; Message 1982, p. 177.

II. Dates des vacances

1. Fixation des dates par l'employeur

4 **Droit de l'employeur** – L'art. 329c al. 2 CO confère clairement à l'employeur le droit de fixer les dates des vacances : c'est en effet le seul moyen d'assurer la pérennité de l'entreprise, en conciliant ces interruptions de travail avec les impératifs liés à l'exploitation et au bon fonctionnement de celle-ci. Contrairement au travailleur, l'employeur assume le rôle du gestionnaire au sein de l'entreprise et doit par conséquent bénéficier d'un large pouvoir de décision concernant la planification des vacances du personnel.

5 **Restrictions** – Le droit de fixer les vacances est assorti de plusieurs cautèles. Tout d'abord, l'employeur a le devoir de prendre en considération les intérêts légitimes du travailleur, pour autant que les exigences liées à la bonne marche de l'entreprise le permettent. Il doit ensuite faire connaître suffisamment à l'avance le moment ainsi que la durée des vacances, pour permettre au travailleur de s'y préparer convenablement. L'employeur doit en outre respecter l'exigence légale d'octroi de deux semaines de vacances consécutives durant l'année de référence et il assume la responsabilité de la prise effective de la totalité du droit aux vacances durant l'exercice-vacances correspondant.

2. Intérêts légitimes du travailleur

6 **Situation personnelle** – Le respect des intérêts légitimes du travailleur découle du devoir général de protection de la personnalité du travailleur, conformément à l'art. 328 al. 1^{er} CO. En règle générale, l'employeur tiendra compte de la situation familiale du travailleur et de ses impératifs, en faisant correspondre les dates des vacances avec celles de son époux ou concubin et, s'il a des enfants en âge de scolarité, avec les dates des vacances scolaires⁵. L'âge et l'ancienneté constituent également des éléments propres à influencer le choix des dates des vacances.

7 **Intérêts personnels** – Les goûts et intérêts personnels du travailleur doivent aussi être pris en considération lors de la fixation des vacances, puisque cette période a certes pour but principal de lui permettre de se reposer, mais également de favoriser le développement de sa personnalité⁶. Certains loisirs ou hobbies n'étant

⁵ CARRUZZO, N 1 ad art. 329c CO, p. 370 ; SUBILIA/DUC, N 5 ad art. 329c CO, p. 382 ; WYLER, p. 345.

⁶ CEROTTINI, pp. 79 ss et 218.

accessibles qu'à un moment précis de l'année, l'employeur doit en tenir compte si le travailleur entend y consacrer ses vacances⁷.

Pluralité d'employeurs – Finalement, certaines spécificités liées à l'activité professionnelle du travailleur peuvent s'imposer à l'employeur qui arrête les dates des vacances. Ainsi, lorsque le travailleur exerce simultanément plusieurs emplois à temps partiel, il lui appartient d'informer ses divers employeurs de sa situation, de manière à obtenir, dans les limites de ce qui peut être raisonnablement exigé de ces derniers, l'octroi d'un droit aux vacances coordonné dans le temps, grâce à la fixation de dates identiques. Cette contrainte pour l'employeur est justifiée par le fait qu'un octroi fractionné ne permettrait pas d'atteindre le but des vacances et violerait de surcroît le droit à bénéficier de deux semaines de vacances consécutives, conformément à l'art. 329c al. 1^{er} CO. 8

Intérêt de l'entreprise – En contrepartie, l'employeur peut faire valoir l'intérêt de l'entreprise à ne pas subir de dérangement dans le déroulement de son activité. Certes, l'employeur ne peut pas se prévaloir de n'importe quelle entrave à l'activité de l'entreprise pour refuser les propositions de dates émanant du travailleur, étant donné que les vacances constituent déjà à elles seules une perte de productivité. Il le pourra lorsque les dates de vacances coïncident avec une période durant laquelle la présence de l'employé est véritablement indispensable au fonctionnement de l'entreprise⁸. Ce sera principalement le cas pendant des périodes d'intense activité ou en cas d'absence d'autres employés, par exemple lorsque l'entreprise doit faire face à de nombreuses commandes ou tenir des délais extrêmement brefs. 9

Lorsqu'il n'est pas possible de concilier les désirs du travailleur avec les impératifs de l'entreprise, le travailleur doit se conformer aux dates fixées par l'employeur, en vertu de son devoir de diligence et de sauvegarde des intérêts de celui-ci, énoncé à l'art. 321a al. 1^{er} CO.

3. Continuité des vacances

Minimum de deux semaines consécutives – La concrétisation du but des vacances implique que ces interruptions du travail s'étendent sur une période prolongée et ininterrompue⁹. Le travailleur doit donc pouvoir bénéficier d'un minimum de deux semaines de vacances consécutives au cours de l'année de référence. 10

⁷ STAEHELIN, ZK 2006, N 10 ad art. 329c CO, p. 441.

⁸ CEROTTINI, p. 219.

⁹ Selon les constatations de la médecine du travail, un minimum de dix à quatorze jours consécutifs est nécessaire pour que les vacances soient véritablement efficaces et que les effets souhaités soient perceptibles, mais surtout durables.

Aucun motif ne saurait justifier un fractionnement portant atteinte à ce minimum, étant donné le caractère relativement impératif de l'art. 329c al. 1^{er} CO. Toute convention violant cette prescription est frappée de nullité absolue et ne déploie aucun effet. Lorsque le travailleur ne dispose plus que de deux semaines sur la totalité de son droit aux vacances et que la durée des vacances prises jusqu'alors n'a jamais atteint un minimum de deux semaines consécutives, celui-ci peut refuser le fractionnement du solde à prendre sans que son employeur puisse lui reprocher une violation de l'obligation de se conformer à ses directives¹⁰.

- 11 **Solde du droit aux vacances annuel** – Quant au solde du droit aux vacances excédant les deux semaines consécutives, il devrait idéalement être octroyé en bloc, mais le but de repos n'est alors plus menacé par un fractionnement en périodes plus courtes. Ainsi, l'employeur peut octroyer des semaines de vacances isolées, dès lors qu'il a respecté ou respectera l'obligation prévue à l'art. 329c al. 1^{er} pendant l'année de référence.

Nous ne pouvons adhérer au point de vue de Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez¹¹, qui estiment qu'une division du solde en jours isolés ne peut être autorisée que lorsque c'est le travailleur qui en fait la demande. Comme l'indiquent Subilia/Duc¹², ni la loi ni la jurisprudence n'ont établi une telle condition supplémentaire. Une division en jours isolés doit être autorisée, dans la mesure où le but des vacances paraît encore réalisable¹³. A notre avis, le repos sera effectif, lorsqu'un jour isolé de vacances est ajouté, juste avant ou après un congé intercalaire, à des jours fériés ou couplé à un congé hebdomadaire. Nous nous montrons en revanche plus réservé quant à l'efficacité d'une seule et unique journée de vacances prise en pleine semaine de travail. Le Conseil fédéral a pour sa part précisé que la prise de jours fractionnés devait répondre à un besoin légitime du travailleur et nécessite l'accord de l'employeur¹⁴.

4. Octroi des vacances pendant l'année de référence

- 12 **Exercice du droit aux vacances annuel** – Au sens de l'art. 329c al. 1^{er} CO, l'employeur est tenu d'accorder au travailleur l'intégralité de son droit aux vacances pendant l'année de référence, qu'il s'agisse de l'année de service ou

¹⁰ Voir CEROTTINI, pp. 239 ss.

¹¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 329c CO, p. 169 ; *contra* : CEROTTINI, p. 223.

¹² SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 329c CO, p. 381.

¹³ SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 329c CO, p. 381 ; CEROTTINI, p. 222.

¹⁴ Message 1982, p. 213.

l'année civile. Un report de l'entier ou d'une partie de ce droit, ne serait-ce qu'à l'année suivante, doit constituer l'exception¹⁵.

Responsabilité de l'employeur – Le législateur a ainsi confirmé que c'est à l'employeur qu'il appartient de fixer et d'octroyer les vacances et non au travailleur de les demander, respectivement de les prendre¹⁶. C'est donc à l'employeur de s'inquiéter de la prise effective de la totalité du droit aux vacances pendant l'exercice-vacances concerné¹⁷. Si un solde de vacances subsiste à l'issue de cette période, l'employeur en est responsable ; l'éventuel solde subsistant s'ajoute alors au droit aux vacances de l'année de référence suivante. 13

Responsabilité du travailleur – Pour que cette responsabilité passe au travailleur, l'employeur doit, à notre avis, avoir à plusieurs reprises expressément demandé à son employé de prendre ses vacances dans l'exercice-vacances. Une fois le terme de cette période dépassé, il doit procéder à une sommation spécifique, enjoignant clairement l'employé à prendre son solde de vacances, dans un délai qui ne saurait être inférieur à trois mois, et l'avertir qu'en cas de refus ou d'absence de décision ou proposition de sa part, les dernières semaines du délai accordé seront considérées comme choisies et les vacances prises à ce moment, l'accès à l'entreprise lui étant refusé durant cette période¹⁸. 14

Preuve de la prise des vacances – Il appartient à l'employeur de prouver que le travailleur a effectivement bénéficié en nature des jours de vacances auxquels ce dernier avait droit, compte tenu du droit annuel applicable et de la durée des rapports de travail¹⁹. 15

5. Délai de préavis

Préavis minimum – La loi ne précise pas la durée du délai de préavis qui doit être respecté par l'employeur lorsqu'il fixe la date des vacances. La doctrine²⁰, suivie par la jurisprudence²¹, s'accorde à dire qu'au vu des exigences 16

¹⁵ Le Conseil fédéral a indiqué que cette exigence était dictée par sa volonté d'éviter tout ajournement prolongé des vacances, étant donné le caractère nuisible d'une pareille mesure sur la santé du travailleur ; Message 1982, pp. 177-214.

¹⁶ Message 1982, p. 214.

¹⁷ ATF 130 III 19 ; TF 4C.230/1999 du 15 septembre 1999.

¹⁸ CEROTTINI, p. 341.

¹⁹ TF 4C.57/2001 du 12 février 2002, c. 2 ; ATF 128 III 271, c. 2a, JdT 2003 I 606 (trad.) ; TF 4C.291/1995 du 28 juin 2006.

²⁰ CEROTTINI, p. 225 ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 11 ad art. 329c CO, p. 537 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 9 ad art. 329c CO, p. 441 ; SUBILIA/DUC, N 6 ad art. 329c CO, p. 382 ; WYLER, p. 346.

²¹ TC/JU du 5 décembre 1995, in : SARB 1997, p. 64 ; TF du 4 avril 1996, in : plädoyer 5/1996, p. 55 ; OG/ZH du 27 octobre 1988, in : JAR 1989, p. 121.

actuelles du tourisme, la fixation des vacances doit en général intervenir trois mois avant qu'elles ne soient prises.

- 17 **Exceptions** – Des délais plus courts peuvent toutefois être admis dans certaines circonstances, notamment lorsque le travailleur désire lui-même fixer des dates de vacances à très brève échéance ou lorsqu'un solde de vacances doit être pris à l'issue des rapports de travail²².

III. Fixation des vacances par décision unilatérale de l'employeur

1. Vacances d'entreprise

- 18 **Notion** – Les vacances d'entreprise correspondent à une période d'interruption du travail dont les dates sont uniformément imposées par l'employeur à l'ensemble ou à une catégorie déterminée de travailleurs²³. L'employeur n'est ainsi pas autorisé à fixer des vacances d'entreprise de manière individuelle. Ce type de vacances correspond à une interruption, en général annuelle, de tout ou partie de l'activité de l'entreprise qui doit être dûment planifiée et clairement prévisible pour les travailleurs concernés. Le délai de préavis minimum de trois mois doit ainsi à notre avis être respecté sans exception en cas de vacances d'entreprise²⁴.

- 19 **Conditions** – Les vacances d'entreprises doivent répondre à un besoin objectif. En pratique, elles seront fixées pendant des périodes creuses de l'année, durant lesquelles l'entreprise fait habituellement face à un ralentissement des affaires. Si l'existence d'un motif nous paraît absolument indispensable, nous pensons cependant qu'il faut rester souple dans l'appréciation de l'opportunité d'ordonner des vacances d'entreprise. Il suffit à notre avis que celles-ci constituent une mesure profitable à l'entreprise et que l'employeur soit en mesure de la justifier si le travailleur en fait la demande²⁵. Le travailleur ne pourra pas en principe s'opposer à la planification de vacances d'entreprise, et cela d'autant moins qu'elles sont expressément prévues dans le contrat individuel de travail ou par convention collective de travail.

²² Voir CEROTTINI, pp. 226 ss.

²³ CARRUZZO, N 2 ad art. 329c CO, p. 371 ; CEROTTINI, p. 228 ; SAVIAUX, p. 27 ; WYLER, p. 348.

²⁴ Si les circonstances ne permettent pas le respect de ce délai de préavis, l'employeur ne peut alors qu'ordonner la prise de vacances forcées, pour autant que les conditions spécifiques à cette mesure soient remplies.

²⁵ CEROTTINI, p. 229.

Etendue – L’employeur peut également être fondé, selon les circonstances, à fixer des vacances d’entreprise couvrant la totalité du droit aux vacances annuel²⁶. 20

2. Vacances forcées

Notion – Les vacances forcées correspondent à une période de vacances rémunérées prises par l’ensemble ou une certaine catégorie du personnel, sur prescription unilatérale de l’employeur, pendant une période fixée par ce dernier²⁷. 21

Conditions – Les vacances forcées ne peuvent être ordonnées que dans la mesure où elles apparaissent comme absolument nécessaires, en raison de circonstances extraordinaires mettant l’entreprise en sérieuse difficulté²⁸. En outre, les problèmes rencontrés par l’entreprise doivent survenir de manière inattendue. Si ces perturbations sont connues de longue date ou sont prévisibles, comme des fluctuations saisonnières usuelles, l’employeur doit en tenir compte dans sa planification du travail, au besoin en imposant à l’avance et moyennant préavis des vacances d’entreprise, mais ne pourra pas à notre avis ordonner au dernier moment des vacances forcées. 22

L’appréciation de la gravité et de l’imprévisibilité des circonstances motivant la prescription de vacances forcées doit être stricte, dans la mesure où de telles vacances forcées constituent un moyen pour l’employeur de fixer des vacances de manière soudaine, sans respecter un quelconque délai de préavis, et représentent un risque pour le travailleur de ne pas pouvoir organiser cette période convenablement. Lorsque les conditions développées ci-dessus sont remplies, les périodes de vacances forcées constituent de véritables jours de vacances qui sont décomptés du droit annuel du travailleur, le salaire afférent à cette période étant acquitté intégralement

Etendue – Selon les circonstances, l’employeur peut être fondé à fixer des vacances forcées couvrant la totalité du droit aux vacances annuel. 23

Nous sommes d’avis que l’employeur pourra également imposer au travailleur des vacances forcées lorsque leur durée est supérieure à celle du droit aux vacances auquel ce dernier peut effectivement prétendre à ce moment de l’année de service. Cela dit, si des vacances forcées font apparaître un excédent de

²⁶ CAPH/GE du 4 mars 1987, in : JAR 1988, p. 247, considère que lorsqu’un employé se voit imposer des vacances d’entreprise contre sa volonté, on devrait lui permettre de prendre un congé non payé aux dates souhaitées. Nous ne pouvons adhérer à une telle position : l’octroi d’un congé non payé, quelle qu’en soit la motivation, nécessite en effet un accord entre les deux parties. Le travailleur ne dispose pas d’un droit unilatéral à l’obtention d’une telle période de congé en cas de refus de l’employeur.

²⁷ CARRUZZO, N 3 ad art. 329c CO, p. 373 ; SAVIAUX, p. 25.

²⁸ CEROTTINI, p. 233 ; SAVIAUX, p. 29.

vacances en cas de résiliation prématurée des rapports de travail durant l'année, l'employeur doit supporter cet excédent comme un risque lié à la gestion de son entreprise et ne pourra dès lors exiger du travailleur la restitution des jours de vacances accordés en trop²⁹. Carruzzo émet à cet égard une réserve, en présence de circonstances qui ne relèveraient pas du risque d'entreprise, ou qui iraient au-delà du risque commercial et d'exploitation. Dans une telle hypothèse, cet auteur considère que l'employeur peut exiger le remboursement de l'excédent du droit aux vacances dont a bénéficié le travailleur³⁰.

Selon Rehbinder/Stöckli, auxquels nous nous sommes ralliés³¹, l'employeur a la possibilité d'ordonner des vacances forcées, dont la durée dépasse la prétention aux vacances à laquelle le travailleur peut prétendre pour toute l'année de référence, pour autant que cela n'entraîne pas une diminution du salaire pour le travailleur.

24 **Difficultés économiques** – En pratique toutefois, il est vrai que l'employeur prolongera rarement une période de vacances forcées au-delà du droit aux vacances annuel, lorsque son entreprise doit faire face à des difficultés économiques. En effet, l'utilité initiale d'une telle mesure aura alors disparu, soit lui permettre de s'acquitter d'une prestation qui doit de toute façon être fournie pendant l'année (octroyer des vacances) à un moment où le travail fait précisément défaut. Lorsque les difficultés économiques subsistent et que les vacances forcées n'ont pas suffi à y parer, l'employeur devra donc choisir entre trois solutions pour préserver ses intérêts :

1) Obtenir l'accord du travailleur sur l'introduction d'un horaire réduit, portant sur l'interruption ou la réduction temporaire de l'horaire de travail avec une réduction de salaire³².

2) Procéder à une résiliation sous la forme d'un congé-modification, en subordonnant le maintien du contrat à l'acceptation d'une réduction permanente de l'horaire par le travailleur dès le prochain terme de résiliation.

3) Mettre définitivement fin aux rapports de travail pour le prochain terme légal ou contractuel, sans proposer d'alternative au travailleur.

²⁹ CEROTTINI, pp. 234 ss.

³⁰ CARRUZZO, N 3 ad art. 329c CO, p. 374.

³¹ REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 8 ad art. 329c CO, p. 535 ; CEROTTINI, p. 235, avec la précision que l'excédent de vacances forcées avec maintien du plein salaire constitue un congé payé et non des vacances au sens des art. 329a ss CO, sauf en cas de décision de l'employeur de compenser ce congé avec un solde de vacances non pris pendant l'exercice-vacances précédent ou d'octroyer de manière anticipée des vacances à prendre durant la période de référence suivante.

³² Voir les conditions spécifiques d'une telle indemnisation aux art. 31 à 41 LACI. Il faut noter en particulier qu'une perte de travail ne peut pas donner lieu à indemnisation lorsqu'elle coïncide avec des jours fériés, est provoquée par les vacances de l'entreprise ou que l'employeur ne la fait valoir que pour certains jours précédant ou suivant immédiatement des jours fériés ou des vacances d'entreprise.

IV. Prise de vacances par décision unilatérale du travailleur

Licenciement avec effet immédiat – Le travailleur n'est pas autorisé à désigner unilatéralement les périodes de vacances, sauf circonstances exceptionnelles. La prise unilatérale de vacances par le travailleur peut constituer selon les circonstances un juste motif de renvoi immédiat³³. La notion de justes motifs est une notion de droit examinée librement par le juge : il appréciera cette violation contractuelle principalement au regard de la durée de l'absence, de son impact sur l'organisation et l'activité de l'entreprise, de l'existence d'un éventuel avertissement antérieur pour le même motif, d'un refus de départ en vacances expressément signifié au travailleur par l'employeur ou d'une menace préalable quant aux sanctions prévues par l'employeur en cas d'insubordination. 25

Abandon d'emploi – En revanche, la seule prise de vacances par décision unilatérale du travailleur ne peut pas être assimilée à un abandon d'emploi injustifié ou un refus d'entrer en service sans motif au sens de l'art. 337d CO, sauf à se trouver en présence d'une absence de plusieurs mois³⁴. 26

Faits justificatifs – Certaines circonstances particulières peuvent toutefois expliquer la décision du travailleur de prendre ses vacances en dépit du refus de son employeur, et exclure la possibilité de retenir à l'encontre du travailleur une violation de son devoir de fidélité et de se conformer aux directives³⁵. 27

Tel est le cas si l'employeur, averti suffisamment tôt des dates envisagées, ne tient pas compte des désirs légitimes ou de la situation familiale du travailleur, alors que les intérêts de son entreprise ne prédominent pas³⁶, ou s'il reporte systématiquement les dates fixées, sans motif digne d'intérêt³⁷.

Il en est de même lorsqu'un travailleur, qui a signalé à plusieurs reprises sa volonté de prendre des vacances à une date précise, ne reçoit que très tardivement une réponse négative de son employeur, ce qui l'empêche de prendre des dispositions pour reporter son congé³⁸. Il faut ensuite envisager le refus systématique des dates proposées par le travailleur, par attitude purement chicanière de l'employeur ou par volonté de contraindre le travailleur d'accepter une indemnité en lieu et place des jours de vacances en nature, en violation de l'art. 329d al. 2 CO. C'est également le cas lorsque l'employeur refuse d'accorder pendant l'année les deux semaines consécutives prescrites par l'art. 329c al. 1^{er} CO.

³³ CEROTTINI, p. 237 et références jurisprudentielles citées ; SUBILIA/DUC, N 14 ad art. 329c CO, p. 385 ; WYLER, p. 348.

³⁴ TF 4C.370/2001 du 14 mars 2002, c. 2 ; voir également CEROTTINI, p. 239.

³⁵ Voir CEROTTINI, p. 239.

³⁶ ATF 108 II 301 = JdT 1983 I 31 = SJ 1983 33.

³⁷ TF du 4 avril 1996, in : plädoyer 1996/5 53, Patrons 1996 n° 11/12, p. 15.

³⁸ TF du 8 avril 1983, in : JAR 1984, p. 149 ; ArbG/BE du 3 décembre 1985, in : JU-TRAV 1987 16.

- 28 **Réaction du travailleur** – Si l’employeur ne respecte pas un délai minimum de préavis ou s’il fixe sans justification les dates des vacances à un moment qui ne convient pas au travailleur, ce dernier doit lui communiquer son refus. Le travailleur doit en outre proposer ses services pour la période en question. Dans l’hypothèse où l’employeur n’accepte pas cette offre, il se trouve en demeure au sens de l’art. 324 CO et la prétention aux vacances n’est pas touchée. Lorsque l’employeur ne se détermine pas sur les dates de vacances que lui communique le travailleur, ou les refuse systématiquement sans motifs, le travailleur doit, à notre avis, le sommer de se prononcer sur sa demande ou d’en justifier le refus. Un licenciement qui interviendrait après que le travailleur a fait valoir sa prétention aux vacances serait alors abusif au sens de l’art. 336 al. 2 CO. Si l’employeur ne s’exécute pas, le travailleur peut prendre ses vacances aux dates annoncées, après avoir expliqué les motifs de son départ.
- 29 **Départ en vacances sans demande préalable** – Le travailleur, qui part en vacances en omettant sciemment de demander au préalable l’autorisation de son employeur, viole son devoir de fidélité et s’expose à notre avis à un licenciement immédiat pour justes motifs, si son absence se prolonge au-delà de quelques jours³⁹.
- 30 **Prolongation unilatérale** – Il en sera de même s’agissant d’un prolongement unilatéral par le travailleur d’une période de vacances dont les dates ont été fixées d’entente avec l’employeur, pour autant que cette prolongation découle d’une volonté intentionnelle du travailleur⁴⁰.
- 31 **Réparation d’un éventuel préjudice** – En présence d’une prise unilatérale de vacances injustifiée, le travailleur répond du préjudice causé en vertu de l’art. 321e et doit réparer les dommages consécutifs à son absence⁴¹. En cas de résiliation immédiate justifiée, l’art. 337b CO trouve application.

V. Déplacement et interruption des vacances

- 32 **Accord bilatéral** – Une fois les dates des vacances fixées, qu’elles l’aient été d’un commun accord entre les parties ou par prescription unilatérale de

³⁹ L’absence d’avertissement quant aux conséquences d’une telle insubordination n’est pas déterminante, puisque c’est précisément l’attitude du travailleur qui a empêché l’employeur de se déterminer sur le départ en vacances. Voir CEROTTINI, p. 243.

⁴⁰ Il faut donc exclure les retours tardifs liés à des empêchements objectifs externes, comme une grève dans les transports ou des conditions climatiques exceptionnelles.

⁴¹ Par exemples, les heures supplémentaires fournies par les autres employés, la rémunération plus importante exigée par un remplaçant temporaire, ou les prétentions d’un client livré en retard ensuite de l’absence du travailleur.

l'employeur, elles ne peuvent être modifiées subséquemment sans l'acceptation des deux parties⁴².

Exceptions en faveur de l'employeur – Certaines circonstances autorisent une des parties d'exiger de nouvelles dates après leur fixation initiale. La première exception correspond aux cas d'empêchements fautifs ou non fautifs pour le travailleur de bénéficier de ses vacances aux dates prévues initialement. Dans cette hypothèse, le travailleur a droit à la fixation de nouvelles dates de vacances, pour la période durant laquelle le but des vacances n'a pas pu se réaliser⁴³. La deuxième exception correspond à la survenance d'événements extraordinaires et soudains, déterminants pour les intérêts de l'entreprise au point de reléguer ceux du travailleur au second plan⁴⁴. Lorsque l'urgence se déclare avant les vacances, l'employeur est en droit d'exiger du travailleur qu'il renonce aux dates initialement prévues, même dans un délai très bref. Lorsque l'urgence apparaît durant les vacances, l'employeur peut obliger le travailleur à les interrompre et à réintégrer sa place de travail dans les meilleurs délais⁴⁵, mais à notre avis uniquement à la double condition que la pérennité de l'entreprise soit gravement menacée et que la présence du travailleur au sein de l'entreprise apparaisse comme absolument indispensable⁴⁶.

Que l'on soit en présence d'un ajournement ou d'une interruption des vacances, le travailleur peut exiger de son employeur qu'il l'indemnise pour le dommage en résultant⁴⁷.

Exception en faveur du travailleur – Pour sa part, le travailleur peut exiger d'interrompre ses vacances lorsqu'il apprend la résiliation de son contrat de travail durant cette période et qu'il décide de se mettre immédiatement à la recherche d'un nouvel emploi⁴⁸.

⁴² REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 12 ad art. 329c CO, p. 537 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 14 ad art. 329c CO, p. 444 ; TF du 27 novembre 1997, in : JAR 1999, p. 201.

⁴³ Voir dans le présent ouvrage, commentaire ad art. 329a CO.

⁴⁴ TF du 27 novembre 1997, in : JAR 1999, p. 201. STAEHELIN, ZK 2006, N 17 ad art. 329c CO, p. 446.

⁴⁵ REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 12 ad art. 329c CO, p. 538 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 17 ad art. 329c CO, p. 446.

⁴⁶ Dans ce sens, STAEHELIN, ZK 2006, N 17 ad art. 329c CO, p. 446 et WEBER, p. 210.

⁴⁷ On pense au remboursement de tous les frais engagés inutilement en vue des vacances, ainsi que des éventuels frais d'annulation de titres de transports ou de réservations de logements. L'employeur devra également prendre en charge les surcoûts occasionnés par le déplacement des vacances dans une période de haute saison touristique ou les frais liés à un rappel immédiat au travail.

⁴⁸ CEROTTINI, pp. 310 ss et 337 s.

VI. Prescription du droit aux vacances

- 35 **Généralités** – Il appartient à l'employeur d'octroyer le droit correspondant à chaque exercice-vacances. Dans l'hypothèse où l'employeur ne devait pas respecter un tel devoir, il n'y a pas de sanction immédiate ni d'atteinte aux intérêts du travailleur. Cela dit, comme toutes les créances, le droit aux vacances en nature, respectivement le salaire afférent à cette période, est susceptible de se prescrire avec l'écoulement du temps, à défaut de son octroi au travailleur, et ceci même si les rapports de travail perdurent.
- 36 **Ancien droit** – L'ancien art. 329c CO prévoyait que les vacances étaient accordées pendant l'année de service correspondante, mais au plus tard au cours de l'année suivante. A l'appui de cette ancienne disposition, le Tribunal fédéral⁴⁹ s'était alors prononcé en faveur de la perte définitive du droit aux vacances, lorsque le travailleur n'en faisait pas usage jusqu'au terme de l'année suivante.
- 37 **Nouveau droit** – L'art. 329c CO al. 1^{er} a été modifié en 1984, afin de clore la controverse s'agissant d'une éventuelle prescription définitive du droit aux vacances non pris à l'issue de chaque année de service ou civile. Depuis lors, dans l'hypothèse où les vacances n'ont pas été accordées en temps voulu, le droit aux vacances se cumule d'une période de référence à l'autre.
- 38 **Délai de prescription** – La doctrine retient un délai de prescription de cinq ans dès la date de l'exigibilité, en application de l'art. 128 chiffre 3 CO par renvoi de l'art. 341 al. 2 CO⁵⁰. Certains auteurs entendent limiter le délai de prescription de cinq ans aux seules créances de salaires et pécuniaires et font valoir que le droit aux vacances constitue principalement un droit à bénéficier à du temps de vacances et non une créance salariale. A leurs yeux, c'est la prescription générale de dix ans prévue à l'art. 127 CO qui devrait s'appliquer au droit aux vacances en tant que tel⁵¹. Après avoir laissé longtemps la question ouverte⁵², le Tribunal fédéral a expressément tranché en faveur d'un délai de prescription uniforme de cinq ans⁵³.
- 39 **Date d'exigibilité du droit à du temps de vacances** – Le droit aux vacances en nature se prescrit pour chaque année de service, de manière séparée. Le délai court dès le moment où la créance est devenue exigible, conformément à l'art. 130 al. 1^{er} CO. Le droit aux vacances annuel, respectivement chaque portion de ce droit annuel, sera exigible à la date du début des vacances prévues dans le contrat de travail (vacances d'entreprise) ou fixées ponctuellement par l'employeur,

⁴⁹ ATF 107 II 430 = JdT 1982 I 94 = SJ 1982 241 ; ATF 101 II 283 = JdT 1976 I 190.

⁵⁰ CARRUZZO, N 10 ad art. 329d CO, p. 386 ; CEROTTINI, p. 340 ; WYLER, p. 360.

⁵¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 8 ad art. 329c CO, p. 171 ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 30 ad art. 341 CO, pp. 279 s.

⁵² ATF 130 III 19. c. 3.2.

⁵³ TF 4A_333/2009 du 3 décembre 2009, c. 4.

comme indiqué à l'art. 329c al. 2 CO. A défaut d'une telle fixation et donc d'une prise de vacances en nature, il faut admettre que le droit aux vacances annuel devient exigible le dernier jour permettant encore de prendre l'entier des vacances durant l'année de référence en question⁵⁴.

Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez⁵⁵ précisent à juste titre que la prescription du temps de vacances demeurera rare, compte tenu du fait que chaque fois que le travailleur bénéficie de périodes de vacances, il épuise d'abord le solde de vacances le plus ancien jusqu'à finalement entamer le droit aux vacances de l'année courante. Ce mode d'épuisement découle de l'application par analogie de l'art. 87 CO, qui prévoit l'imputation d'un paiement, en présence d'une pluralité de dettes, sur la dette échue la première, à défaut de déclaration particulière de l'employeur⁵⁶.

Date d'exigibilité du salaire afférent aux vacances – Si les vacances sont prises en nature mais ne sont pas rémunérées ou que partiellement, la créance salariale qui en découle devient à notre avis exigible à la date à laquelle le salaire afférent à la période de vacances en question aurait dû être normalement versé, la plupart du temps à la fin du mois englobant cette absence. Nous retenons en revanche la date du début de la période de vacances concernée, pour les travailleurs au bénéfice d'un horaire irrégulier et dont le salaire afférent est inclus au *pro rata* dans chaque salaire périodique.

Obligation de rémunérer les vacances après l'échéance du contrat – Si le droit aux vacances n'est pas utilisé et se prescrit avant la fin des rapports de travail, il ne saurait faire naître une quelconque prétention pécuniaire à l'issue de ces rapports.

En revanche, si le droit aux vacances non utilisé n'est pas encore prescrit à la date de la fin des rapports de travail, Wyler et Carruzzo considèrent que les jours de vacances non encore pris à cette date se transforment en une créance pécuniaire ; cette conversion de la nature de la créance ne fait pas courir un nouveau délai de prescription de cinq ans, le point de départ de ce délai restant fixé à la fin de chaque année de service à laquelle les jours reportés appartiennent⁵⁷. A l'inverse, Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez⁵⁸ semblent envisager dans cette hypothèse un délai de prescription qui ne court qu'à compter de la fin des rapports de travail, avec une nouvelle date d'exigibilité sur la base de l'art. 339 al. 1^{er} CO. Nous ne pouvons adhérer à ce dernier point de vue : à l'issue des rapports de travail, il n'y a pas véritablement de conversion du droit aux vacances, mais perception exclusive du salaire afférent aux vacances, calculé selon la méthode *après*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 8 ad art. 329c CO, p. 171

⁵⁶ OG/ZH du 18 avril 2005, in : JAR 2006, p. 555.

⁵⁷ CARRUZZO, N 10 ad art. 329d CO, p. 386 ; WYLER, p. 360.

⁵⁸ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 8 ad art. 329c CO, p. 171.

*période*⁵⁹, la prétention en nature sous forme d'interruption de temps de travail ne pouvant plus être accordée après la fin des rapports contractuels. Le point de départ du délai de prescription de ce salaire afférent aux vacances est donc bien le dernier jour permettant encore de prendre l'entier des vacances durant l'année de référence en question.

42

Annonce du solde de vacances par l'employeur – La pratique consistant à annoncer au travailleur son solde de vacances en fin d'année, englobant les éventuels soldes de vacances pour les années antérieures, comporte le risque d'être considérée comme une reconnaissance de la dette, ce qui aura pour effet d'interrompre la prescription conformément à l'art. 135 chiffre 1^{er} CO, et faire naître un nouveau délai de prescription de cinq ans, en vertu de l'art. 137 al. 1^{er} CO.

⁵⁹ Voir dans le présent ouvrage, commentaire ad art. 329d CO.

Art. 329d

- d. Salaire
- ¹ L'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature.
- ² Tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages.
- ³ Si, pendant les vacances, le travailleur exécute un travail rémunéré pour un tiers au mépris des intérêts légitimes de l'employeur, celui-ci peut lui refuser le salaire afférent aux vacances ou en exiger le remboursement s'il l'a déjà versé.
- d. Lohn
- ¹ Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn und eine angemessene Entschädigung für ausfallenden Naturallohn zu entrichten.
- ² Die Ferien dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden.
- ³ Leistet der Arbeitnehmer während der Ferien entgeltliche Arbeit für einen Dritten und werden dadurch die berechtigten Interessen des Arbeitgebers verletzt, so kann dieser den Ferienlohn verweigern und bereits bezahlten Ferienlohn zurückverlangen.
- d. Salario
- ¹ Il datore di lavoro deve pagare al lavoratore il salario completo per la durata delle vacanze e un'equa indennità a compensazione del salario in natura.
- ² Finché dura il rapporto di lavoro, le vacanze non possono essere compensate con denaro o altre prestazioni.
- ³ Se il lavoratore eseguisce durante le vacanze un lavoro remunerato per conto di un terzo, ledendo i legittimi interessi del datore di lavoro, questi può rifiutargli il salario delle vacanze o esigerne il rimborso.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	406
1. Objet, but et nature de la norme.....	1	406
2. Origine et évolution de la norme	3	406
II. Contenu du salaire afférent aux vacances.....	4	407
1. Généralités.....	4	407
2. Salaire de base fixe	5	407
3. Salaire de base variable	9	409
4. Salaire en nature	11	410
5. Heures supplémentaires	12	411
6. Provisions	14	411
7. Remboursement de frais	16	412
III. Inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire périodique	18	413

	note marginale	page
IV. Solde de vacances à prendre à l'issue des rapports de travail.....	24	415
V. Excédent de vacances prises à l'issue des rapports de travail.....	29	418
VI. Emploi du temps et devoir de fidélité durant les vacances	34	421

Bibliographie spécifique

AUBERT GABRIEL, Le droit des vacances : quelques problèmes pratiques, in : Le droit du travail en pratique, journées 1990 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1990, pp. 81 ss (cité : Le droit des vacances) ; CEROTTINI ERIC, Le droit aux vacances, étude des articles 329a à d CO, thèse, Lausanne 2001 ; GENIER MÜLLER SANDRA, Fixation des vacances pendant le délai de congé, in : WYLER, Panorama I, pp. 209-225.

I. Généralités

1. Objet, but et nature de la norme

- 1 **Objet et but** – Le législateur a posé l'obligation de rémunération des vacances à l'al. 1^{er}. Cette disposition a été introduite pour favoriser la concrétisation du but des vacances : le repos du travailleur n'est alors pas menacé par la nécessité de se procurer d'autres revenus pendant les vacances en vue d'assurer son existence pendant cette période.

Le deuxième al. interdit tout remplacement des vacances par des prestations en argent ou d'autres avantages, en vue d'assurer la réalisation du but des vacances par une prise effective du temps de vacances durant les rapports de travail et d'empêcher toute tentation chez le travailleur d'y renoncer moyennant obtention de prestations supplémentaires.

Le troisième al. octroie à l'employeur le pouvoir de sanctionner le travailleur qui utilise une période de vacances pour exécuter un travail rémunéré au profit d'un tiers, qui fait de surcroît concurrence à l'employeur ou provoque chez le travailleur une atteinte à sa capacité de travail.

- 2 **Nature** – Comme indiqué explicitement aux art. 361 et 362 CO, l'al. 1^{er} est de nature relativement impérative, alors que les al. 2 et 3 sont de nature absolument impérative.

2. Origine et évolution de la norme

- 3 **Origine et évolution** – L'art. 341^{bis} al. 4 à 6 CO, entré en vigueur le 1^{er} février 1966, contenait déjà les dispositions reproduites dans les trois al. de l'art. 329d CO. Cette disposition n'a pas subi de modification ultérieurement, notamment en 1972 et en 1984, lors des modifications relatives au droit des vacances.

II. Contenu du salaire afférent aux vacances

1. Généralités

Notion – Le salaire afférent aux vacances comprend le salaire de base, qu'il soit fixe ou variable, ainsi qu'une éventuelle part octroyée en nature, mais également les autres modes de rémunération complémentaires ayant un caractère de rémunération durable, comme les allocations familiales, les indemnités de résidence, le 13^e salaire, les provisions, les commissions, la participation au chiffre d'affaires, ainsi que, dans certains cas, les pourboires et le remboursement de frais. En principe, seuls sont écartés les gratifications ainsi que les dédommagements ayant un lien direct avec l'exécution de la prestation du travailleur. Le salaire afférent aux vacances doit avoir l'ampleur du salaire ordinaire qui aurait été versé au travailleur, s'il avait fourni ses services pendant cette période. L'obligation d'accorder ces éléments de salaire ne peut être détournée par une convention stipulant que le travailleur doit supporter tout ou partie du salaire de la personne qui le remplace pendant ses vacances ; à ce sujet, peu importe que le travailleur perçoive un salaire supérieur à la moyenne¹. 4

2. Salaire de base fixe

Employé au bénéfice d'un salaire fixe – Le montant du salaire afférent aux vacances est aisément déterminable pour le travailleur au bénéfice d'un horaire régulier, qu'il s'agisse d'un emploi à plein temps ou à temps partiel. Il correspond au salaire qu'il aurait obtenu à son poste, s'il avait travaillé pendant la durée de ses vacances. 5

Calcul « dans la période » – Pour connaître la rémunération due pendant la période de référence en vertu d'un droit annuel aux vacances de quatre semaines, il faut utiliser le rapport de 4 sur 52, soit le pourcentage de 7,692 % (droit annuel de cinq semaines : $5/52 = 9,615\%$; droit annuel de six semaines : $6/52 = 11,538\%$). 6

Lorsque le 13^e salaire est payé en une seule fois pour toute l'année de référence (par exemple en fin d'année), il faut le déduire du salaire annuel brut. En revanche, il faut en tenir compte dans le calcul si le 13^e salaire a été intégré au *pro rata* dans le salaire mensuel².

Le calcul « dans la période » sera notamment utilisé pour déterminer le montant à rembourser par le travailleur en cas d'excédent de vacances à l'issue des rapports

¹ ATF 118 II 136, c. 3b, JdT 1993 I 660 (trad.).

² CEROTTINI, pp. 184 et 197 s. ; CARRUZZO, N 2 ad art. 329d CO, p. 378 ; SUBILIA/DUC, N 3 ad art. 329d CO, p. 389.

de travail, ou en cas de travail exécuté pour un tiers lésant les intérêts de l'employeur, conformément à l'art. 329d al. 3 CO.

- 7 **Calcul « après période »** – En revanche, lorsqu'il faut déterminer le salaire correspondant aux vacances dont le travailleur n'a pas pu bénéficier durant la période de référence pour un droit annuel de quatre semaines, c'est le rapport de 4 sur 48, soit 8,333 % qui s'applique (droit annuel de cinq semaines : $5/47 = 10,638\%$; droit annuel de six semaines : $6/46 = 13,043\%$). Il suffit alors de multiplier le rapport adéquat au salaire annuel brut.

Le 13^e salaire devra dans un tel calcul être pris systématiquement en compte³.

Le calcul « après période » s'appliquera essentiellement à la rémunération d'un solde de vacances dont le travailleur n'aura pas pu bénéficier durant les rapports de travail.

- 8 **Méthode de calcul**⁴ – Pour déterminer le salaire afférent aux vacances à verser dans chaque cas particulier, il y a lieu d'utiliser l'une des trois équations suivantes⁵, selon que le salaire a trait à un droit aux vacances intégralement exercé dans la période, à un droit aux vacances intégralement exercé après la période, ou à un droit aux vacances partiellement exercé dans la période, avec solde à exercer après la période :

A = Nombre de mois dans la période de référence

B = Nombre de semaines de vacances par année de service ou civile

g1 = Montant du salaire annuel brut (y compris les commissions, et sous déduction du 13^e salaire, lorsqu'il n'est pas versé de manière mensuelle mais en une fois, pour toute l'année de référence)

g2 = Montant du salaire annuel brut (y compris 13^e salaire et commissions)

d = Nombre de semaine(s) de vacances dont le travailleur a déjà bénéficié pendant la période de référence (paramètre « a »)

$\frac{a \times b \times g_1}{624} =$	Salaire brut afférent aux vacances lorsque le droit aux vacances est exercé intégralement DANS la période de référence

³ CEROTTINI, pp. 185 et 197 s. ; SUBILIA/DUC, N 3 ad art. 329d CO, p. 389.

⁴ Pour une explication détaillée de cette méthode de calcul : AUBERT, Le droit des vacances, pp. 113 ss ; CEROTTINI, pp. 97 ss et 183 ss. Voir également CARRUZZO, N 1 ad art. 329d CO, p. 377 ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 12 ad art. 329d CO, p. 551 ; WYLER, p. 353.

⁵ Pour une explication détaillée de ces équations, voir CEROTTINI, pp. 184 ss, reprises par WYLER, pp. 354 ss.

$$\frac{a \times b \times g_2}{(52 - b) \times 12} = \text{Salaire brut afférent aux vacances lorsque le droit aux vacances est exercé intégralement APRÈS la période de référence}$$

$$\left(\frac{a \times b}{12} - d \right) \times \left(\frac{b}{52 - b} + 1 \right) \times \frac{g_2}{52} = \text{Solde du salaire brut afférent aux vacances à verser APRÈS la période de référence, lorsque le travailleur a partiellement bénéficié de son droit aux vacances DANS la période de référence}$$

3. Salaire de base variable

Employé au bénéfice d'un salaire variable – Le procédé de calcul présenté ci-dessus n'est pas directement applicable aux travailleurs ayant une activité irrégulière et une rémunération variable (comme les travailleurs payés à l'heure, à la pièce ou à la tâche), dès lors que leur rémunération ne cesse de fluctuer au cours des mois. Le salaire afférent aux vacances doit alors être calculé dans la mesure du possible, sur la base de la moyenne des revenus annuels perçus durant la période de référence pour le droit aux vacances (année de service ou année civile) si l'exercice-vacances est complet, ou une période inférieure en cas de période de référence incomplète.

Lorsque le calcul intervient en cours de période de référence pour un employé disposant d'une rémunération variable, la méthode comporte un inconvénient majeur et quasiment rédhibitoire en pratique : elle nécessite de nombreux calculs durant l'année, qui s'avèrent être différents pour chaque travailleur, et un ultime calcul doit encore être opéré en fin d'année, suivi d'un versement complémentaire par l'employeur ou d'un remboursement par le travailleur, selon la variation des revenus versés après la prise de vacances en nature. Ainsi, dans la pratique, la méthode du paiement effectué au moment de la prise effective des vacances est fréquemment remplacée par le système de l'inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire périodique, comme nous le développerons ci-après.

Méthode de calcul⁶ – Lorsque l'on entend procéder au calcul définitif du salaire afférent aux vacances à la fin de la période de référence, respectivement lorsqu'il

⁶ Pour une explication détaillée de cette méthode de calcul : AUBERT, Le droit des vacances, pp. 113 ss ; CEROTTINI, pp. 97 ss et 186 ss. Voir également CARRUZZO, N 1 ad art. 329d CO, p. 377 ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 12 ad art. 329d CO, p. 551 ; SUBILIA/DUC, N 7 ad art. 329d CO, p. 390 ; WYLER, p. 353.

faut déterminer le solde de salaire afférent aux vacances à verser à l'issue des rapports de travail, il y a lieu d'utiliser les deux équations suivantes⁷ :

h = Montant total des salaires versés pendant les périodes de travail (couvrant l'entier de l'exercice-vacances, périodes de vacances non comprises)

b = Nombre de semaines de vacances par année de service ou civile

i = Montant total effectivement versé pendant l'exercice-vacances pour les périodes de vacances prises

$$\left(h \times \frac{b}{52 - b}\right) - i =$$

Solde du salaire brut afférent aux vacances à verser par l'employeur ou à rembourser par le travailleur engagé selon un horaire variable ou bénéficiant d'une rémunération variable, lorsque ce dernier a intégralement ou partiellement bénéficié de son droit au vacances DANS la période de référence

$$h \times \frac{b}{52 - b} =$$

Salaire brut afférent aux vacances à verser au travailleur engagé selon un horaire variable ou bénéficiant d'une rémunération variable, lorsque le droit au vacances est exercé intégralement APRÈS la période de référence

4. Salaire en nature

11

Conversion en espèces – Une partie de la rémunération du travailleur peut être octroyée sous la forme d'une prestation en nature. L'employeur ne pouvant pas imposer au travailleur de continuer à percevoir ces prestations en nature pendant les vacances, il a l'obligation de procéder à la conversion en espèces des prestations octroyées ordinairement en nature, comme le prévoit expressément l'art. 329d al. 1^{er} CO⁸. Un accord, par contrat individuel de travail, convention collective de travail ou contrat-type de travail, peut régler les détails de cette conversion, notamment en précisant le montant de cet élément du salaire, pourvu que cela se fasse conformément à l'équité. A défaut de précision, le montant de

⁷ Pour une explication détaillée de ces équations, voir CEROTTINI, p. 190, reprises par WYLER, p. 355.

⁸ CEROTTINI, pp. 192 ss ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 4 ad art. 329d CO, p. 545 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 4 ad art. 329d CO, p. 452 ; SUBILIA/DUC, N 2 ad art. 329d CO, p. 389.

l'indemnité due pourra être calculé en fonction des barèmes de l'AVS⁹ ou des usages locaux applicables en la matière.

5. Heures supplémentaires

Exclusion – En principe, les heures supplémentaires n'entrent pas en ligne de compte dans le calcul afférent aux vacances, au vu de leur caractère exceptionnel et momentané¹⁰. Il en est de même s'agissant des suppléments versés en compensation du travail en équipes, du travail de nuit, du travail effectué le week-end ou les jours fériés. 12

Exception – Cette règle peut toutefois connaître une exception, lorsque ces heures de travail sont effectuées régulièrement et de manière durable. Dans cette hypothèse, ces heures doivent conduire à une augmentation du salaire afférent aux vacances, sur la base d'une moyenne effectuée par exemple sur les douze derniers mois¹¹. 13

Deux auteurs¹² précisent à notre avis à juste titre que si de tels suppléments ne découlent pas de dispositions impératives de la loi, il est possible de les exclure conventionnellement du calcul du salaire afférent aux vacances, à tout le moins lorsqu'ils constituent une part réduite du salaire usuel.

6. Provisions

Prise en compte – La provision (appelée également commission) au sens de l'art. 322b CO correspond à une rémunération en fonction du résultat obtenu, donc à un revenu variable. Le travailleur ne devant ni être appauvri, ni enrichi, durant les vacances, le salaire afférent à cette période doit tenir compte de cet élément du salaire. Pour procéder au calcul de la provision afférente aux vacances, il y a lieu d'appliquer une méthode forfaitaire¹³, en prenant en compte la moyenne réalisée durant les derniers mois de travail ou au cours d'une période appropriée, comme par exemple la moyenne des revenus réalisés depuis le début de l'exercice-vacances correspondant, ou la moyenne de l'année de service considérée¹⁴. 14

⁹ Voir art. 11 RAVS, s'agissant des frais de nourriture et de logement (RS 831.101).

¹⁰ CEROTTINI, p. 194 ; CARRUZZO, N 2 ad art. 329d CO, p. 379.

¹¹ ATF 132 III 172, c. 3 = JdT 2006 I 572 = SJ 2006 I 252 ; CARRUZZO, N 2 ad art. 329d CO, p. 378 ; CEROTTINI, p. 195 et références doctrinales citées ; SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 329d CO, p. 389 ; WYLER, p. 352.

¹² WYLER, p. 352, repris par SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 329d CO, p. 389.

¹³ ATF 129 III 664, c. 7.3 = JdT 2004 I 60 ; TF 4C.173/2004 du 7 septembre 2004, c. 5 ; TF 4C.147/2005 du 26 septembre 2005, c. 3.

¹⁴ TF 4C.217/2003 du 29 janvier 2004, c. 4 ; CEROTTINI, p. 199.

- 15 **Exception** – La doctrine¹⁵ retient deux exceptions au versement pendant les vacances d'un montant supplémentaire équivalant à cette moyenne. La première est réalisée lorsque le travailleur obtient des commandes supplémentaires, avant ou après les vacances, qui sont directement liées à son absence pendant ses vacances. Dans cette hypothèse, le travailleur n'aura pas droit au versement d'une somme en compensation de l'absence de commissions pendant les vacances, pour autant que le montant des commandes supplémentaires atteigne la moyenne des commissions obtenues depuis le début de l'exercice-vacances. La seconde exception correspond aux cas où le contrat prévoit une commission calculée sur toutes les affaires conclues dans l'année de référence, avec versement, lors de chaque terme de paiement, d'une avance correspondant à une part importante de la moyenne calculée périodiquement et où le règlement du solde se fait à la fin de la période de référence. Dans cette hypothèse, le fait que le travailleur reçoive périodiquement une avance lui permet de prendre ses vacances pendant l'année sans que ses revenus baissent.

7. Remboursement de frais

- 16 **Exclusion** – Le remboursement des frais directement liés à l'accomplissement du travail, comme l'indemnisation des déplacements professionnels (essence, repas, logement à l'hôtel), ne doit pas être pris en compte dans le salaire des vacances, dès lors qu'ils ne sont pas engagés pendant cette période.
- 17 **Exception** – En revanche, ces frais doivent être inclus dans le salaire afférent aux vacances, lorsqu'ils représentent en réalité une part intégrante du salaire ordinaire, mais déguisée en frais forfaitaires¹⁶. De même, lorsque les frais continuent à être engagés dans l'intérêt de l'entreprise pendant les vacances (loyer d'un bureau ou d'un garage, mensualités d'un leasing d'une voiture de service ou primes d'assurance), leur remboursement doit être intégré au salaire afférent à cette période¹⁷.

¹⁵ AUBERT, *Le droit des vacances*, pp. 121 ss ; CEROTTINI, p. 200, CARRUZZO, N 2 ad art. 329d CO, p. 379 ; WYLER, p. 353.

¹⁶ CARRUZZO, N 2 ad art. 329d CO, p. 380 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 6 ad art. 329d CO, p. 453 ; TF du 10 juin 1993, in : SJ 1995 781.

¹⁷ CARRUZZO, N 2 ad art. 329d CO, p. 380 ; CEROTTINI, p. 201 et références doctrinales citées ; STAEHELIN, ZK 2006, N 6 ad art. 329d CO, p. 453 ; TF 4C.217/2003 du 29 janvier 2004, c. 4.4.2 ss.

III. Inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire périodique

Admission de l'inclusion – L'autorité compétente en matière de conflit du travail de Bâle-Ville a été la première instance à préciser les conditions à remplir pour qu'une inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire ordinaire soit autorisée¹⁸.

Condition de fond – Cette pratique est limitée à certaines catégories de travailleurs, soit, premièrement, les travailleurs auxiliaires ou employés à temps partiel avec un horaire de travail soumis à de fortes variations, au vu des difficultés à calculer par avance leur droit aux vacances, deuxièmement, les travailleurs engagés à temps partiel auprès de plusieurs employeurs, étant donné la difficulté d'obtenir un octroi de vacances en nature simultanément auprès de chacun d'eux, et, troisièmement, les travailleurs ne bénéficiant que de contrats de courte durée (principalement pour ceux engagés à titre intérimaire), au vu des périodes fréquentes d'arrêt de travail entre les différents engagements leur permettant de se reposer.

Condition de forme – Des conditions de forme très précises doivent en outre être respectées : la simple addition de la compensation financière des vacances au salaire convenu ne suffit pas, spécialement lorsque le travailleur est payé à la pièce ou à la tâche. Le pourcentage et le montant du salaire afférent aux vacances doivent ainsi être expressément mentionnés et séparés du salaire de base à la conclusion du contrat et pour toute modification subséquente, ainsi que dans les décomptes périodiques de salaire. Sans cela, le travailleur pourrait être induit en erreur par une clause contractuelle peu claire et amené à croire que le salaire afférent aux vacances n'est pas versé avec le salaire ordinaire mais encore dû en supplément ultérieurement.

Jurisprudence du TF – Dès 1981, le Tribunal fédéral s'est rallié à cette pratique et a confirmé les conditions de fond et de forme posées par la jurisprudence bâloise. Sa jurisprudence a toutefois fluctué depuis lors¹⁹, de sorte qu'elle n'apparaît pas très cohérente²⁰. Notre Haute Cour semble toutefois plus attachée au respect

¹⁸ GG/BS du 5 mai 1975, in : BJM 1976, pp. 326 s.

¹⁹ Voir notamment ATF 116 II 515, JdT 1991 I 313 (trad.) ; TF du 24 février 1997, in : JAR 1998, p. 104 ; TF du 17 février 2000, in : SARB 2000, p. 1009.

²⁰ Dans l'ATF 129 III 493, c. 3, JdT 2004 I 49 (trad.), le Tribunal fédéral, prenant en considération les critiques de la doctrine, s'est demandé s'il se justifiait de maintenir la possibilité exceptionnelle d'inclure le salaire afférent aux vacances dans le salaire courant, pour finalement laisser la question ouverte, dès lors que les conditions formelles n'étaient de toutes façons pas réunies en l'espèce. Il a confirmé qu'il fallait en tous les cas que la part du salaire global destinée à l'indemnisation des vacances fasse l'objet d'une mention expresse dans le contrat de travail, lorsque celui-ci était conclu par écrit. Moins de deux semaines plus tard,

absolu des conditions de forme (pourcentage et part du salaire afférent aux vacances ressortant expressément du contrat et des fiches de salaire) qu'à celles de fond, (présence d'un rapport de travail de courte durée, pluralité d'employeurs ou travail avec un horaire irrégulier).

- 22 **Position de la doctrine** – A l'exception d'Aubert²¹, la doctrine s'est ralliée au régime d'exception toléré par le Tribunal fédéral. Certains auteurs ont toutefois esquissé des solutions visant à favoriser la prise effective de vacances en nature, en cas d'inclusion du salaire afférent à cette période dans le salaire mensuel usuel. Nous avons proposé deux solutions²² : la première consiste à utiliser le système de l'inclusion, mais avec maintien du salaire afférent aux vacances en mains de l'employeur jusqu'à la prise effective du temps de vacances. Lorsque les vacances sont prises en nature, l'employeur verse la somme accumulée jusqu'au terme de paiement précédant cette date. Au terme de paiement suivant, le cumul recommence « à zéro » et le travailleur accumule à nouveau 8,333 % de son salaire ordinaire gagné pendant cette période. Cette solution empêche le travailleur de dépenser le salaire afférent aux vacances avant la prise effective de celles-ci et le dissuade dans une certaine mesure de renoncer à cette période de repos. La seconde consiste à imposer à l'employeur le respect d'une condition supplémentaire de forme, soit l'obligation d'insérer, tant dans le contrat de travail que dans les fiches de paie, une clause expresse précisant que le travailleur a droit à prendre du temps de vacances pendant la période de référence et que la quote-part incluse dans chaque salaire ordinaire correspond à la rémunération de cette période, le travailleur ayant la responsabilité de conserver ces sommes mensuelles jusqu'à la prise effective de vacances, pour ne pas se retrouver sans revenu durant cette période.

Wylér²³ propose une autre solution visant à introduire une condition supplémentaire de fond, à savoir une interdiction expresse pour l'employeur d'occuper le travailleur plus de 48 semaines par année civile, les 4 semaines restantes devant être consacrées à la prise de vacances en nature.

- 23 **Sanctions en cas de non-respect des conditions de forme et/ou de fond** – Au vu de la jurisprudence fluctuante du Tribunal fédéral, l'employeur qui entend mettre sur pied un système d'inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire mensuel devra impérativement respecter les exigences de forme, sous peine de se voir réclamer une seconde fois cette prétention après la fin des rela-

dans un arrêt du 7 juillet 2003 (TF 4C.90/2003, c. 2.3 ss), notre Haute Cour a confirmé expressément la pratique de l'inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire usuel et l'a appliquée à une travailleuse employée à plein temps, mais dont le salaire fluctuait à raison de remplacements qu'elle effectuait fréquemment en sus de son horaire contractuel.

²¹ AUBERT, Le droit des vacances, p. 119.

²² CEROTTINI, pp. 211 ss.

²³ WYLER, pp. 357 s., suivi par SUBILIA/DUC, N 14 ad art. 329d CO, p. 393.

tions contractuelles²⁴. En outre, malgré la flexibilité présente dans les dernières décisions rendues par notre Haute Cour quant aux exigences de fond, l'employeur qui ne veut pas s'exposer à ce risque doit restreindre l'application de ce régime d'exception aux travailleurs à temps partiel avec horaires irréguliers auprès d'un ou plusieurs employeurs, ou à ceux qui bénéficient d'une rémunération variable.

En revanche, dès l'instant où les conditions de forme et de fond sont respectées, nous considérons que l'employeur ne peut en aucun cas être contraint de verser une seconde fois le salaire afférent aux vacances à l'issue des rapports de travail, et ceci même si le temps de vacances n'a pas été octroyé jusqu'à ce terme.

En effet, soit le travailleur exige de bénéficier de vacances en nature durant les rapports contractuels, auquel cas les vacances seront octroyées en nature sans maintien du salaire durant cette période, le salaire afférent à ces vacances ayant déjà été payé chaque mois en sus du salaire usuel. Le travailleur n'est alors pas lésé puisqu'il bénéficie des deux éléments du droit aux vacances, à savoir le temps de vacances et la rémunération y afférente.

Soit le travailleur a accepté de ne pas faire valoir son droit à des vacances en nature pendant les rapports de services, auquel cas il se trouve, à l'issue de ceux-ci, dans la même situation qu'un autre employé qui n'a pas été en mesure de profiter de ses vacances pour cause de fin des rapports de travail. Or ce dernier ne peut réclamer une indemnité propre à compenser l'élément « temps » dont il n'a pas bénéficié ; seule subsiste sa prétention au salaire afférent aux vacances. Il doit en être de même pour le travailleur qui n'a pas invoqué l'al. 2 de l'art. 329d pour obtenir la prise de vacances en nature. Toute autre interprétation aboutirait à une double indemnisation du travailleur au bénéfice du système d'inclusion, soit à son enrichissement illégitime, ce qui n'est pas admissible²⁵.

IV. Solde de vacances à prendre à l'issue des rapports de travail

Octroi en nature jusqu'au terme du contrat – Lorsque les rapports contractuels sont sur le point de prendre fin, il est fréquent que le droit aux vacances du travailleur ne soit pas entièrement épuisé. L'interdiction prévue à l'art. 329d al. 2 CO est valable pendant toute la durée des rapports contractuels, de sorte que l'employeur reste en principe tenu d'accorder les vacances en nature jusqu'au dernier jour du contrat²⁶.

Toutefois, il se peut que l'octroi de vacances en nature ne soit plus envisageable, alors même que le contrat n'a pas encore pris fin. En effet, l'imminence du terme

24

²⁴ Cas dans lesquels les conditions de forme n'ont pas été respectées, ce qui a amené la Haute Cour à condamner l'employeur à payer une seconde fois le salaire afférent aux vacances : ATF 129 III 664 = JdT 2004 I 60 ; ATF 129 III 493, JdT 2004 I 49 (trad.) ; TF 4C.147/2005 du 26 septembre 2005.

²⁵ CEROTTINI, pp. 208 s., suivi par WYLER, p. 358.

²⁶ CEROTTINI, pp. 174 ss ; TF 4C.84/2002 du 22 octobre 2002, c. 3.2.1.

contractuel entraîne souvent l'apparition d'intérêts primordiaux pour le travailleur, qui sont incompatibles avec la réalisation du but des vacances. Ainsi, dans certaines circonstances et à l'appui de motifs limités, le travailleur est fondé à refuser la prise de vacances en nature et à exiger de son employeur qu'il lui verse une indemnité visant à rémunérer ce solde de vacances dont il n'aura pu bénéficier durant les rapports de travail.

- 25 **Recherche d'un nouvel emploi** – Le motif le plus souvent avancé est la nécessité de chercher un nouvel emploi jusqu'au terme du délai de congé. En effet, cette recherche peut se révéler incompatible avec la prise effective de vacances, dès lors que les diverses contraintes liées à cette activité sont incompatibles avec la nécessité de se reposer et disposer d'une grande liberté d'action pendant les vacances. Par conséquent, une même période durant le délai de congé ne peut servir simultanément à la prise de vacances et à la recherche d'un nouvel emploi²⁷.

En revanche, il est possible que le travailleur dispose de suffisamment de temps pour mener successivement ces deux activités durant le délai de congé, parce que la durée de ce délai est largement supérieure au solde des vacances ou que le travailleur n'éprouve aucune difficulté à retrouver un emploi. Ainsi, la durée du délai de congé, celle du solde de vacances à prendre, mais également la difficulté à trouver un autre emploi (nombre d'offres d'emploi dans le secteur d'activité du travailleur, âge de ce dernier) sont considérés, tant par la jurisprudence²⁸ que par la doctrine²⁹, comme des éléments déterminants pour savoir si le temps de vacances peut encore être accordé pendant le délai de résiliation ou si ce droit s'éteint, laissant au travailleur une unique prétention au paiement du salaire afférent aux vacances.

- 26 **Libération de l'obligation de travailler** – Le fait pour l'employeur de libérer ou non le travailleur de son obligation de travailler pendant la durée du délai de congé a également une influence. En effet, dans l'hypothèse d'une libération, le temps à disposition du travailleur pour trouver un emploi est plus important que s'il devait continuer à fournir ses services et demander des congés conformément à l'art. 329 al. 3 CO.

²⁷ AUBERT, *Le droit des vacances*, p. 130 ; CEROTTINI, pp. 297 ss ; SUBILIA/DUC, N 20 ad art. 329d CO, p. 395 ; WYLER, p. 346.

²⁸ ATF 128 III 271, JdT 2003 I 606 (trad.) ; TF 4C.193/2005 du 30 septembre 2005 ; ATF 117 II 270 = JdT 1992 I 398 ; TF 4C.71/2002 du 31 juillet 2002 ; TF 4C.84/2002 du 22 octobre 2002 ; TF 4C.84/2005 du 16 juin 2005 ; GG/ZH du 24 janvier 2005, in : JU-TRAV 2006, p. 75 ; AppG/BS du 24 octobre 2000, in : BJM 2002 215 ; AppG/BS du 9 août 2001, in : BJM 203 315 ; TC/FR du 21 juillet 1997, c. 2 a) et b), in : JAR 1998, p. 160 ; TC/FR du 13 mars 1996, in : JAR 1997, p. 149 ; TF 4C.332/1995 du 7 août 1996 ; TC/JU du 5 décembre 1995, in : JAR 1996, p. 147, SARB 1997, p. 63 ; ArbG/ZH du 29 avril 1993, in : JAR 1994, p. 163 ; TF du 24 novembre 1992, in : JAR 1994, p. 167.

²⁹ AUBERT, *Le droit des vacances* p. 130 ; CEROTTINI, p. 298 et références doctrinales.

A cet égard, le Tribunal fédéral³⁰ a considéré que le critère prépondérant est le rapport entre la durée de la libération de l'obligation de travailler et le solde de jours de vacances à prendre. Il a également précisé que le travailleur libéré d'une telle obligation doit en vertu de son obligation de fidélité sauvegarder les intérêts de l'employeur et prendre en nature les jours de vacances qui subsistent avant la fin du délai de congé.

Aubert³¹ et une jurisprudence cantonale³² avaient estimé que la simple libération de l'obligation de travailler pendant le délai de congé ne pouvait sans autre être assimilée à une invitation de la part de l'employeur à prendre en nature un solde de vacances dès ce moment ; ce dernier devait expressément y inviter le travailleur à le faire. Le Tribunal fédéral a retenu la solution inverse : en vertu de son devoir de fidélité, le travailleur se doit dans une telle situation de prendre ses vacances en nature, même sans instruction expresse de l'employeur³³.

Notre Haute Cour a cependant précisé que l'employeur qui libère le travailleur de son obligation de travailler, mais qui lui demande simultanément de rester à disposition afin d'assurer le passage de témoin à son successeur, sans avoir délimité l'étendue d'une telle obligation, entrave la faculté du travailleur à prendre son solde de vacances en nature, même s'il s'avère après coup qu'il ne l'a pas sollicité³⁴.

En présence d'une véritable libération de travailler, le Tribunal fédéral semble considérer que la prise de vacances en nature demeure en principe possible lorsque le rapport entre le solde de jours de vacances et la durée totale de la libération demeure inférieur selon les circonstances, à 45 %, respectivement à 30 % ou 25 %³⁵.

Résiliation immédiate justifiée – En cas de résiliation immédiate et justifiée des rapports de travail, il est mis fin, en fait comme en droit, au contrat de travail, que cette résiliation émane de l'employeur ou du travailleur. Les rapports contractuels se terminent immédiatement à la date à laquelle le travailleur ou l'employeur reçoit la notification de la résiliation³⁶. S'agissant d'un éventuel solde de vacances, l'employeur n'est plus en mesure de l'octroyer en nature au travailleur, puisqu'il n'existe pas de délai de congé en cas de résiliation immédiate. Il n'a dès lors pas d'autre option que d'accorder la rémunération afférente à cette période

27

³⁰ ATF 128 III 271, JdT 2003 I 606 (trad.) ; TF 4C.193/2005 du 30 septembre 2005.

³¹ AUBERT, Le droit des vacances, p. 130.

³² TC/VD du 26 septembre 1989, in : JU-TRAV 1989, p. 23.

³³ ATF 128 III 271, c. 4, JdT 2003 I 606 (trad.).

³⁴ TF 4A_117/2007 du 13 septembre 2000, c. 6.

³⁵ ATF 128 III 271, c. 4, JdT 2003 I 606 (trad.) ; TF 4C.71/2002 du 31 juillet 2002, c. 3 ; TF 4C.193/2005 du 30 septembre 2005, c. 3.

³⁶ ATF 113 II 259, c. 2, JdT 1988 I 175 (trad.).

(art. 329d al. 2 CO *a contrario*), calculée selon la méthode *après période*, sur la base du droit aux vacances accumulé jusqu'à la date de la notification du congé³⁷.

- 28 **Résiliation immédiate injustifiée** – La résiliation immédiate injustifiée, tout comme la résiliation immédiate justifiée, est réputée mettre fin au contrat en fait et en droit le jour de la réception du congé extraordinaire. Le Tribunal fédéral reconnaît un droit au paiement d'un solde de vacances au travailleur dont le contrat aurait pu prendre fin par la voie ordinaire dans un délai relativement bref. Dans une telle hypothèse, il y a lieu d'accorder au travailleur une indemnité en argent pour le solde de vacances, qui s'ajoute à celle qui est versée en application de l'art. 337c al. 1^{er} CO. Le calcul s'exécute également selon la méthode *après période*, sur la base du droit aux vacances qui aurait dû être accordé durant le délai de congé applicable en cas de résiliation ordinaire des rapports de travail³⁸. Notre Haute Cour refuse toutefois d'admettre que le travailleur licencié avec effet immédiat sans justes motifs puisse systématiquement obtenir une indemnité en remplacement d'un éventuel solde de vacances : elle estime en effet qu'il faut refuser ce droit au travailleur lorsque l'indemnité qu'il perçoit déjà en vertu de l'art. 337 al. 1^{er} CO (« ce que le travailleur aurait gagné, si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cessation du contrat conclu pour une durée déterminée ») couvre une longue période d'inactivité³⁹.

V. Excédent de vacances prises à l'issue des rapports de travail

- 29 **Généralités** – Lorsque le contrat est résilié de manière anticipée en cours d'année de référence, le travailleur peut avoir bénéficié d'un droit aux vacances plus étendu que ce à quoi il est effectivement en droit de prétendre à l'issue du contrat. Il arrive également que la durée du droit aux vacances soit réduite à cause de périodes d'absence du travailleur, conformément à l'art. 329b CO, et que le résultat obtenu après une telle réduction soit inférieur au nombre de jours de vacances dont celui-ci a déjà bénéficié jusqu'à la fin des rapports de services.
- 30 **Fondement juridique à la restitution** – Les art. 329a à d CO ne prévoient rien s'agissant d'un droit de l'employeur d'exiger du travailleur le remboursement du salaire afférent à l'excédent de vacances prises⁴⁰. La doctrine majoritaire⁴¹ retient

³⁷ CEROTTINI, p. 312 ; TF 4C.2/2003 du 25 mars 2003, c. 8.

³⁸ CEROTTINI, pp. 313 ss.

³⁹ ATF 117 II 270, c. 3b = JdT 1992 I 398 ; TF du 21 octobre 1996, in : SJ 1997 149 ; TF 4C.293/2004 du 15 juillet 2005, c. 5.

⁴⁰ Les règles sur l'enrichissement illégitime au sens des art. 62 ss CO ne peuvent à notre avis constituer la justification du droit à la restitution des vacances prises en trop : CEROTTINI, pp. 318 ss, spéc. 321 ; SUBILIA/DUC, N 27 ad art. 329a CO, p. 366, semblent être d'un avis contraire.

l'existence d'un accord tacite ou exprès entre l'employeur et le travailleur, en distinguant les situations dans lesquelles le travailleur est à l'origine de la prise anticipée des vacances, de celles dans lesquelles le départ du travailleur en vacances avancées se fait sur décision de l'employeur⁴².

Vacances anticipées à la demande du travailleur – Lorsque le travailleur est à l'origine de la demande de vacances anticipée, et que l'employeur accède à cette demande, on ne peut déduire de cette acceptation que ce dernier renonce à réclamer un éventuel excédent à la résiliation des rapports de travail. En effet, le travailleur qui demande une prise de vacances anticipée et qui l'obtient, doit être conscient que son employeur ne lui offre pas une prestation supplémentaire mais seulement anticipée. L'employeur attend de lui qu'il continue à travailler à son service suffisamment longtemps pour pouvoir effectivement y prétendre. La part du droit aux vacances accordée à l'avance ne constitue qu'une prestation conditionnelle et n'est définitivement acquise au travailleur qu'à l'issue de la période de travail donnant droit à une telle part. Dès lors, si les relations contractuelles se terminent prématurément et engendrent un trop-perçu en matière de vacances, le travailleur a admis tacitement le remboursement de l'excédent.

La doctrine dominante⁴³ limite toutefois cette obligation de remboursement aux cas où le travailleur doit répondre de la fin des rapports de service. Cette restriction est justifiée par le fait que le travailleur qui réclame des vacances anticipées s'engage implicitement à rester au service de son employeur suffisamment longtemps après en avoir bénéficié, pour qu'il ait en définitive droit à des vacances d'une ampleur de celles dont il a effectivement profité. Quant à l'employeur qui accède à la requête du travailleur, il promet tacitement de garder ce dernier assez longtemps à son service pour lui donner l'occasion d'avoir effectivement droit aux vacances prises. La partie qui provoque la résiliation prématurée du contrat ne tient donc pas sa « promesse » et empêche également l'autre partie de respecter la sienne. Elle doit dès lors en supporter les conséquences et prendre à sa charge l'excédent de vacances. A ce sujet, il faut préciser qu'il ne s'agit pas de

⁴¹ AUBERT, Le droit des vacances, p. 134 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 329c CO, p. 170 ; CEROTTINI, pp. 321 ss ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 13 ad art. 329d CO, p. 552 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 19 ad art. 329c CO, p. 447 ; WYLER, p. 362. *Contra* : CARRUZZO, N 6 ad art. 329d CO, p. 383, considère que l'excédent de vacances correspond à des jours non travaillés mais rémunérés, de sorte que la restitution de la contrepartie reçue en trop de l'employeur s'impose à l'issue des rapports de travail, la créance de l'employeur devenant exigible conformément à l'art. 339 al. 1^{er} CO.

⁴² TF 4A_238/2009 du 3 septembre 2009, c. 4 ; ArbG/NW du 29 octobre 2002, in : JAR 2003, p. 348.

⁴³ AUBERT, Le droit des vacances, p. 134 ; CEROTTINI, pp. 323 ss et références citées. *Contra* : SUBILIA/DUC, N 28 ad art. 329a CO, p. 367, estiment que le travailleur doit dans tous les cas rembourser l'excédent, lorsque les vacances anticipées ont été accordées à sa demande, au motif qu'admettre le contraire reviendrait à inciter l'employeur à refuser tout octroi anticipé de vacances.

déterminer quelle personne a résilié formellement le contrat, mais bel et bien d'examiner quelle partie a provoqué la résiliation, c'est-à-dire à qui elle est imputable⁴⁴. Dès lors que cette question d'imputabilité n'est pas toujours aisée à trancher, l'employeur serait bien inspiré de faire figurer une clause expresse à ce sujet dans le contrat de travail⁴⁵, voire d'obtenir cet accord exprès du travailleur au moment de la fixation des vacances anticipées.

- 32 **Vacances anticipées sur décision unilatérale de l'employeur** – Lorsque la prise de vacances anticipées découle de la fixation de vacances d'entreprise, ou de vacances forcées, l'employeur ne peut pas obtenir le remboursement de ce qui a été finalement accordé en trop pendant ces périodes, à défaut d'un accord tacite entre les parties à ce sujet, les dates et la durée des vacances ayant été fixées unilatéralement par l'employeur⁴⁶. Il n'y a dès lors pas lieu de s'interroger sur l'imputabilité de la résiliation anticipée à l'origine du trop-perçu.

La faculté conférée à l'employeur de fixer unilatéralement des vacances d'entreprise ou des vacances forcées exclut à notre avis la possibilité pour l'employeur d'insérer une clause dans le contrat prévoyant expressément une restitution de l'excédent en cas de vacances d'entreprise perçues en trop à l'issue des rapports contractuels ; admettre le contraire reviendrait à reporter sur le travailleur une part du risque inhérent à la gestion de l'entreprise⁴⁷.

- 33 **Modalités de restitution** – La restitution de l'excédent interviendra par un remboursement à l'employeur du salaire afférent aux jours de vacances pris en trop par le travailleur. L'employeur peut également procéder par une compensation de la somme due sur les derniers salaires, conformément à l'art. 120 CO, en tenant toutefois compte de la restriction posée à l'art. 323b al. 2 CO, soit la préservation du minimum vital du travailleur. Dans certaines circonstances, la compensation pourra se concrétiser en nature, par une augmentation correspondante du temps de travail de l'employé sans rémunération équivalente, durant le délai de congé de ce dernier.

⁴⁴ AUBERT, *Le droit des vacances*, p. 134 ; CEROTTINI, p. 324.

⁴⁵ KG/GR du 3 septembre 1991, in : JAR 1993, p. 170 ; ArbG/Olten du 17 avril 1997, in : SARB 1998, p. 354.

⁴⁶ AUBERT, *Le droit des vacances*, p. 134 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 329c CO, p. 170 ; CEROTTINI, p. 326 ; WYLER, p. 362 ; CARRUZZO, N 2 ad art. 329c CO, p. 372, entend réserver la situation dans laquelle le travailleur dispose d'un capital-vacances suffisant pour couvrir les vacances d'entreprise et, le sachant, demande des vacances supplémentaires. Nous pensons qu'il ne s'agit pas d'une exception puisque cet excédent de vacances répondra aux règles arrêtées en cas de vacances anticipées prises à la demande de l'employeur.

⁴⁷ CEROTTINI, p. 328.

VI. Emploi du temps et devoir de fidélité durant les vacances

Liberté de choix des activités menées – Libéré de toute obligation professionnelle, le travailleur bénéficie pendant les vacances de la maîtrise de son emploi du temps. En effet, le travailleur doit pouvoir se consacrer aux loisirs de son choix et décider librement de ses distractions et occupations pendant ses vacances, pour que l'effet de détente et de délassement soit effectif et donc que le but des vacances se réalise.

34

Restrictions découlant du devoir de fidélité – En vertu du devoir général de fidélité prévu à l'art. 321a CO al. 1^{er}, le travailleur doit sauvegarder les intérêts légitimes de l'employeur pendant toute la durée des rapports de travail, périodes de vacances comprises. En présence d'une violation de ce devoir et d'un dommage causé fautivement, le travailleur engagera sa responsabilité contractuelle conformément à l'art. 321e CO et devra verser des dommages-intérêts à son employeur.

35

Le législateur a prévu une disposition spéciale à l'art. 329d al. 3 CO, qui concerne uniquement les périodes de vacances. Elle accorde un droit de sanction supplémentaire à l'employeur, en l'autorisant à retenir ou récupérer le salaire afférent aux vacances, en cas de travail rémunéré exécuté par le travailleur durant les vacances pour un tiers, dès lors qu'il porte atteinte aux intérêts légitimes de son employeur.

Activité prohibée par l'art. 329d al. 3 CO – La loi prohibe expressément l'accomplissement d'un travail pour un tiers durant les vacances. La notion de travail doit être comprise dans un sens large, ce qui englobe non seulement les activités exercées en vertu d'un contrat de travail, mais également à raison de tout autre type de relation contractuelle, indépendamment d'un lien de subordination ou d'une totale indépendance du travailleur vis-à-vis du tiers⁴⁸. La notion de tiers autorise quant à elle les activités dont le résultat profite exclusivement au travailleur ou à son employeur principal.

36

Cette activité doit également être rémunérée, ce qui comprend les contre-prestations en espèces et/ou en nature. Cette contre-prestation ne saurait être prise en compte si elle demeure purement symbolique ou insignifiante par rapport à la prestation fournie⁴⁹.

Le travail en question doit en outre porter atteinte aux intérêts légitimes de l'employeur, soit lorsque le travailleur fait concurrence à l'employeur⁵⁰, soit lors-

⁴⁸ CARRUZZO, N 7 ad art. 329d CO, p. 383 ; CEROTTINI, p. 156 ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 12 ad art. 321 CO, p. 136 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 18 ad art. 329d CO, p. 459.

⁴⁹ CEROTTINI, p. 157.

⁵⁰ Il faut être en présence de prestations similaires, proposées à une sphère de clients analogues, qui cherchent le même type de services ou prestations.

que cette activité surmène le travailleur au point que sa capacité de travail s'en trouve nettement entamée à son retour à sa place de travail⁵¹.

- 37 **Activités non rémunérées** – Un travail exécuté pour un tiers à titre gratuit ou une occupation dont le seul bénéficiaire est le travailleur ne constituent pas une activité qui peut être sanctionnée par l'art. 329d al. 3 CO ; l'élément de rémunération fait en effet défaut. Ce genre d'occupations peut tout de même porter atteinte aux intérêts légitimes de l'employeur. Dans cette hypothèse, l'activité est également interdite, car elle viole le devoir général de fidélité imposé par l'art. 321a al. 1^{er} CO⁵². L'atteinte aux intérêts légitimes peut alors tant être provoqué par une situation de concurrence que par un état de fatigue.

- 38 **Sanctions** – la loi prévoit à l'art. 329d al. 3 CO in fine la possibilité pour l'employeur de refuser au travailleur le salaire afférent aux vacances, respectivement d'en exiger la restitution ou de le compenser avec un salaire futur, en cas d'activité rémunérée pour un tiers en violation du devoir d'abstention. Le travailleur ne sera pas fondé à réclamer à nouveau des vacances en nature, car l'exercice d'un travail prohibé ne constitue pas un cas d'impossibilité d'exercer le droit aux vacances⁵³.

Diverses sanctions pour cause d'activités lésant les intérêts légitimes de l'employeur peuvent également être prévues expressément par contrat de travail ou convention collective de travail, comme le paiement d'une peine conventionnelle, ou la limitation, voire la disparition d'une gratification⁵⁴.

⁵¹ TF du 18 décembre 1996, in : JAR 1997, p. 182 ; TF 4C.68/1999 du 5 juillet 1999.

⁵² CARRUZZO, N 8 ad art. 329d CO, p. 385 ; CEROTTINI, p. 164.

⁵³ CEROTTINI, pp. 162 et 169.

⁵⁴ Pour plus de détails sur les différentes sanctions contractuelles envisageables, voir STAEHELIN, ZK 2006, N 4 ad art. 321a CO, p. 81.

Art. 329e

3. Congé pour les activités de jeunesse extra-scolaires

¹ Chaque année de service, l'employeur accorde au travailleur jusqu'à l'âge de 30 ans révolus un congé-jeunesse représentant au plus et en tout une semaine de travail, lorsque ce dernier se livre bénévolement à des activités de jeunesse extra-scolaires pour le compte d'une organisation du domaine culturel ou social, en y exerçant des fonctions de direction, d'encadrement ou de conseil, ou qu'il suit la formation et les cours de perfectionnement nécessaires à l'exercice de ces activités.

² Le travailleur n'a pas droit à un salaire pendant le congé-jeunesse. Un accord, un contrat-type de travail ou une convention collective peuvent déroger à cette règle, au profit du travailleur.

³ L'employeur et le travailleur conviennent des dates et de la durée du congé-jeunesse en tenant compte des intérêts de chacun. S'ils ne peuvent se mettre d'accord, le congé-jeunesse sera accordé à condition que le travailleur ait annoncé à l'employeur son intention de faire valoir son droit deux mois avant le début du congé. Les jours du congé-jeunesse que le travailleur n'a pas pris à la fin de l'année civile ne peuvent être reportés sur l'année suivante.

⁴ A la demande de l'employeur, le travailleur apportera la preuve des tâches et des fonctions qui lui ont été attribuées dans le cadre des activités de jeunesse extra-scolaires.

3. Urlaub für ausserschulische Jugendarbeit

¹ Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer bis zum vollendeten 30. Altersjahr für unentgeltliche leitende, betreuende oder beratende Tätigkeit im Rahmen ausserschulischer Jugendarbeit in einer kulturellen oder sozialen Organisation sowie für die dazu notwendige Aus- und Weiterbildung jedes Dienstjahr Jugendurlaub bis zu insgesamt einer Arbeitswoche zu gewähren.

² Der Arbeitnehmer hat während des Jugendurlaubs keinen Lohnanspruch. Durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann zugunsten des Arbeitnehmers eine andere Regelung getroffen werden.

³ Über den Zeitpunkt und die Dauer des Jugendurlaubs einigen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer; sie berücksichtigen dabei ihre beidseitigen Interessen. Kommt eine Einigung nicht zustande, dann muss der Jugendurlaub gewährt werden, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die Geltendmachung seines Anspruches zwei Monate im Voraus angezeigt hat. Nicht bezogene Jugendurlaubstage verfallen am Ende des Kalenderjahres.

⁴ Der Arbeitnehmer hat auf Verlangen des Arbeitgebers seine Tätigkeiten und Funktionen in der Jugendarbeit nachzuweisen.

3. Congedo per attività giovanili extrascolastiche

¹ Ogni anno di servizio, il datore di lavoro deve concedere al lavoratore, sino ai 30 anni compiuti, un congedo giovanile della durata massima complessiva di una settimana di lavoro per consentirgli di svolgere un'attività giovanile extrascolastica non retribuita, direttiva,

assistenziale o consultiva, in un'organizzazione culturale o sociale, nonché di formarsi e perfezionarsi in questo campo.

² Il lavoratore non ha diritto al salario durante il congedo giovanile. Una deroga a favore del lavoratore può venire stabilita per accordo, contratto normale o contratto collettivo di lavoro.

³ Il momento e la durata del congedo giovanile sono fissati di comune intesa dal datore di lavoro e dal lavoratore, tenuto conto dei loro interessi rispettivi. In caso di mancata intesa, il congedo dev'essere concesso qualora il lavoratore abbia già da due mesi annunciato al datore di lavoro l'intenzione di far valere la sua pretesa. I giorni di congedo non goduti decadono alla fine dell'anno civile.

⁴ A richiesta del datore di lavoro, il lavoratore deve fornire la prova delle sue attività e funzioni giovanili extrascolastiche.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	424
1. Objet et but de la norme.....	1	424
2. Nature et origine de la norme.....	2	425
II. Conditions d'octroi et étendue du congé-jeunesse.....	4	425
III. Distinction entre le congé-jeunesse et les vacances.....	7	426

Bibliographie spécifique

FRITZ MAX, Congé pour activités de jeunesse extra-scolaires, in : JAP 1990, pp. 327 ss.

I. Généralités

1. Objet et but de la norme

- ¹ **Objet et but** – L'octroi d'une période supplémentaire d'interruption de travail sous la forme d'un congé-jeunesse était justifié par le constat que certains jeunes travailleurs et apprentis utilisaient une partie de leur droit aux vacances annuel lorsqu'ils se consacraient à la direction ou l'encadrement d'activités extra-scolaires, ce qui avait pour effet de réduire le temps à leur disposition pour se reposer et se distraire, respectivement pour se perfectionner professionnellement. L'introduction de ce congé-jeunesse avait également pour but de rétablir une certaine égalité en faveur des travailleurs et apprentis, qui étaient auparavant désavantagés par rapport aux écoliers et aux étudiants, lorsqu'ils étaient amenés à exercer un tel encadrement ou à se former en vue d'un tel encadrement¹.

¹ Message 1988, p. 777, spéc. p. 798.

Le législateur a d'une manière plus générale voulu favoriser l'activité bénévole de jeunes pour d'autres jeunes, au sein d'organisations de jeunesse.

2. Nature et origine de la norme

Nature – Comme cela résulte explicitement de l'art. 362 CO, les al. 1^{er} et 3 de l'art. 329e CO sont des dispositions relativement impératives. Les al. 2 et 4 sont en revanche de nature dispositive.

Origine et évolution – A la suite du dépôt en 1984 d'une pétition par des organisations de jeunesse et de la recommandation positive du Parlement, le Conseil fédéral a introduit le congé-jeunesse à l'art. 329e CO², par la loi du 6 octobre 1989, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1991³. Par la même occasion, le législateur a modifié la teneur de l'art. 329b CO, en faisant figurer à son 2^e al. la prise d'un congé-jeunesse comme une cause propre à empêcher le salarié de travailler sans faute de sa part. Cette norme n'a pas subi de modification depuis lors.

II. Conditions d'octroi et étendue du congé-jeunesse

Conditions d'octroi – Le congé jeunesse est exclusivement destiné aux travailleurs jusqu'à l'âge de trente ans révolus.

Par ailleurs, l'engagement de ces ayants droit doit se matérialiser pour le compte d'une organisation qui se consacre à offrir des activités ou des prestations en faveur des jeunes. En présence d'organisations à caractère mixte (prise en charge d'handicapés jeunes et adultes, par exemple), il faudra à notre avis déterminer si les activités sont principalement consacrées aux jeunes et si une majorité de participants sont d'un jeune âge. Sont en revanche exclues du champ d'application de cette norme les activités commerciales ou professionnelles, même si elles sont menées par des organisations de jeunesse.

Le travailleur doit en outre assumer au sein de l'organisation concernée une fonction de direction, d'encadrement ou de conseil, ou encore doit suivre des cours de formation, respectivement de perfectionnement liés à son activité. Il ne saurait donc être un simple participant, ou exercer une fonction basique que tout participant pourrait assumer⁴. A cet égard, nous pensons qu'il faut examiner en particulier le pouvoir de décision et la responsabilité conférée au travailleur concerné. D'une manière générale, on reconnaîtra une fonction de direction ou d'encadrement à celui qui a la charge d'un groupe ou d'une mission importante

² RO 1990 2007, spéc. 2010.

³ Loi fédérale du 6 octobre 1989 concernant l'encouragement des activités de jeunesse extra-scolaires (LAJ), RS 446.1 ; Message 1988, p. 777.

⁴ FRITZ, p. 329 ; plus nuancé : SUBILIA/DUC, N 5 ad art. 329e CO, p. 401.

au sein d'une organisation de jeunesse, ou encore à celui qui est responsable de l'organisation et de la direction des manifestations, de l'information du groupe ou de l'élaboration des programmes du groupe.

D'autre part, il faudra impérativement que l'activité du travailleur s'exerce en dehors du cadre scolaire. Les activités concernées relèvent donc du domaine sportif, des loisirs, de la santé et de l'aide sociale, de l'environnement, de la formation, de la culture et des réalités sociales.

Aux termes de l'art. 329e CO, l'activité en question doit être exécutée à titre bénévole. Cela n'exclut pas toutefois une éventuelle indemnisation ou une rémunération symbolique⁵.

- 5 **Fardeau de la preuve** – A la demande de l'employeur, il appartiendra au travailleur d'apporter la preuve que les conditions légales d'octroi sont effectivement remplies. Cela couvre à notre avis non seulement l'exigence liée aux tâches et aux fonctions assumées, comme le prévoit expressément l'al. 4, mais également aux autres impératifs légaux (bénévolat, activité extrascolaire pour le compte d'une organisation, prépondérance d'activités en faveur des jeunes).
- 6 **Etendue** – Lorsque les conditions d'octroi sont remplies, le travailleur dispose d'un droit unilatéral à bénéficier d'un maximum d'une semaine d'interruption de travail par année de service⁶. Le congé-jeunesse peut être pris en bloc ou fragmenté en plusieurs journées, sa durée totale étant limitée à l'équivalent d'une semaine de travail.

III. Distinction entre le congé-jeunesse et les vacances

- 7 **Éléments distinctifs** – Comme les vacances, le congé-jeunesse constitue une interruption du temps de travail, durant laquelle le travailleur est libéré de son obligation de fournir ses services, sans qu'aucun travail compensatoire ne puisse être exigé.

Contrairement aux périodes de vacances, l'employé ne peut pas prétendre à une rémunération pendant la durée d'un congé-jeunesse⁷, sous réserve d'un accord individuel, d'un contrat type ou d'une convention collective, comme le prévoit l'al. 2.

⁵ REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 6 ad art. 329e CO, p. 571 ; WYLER, p. 340.

⁶ En cela, le congé-jeunesse diffère du congé non payé, qui nécessite impérativement l'accord des deux parties.

⁷ Le Conseil fédéral a considéré qu'il fallait donner l'occasion au jeune de prouver sa motivation en ne lui accordant qu'un congé non payé. Le but est d'assurer à l'employeur « que ce type de congé ne serait demandé que par des jeunes fermement décidés à se livrer à une activité extra-scolaire pendant le temps libre qui leur était accordé ». Voir Message 1987, pp. 800 ss.

Fixation des dates – S’agissant de la fixation des dates de la période lorsque l’entente entre les parties fait défaut, l’art. 329c al. 2 CO attribue le choix final des dates des vacances à l’employeur, alors que l’art. 329e al. 3 CO précise que le congé-jeunesse doit obligatoirement être accordé, à condition que le travailleur ait averti son employeur de son intention de le faire valoir au minimum deux mois avant le début du congé proprement dit. 8

Péremption – Le délai de péremption du droit est au demeurant différent pour les deux périodes d’interruption du travail : alors que le droit aux vacances perdure au-delà de la période de référence, l’art. 329e al. 3 CO in fine prévoit que le droit au congé-jeunesse non épuisé durant l’année civile s’éteint à la fin de celle-ci, sous réserve d’un accord plus favorable conclu entre les parties⁸. 9

⁸ SUBILIA/DUC, N 10 ad art. 329e CO, p. 402.

Art. 329f

4. Congé de maternité	En cas de maternité, la travailleuse a droit, après l'accouchement, à un congé d'au moins 14 semaines.
4. Mutterschaftsurlaub	Nach der Niederkunft hat die Arbeitnehmerin Anspruch auf einen Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen.
4. Congedo di maternità	Dopo il parto la lavoratrice ha diritto a un congedo di maternità di almeno 14 settimane.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	428
1. But et nature de la norme.....	1	428
2. Origine de la norme	3	429
II. Début, durée et fin du congé maternité.....	5	429
III. Rémunération du congé maternité.....	8	431
IV. Autres dispositions applicables au congé maternité	13	432

Bibliographie spécifique

AUBERT DAVID, Le droit au salaire en cas d'absence pendant la grossesse et la période d'allaitement, in : WYLER, Panorama I, pp. 141-162 ; BRUCHEZ CHRISTIAN, La nouvelle assurance maternité et ses effets sur le droit du contrat de travail, in : SJ 2005, pp. 269-272 ; CARRUZZO PHILIPPE, Allocations et congé maternité, quels changements à compter du 1^{er} juillet 2005 ?, in Cahiers genevois de sécurité sociale N°34/2005 pp. 61 ss (cité : Allocations) ; SUBILIA OLIVIER, La nouvelle loi sur les allocations pour perte de gain et maternité, in : AJP 12/2005, pp. 1478 s. (cité : LAPG) ; WYLER REMY, LAPG révisée, allocations maternité et coordination avec le droit du travail, in : Le droit du travail dans la pratique de l'entreprise, Berne 2006, pp. 47 ss (cité : LAPG révisée).

I. Généralités

1. But et nature de la norme

- ¹ **But** – Par l'introduction de cette norme, le législateur a voulu accorder un véritable congé maternité à l'ensemble des travailleuses et non seulement un simple congé d'accouchement. Ce congé ne doit pas uniquement permettre à la mère de se reposer des fatigues de la grossesse et de l'accouchement¹, mais éga-

¹ Au sens de l'art. 5 LPGa, la maternité comprend la grossesse et l'accouchement ainsi que la convalescence qui suit ce dernier.

lement lui permettre de disposer du temps nécessaire pour s'occuper intensément de son nouveau-né durant les premiers mois².

Nature – Comme cela résulte explicitement de l'art. 362 CO, l'art. 329f CO appartient aux dispositions absolument impératives. 2

2. Origine de la norme

Régime antérieur – Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'art. 329f CO, le Code des obligations ne disposait d'aucune norme relative au congé maternité. Seules étaient alors applicables les dispositions de droit public contenues à l'art. 35a LTr, qui prévoient l'interdiction de travailler pendant les huit semaines après l'accouchement et la possibilité pour les travailleuses de se dispenser de travailler de la neuvième à la seizième semaine après l'accouchement. Cette protection de droit public n'est toutefois pas applicable à tous les rapports de travail, notamment à raison de la limitation du champ d'application figurant aux art. 2 à 4 LTr. 3

Introduction du congé maternité – L'art. 329f CO, entré en vigueur le 30 juin 2005, a ainsi introduit un congé maternité de quatorze semaines après l'accouchement, applicable à toutes les travailleuses. 4

Ce droit au congé maternité a été introduit conjointement aux dispositions relatives à l'octroi d'une allocation maternité, au sens des art. 16b et ss de la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité³.

Les Chambres fédérales ont écarté la proposition de porter la durée du congé maternité à celle de seize semaines arrêtée à l'art. 35a LTr⁴. De même, le Parlement a refusé d'étendre le champ d'application de l'art. 329f CO aux situations d'adoption⁵.

II. Début, durée et fin du congé maternité

Début – Aux termes de l'art. 329f CO, le congé maternité débute après l'accouchement. La travailleuse ne peut donc prendre une partie de son congé de maternité avant l'accouchement, en tout cas lorsque la durée de celui-ci est limitée à la durée légale de quatorze semaines⁶. Les travailleuses soumises à la LTr 5

² Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 3 octobre 2002, FF 2002 pp. 6092 à 7035, spéc. 7021.

³ LAPG, RS 834.1.

⁴ BO CN 2002, p. 1939.

⁵ BO CE 2003, p. 530.

⁶ BRUCHEZ, p. 264.

peuvent toutefois se dispenser d'aller au travail ou le quitter avant l'accouchement, sur simple avis, conformément à l'art. 35a al. 2 LTr.

Le congé maternité débute en principe le jour effectif de l'accouchement.

- 6 **Hospitalisation du nouveau-né** – En cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né, l'art. 16c LAPG permet à la travailleuse d'obtenir l'ajournement du versement de l'allocation maternité jusqu'à la date du retour de l'enfant à la maison, à la condition qu'elle en fasse la demande et qu'elle dispose d'un certificat médical attestant que le nouveau-né doit rester en milieu hospitalier durant trois semaines au moins immédiatement après la naissance⁷. La travailleuse doit pouvoir dans un tel cas demander le report du congé maternité, afin que ce dernier corresponde à la période différée d'octroi de l'allocation maternité, même si cela n'est pas expressément prévu par la loi⁸. Les travailleuses soumises à la LTr demeureront toutefois soumises, pendant la période de report du congé maternité, à l'interdiction absolue de travailler durant les huit semaines suivant l'accouchement, comme l'exige l'art. 35a al. 3 LTr.
- 7 **Durée** – La durée minimale du congé maternité est de quatorze semaines, quelle qu'ait été la durée des rapports de travail préalablement à la date de l'accouchement. Il peut donc arriver que la travailleuse bénéficie de son congé maternité mais ne touche pas les allocations maternité durant cette période, les conditions de durée de cotisation selon la LAVS et d'exercice d'une activité lucrative telles qu'arrêtées à l'art. 16b LAPG n'étant pas remplies dans le cas particulier⁹. Après le début du congé maternité, celui-ci doit être accordé d'un seul tenant, sans suspension, en raison de son but et de la coordination avec les dispositions relatives à l'allocation maternité.
- A raison du caractère relativement impératif de l'art. 329f CO, l'employeur ne peut pas imposer à la travailleuse de réduire la durée minimale de quatorze semaines. La doctrine s'accorde en revanche à reconnaître à la travailleuse la faculté de réduire de sa propre volonté la durée de son congé maternité¹⁰, sous la réserve de l'interdiction absolue de reprendre le travail durant les huit semaines qui suivent l'accouchement, applicable aux travailleuses soumises à la LTr.
- 8 **Fin** – Les travailleuses qui ne sont pas soumises à la LTr doivent reprendre immédiatement le travail à l'issue du congé maternité de quatorze semaines. Les travailleuses soumises à la LTr peuvent se prévaloir de l'art. 35a al. 3 LTr pour différer leur retour au travail à l'échéance de la seizième semaine après l'accouchement.

⁷ Voir art. 24 al. 1^{er} RAPG.

⁸ BRUCHEZ, p. 264 ; SUBILIA/DUC, N 8 ad art. 329f CO, p. 405 ; WYLER p. 341.

⁹ Dans ce sens STAEHELIN, ZK 2006, N 4 ad art. 329f CO, p. 470 ; SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 329f CO, p. 404.

¹⁰ SUBILIA/DUC, N 5 ad art. 329f CO, p. 404 ; WYLER, p. 341.

III. Rémunération du congé maternité

Conditions légales – Pour avoir droit à l'allocation maternité au sens de la LAPG, la travailleuse doit cumulativement avoir été soumise à l'assurance obligatoire au sens de la LAVS durant les neuf mois précédant l'accouchement, avoir au cours de cette période de neuf mois exercé une activité lucrative durant cinq mois au moins, et être à la date de l'accouchement soit salariée au sens de l'art. 10 LPG, soit exercer une activité indépendante au sens de l'art. 12 LPG ou soit travailler dans l'entreprise de son mari contre salaire en espèces¹¹.

En cas d'accouchement avant terme, la période de neuf mois est réduite à huit mois si l'enfant naît entre le 8^e mois de grossesse et le terme, à sept mois s'il naît entre le 7^e et le 8^e mois de grossesse, et à six mois s'il naît avant le 7^e mois.

En vertu des art. 29 et 30 RAPG, a également droit à l'allocation maternité la mère qui est au bénéfice d'une indemnité de l'assurance-chômage jusqu'à l'accouchement ou remplissant les conditions pour en toucher une au moment de l'accouchement, la mère en incapacité de travail pour maladie, accident ou invalidité et touchant pour l'un de ces motifs des indemnités d'une assurance sociale sur la base d'un salaire précédemment réalisé, ainsi que la mère active dans un rapport de travail régulier, qui ne touche toutefois pas de salaire ou d'indemnités journalières du fait que son droit au salaire a été épuisé précédemment.

Début et fin – Conformément à l'art. 16c LAPG, le droit à l'allocation maternité débute le jour de l'accouchement ; en cas d'hospitalisation prolongée de l'enfant, la mère peut toutefois demander l'ajournement de l'allocation jusqu'au jour où l'enfant retourne à la maison. Aux termes de l'art. 23 RAPG¹², ce droit prend également effet en cas d'accouchement d'un enfant viable et, en cas d'enfant mort-né, lorsque la grossesse a au moins duré vingt trois semaines. Il dure quatorze semaines, soit 98 jours, mais cesse avant cette échéance en cas de reprise anticipée d'une activité lucrative par la mère ou de décès de cette dernière. Dans cette dernière hypothèse, le droit à l'allocation ne se transmet pas au père ou à l'enfant.

Etendue – L'allocation maternité, versée sous forme d'indemnités journalières, équivaut au 80 % du revenu moyen de l'activité lucrative exercée avant le début du droit à dite allocation, déterminé conformément aux dispositions de l'art. 31 RAPG, avec un plafond journalier de 172 fr. prévu à l'art. 16f al. 1^{er} LAPG.

Régime cantonal plus favorable – L'art. 16h LAPG autorise les cantons à mettre en place un régime plus favorable pour les travailleuses, en instaurant une allocation plus élevée, une durée d'indemnisation plus longue, ou une allocation d'adoption.

¹¹ Art. 16b LAPG, RS 834.1.

¹² RS 834.11.

- 13 **Application des art. 324a, 324b CO et de la LTr** – La doctrine majoritaire retient que la nouvelle réglementation de l'allocation maternité constitue une assurance obligatoire imposée par le droit fédéral, destinée à atténuer les conséquences économiques d'un empêchement de travailler, au sens de l'art. 324b CO¹³. C'est donc cette dernière disposition qui régit donc l'obligation éventuelle de l'employeur de compléter l'allocation maternité lorsque le salaire de la travailleuse est supérieur au plafond arrêté à l'art. 16f al. 1^{er} LAPG. Les auteurs¹⁴ considèrent que cette obligation découlant de l'art. 324b CO ne peut excéder la période de huit semaines d'interdiction de travailler au sens de l'art. 35a al. 3 1^{re} phrase LTr, unique période pouvant être assimilée à un empêchement non fautif de travailler. En revanche, les périodes durant lesquelles l'employée dispose de la faculté de ne pas travailler ne constituent pas un empêchement de travailler (art. 35a al. 1^{er}, al. 2, al. 3 2^e phrase, al. 4 LTr). Lorsque la travailleuse ne remplit pas les conditions donnant droit à l'allocation maternité, la doctrine romande, à l'inverse de deux auteurs suisse-allemands, reconnaît l'existence d'un droit au salaire régi exclusivement par l'art. 324a CO, pour autant qu'il subsiste un crédit de salaire suffisant pour l'année de service en question¹⁵. Ces auteurs réservent encore les situations dans lesquelles la travailleuse est fondée à percevoir le 80 % de son salaire, à raison de l'impossibilité pour son employeur de lui proposer un travail de substitution équivalent, pour un travail de nuit ou une activité dangereuse ou pénible, conformément aux art. 35 al. 2 et 35b al. 2 LTr : dans une telle hypothèse, seules les dispositions de la LTr s'appliquent, à l'exclusion des art. 324a et 324b CO, sans autre limite de temps que celle de la grossesse ou de la protection envisagée¹⁶.

IV. Autres dispositions applicables au congé maternité

- 14 **Réduction des vacances** – On rappelle ici pour mémoire que le congé maternité constitue un délai de grâce distinct, dans le cadre de la réduction du droit aux vacances en cas d'absence prolongée¹⁷.

¹³ BRUCHEZ, p. 267 ; CARRUZZO, N 7 ad art. 324b CO, pp. 238 ss ; SUBILIA/DUC, N 164 ss ad art. 324 CO, pp. 275 ss ; WYLER, pp. 213 ss.

¹⁴ CARRUZZO, N 7 ad art. 324b CO, pp. 28 ss ; SUBILIA/DUC, N 171 ss ad art. 324a CO, pp. 278 ss ; WYLER, p. 219. *Contra* : BRUCHEZ, p. 268, qui estime que cette question dépend exclusivement de l'ancienneté de la relation de travail.

¹⁵ BRUCHEZ, p. 266 ; CARRUZZO, N 9 ad art. 324b CO, pp. 242 ss ; WYLER, p. 216.

¹⁶ CARRUZZO, N 31 ad art. 324a CO, pp. 227 ss ; SUBILIA/DUC, N 173 ad art. 324a CO, p. 279 ; WYLER, p. 219.

¹⁷ Voir dans le présent ouvrage, commentaire ad art. 329b CO.

Protection contre les congés donnés en temps inopportun – Il y a lieu de constater que la période de nullité, respectivement de suspension de seize semaines après l'accouchement, telle qu'arrêtée à l'art. 336c al. 1^{er} lettre c CO, englobe le congé maternité, sous réserve d'un report de ce dernier et de l'allocation maternité, en cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né¹⁸.

15

¹⁸ Voir dans le présent ouvrage, commentaire ad art. 336c CO.

Art. 330

IX. Autres obligations **1. Sûreté**

¹ L'employeur doit tenir hors de son patrimoine la sûreté que le travailleur lui remet pour assurer l'exécution de ses obligations ; il lui fournit une garantie pour sa conservation.

² L'employeur restitue la sûreté au plus tard à la fin du contrat à moins que la date de la restitution ne soit différée par un accord écrit.

³ Si l'employeur fait valoir des prétentions contestées découlant du contrat de travail, il peut retenir la sûreté jusqu'à droit connu ; à la demande du travailleur, il doit consigner en justice le montant retenu.

⁴ Dans la faillite de l'employeur, le travailleur peut réclamer la sûreté que l'employeur a tenue hors de son patrimoine, sous réserve des prétentions de celui-ci qui découlent du contrat de travail.

IX. Übrige Pflichten **1. Kautiön**

¹ Übergibt der Arbeitnehmer zur Sicherung seiner Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis dem Arbeitgeber eine Kautiön, so hat sie dieser von seinem Vermögen getrennt zu halten und ihm dafür Sicherheit zu leisten.

² Der Arbeitgeber hat die Kautiön spätestens bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zurückzugeben, sofern nicht durch schriftliche Abrede der Zeitpunkt der Rückgabe hinausgeschoben ist.

³ Macht der Arbeitgeber Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis geltend und sind diese streitig, so kann er die Kautiön bis zum Entscheid darüber insoweit zurückbehalten, muss aber auf Verlangen des Arbeitnehmers den zurückbehaltenen Betrag gerichtlich hinterlegen.

⁴ Im Konkurs des Arbeitgebers kann der Arbeitnehmer die Rückgabe der von dem Vermögen des Arbeitgebers getrennt gehaltenen Kautiön verlangen, unter Vorbehalt der Forderungen des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis.

IX. Altri obblighi **1. Cauzione**

¹ Se il lavoratore fornisce al datore di lavoro una cauzione per assicurare l'adempimento degli obblighi derivantigli dal rapporto di lavoro, il datore di lavoro deve tenerla separata dal suo patrimonio e prestare garanzia per essa.

² Il datore di lavoro deve restituire la cauzione al più tardi alla fine del rapporto di lavoro in quanto la data della restituzione non sia stata differita per accordo scritto.

³ Il datore di lavoro, se fa valere pretese contestate derivanti dal rapporto di lavoro, può trattenere la cauzione sino alla decisione, ma deve depositarla in giudizio a domanda del lavoratore.

⁴ In caso di fallimento del datore di lavoro, il lavoratore può chiedere la restituzione della cauzione tenuta separata dal patrimonio del datore di lavoro, riservate le pretese di questo ultimo derivanti dal rapporto di lavoro.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	435
II. De la nature et de l'étendue de la sûreté	5	436
III. Des règles liées à la conservation de la sûreté par l'employeur (alinéa 1)	12	437
IV. De la restitution de la sûreté (alinéas 2 et 3)	16	438
1. De la restitution dans les cas ordinaires (alinéa 2)	16	438
2. De la restitution dans le cas spécial où l'employeur fait valoir des prétentions (alinéa 3)	21	439
V. Du cas de la faillite de l'employeur (alinéa 4)	28	440

Bibliographie spécifique

FREUNDLER ALEXANDRE, La faillite de l'employeur, in : JdT 2008 II, p. 49 ss ; KAPLAN IBRAHIM, Die Behandlung der Kautions nach neuem schweizerischem Abreitsvertragsrecht : mit einem Blick auf das türkische Recht, thèse, Berne 1975 ; RECK RUDOLF M., Lohnrückbehalt, Kautions und Konventionalstrafe im schweizerischen Arbeitsrecht, thèse, Zurich 1983.

I. Généralités

Principe – L'article 330 CO contient les règles applicables à l'employeur lorsqu'une sûreté lui est remise par un travailleur. Elle détermine alors les obligations du premier à l'égard du second.

Origine – Cette disposition trouve son origine dans l'article 18 al. 3 de l'ancienne loi fédérale sur les voyageurs de commerce¹ qui a été abrogée le 1^{er} janvier 1972 et dont il est possible de s'inspirer. Cette règle avait alors pour fonction de renforcer le devoir de restitution de l'employeur en limitant son droit de rétention².

Objet – L'accord des parties sur la constitution d'une sûreté vise en premier lieu à garantir la bonne exécution par le travailleur de ses obligations. L'article 330 CO a toutefois pour objet de réglementer les conditions de conservation de la sûreté en vue de sa restitution au travailleur. C'est donc l'intérêt de ce dernier que cette norme entend protéger³.

¹ L'article 18 al. 3 aLCEVC énonçait que : « De son côté, l'employeur est tenu de restituer la sûreté fournie par le voyageur ; la sûreté peut être retenue par l'employeur s'il a des prétentions à élever contre le voyageur, mais, à la demande de ce dernier, elle doit être consignée judiciairement ». Voir à cet égard le Message de 1940, not. pp. 1371-1372 et le Message de 1967, p. 274.

² Message 1940, p. 1371.

³ Cela est confirmé par le fait que, d'un point de vue systématique, l'article 330 CO est une obligation qui lie l'employeur. Voir Message 1967, p. 287.

- 4 **Nature de la norme** – L'entier de la disposition est de caractère relativement impératif. Cette caractéristique découle explicitement, pour les alinéas 1, 3 et 4, de l'article 362 CO, mais elle vaut également pour le second alinéa⁴.

II. De la nature et de l'étendue de la sûreté

- 5 **Rapport avec l'art. 323a CO** – L'article 330 CO est une disposition spéciale qui doit être lue en parallèle avec celle de l'article 323a CO, rattachée directement au salaire. Le premier se distingue du second dans la mesure où l'objet de la sûreté est remis à l'employeur par le travailleur sur ses biens propres et non au travers de la rétention par l'employeur d'une partie de la rémunération qu'il devrait verser au salarié.
- 6 **Montant de la sûreté** – A l'inverse de la retenue sur le salaire (cf. art. 323a al. 2 CO)⁵, le montant de la sûreté peut être élevé et c'est d'ailleurs là son intérêt réel. Sa quotité n'est pas limitée (art. 19 CO), sauf par les droits de la personnalité de l'employé (art. 27 CC), la contrariété aux mœurs (art. 20 al. 1 CO), la lésion (art. 21 CO), etc. Lorsqu'elle est excessive, le juge peut le réduire⁶.
- 7 **Affectation de la sûreté** – La sûreté ne peut être convenue et exécutée qu'en vue d'un but déterminé et limité par la loi (cf. art. 330 al. 1 CO). Elle ne peut viser qu'à garantir l'exécution par le travailleur de ses obligations⁷. Sont par exemple visées les situations suivantes : remise au travailleur, en vue de l'exécution de sa prestation, de marchandises, d'un véhicule, d'outils, de collections d'échantillons ou de modèles très onéreux, gestion par le travailleur d'une caisse ou de stocks de marchandises importants⁸, clause pénale sanctionnant la violation d'une prohibition de concurrence⁹, etc.
- 8 **Affectation illicite** – Lorsque le fondement de la remise de la sûreté est autre, l'accord des parties est sans effet, vu le caractère relativement impératif de la disposition. Le bien remis en sûreté doit alors être immédiatement restitué au travailleur.

⁴ Message 1984, p. 640. Voir ég. Message 1967, pp. 334, 364.

⁵ Il en va de même de la compensation par l'employeur de ses créances avec le salaire du travailleur qui ne peut excéder, sauf dans les cas de dommage intentionnel, la part saisissable de la rémunération (art. 323b al. 2 CO).

⁶ Art. 163 al. 3 et 340a CO par analogie. Cf. TERCIER/FAVRE, N 3594, p. 534.

⁷ Message 1967, p. 333. La responsabilité du travailleur et l'étendue d'une éventuelle restitution doivent être appréciées à l'aulne de l'article 321e CO. L'article 330 se distingue ainsi du régime applicable à la retenue sur le salaire (cf. art. 323a al. 3 CO).

⁸ Message 1967, p. 362.

⁹ Cf. CARRUZZO, N 11 ad art. 321d CO, p. 91, N 3 ad art. 330 CO, pp. 392-393, ainsi que N 1 ad art. 339 et 339a CO, p. 585.

Casuistique : sûreté destinée à couvrir le risque d'annulation anticipée d'un contrat d'assurance – Dans une affaire tessinoise¹⁰, un travailleur actif dans le domaine des assurances avait, conformément à son contrat de travail, constitué une caution destinée à couvrir les prétentions de l'employeur en relation avec les prestations, biens et valeurs fournis par l'employeur, avec les déductions de provisions, enfin avec un solde négatif sur un compte d'acquisition. Le Tribunal des prud'hommes de Locarno a considéré que le risque d'annulation anticipé du contrat d'assurance par les clients pouvait être couvert par la sûreté fournie par le travailleur. Cette décision nous paraît discutable dans la mesure où, à la teneur claire de la loi, la fonction de la sûreté se limite à garantir l'exécution par le travailleur de ses obligations. Or, il s'agissait en l'occurrence d'un fait de tiers, soit de la résiliation anticipée par trois clients de leurs contrats d'assurance. Dans un tel cas, le travailleur n'a en rien violé ses obligations qui ont été correctement et entièrement exécutées. Ce qui précède doit être nuancé dans les cas où le travailleur a conclu des contrats avec des clients sachant que ceux-ci allaient (vraisemblablement) les résilier ou qu'il les a incités à procéder de la sorte.

Moment de la constitution de la sûreté – La sûreté sera généralement convenue à la conclusion du contrat, mais elle peut également résulter d'un accord ultérieur.

Biens constituant la sûreté – Elle peut être constituée de toute chose ayant une valeur marchande et pouvant être réalisée, notamment une somme d'argent, des papiers-valeurs, un chèque rempli à l'avance, des biens mobiliers (bijoux, métaux précieux, objets d'art, meubles, etc.), cautionnement¹¹, garantie bancaire. Ce qui importe est que la sûreté soit sortie par le travailleur de son patrimoine, pour être remise à l'employeur ou pour être utilisée à des fins de garantie (compte bloqué, etc.).

III. Des règles liées à la conservation de la sûreté par l'employeur (alinéa 1)

Principe – Dans le but de garantir au travailleur la restitution de la sûreté, l'employeur a l'obligation de respecter deux règles.

Patrimoine séparé – Le bien reçu doit en premier lieu être conservé hors du patrimoine, c'est-à-dire distinctement des biens propres de l'employeur¹². Lorsque la chose est clairement identifiable (bien mobilier, papier-valeur, etc.), la garde par l'employeur de la sûreté ne pose guère de problèmes. Si en revanche il existe un risque de confusion entre les biens des deux parties, la séparation doit être stricte et effective. En pratique c'est principalement le versement d'une

¹⁰ TPH/TI jugement du 22 août 2005, in : JU-TRAV 2006, p. 30.

¹¹ Cf. TPH/TI jugement du 22 août 2005, in : JU-TRAV 2006, p. 30.

¹² Message 1967, p. 362.

somme d'argent par le travailleur à l'employeur qui devra faire l'objet de mesures particulières. Dans ce cas en effet, le second devient propriétaire de la totalité de la somme, le premier ne disposant que d'une créance personnelle en restitution¹³.

- 14 **Bonne conservation** – L'employeur doit ensuite garantir la bonne conservation de la chose. Les biens remis pourront ainsi être confiés à des tiers qui en assureront la restitution au travailleur. Des titres seront par exemple¹⁴ déposés dans un établissement bancaire, et des sommes d'argent versées sur un compte bloqué ou assorties d'une garantie bancaire, etc. La seule mention de la sureté dans des documents internes de l'employeur, une écriture comptable ou le paiement sur le compte de celui-ci sont en revanche insuffisants.

- 15 **Conséquence du non-respect des règles par l'employeur** – En cas de violation de l'une ou l'autre de ces règles, le travailleur est en droit, après avoir mis son employeur en demeure, d'exiger la restitution immédiate des biens remis. Il pourra également résilier le contrat de manière ordinaire, voire, dans les cas graves, avec effet immédiat.

IV. De la restitution de la sûreté (alinéas 2 et 3)

1. De la restitution dans les cas ordinaires (alinéa 2)

- 16 **Date de la restitution** – Les parties peuvent librement convenir de la date de la restitution de la sûreté par l'employeur au travailleur (art. 330 al. 2 CO). En l'absence d'accord, la restitution est faite au plus tard au dernier jour de la relation contractuelle.

- 17 **Rapport avec l'art. 339a CO** – Ce système déroge ainsi à la règle générale de l'article 339a CO qui stipule la restitution obligatoire à la fin du contrat de travail¹⁵ et qui vaut notamment pour la retenue du salaire (art. 323a CO)¹⁶.

- 18 **Accords dérogatoires** – Un accord sur une date de restitution postérieure à la fin du contrat doit nécessairement respecter la forme écrite. A défaut, l'accord des parties est invalide, et la restitution intervient à la fin du contrat. Les parties peu-

¹³ Art. 727 CC ; voir ég. ATF 47 II 267, c. 2.

¹⁴ Message 1967, p. 362. SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 330 CO, pp. 408-409, rappellent que c'est le droit cantonal qui détermine les conditions et le lieu de la consignation. A Genève, la loi protégeant les garanties fournies par les employés (RS GE J 1 20) oblige l'employeur, sous peine d'amende, à déposer les valeurs supérieures à 10'000 fr. remises par le travailleur auprès des caisses de l'Etat ou d'un établissement autorisé, dans un délai de cinq jours dès leur réception.

¹⁵ Cf. Message 1967, p. 363. L'article 330 CO s'écarte également de l'article 18 al. 3 aLCEVC (cf. *supra* N 5-11).

¹⁶ Message 1967, p. 334.

vent en revanche convenir, sans qu'aucune forme ne doive être respectée, que la restitution intervient à une date antérieure, par exemple le dernier jour de travail en cas de libération de l'obligation de travailler durant le délai de congé.

Durée du report – L'accord des parties sur la durée du report n'est pas limité par la loi¹⁷. Cette durée résultera des circonstances propres à la relation contractuelle et en particulier aux créances de l'employeur garanties par la sûreté. Il s'agira par exemple d'anticiper le délai relatif à l'exécution d'une affaire, l'établissement de comptes, la transmission des tâches au successeur de l'employé, la remise par des clients de matériel, la vérification du matériel restitué. Le délai convenu doit résulter de l'application des règles de la bonne foi¹⁸. Il ne doit pas être excessif, car il privera le travailleur de la jouissance de biens pouvant être d'une valeur parfois importante. Un terme trop éloigné, sans justification objective, doit être réduit. 19

Intérêt – Sauf convention contraire, un intérêt de 5 % est dû sur le montant restitué en fin de compte¹⁹. 20

2. De la restitution dans le cas spécial où l'employeur fait valoir des prétentions (alinéa 3)

Rétention de la sûreté – Indépendamment de la fin du contrat ou d'un accord écrit des parties sur la date de la restitution de la sûreté, l'employeur est parfois en droit de retenir tout ou partie de celle-ci. 21

Nature des prétentions contestées – Par prétentions contestées découlant du contrat de travail, il faut entendre toutes créances²⁰ (sommes d'argent, réparation de préjudice, amende²¹ infligée au travailleur, etc.) dont l'employeur pourrait se prévaloir contre le travailleur sur la base du contrat de travail. Il s'agira en particulier²² d'avance de salaire, de provisions payées indûment, etc. 22

Procédure – Encore faut-il que le travailleur conteste le bien-fondé de la position de l'employeur et que ce dernier soit dès lors contraint de faire valoir ses droits par le biais d'une procédure. 23

¹⁷ Message 1967, p. 363.

¹⁸ Message 1967, p. 363.

¹⁹ Voir BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 330 CO, p. 180, TERCIER/FAVRE, N 3596, p. 534 et WYLER, p. 364. Cette conclusion s'impose selon nous compte tenu du fait que le travailleur a immobilisé des biens en faveur et dans l'intérêt de l'employeur. Cf. é.g. art. 73 al. 1 CO.

²⁰ Message 1967, p. 333.

²¹ Cf. CARRUZZO, N 11 ad art. 321d CO, p. 91.

²² Message 1940, p. 1371.

- 24 **Part de la sûreté pouvant être retenue** – Seule une part de la sûreté d’une valeur équivalente aux prétentions de l’employeur peut être retenue par l’employeur dans ce cadre²³. Le surplus doit être restitué selon les règles usuelles (cf. *supra* N 16 à 20). Lorsque la sûreté est constituée d’une chose indivisible (bien mobilier, papier-valeur, etc.), le partage est souvent impossible. Nous sommes d’avis que, dans un tel cas, il faut comparer la valeur de la chose à celle de la créance de l’employeur. Si la première excède de beaucoup la seconde, l’employé est fortement désavantagé et il sera fondé à en réclamer la restitution, quitte à fournir des garanties alternatives à l’employeur.
- 25 **Restitution du solde** – Aussitôt que le sort des créances de l’employeur est connu, tout solde dû au travailleur doit lui être restitué immédiatement. Il en va de même en cas d’accord des parties sur le bien-fondé des prétentions de l’employeur.
- 26 **Consignation en justice** – Enfin, à première demande du travailleur, la sûreté conservée par l’employeur doit être consignée en justice.
- 27 **Prescription** – Le droit à la restitution de la sûreté se prescrit par dix ans (art. 127 CO)²⁴.

V. Du cas de la faillite de l’employeur (alinéa 4)

- 28 **Principe** – Cet alinéa règle le sort de la sûreté dans le cas de la faillite de l’employeur avant la restitution. Deux cas de figure peuvent alors se présenter²⁵.
- 29 **Patrimoine séparé** – Si l’employeur a tenu le bien remis par le travailleur séparé de son propre patrimoine, le second peut le revendiquer car l’objet ne fait pas partie de la masse en faillite. Cette dernière peut toutefois s’y opposer à concurrence de la valeur des créances que l’employeur serait en mesure d’opposer au travailleur.
- 30 **Sûreté incluse dans le patrimoine** – Lorsque la sûreté doit, à l’inverse, être considérée comme incluse dans les biens de l’employeur et qu’elle tombe donc dans la masse en faillite, le travailleur peut faire valoir une créance dans la faillite. Depuis le 1^{er} janvier 2010²⁶, la loi mentionne expressément que les créances du travailleur en restitution de sûretés sont colloquées en première classe (art. 219

²³ Message 1967, p. 363.

²⁴ Cf. CARRUZZO, N 2 ad art. 341 CO, p. 611.

²⁵ Voir Message 1967, p. 363 qui renvoie notamment au Message 1960, p. 992. Cf. ég. JdT 2008 II 49 ss.

²⁶ FF 2009 7215 ss.

al. 4, Première classe, let. a^{bis} LP). Ce privilège vaut dans tous les cas et sans limite²⁷.

Risque couru par le travailleur – Comme les créances garanties par gages prévaudront toutefois (art. 291 al. 1 à 3 LP), le travailleur demeurera désavantagé en cas de faillite de l'employeur. Ce qui précède rend indispensable un respect strict par l'employeur de l'ensemble des obligations qui découlent de l'article 330 CO.

31

²⁷ FF 2009 7221.

Art. 330a

- 2. Certificat** ¹ Le travailleur peut demander en tout temps à l'employeur un certificat portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite.
- ² A la demande expresse du travailleur, le certificat ne porte que sur la nature et la durée des rapports de travail.
- 2. Zeugnis** ¹ Der Arbeitnehmer kann jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht.
- ² Auf besonderes Verlangen des Arbeitnehmers hat sich das Zeugnis auf Angaben über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses zu beschränken.
- 2. Attestato** ¹ Il lavoratore può ognora chiedere al datore di lavoro un attestato che indichi la natura e la durata del rapporto di lavoro e si pronunci sulle prestazioni e sulla condotta del lavoratore.
- ² A richiesta esplicita del lavoratore, l'attestato deve essere limitato alla natura e alla durata del rapporto di lavoro.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	443
II. Du moment de l'établissement du certificat de travail (alinéa 1).....	4	444
III. De la forme du certificat de travail	8	445
IV. Du contenu du certificat de travail (alinéa 1).....	13	445
1. Des principes applicables au certificat de travail	16	446
2. Des informations générales sur la relation de travail	21	447
3. Des informations particulières relatives à la qualité du travail.....	25	449
4. Des informations particulières relatives au comportement du travailleur.....	29	450
5. Des autres informations	32	450
V. De l'attestation de travail (alinéa 2)	37	452
VI. De la responsabilité de l'employeur qui établit un certificat de travail inexact ou trompeur.....	40	453
VII. Des différentes actions à disposition du travailleur	43	453
1. De l'action en établissement et en remise du certificat	43	453
2. De l'action en rectification du certificat.....	46	454
3. De l'action en réparation du dommage	49	455
4. De la valeur litigieuse du certificat de travail	51	455
5. Du fardeau de la preuve.....	53	455
6. De la prescription.....	55	456
VIII. Des références (verbales) données en sus du certificat de travail	56	456

Bibliographie spécifique

BERNOLD HEINER, *Die Zeugnispflicht des Arbeitsgebers*, thèse, Zurich 1983 ; BÜHLER JEAN-MICHEL et LEFÉBURE JEAN, *De l'élaboration à la remise du certificat de travail*, 2^e éd., Zurich 2010 ; CLASS EDI, *Das Arbeitszeugnis und seine Geheimcodes*, 6^e éd., Zurich 2009 ; COLLÉ DENIS et MEYER YANN, *Guide pratique du certificat de travail*, 2^e éd., Bâle 2010 ; FAESCH LUKAS, *Das Arbeitszeugnis im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht* OR Art. 330a, Bâle 1984 ; FÉDÉRATION DES SYNDICATS PATRONAUX, *Le certificat de travail : séminaire de droit du travail*, Genève 1989 ; FÉDÉRATION DES SYNDICATS PATRONAUX (LÉVY OLIVIER), *Le certificat de travail*, Genève 1991 ; HÄUSERMANN PETER, *Arbeitszeugnisse : wahr, klar und fair, Tipps und Anregungen für verantwortungsbewusste Arbeitgeber*, 3^e éd., Zurich 2000 ; JANSSEN SUSANNE, *Die Zeugnispflicht des Arbeitsgebers*, thèse, Bern 1996 ; KÄLIN OLIVER, *Haftung des Arbeitsgebers gegenüber Dritten für unwahre Arbeitszeugnisse*, in : RSJ 2007, pp. 113 ss ; KAUFMANN PETER et JORNS CLAUDIA, *Zwischen Wahrheitspflicht und Wohlwollen : die Verletzung der Zeugnispflicht des Arbeitgebers infolge Ausstellung eines zu günstigen Arbeitszeugnisses*, in : *Revue de l'avocat* 5 (2002), vol. 6/7, pp. 37 ss ; MEYER JEAN, *Le certificat de travail*, in : RDS 110 (1991), I, pp. 471 ss ; MORAND CLAIRE, *Le certificat de travail*, 4^e éd., Lausanne 2011 ; POLEDNA THOMAS, *Arbeitszeugnis und Referenzauskünfte des Arbeitsgebers im öffentliche Dienst*, in : ZBL 104 (2003), N^o 4, pp. 169 ss ; REICHEN NICOLAS, *Le certificat de travail : une obligation pour l'employeur*, in : *Employeur suisse* 100 (2005), N^o 20, pp. 1046 ss ; VERDE MICHEL, *Haftung für Arbeitszeugnis, Empfehlungsschreiben, Referenzauskunft und Referenzschreiben*, in : *Recht* 28 (2010), vol. 5, pp. 144 ss ; VUILLEUMIER MICHEL, *Le certificat de travail*, in : *Question de droit*, Centre patronal (Lausanne) 2001, N^o 9, pp. 3 ss ; WACHTER THOMAS, *La rédaction éprouvée des certificats de travail*, Zurich 2011 ; WIRZ MARTIN, *Die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses*, thèse, Bâle 1979.

I. Généralités

Principe – Les obligations de l'employeur liées au certificat, respectivement à l'attestation de travail résultent de l'article 330a CO¹.

Intérêt protégé – Cette disposition a été édictée dans l'intérêt du travailleur, le certificat ayant pour objectif de protéger la personnalité de celui-ci et de favoriser son avenir économique². La protection du travailleur à cet égard trouve ainsi

¹ L'article 330a CO a été repris de l'ancien droit (art. 342 aCO). Auparavant, c'est le certificat limité qui était la règle (comp. avec l'art. 346a CO). La mention de ce que la demande de certificat pouvait être faite en tout temps n'existait pas.

² Message 1967, pp. 287, 364 ; ATF 107 IV 35, c. 3a, JdT 1982 IV 111 (trad.). Cf. ég. CAPH/GE décision du 2 juin 1999, in : JAR 2000, p. 287 et CAPH/GE (non publié) du 10 mai 2005, c. 7. Dans cette dernière décision, la Cour d'appel de Genève relève que le but du certificat est également de permettre au nouvel employeur de se forger une opinion sur le travail et le comportement du salarié qu'il envisage d'engager. D'autre part, l'obligation d'établir un certificat était à l'origine considérée comme découlant de la loyauté de la relation entre les parties (Message 1905, p. 33).

également son fondement dans l'article 328 CO et dans les devoirs qui en découlent³.

- 3 **Nature de la norme** – L'article 330a CO est de nature relativement impérative (art. 362 CO)⁴, si bien que les parties ne peuvent y déroger qu'en faveur du travailleur. Ce dernier ne peut en particulier renoncer à l'avance à l'établissement du certificat ni de l'attestation de travail. Il est en outre interdit aux parties de limiter les informations qui y figurent.

II. Du moment de l'établissement du certificat de travail (alinéa 1)

- 4 **Moment de la demande** – Le certificat et l'attestation de travail peuvent être demandés *en tout temps*, soit à n'importe quel moment durant ou après la relation de travail (cf. toutefois *infra* N 54).
- 5 **Limite découlant de la bonne foi** – Les parties devant exercer leurs droits de bonne foi, la seule limite du travailleur réside dans le caractère éventuellement chicanier de sa demande (p. ex. requêtes répétitives, etc.)⁵. Le besoin d'un tel document pourra résulter de raisons personnelles, par exemple en lien avec un bail ou un financement, et dont l'employeur n'a pas nécessairement à être informé.
- 6 **Délai accordé à l'employeur pour s'exécuter** – Dès que la demande de certificat est faite par le travailleur, l'employeur dispose au plus de quelques semaines pour s'exécuter⁶. Ce délai est plus court (quelques jours) s'agissant d'une attestation de travail. Dans les deux cas, il s'agit du temps minimum raisonnablement nécessaire à l'établissement du document demandé. Un document doit être remis dans ce délai, même en cas de désaccord, charge au travailleur d'en réclamer ensuite la rectification.
- 7 **En cas de faillite de l'employeur** – La mise en faillite de l'employeur ne modifie en rien son devoir d'établir en tout temps un certificat de travail⁷.

³ ATF 129 III 177, c. 3.2, JdT 2003 I 342 (trad.), SJ 2003 I 420 (trad.) ; VwG/SZ décision du 20 décembre 2002, in : JAR 2003, p. 269 ; KG/GR décision du 25 octobre 1999, in : JAR 2001, p. 229 ; CAPH/GE (non publié) du 5 décembre 2007, c. 5.2 ; CCTC/VD (non publié) décision du 26 avril 2010, c. X et VwG/ZH (non publié) du 25 octobre 2006, c. 3.1. Cf. ég. FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.17 ad art. 328 CO, p. 154, qui citent ZR 97 (1998) n° 67.

⁴ Message 1967, p. 364.

⁵ Cf. BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 330a CO, p. 181 et CARRUZZO, N 2 ad art. 330a CO, p. 396.

⁶ CAPH/GE décision du 12 octobre 1998, in : JAR 1999, p. 212 = JU-TRAV 2000, p. 44, certificat demandé le 4 septembre et qui aurait dû être remis au plus tard au mois d'octobre suivant.

⁷ ArbG/ZH décision du 8 septembre 2006, in : JAR 2007, p. 532.

III. De la forme du certificat de travail

Auteur – C'est à l'employeur seul qu'il incombe de rédiger le certificat de travail⁸. Les parties peuvent toutefois convenir que le travailleur prépare un projet.

Forme – Le certificat devra être établi sur papier à entête de l'employeur. Il devra être irréprochable quant à sa forme (grammaire, orthographe, etc.).

Formulation – Les termes choisis devront être, du point de vue d'un tiers raisonnable et objectif, clairs et dépourvus de toute ambiguïté. L'employeur devra éviter des termes codés visant à faire passer un message s'écartant du sens premier des mots choisis et pouvant être compris différemment par un futur employeur⁹.

Langue – La langue du certificat est celle du lieu dans lequel la relation de travail s'est déroulée ou, si la langue du travail est différente, dans les deux langues¹⁰.

Signature – Le certificat devra être enfin signé par l'employeur. La signature devra être celle de l'employeur lui-même, conjointement avec celle du responsable hiérarchique du travailleur ou d'autres personnes ayant connaissance de la situation du salarié, à l'exclusion notamment des collègues du travailleur¹¹.

IV. Du contenu du certificat de travail (alinéa 1)

Principe – L'établissement d'un certificat complet (ou « qualifié ») est la règle, alors que l'attestation dont l'étendue est plus limitée (certificat « simple », cf. *infra* N 36 à 38) est l'exception¹². Ce principe est l'inverse de celui qui prévaut dans le cas du contrat d'apprentissage (cf. art. 346a CO).

⁸ TF 4A_117/2007 et 4A_127/2007 du 13 septembre 2007, c. 7.1, ainsi que TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, c. 6.1.

⁹ KG/TG décision du 21 décembre 2006, in : JU-TRAV 2009, p. 28, dans lequel le Tribunal cantonal de Thurgovie relève qu'il n'existe aucun intérêt juridique à faire figurer dans le certificat de travail que celui-ci ne contient pas de termes codés, car une telle mention serait précisément de nature à susciter un doute. Cf. ég. CAPH/GE décision du 12 octobre 1998, in : JAR 1999, p. 212 = JU-TRAV 2000, p. 44. Pour de nombreux exemples, cf. COLLE/MEYER, pp. 81-87.

¹⁰ TF 4A_117/2007 et 4A_127/2007 du 13 septembre 2007, c. 7.1, ainsi que TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, c. 6.1 et 6.2.

¹¹ Cf. TF du 24 avril 1997, in : JAR 1998, p. 167 ; ArbG/ZH décision du 13 novembre 1996, in : JU-TRAV 1997, p. 48 et KG/NW décision du 22 septembre 1994, in : RSJ 94 (1998), p. 26.

¹² Message 1967, p. 287. Cf. ég. TF 4A_601/2008 du 26 janvier 2009, c. 6, in : JU-TRAV 2009, p. 30. Cf. ég. WYLER, p. 365, présomption d'une demande d'un certificat complet.

- 14 **Objectivité** – Le certificat doit être établi sur la base des règles de l’objectivité¹³, puis examiné sur la base des circonstances propres à chaque cas¹⁴.
- 15 **Certificat précédent** – Lorsqu’il existe un certificat de travail antérieur (intermédiaire), le travailleur peut s’y rapporter¹⁵. L’employeur est en effet lié par les termes utilisés auparavant, sauf lorsqu’il existe des circonstances importantes justifiant une évaluation considérablement différente¹⁶. Les dernières semaines de la relation ne doivent pas se voir donner une importance particulière, et des événements isolés ne doivent pas être pris en compte¹⁷.

1. Des principes applicables au certificat de travail

- 16 **Règle** – Vu son but (cf. *supra* N 2), la rédaction du certificat de travail doit respecter certains principes généraux, de manière à donner un reflet fiable – du point de vue d’un tiers de bonne foi – de la prestation de travail effectuée¹⁸.
- 17 **Bienveillance** – Il doit en premier lieu être *rédigé de manière bienveillante* en ce sens qu’il doit tendre à favoriser la recherche d’un nouvel emploi. Il s’agira ainsi en particulier de souligner les points positifs en lien avec le travailleur, de manière à donner une bonne image de celui-ci.

¹³ Message 1967, p. 364.

¹⁴ ATF 136 III 510, JdT 2010 I 437 (trad.).

¹⁵ TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, c. 6.1 et 6.2. Cf. ég. ArbG/ZH du 29 avril 1993, in : JAR 1994, p. 163.

¹⁶ ArbG/ZH décision du 14 mars 2006, in : JU-TRAV 2006, p. 17.

¹⁷ ArbG/ZH décision du 14 mars 2006, in : JU-TRAV 2006, p. 17 et VwG/ZH décision non publiée du 31 mai 2005, c. 4.1.

¹⁸ ATF 136 III 510, c. 4, JdT 2010 I 437 (trad.) ; ATF 129 III 177, c. 3, JdT 2003 I 342 (trad.), SJ 2003 I 420 (trad.) ; TF 4A_432/2009 du 20 novembre 2009, c. 3, in : JU-TRAV 2010, p. 25 ; TF 4A_455/2007 du 12 février 2008, c. 4.2.2 ; TF 4A_117/2007 et 4A_127/2007 du 13 septembre 2007, c. 7.1 ; TF 4C.60/2005 du 28 avril 2005, c. 4 ; TF 4C.36/2004 du 8 avril 2004, c. 5 ; TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, c. 6 ; TF 1P.169/2000 du 31 août 2000, c. 4c ; TF 4C.463/1999 du 4 juillet 2000, c. 10b ; VwG/SZ décision du 20 décembre 2002, in : JAR 2003, p. 269 ; KG/GR décision du 25 octobre 1999, in : JAR 2001, p. 229 ; CAPH/GE décision du 2 juin 1999, in : JAR 2000, p. 287 ; AppH/ZH décision du 10 septembre 2007, in : JU-TRAV 2008, p. 10 ; CAPH/GE décision non publiée du 28 février 2006, c. 9.1 ; CAPH/GE décision non publiée du 10 mai 2005, c. 7 ; CAPH/GE décision non publiée du 20 avril 2005, c. 7.1 ; CRTC/VD décision non publiée du 30 mars 2011, c. 6 ; CRTC/VD décision non publiée du 13 août 2010, c. 6a ; CRTC/VD décision non publiée du 6 août 2010, c. 3 ; CCTC/VD décision non publiée du 18 juin 2010, c. IV.a ; CDP/NE décision non publiée du 12 janvier 2010, c. 2a ; VwG/ZH décision non publiée du 25 octobre 2006, c. 3.1 et VwG/ZH décision non publiée du 9 mars 2005, c. 3.1.

Complétude – Le certificat doit toutefois également être *complet*. Il doit dès lors comprendre tous les éléments significatifs de la relation entre les parties, cela d'un point de vue objectif et raisonnable. Le document doit nécessairement inclure des informations sur la qualité du travail et sur le comportement de l'employé, mais non sur l'un ou l'autre seulement¹⁹. 18

Exactitude – Il doit enfin être *exact*, toutes informations erronées, trompeuses ou imprécises devant en être exclues. 19

Éléments négatifs – Le certificat doit ainsi inclure tous les éléments importants, que ceux-ci soient positifs ou négatifs²⁰. Dans ce dernier cas, encore faut-il que les indications péjoratives soient pertinentes et fondées²¹. Tel sera par exemple le cas lorsque le travailleur octroie, sans en référer au préalable à ses supérieurs, un avantage financier à deux collègues et à lui-même²². Ne doivent à l'inverse pas être pris en compte les divergences et incidents isolés²³. 20

2. Des informations générales sur la relation de travail

Identification – Le certificat doit être identifiable comme tel et contenir, par exemple, la mention de « certificat de travail ». Il doit ensuite contenir les informations permettant d'identifier facilement et clairement les parties (nom et/ou raison sociale de l'employeur, ainsi que nom, prénom, date et lieu de naissance du travailleur)²⁴. 21

¹⁹ ATF 136 III 510, c. 3.2, JdT 2010 I 437 (trad.) ; TF 1P.169/2000 du 31 août 2000, c. 4c ; CAPH/GE décision non publiée du 20 avril 2005, c. 7.1 et TF du 24 avril 1997, in : JAR 1998, p. 167.

²⁰ ATF 136 III 510, JdT 2010 I 437 (trad.) et TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, c. 6.1.

²¹ TF 4A_117/2007 et 4A_127/2007 du 13 septembre 2007, c. 7.1 ; TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, c. 6.1 ; VwG/SZ décision du 20 décembre 2002, in : JAR 2003, p. 269 ; KG/GR décision du 25 octobre 1999, in : JAR 2001, p. 229 ; CAPH/GE décision du 2 juin 1999, in : JAR 2000, p. 287 ; CAPH/GE décision non publiée du 28 février 2006, c. 9.1 et 9.2 ; CAPH/GE décision non publiée du 10 mai 2005, c. 7 ; CRTC/VD décision non publiée du 30 mars 2011, c. 6 ; CRTC/VD décision non publiée du 13 août 2010, c. 6a ; CCTC/VD décision non publiée du 18 juin 2010, c. IV.a et VwG/ZH décision non publiée du 9 mars 2005, c. 3.1.

²² CAPH/GE décision non publiée du 28 février 2006, c. 9.1 et 9.2.

²³ AppH/ZH décision du 10 septembre 2007, in : JU-TRAV 2008, p. 10. Cf. ég. CRTC/VD décision non publiée du 13 août 2010, c. 6a et VwG/ZH décision non publiée du 9 mars 2005, c. 3.1.

²⁴ KG/GR décision du 25 octobre 1999, in : JAR 2001, p. 229.

- 22 **Fonction du travailleur** – Il précisera en outre la fonction²⁵ exacte du travailleur, ainsi que ses responsabilités (statut de cadre²⁶, chef de service même en l'absence de subordonnés²⁷, etc.) ou tâches particulières.
- 23 **Durée du contrat** – Il doit ensuite indiquer la durée du contrat, soit le premier et le dernier jour²⁸ de la relation de travail. Sauf circonstance très particulière, par exemple un report de plusieurs mois du début du travail, peu importe à cet égard que les dates de l'activité effective diffèrent.
- 24 **Lieu et date** – Le certificat de travail doit enfin mentionner le lieu de son établissement (locaux de l'employeur) et être daté. C'est *a priori* la date de l'établissement du document qui importe, conformément au principe de l'exactitude. Toutefois, lorsque l'employeur tarde à exécuter son obligation de remise ou qu'il s'y refuse, le travailleur s'en trouve parfois désavantagé. Tel est notamment le cas lorsque le salarié obtient un certificat de travail à l'issue d'une procédure judiciaire. Nous sommes d'avis que la date d'émission doit ainsi prendre en compte le moment de l'exigibilité du certificat, soit au plus tard le dernier jour de la relation de travail (art. 339 al. 1 CO)²⁹. Ainsi, lorsque le travailleur demande un certificat à ce moment et ne le reçoit pas ou qu'il obtient ultérieurement une rectification du certificat, c'est la date de la fin du contrat, respectivement du premier certificat qui doit seule être prise en compte. Lorsqu'en revanche le travailleur ne réclame un certificat pour la première fois que plus tard, c'est alors la date de la rédaction qui doit figurer dans le document.

²⁵ TF 4C.60/2005 du 28 avril 2005, c. 6, mention de la fonction de *Key account manager*. Cf. ég. CAPH/GE décision du 12 octobre 1998, in : JAR 1999, p. 212 = JU-TRAV 2000, p. 44. Des fonctions successives doivent toutes être mentionnées.

²⁶ TF 4C.60/2005 du 28 avril 2005, c. 4.

²⁷ TF 4C.463/1999 du 4 juillet 2000, c. 10b.

²⁸ KG/GR décision du 25 octobre 1999, in : JAR 2001, p. 229 ; TF 4A_601/2008 du 26 janvier 2009, c. 6, in : JU-TRAV 2009, p. 30 et ArbG/ZH décision du 26 avril 2005, in : JU-TRAV 2007, p. 71. Si la relation de travail a été courte, le certificat de travail peut être sommaire (AppH/ZH décision du 10 septembre 2007, in : JU-TRAV 2008, p. 10). Cf. TF 4C.36/2004 du 8 avril 2004, c. 5 et KG/ZH décision du 21 mars 1996, in : ZR 1997, p. 39, pour la date de la fin de la relation de travail devant figurer dans le certificat de travail en cas de licenciement immédiat. En cas de transfert d'entreprise, l'ensemble de la durée du travail, auprès des diverses sociétés, doit être pris en compte (CARRUZZO, N 6 ad art. 330a CO, p. 398).

²⁹ Sur cette question cf. VwG/ZH décision non publiée du 9 mars 2005, c. 3.2 et KG/ZG décision du 22 juillet 2002, in : GVP-ZG 2002, p. 169.

3. Des informations particulières relatives à la qualité du travail

Liste des tâches – Le certificat de travail qualifié doit comporter une liste détaillée des tâches accomplies par le travailleur³⁰. 25

Activité réelle – Seules les activités réellement effectuées doivent être mentionnées, à l'exclusion de celles figurant dans les documents contractuels (contrat de travail, cahier des charges, etc.) et qui n'ont, dans les faits, pas été exécutées³¹. 26

Autres précisions spécifiques – L'ensemble de l'activité ne peut être décrit dans le certificat, lequel doit se limiter aux éléments principaux du travail. Il peut toutefois être dans l'intérêt du travailleur de demander la mention de l'un ou l'autre aspect secondaire de son travail, par exemple en vue de le faire valoir dans le cadre d'une évolution souhaitée de ses fonctions. Sauf lorsqu'elle est manifestement injustifiée, une telle demande devra selon nous être nécessairement prise en compte. 27

Formules générales d'appréciation – L'expression *à notre satisfaction* a usuellement pour but de qualifier une prestation de travail peu satisfaisante et en deçà des attentes de l'employeur en ce sens qu'elle aurait pu et dû être supérieure³². L'appréciation *à notre entière satisfaction* n'est admissible que dans les cas où le travailleur a fourni une prestation supérieure à la moyenne³³. Le libellé *à notre pleine et entière satisfaction* se rapporte donc à une prestation exceptionnelle qui sera réservée à des cas où la prestation du travailleur a dépassé de beaucoup ce qui était attendu de lui. Ainsi, lorsqu'il est avéré que le travailleur a généralement fourni une très bonne prestation, mais qu'il a néanmoins fait l'objet de deux avertissements ensuite de manquement sur un aspect de son activité, c'est la formulation d'*entière satisfaction* (et non de *pleine et entière*) qui est adéquate³⁴. La bonne qualité du travail est présumée, les parties pouvant apporter en sus la preuve de ce qu'elle était très bonne ou au contraire insuffisante³⁵. 28

³⁰ TF 4A_432/2009 du 20 novembre 2009, c. 3.1, in : JU-TRAV 2010, p. 25 et TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, c. 6.1.

³¹ TF 4A_432/2009 du 20 novembre 2009, c. 3.1 et 3.2, in : JU-TRAV 2010, p. 25. Ne doit pas figurer dans le certificat de travail, la tâche non (encore) réalisée en raison d'un licenciement durant la période d'essai, de soutien et d'accompagnement de familles dans des situations de crise ou de mourants.

³² KG/GR décision du 25 octobre 1999, in : JAR 2001, p. 229.

³³ TF 4A_117/2007 et 4A_127/2007 du 13 septembre 2007, c. 7.1. Cf. ég. VwG/ZH décision non publiée du 25 octobre 2006, c. 3.4.

³⁴ CRTC/VD décision non publiée du 13 août 2010, c. 6b.

³⁵ CCTC/VD décision non publiée du 26 avril 2010, c. X et la référence.

4. Des informations particulières relatives au comportement du travailleur

- 29 **Attitude et traits de caractère** – L'employeur doit également décrire l'attitude du travailleur, soit ses traits de caractère ou la manière dont celui-ci s'est comporté durant son emploi.
- 30 **Aspects relationnels** – Est également visée la relation que le travailleur a établie avec les tiers, soit avec ses supérieurs hiérarchiques, ses collègues, les clients de l'employeur, les fournisseurs, etc.
- 31 **Travail en équipe** – Lorsqu'il travaille en équipe, son attitude avec ses collègues doit en sus être décrite³⁶.

5. Des autres informations

- 32 **Maladies** – Une maladie doit être mentionnée dans la seule mesure où elle a exercé une influence significative sur la prestation de travail, sur le comportement de l'employé ou qu'elle a empêché durablement le salarié d'exécuter ses tâches si bien qu'elle a constitué un motif objectif de licenciement, ou encore lorsque la durée de l'incapacité est significative au regard de celle de la relation contractuelle³⁷. Ce sont, à cet égard, les circonstances propres à chaque cas qui importent. Il faut par exemple indiquer dans le certificat de travail la maladie d'un et demi et qui perdure à la fin du contrat³⁸. Tel est également le cas d'une maladie de deux ans et qui a entraîné un changement de fonction du salarié³⁹. L'employeur dont le collaborateur qui s'occupe de personnes malades quitte subitement son emploi sans donner de nouvelles est en droit de faire mention, dans le certificat de travail, de la pathologie constatée⁴⁰. Il n'en va pas de même d'une absence de six mois sur les vingt-cinq de la relation contractuelle, laquelle

³⁶ CDP/NE décision non publiée du 12 janvier 2010, c. 2a et la référence.

³⁷ ATF 136 III 510, JdT 2010 I 437 (trad.), avec les références au considérant 4.1 ; ArbG/ZH décision du 26 avril 2005, in : JAR 2006, p. 565 ; TF 4A_601/2008 du 26 janvier 2009, c. 6, in : JU-TRAV 2009, p. 30 et CDP/NE décision non publiée du 12 janvier 2010, c. 2b. Voir ég. CARRUZZO, in : SJ 2008 II 283 ss, not. 326 ss. Il en va de même de l'état de santé du travailleur (cf. TPH/NE décision du 14 juillet 2004, in : RJN 2004, p. 79).

³⁸ ATF 136 III 510, c. 4.4, JdT 2010 I 437 (trad.).

³⁹ CDP/NE décision non publiée du 12 janvier 2010, c. 3 (cas d'un certificat de travail intermédiaire demandé indépendamment de tout licenciement).

⁴⁰ ArbG/ZH décision du 9 septembre 2003, in : JU-TRAV 2005, p. 62, en l'occurrence, allusion à une maladie psychique admise. Dans ce dossier, le Tribunal des prud'hommes de Zurich a relevé que comme le demandeur avait le devoir d'informer un futur employeur de problèmes de santé exerçant une influence sur le travail, la mention de la maladie dans le certificat ne pouvait avoir eu pour effet d'entraver les recherches d'emploi.

ne doit pas figurer dans le certificat de travail⁴¹. La maladie de cinq mois sur dix-sept mois d'emploi constitue un cas limite⁴². La seule prolongation du délai de congé en raison d'une maladie ne doit pas figurer dans le certificat de travail⁴³.

Raison du congé – Le motif du congé doit être indiqué lorsqu'il peut objectivement importer au futur employeur d'en avoir connaissance, notamment pour être en mesure d'avoir une appréciation générale de l'image du travailleur⁴⁴. Tel est notamment le cas si le congé a été signifié en raison d'un manque de flexibilité et d'adaptation du travailleur⁴⁵, de l'envoi par le travailleur de courriers privés aux frais de l'employeur⁴⁶ ou encore de la faute grave du travailleur ayant mené au congé⁴⁷. Le travailleur peut également en demander la mention. 33

Autres éléments pertinents – Le travailleur pourra exiger que d'autres renseignements déterminants figurent dans le certificat de travail. Il s'agira par exemple⁴⁸ des voyages effectués régulièrement à l'étranger, de la réalisation de projets importants ou de la mention de tâches particulières. Les prétentions salariales élevées par le travailleur après sa démission n'ont pas à être indiquées dans le certificat⁴⁹. De manière générale, c'est le travailleur qui organise l'évolution de sa carrière professionnelle. C'est donc à lui qu'incombe de déterminer quels éléments il souhaite voir ajoutés dans le certificat de travail. Nous sommes d'avis que, sur le principe et sous réserve de demande chicanière, ces ajouts devront être admis dans la mesure où ils ont un lien direct avec l'activité du travailleur. 34

⁴¹ ArbG/ZH décision du 26 avril 2005, in : JU-TRAV 2007, p. 71.

⁴² CAPH/GE décision non publiée du 23 mai 2000 (mention de la maladie supprimée).

⁴³ TF 4A_601/2008 du 26 janvier 2009, c. 6, in : JU-TRAV 2009, p. 30, cas de la *prolongation en raison de dispositions légales*.

⁴⁴ TF 4A_455/2007 du 12 février 2008, c. 4.2.2 et TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, c. 6.1 ; ArbG/ZH décision du 2 juillet 2005, in : JAR 2005, p. 501 ; KG/GR décision du 25 octobre 1999, in : JAR 2001, p. 229 ; ArbG/ZH décision du 7 mai 1986, citée in : JAR 1988, p. 251 ; CAPH/GE décision non publiée du 28 février 2006, c. 9.1 ; CCTC/VD décision non publiée du 26 avril 2010, c. X ; CDP/NE décision non publiée du 12 janvier 2010, c. 2a et VwG/ZH décision non publiée du 9 mars 2005, c. 3.1. Voir ég. TF 4A_432/2009 du 20 novembre 2009, c. 3.3.

⁴⁵ TF 4A_455/2007 du 12 février 2008, c. 4.2.2.

⁴⁶ CAPH/GE décision non publiée du 6 juin 2000.

⁴⁷ VwG/ZH décision non publiée du 9 mars 2005, c. 3.2.

⁴⁸ TF 4C.60/2005 du 28 avril 2005, c. 4 et 6 (adjonctions refusées) ; BezG/BL décision du 29 juin 2004, in : JAR 2004, p. 421, c. 8 à 10 (diverses adjonctions refusées) ; VwG/ZH décision non publiée du 4 juillet 2001, c. 2.c (mention dans le certificat de travail d'un jardinier qu'il avait participé à la conception et à la préparation de zones de plantations et qu'il avait effectué des coupes d'arbres).

⁴⁹ CRTC/VD décision non publiée du 6 août 2010, c. 4.

- 35 « **Libre de tout engagement** » – La mention de « libre engagement » a pour effet de consacrer, dans le certificat de travail, une renonciation de l'employeur à toutes les créances dont il a connaissance à ce moment⁵⁰.
- 36 **Remerciements et vœux** – Il n'existe enfin aucun droit général du travailleur à ce que l'employeur inclue systématiquement, dans le certificat de travail, des remerciements et des vœux pour l'avenir professionnel du salarié⁵¹. Une telle mention devrait toutefois selon nous être la règle, de manière courte, sauf dans les cas où la confiance entre les parties est rompue pour une raison objective.

V. De l'attestation de travail (alinéa 2)

- 37 **Principe** – Le travailleur peut également demander à l'employeur d'établir une attestation de travail (« certificat simple »).
- 38 **Contenu** – Ce document se limite à indiquer l'identité des parties, la fonction⁵² du travailleur et la durée de la relation de travail. D'autres informations n'ont en revanche pas à y figurer, par exemple la cause de la résiliation⁵³.
- 39 **Choix du travailleur** – Une attestation, au contenu réduit, ne doit être établie que si le travailleur en fait formellement la demande⁵⁴. Il s'agit donc d'un choix qui appartient à l'employé seul, lequel peut demander d'abord, selon son souhait, un certificat simple ou qualifié, puis en sus, ultérieurement, le second document⁵⁵. Lorsqu'ils n'ont pas été sollicités, le certificat, respectivement l'attestation peuvent être légitimement refusés par le travailleur⁵⁶.

⁵⁰ Cf. p.ex. TPH/GE décision du 6 mai 1993, in : JAR 1994, p. 249 et ArbG/AG décision du 2 septembre 1983, in : JU-TRAV 1983, p. 26.

⁵¹ TF 4C.36/2004 du 8 avril 2004, c. 5 et ArbG/ZH décision du 14 mars 2006, in : JU-TRAV 2006, p. 17.

⁵² Le titre à lui seul ne suffit pas, c'est le détail de la fonction qui doit être donné (AUBERT, CR 2012, N 2 ad art. 330a CO, p. 2045 et BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 330a CO, p. 183).

⁵³ AppH/ZH décision du 10 septembre 2007, in : JU-TRAV 2008, p. 10, mention de *départ abusif* d'un travailleur.

⁵⁴ FF 1909 III 771 ; ATF 129 III 177, c. 3.2 et les nombreuses références, JdT 2003 I 342 (trad.), SJ 2003 I 420 (trad.) ; ainsi que CCTC/VD décision non publiée du 18 juin 2010, c. IV.a.

⁵⁵ ATF 129 III 177, c. 3.2 et les nombreuses références, JdT 2003 I 342 (trad.), SJ 2003 I 420 (trad.) ; CAPH/GE décision non publiée du 20 avril 2005, c. 7.1 et CCTC/VD décision non publiée du 18 juin 2010, c. IV.a.

⁵⁶ CCTC/VD décision non publiée du 18 juin 2010, c. IV.a.

VI. De la responsabilité de l'employeur qui établit un certificat de travail inexact ou trompeur

Cas de figure – Un certificat erroné peut mener un nouvel employeur à engager le travailleur sur la base d'une fausse représentation de la réalité, laquelle est susceptible de lui causer ensuite une atteinte. 40

Devoir de réparer le dommage – Lorsque c'est le contenu du certificat qui est la cause d'un dommage, l'ancien employeur peut voir sa responsabilité engagée pour ce qui est du préjudice subi par le nouveau⁵⁷. 41

Faux certificat de travail – Tel est par exemple le cas d'un employeur qui établit un faux certificat de travail, lequel ne mentionne pas l'abus de confiance commis par le travailleur à son détriment⁵⁸. 42

VII. Des différentes actions à disposition du travailleur

1. De l'action en établissement et en remise du certificat

Principe – Afin d'obtenir un certificat de travail que l'employeur refuse de lui fournir, le travailleur dispose en premier lieu d'une action en exécution visant à l'établissement et à la remise d'un tel document⁵⁹. 43

Refus conditionné – Le refus par l'employeur de remettre un certificat de travail à son employé si celui-ci n'exécute pas au préalable l'une ou l'autre action est un moyen de pression illicite susceptible de causer un dommage et de constituer une infraction pénale. Tel sera le cas de l'employeur qui conditionne l'octroi du certi- 44

⁵⁷ ATF 129 III 177, c. 3.2 et les nombreuses références, JdT 2003 I 342 (trad.), SJ 2003 I 420 (trad.) ; ATF 101 II 69, c. 2 = JdT 1975 I 633 = SJ 1976 209 (responsabilité délictuelle au sens de l'art. 41 CO). Cf. ég. TF 4A_455/2007 du 12 février 2008, c. 4.2.2 et TF 4A_601/2008 du 26 janvier 2009, c. 6, in : JU-TRAV 2009, p. 30 ; TF décision du 28 avril 2005, in : JAR 2006, p. 200 ; CRTC/VD décision non publiée du 15 décembre 2010, c. 9b ; CRTC/VD décision non publiée du 13 août 2010, c. 6a ; CDP/NE décision non publiée du 12 janvier 2010, c. 2a ; KG/ZH décision du 6 mars 1997, in : ZR 2000, p. 208 et VwG/ZH décision non publiée du 9 mars 2005, c. 3.2.

⁵⁸ ATF 101 II 69, c. 2 = JdT 1975 I 633 = SJ 1976 209, infraction de faux dans les certificats (art. 252 CP).

⁵⁹ ATF 129 III 177, c. 3.3 et les nombreuses références, JdT 2003 I 342 (trad.), SJ 2003 I 420 (trad.) et CCTC/VD décision non publiée du 18 juin 2010, c. IV.b. TERCIER/FAVRE, N 3606, p. 536, mentionnent en sus l'action en restitution d'anciens certificats du travail leurs conservés indûment par l'employeur.

ficat à un salarié, que celui-ci démissionne et renonce au préalable à indiquer les motifs du congé⁶⁰.

- 45 **Conclusions précises** – L'action relative au certificat de travail (établissement ou rectification) doit être formulée clairement et contenir des conclusions précises⁶¹.

2. De l'action en rectification du certificat

- 46 **Principe** – Si le travailleur n'est pas satisfait du certificat de travail reçu, parce que celui-ci est lacunaire, inexact ou qu'il contient des informations trompeuses ou ambiguës, il peut en demander la modification. Il agira alors par le biais d'une action, qui pourra être indépendante de toute autre prétention, en rectification du certificat ou de l'attestation de travail⁶². Il pourra dans ce cadre proposer un certificat libellé par ses soins⁶³.

- 47 **Objet** – Le travailleur pourra faire corriger une indication déjà existante, demander une adjonction⁶⁴ ou encore requérir une suppression.

- 48 **Action intentée par l'employeur** – Cette action vise en premier lieu le travailleur, mais elle est également ouverte à l'employeur qui se rend compte après coup que certaines des informations données par lui sont erronées⁶⁵.

⁶⁰ ATF 107 IV 35, JdT 1982 IV 111 (trad.) (infraction visée : contrainte au sens de l'art. 181 aCP). Voir ég. CAPH/GE décision du 12 octobre 1998, in : JAR 1999, p. 212 = JU-TRAV 2000, p. 44 et ArbG/ZH décision du 17 octobre 2000, in : ZR 2001, p. 237 (lien avec l'article 292 CP).

⁶¹ TF 4C_237/2006 du 24 novembre 2006, c. 5 et TF 4C.473/2004 du 6 avril 2005, c. 9.

⁶² Message 1967, p. 364 ; ATF 129 III 177, c. 3.3 et les références, JdT 2003 I 342 (trad.), SJ 2003 I 420 (trad.) ; TF 4A_117/2007 et 4A_127/2007 du 13 septembre 2007, c. 7.1 ; BezG/BL décision du 29 juin 2004, in : JAR 2004, p. 421 ; KG/TG décision du 21 décembre 2006, in : JU-TRAV 2009, p. 28 ; CAPH/GE décision non publiée du 10 mai 2005, c. 7 ; CRTC/VD décision non publiée du 30 mars 2011, c. 6 et CCTC/VD décision non publiée du 18 juin 2010, c. IV.b.

⁶³ CAPH/GE décision du 12 octobre 1998, in : JAR 1999, p. 212 = JU-TRAV 2000, p. 44. Dans cette affaire l'examen avait porté sur la teneur d'un certificat de travail établi sur la base d'un procès-verbal de transaction résultant d'une conciliation. Cf. ég. KG/SO décision du 15 octobre 1990, in : JAR 1992, p. 190 et ArbG/BE décision du 24 mai 1989, in : JAR 1991, p. 216.

⁶⁴ TF 4A_455/2007 du 12 février 2008, c. 4.2.2 : ajout de la bonne intégration de la travailleuse dans une équipe et une division.

⁶⁵ Cf. GUYOT/JACCARD/KERN/ZAPPELLA, n° 524.6 et ArbG/ZH décision du 17 septembre 2007, in : JAR 2008, p. 537.

3. De l'action en réparation du dommage

Art. 97 CO – Lorsqu'enfin le refus par l'employeur de remettre un certificat cause un dommage au travailleur, celui-ci peut en demander réparation aux conditions usuelles de l'article 97 CO⁶⁶. 49

Art. 42 al. 2 CO – L'article 42 al. 2 CO peut être appliqué par analogie lorsqu'il est impossible d'établir le préjudice exact⁶⁷. 50

4. De la valeur litigieuse du certificat de travail

Prétentions de nature pécuniaire – Les actions en établissement ou en rectification de certificat de travail ont pour objet des prétentions de nature pécuniaire⁶⁸. 51

Circonstances du cas d'espèce – Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a examiné la question de la détermination de la valeur litigieuse d'un certificat de travail⁶⁹. Cette valeur ne peut être systématiquement fixée d'avance afin de correspondre à un nombre prédéterminé de salaires mensuels, généralement un à trois. Elle dépendra plutôt des circonstances propres à chaque cas, par exemple le comportement des parties qui admettent la compétence d'un tribunal limitée à une valeur maximale, le fait que l'avenir professionnel du travailleur est entravé et la durée de cet état, ou encore des critères généraux comme la profession, la fonction, la durée de la relation de travail, le niveau de salaire, l'état du marché de l'emploi, etc. 52

5. Du fardeau de la preuve

Fardeau à charge du travailleur – Le travailleur supporte le fardeau de la preuve des faits dont il demande l'adjonction ou la rectification (art. 8 CC)⁷⁰. 53

⁶⁶ TC/VD décision du 11 mai 2007, in : JAR 2008, p. 512, c. 2 ; CAPH/GE décision du 2 juin 1999, in : JAR 2000, p. 287 ; CAPH/GE décision du 12 octobre 1998, in : JAR 1999, p. 212 = JU-TRAV 2000, p. 44 ; CAPH/GE décision non publiée du 5 décembre 2007, c. 5.3 ; CAPH/GE décision non publiée du février 2006, c. 10 ; CAPH/GE décision non publiée du 6 juin 2005, c. 6 et CAPH/GE décision non publiée du 20 avril 2005, c. 7.3.

⁶⁷ Cf. p. ex. CAPH/GE décision du 2 juin 1999, in : JAR 2000, p. 287 ; CAPH/GE décision non publiée du 28 février 2006, c. 10 et CAPH/GE décision non publiée du 20 avril 2005, c. 7.3 (octroi de 400 fr. par mois près de trois ans durant).

⁶⁸ TF 8C_151/2010 du 31 août 2010, c. 1.1 et ATF 116 II 379, c. 2b, JdT 1990 I 584 (trad.).

⁶⁹ TF 8C_151/2010 du 31 août 2010, c. 2.1 à 2.8 et les références. Cf. ég. art. 91 à 94 CPC.

⁷⁰ TF 4A_117/2007 et 4A_127/2007 du 13 septembre 2007, c. 7.1 et TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, c. 6.1 ; KG/GR décision du 25 octobre 1999, in : JAR 2001, p. 229 ;

- 54 **Devoir de collaboration de l'employeur** – L'employeur doit pour sa part collaborer et démontrer la réalité des appréciations négatives qu'il entend voir figurer dans le certificat de travail⁷¹. S'il s'en abstient, la rectification demandée par le travailleur devra être admise⁷². L'employeur doit en outre prouver avoir remis le certificat et/ou l'attestation de travail⁷³.

6. De la prescription

- 55 **Prescription** – Les droits et obligations découlant de l'article 330a CO sont soumis à la prescription décennale de dix ans (art. 127 CO)⁷⁴.

VIII. Des références (verbales) données en sus du certificat de travail

- 56 **Confirmation orale** – L'ancien employeur, contacté par son successeur, est souvent appelé à confirmer la teneur d'un certificat de travail. Il est alors fréquemment interrogé sur d'autres éléments⁷⁵. Dès lors qu'alternativement le travailleur le demande ou que l'intérêt raisonnable de celui-ci l'impose, l'employeur devra transmettre les informations demandées (art. 328 al. 1 CO)⁷⁶.
- 57 **Principes identiques** – Dans un tel cas, l'employeur appliquera à sa réponse les mêmes principes que ceux valant pour l'établissement d'un certificat de travail (cf. *supra* N 16 ss)⁷⁷. De même, dans l'étendue de ses réponses, il respectera le choix de l'employé selon que celui-ci a sollicité un certificat (étendu) ou une attestation (limitée) de travail⁷⁸.

CAPH/GE décision du 2 juin 1999, in : JAR 2000, p. 287 ; CRTC/VD décision non publiée du 30 mars 2011, c. 6 ; CRTC/VD décision non publiée du 15 décembre 2010, c. 9b et CRTC/VD décision non publiée du 6 août 2010, c. 3.

⁷¹ KG/GR décision du 25 octobre 1999, in : JAR 2001, p. 229 ; CAPH/GE décision du 2 juin 1999, in : JAR 2000, p. 287 et CRTC/VD décision non publiée du 13 août 2010, c. 6a. Cf. é.g. WYLER, p. 367.

⁷² TF 4A_117/2007 et 4A_127/2007 du 13 septembre 2007, c. 7.1 ; CRTC/VD décision non publiée du 30 mars 2011, c. 6 et CRTC/VD décision non publiée du 6 août 2010, c. 3.

⁷³ TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, c. 6.1.

⁷⁴ CAPH/GE décision du 2 juin 1999, in : JAR 2000, p. 287. *Contra* : ArbG/ZH décision du 20 novembre 1979, in : JAR 1981, p. 274 (prescription quinquennale).

⁷⁵ A cet égard, cf. KG/TG décision du 21 décembre 2006, in : JU-TRAV 2009, p. 28. Lorsque l'employeur traite des données dans un fichier, il doit respecter les règles sur la protection des données (cf. art. 328b CO et art. 12 al. 2 LPD).

⁷⁶ CAPH/GE décision non publiée du 7 décembre 1999.

⁷⁷ Cf. KG/TG décision du 21 décembre 2006, in : RSJ 105 (2009), p. 147.

⁷⁸ Cf. Office fédéral de la Justice, décision du 28 juin 1982, in : JAAC 48-33, p. 199.

Aspects négatifs – Nous relevons toutefois que s’agissant d’éléments négatifs, ceux déterminants auront été mentionnés dans le certificat de travail, si bien que, sauf circonstance exceptionnelle, d’autres aspects dépréciatifs n’auront pas à être exposés dans ce cadre. 58

Responsabilité de l’employeur – L’employeur, qui après avoir établi un certificat de travail positif donne de mauvaises références à des tiers, engage sa responsabilité et répond du dommage éventuellement causé au travailleur⁷⁹. 59

⁷⁹ TF 4C.379/2002 du 22 avril 2003, c. 1 et 2.

Art. 330b

3. Obligation d'informer

¹ Lorsque le rapport de travail a été convenu pour une durée indéterminée ou pour plus d'un mois, l'employeur doit informer le travailleur par écrit, au plus tard un mois après le début du rapport de travail, sur les points suivants :

- a) le nom des parties ;
- b) la date du début du rapport de travail ;
- c) la fonction du travailleur ;
- d) le salaire et les éventuels suppléments salariaux ;
- e) la durée hebdomadaire du travail.

² Lorsque des éléments faisant l'objet de l'information écrite obligatoire au sens de l'al. 1 sont modifiés durant le rapport de travail, les modifications doivent être communiquées par écrit au travailleur, au plus tard un mois après qu'elles ont pris effet.

3. Informations-pflicht

¹ Wurde das Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit oder für mehr als einen Monat eingegangen, so muss der Arbeitgeber spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses den Arbeitnehmer schriftlich informieren über :

- a) die Namen der Vertragsparteien ;
- b) das Datum des Beginns des Arbeitsverhältnisses ;
- c) die Funktion des Arbeitnehmers ;
- d) den Lohn und allfällige Lohnzuschläge ;
- e) die wöchentliche Arbeitszeit.

² Werden Vertragselemente, die nach Absatz 1 mitteilungspflichtig sind, während des Arbeitsverhältnisses geändert, so sind die Änderungen dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat nachdem sie wirksam geworden sind, schriftlich mitzuteilen.

3. Obbligo di informare

¹ Se il rapporto di lavoro è stato stipulato per una durata indeterminata o per più di un mese, il datore di lavoro deve informare per scritto il lavoratore, al più tardi un mese dopo l'inizio del rapporto di lavoro, su :

- a) il nome dei contraenti ;
- b) la data d'inizio del rapporto di lavoro ;
- c) la funzione del lavoratore ;
- d) il salario e gli eventuali supplementi salariali ;
- e) la durata settimanale del lavoro.

² Se elementi contrattuali oggetto dell'obbligo di informare di cui al capoverso 1 sono modificati durante il rapporto di lavoro, le modifiche devono essere comunicate per scritto al lavoratore al più tardi un mese dopo la loro entrata in vigore.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	459
II. Des conditions du devoir d'information (alinéa 1)	7	460
III. De l'étendue du devoir d'information (alinéa 1)	9	461
IV. Du moment de l'information (alinéa 1 et 2)	15	462
V. De la sanction en cas de violation du devoir d'information.....	19	463

Bibliographie spécifique

PIETRUSZAK THOMAS, Die Informationspflichten des Arbeitgebers gemäss Art. 330b OR : zu Hintergrund, Inhalt und Rechtsfolgen der neuen Regelung, in : Jusletter du 29 mai 2006 ; PORTMANN WOLFGANG, L'obligation de l'employeur d'informer selon l'article 330b CO, in : L'expert fiduciaire 14 (2007), 5, pp. 296 ss (cité : L'obligation d'informer) ; PORTMANN WOLFGANG, Die Informationspflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 330b OR : ein neues Instrument gegen Lohn- und Sozialdumping, ArbR 2007/1, pp. 1 ss (cité : Informationspflicht) ; ZIMMERLI CHRISTOPHE, Die Informationspflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 330b OR : eine öffentlich-rechtliche Schutznorm im privatrechtlichen Kleid, in : recht 2007, pp. 137 ss.

I. Généralités

Principe – L'article 330b CO traite des informations essentielles concernant les conditions de travail et devant être communiquées par l'employeur au travailleur.

Lutte contre le dumping salarial – Cette disposition, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2006, a été introduite au titre de mesure d'accompagnement concernant la libre circulation¹. Elle vise, avec d'autres mesures, à protéger le marché suisse du travail (*dumping* salarial) ensuite de l'extension de l'accord sur la libre circulation².

¹ Cf. art. 2 ch. 2 de l'Arrêté fédéral du 17 décembre 2004 portant approbation et mise en œuvre du protocole relatif à l'extension de l'accord entre la Confédération suisse, d'une part et la CE et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes aux nouveaux Etats membres de la CE et portant approbation de la révision des mesures d'accompagnement concernant la libre circulation des personnes (RO 2006, pp. 979-980 ; voir ég. Message 2004 (Protocole), pp. 5525 s., qui ne traite toutefois pas de l'article 330b CO et Message 2004, pp. 6187 ss, 6206-6206, 6211 et 6213). Il faut relever que la législation sur les étrangers oblige les employeurs concernés à présenter un contrat de travail indiquant la durée de l'activité lucrative, les conditions d'engagement et le salaire (art. 22 al. 2 de l'Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative, OASA ; RS 142.201). CARRUZZO, N 2 ad art. 330b CO, p. 411, relève que cette législation est plus contraignante que l'article 330b CO et impose notamment la signature du contrat par l'employeur au moins.

² Message 2004, p. 6188.

- 3 **Objectifs** – L’obligation d’information écrite des conditions fondamentales du contrat a pour fonction de faciliter l’exécution de contrôles par les organes de contrôle du respect de l’application des règles suisses du travail³. Elle permet : d’améliorer la sécurité du droit pour les deux parties, la mise à disposition d’informations claires, enfin, de faciliter la vérification du contenu du contrat⁴.
- 4 **Droit européen** – Cette disposition peut être comparée à la directive européenne 91/533/CE, laquelle est toutefois beaucoup plus étendue⁵.
- 5 **Devoir d’assistance** – Tout comme le devoir de l’employeur d’établir un certificat de travail (cf. art. 330a CO), celui de transmettre par écrit au travailleur les informations essentielles sur la relation de travail fait partie du devoir d’assistance du premier à l’égard du second (art. 328 CO).
- 6 **Nature de la norme** – L’article 330b CO n’est pas mentionné aux articles 361 et 362 CO. Il doit toutefois être considéré comme relativement impératif⁶, ce qui ressort de son but et de son texte. Les parties peuvent ainsi convenir d’augmenter, mais non de réduire, le catalogue des informations transmises. Elles peuvent de même choisir de diminuer, mais non d’allonger, le délai de communication.

II. Des conditions du devoir d’information (alinéa 1)

- 7 **Champ d’application** – L’application de cette disposition est liée à la seule durée de la relation contractuelle. Sont visés les contrats de durée indéterminée et ceux conclus pour une durée déterminée de plus d’un mois⁷. Peu importe à cet égard que la durée du travail résulte de l’accord initial des parties ou d’une prolongation ultérieure⁸.
- 8 **Pas d’effet rétroactif** – Sous réserve de la réalisation de cette condition, l’ensemble des relations de travail exécutées en Suisse est visé⁹. En l’absence de règle prévoyant un effet rétroactif, seuls sont toutefois concernés les contrats conclus ou modifiés après le 1^{er} janvier 2006.

³ *Ibid.*

⁴ Message 2004, p. 6206.

⁵ Directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l’obligation de l’employeur d’informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail (cf. Message 2004, p. 6206).

⁶ Dans le même sens, SUBILIA/DUC, N 1 ad art. 330b CO, p. 422 et PORTMANN, L’obligation d’informer, pp. 297 et 300.

⁷ Ce délai vise à permettre un contrôle des conditions de travail des étrangers actifs en Suisse pour un court délai (Message 2004, p. 6206).

⁸ PORTMANN, L’obligation d’informer, p. 297.

⁹ *Ibid.*

III. De l'étendue du devoir d'information (alinéa 1)

Informations concernées – S'agissant d'une mesure d'accompagnement, seuls sont concernés les éléments dont le contrôle doit pouvoir être effectué¹⁰. Il s'agit : du nom des parties (let. a), soit de toutes informations nécessaires à leur identification claire ; de la date du début du rapport de travail (let. b), le jour du début du contrat étant déterminant à l'exclusion de celui du début de l'activité effective ; de la fonction du travailleur (let. c) qui doit permettre de déterminer en quoi consiste l'activité exécutée, ainsi que la position hiérarchique de l'employé, ses compétences et responsabilités particulières (p. ex. « ouvrier qualifié de la construction en possession d'un certificat professionnel »), mais non une description complète des tâches ; du salaire¹¹ et des éventuels suppléments salariaux (let. d) tels que nature du salaire (au temps ou à la tâche), montant du salaire fixe, provisions (y compris les paramètres de leur calcul), participations au résultat, 13^e salaire, bonus, autres primes versées régulièrement (travail de nuit, service de piquet, etc.), gratifications obligatoires et conditionnelles, etc. ; enfin, de la durée hebdomadaire du travail (let. e), qui n'inclut toutefois pas les horaires précis, ni les jours de congé.

Temps de travail fluctuant – Lorsque le temps de travail est fluctuant, qu'il dépend (partiellement) de la volonté du travailleur (horaires flexibles), qu'il est lié à une tâche particulière, qu'il est effectué sur appel, etc., il peut s'avérer objectivement et matériellement impossible à l'employeur de préciser la durée de l'activité. Nous sommes d'avis que l'employeur doit, dans un tel cas, donner en lieu et place toutes autres informations permettant d'estimer indirectement l'étendue de la prestation du travailleur. A défaut, l'objectif de la norme – permettre un contrôle de certaines conditions de travail (cf. *supra* N 2) – ne serait pas atteint. Cela serait d'autant plus choquant que le besoin de protection est grand pour des travailleurs dont le temps de travail et par voie de conséquence la rémunération sont parfois limités¹².

Informations complémentaires – L'information écrite porte donc sur les éléments essentiels énoncés à l'article 330b CO, ainsi que sur tous autres renseignements que les parties sont libres d'y ajouter.

¹⁰ Message 2004, p. 6206. Cf. en outre PORTMANN, L'obligation d'informer, pp. 298-299. Voir ég. la Directive 91/533/CEE, art. 2 et 4 qui prévoient un éventail d'informations devant être communiquées beaucoup plus étendu que celui de l'article 330b CO.

¹¹ Cf. KG/GR décision du 19 mai 2009, in : JAR 2010, p. 523.

¹² Pour PORTMANN, des indications simples comme *horaires mobiles* ou *travail sur appel* suffisent (L'obligation d'informer, p. 299). Voir ég. PIETRUSZAK, N 50, pp. 8-9. Cf. ég. arrêt CJCE du 12 octobre 2004, WIPPEL, C-313/02, not. les conclusions de l'avocat général.

- 12 **Modification ultérieure du contrat** – Conformément aux principes généraux (cf. art. 12 CO), l'exigence de la forme écrite vaut également en cas de modification ultérieure des conditions de travail. Dans un tel cas, les autres conditions propres au changement de la relation entre les parties doivent également être respectées (accord des parties, congé-modification, etc.), l'article 330b ne traitant que de la question de la confirmation écrite ultérieure au travailleur.
- 13 **Forme écrite et signature** – S'agissant d'une simple information unilatérale de l'employeur au travailleur, le document écrit ne doit pas nécessairement revêtir la signature des parties (cf. art. 13 CO)¹³.
- 14 **Pluralité de documents** – Les renseignements requis peuvent résulter d'un ou de plusieurs documents qui doivent être effectivement remis par l'employeur au travailleur. Il s'agit par exemple de la lettre d'engagement, de la première fiche de salaire mensuel, d'un décompte d'heures, de copies de documents établis par l'employeur dans le cadre de ses assurances sociales ou encore d'un exemplaire d'une convention collective¹⁴. A noter que, dans tous les cas, l'écrit remis doit contenir les informations relatives aux droits et aux obligations des parties valant pour la relation contractuelle appréciée dans son ensemble et non seulement des renseignements sur l'activité effectivement d'ores et déjà effectuée¹⁵.

IV. Du moment de l'information (alinéa 1 et 2)

- 15 **Délai** – L'information écrite au travailleur doit intervenir au plus tard dans le mois qui suit le début de la relation contractuelle. Si le premier jour de travail effectif intervient ultérieurement, c'est la date de la conclusion du contrat qui importe seule.
- 16 **En cas de modification du contrat** – L'exigence relative au délai de communication vaut également pour toute modification ultérieure¹⁶. Il s'agira en particulier¹⁷ de la baisse ou de la hausse du salaire, de l'augmentation ou de la diminution du temps de travail, voire encore du changement des tâches confiées au travailleur.

¹³ Dans le même sens, SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 330b CO, p. 423 et PORTMANN, L'obligation d'informer, p. 297. Cf. ég. Message 2004, p. 6207.

¹⁴ Message 2004, p. 6207 et PORTMANN, L'obligation d'informer, p. 297. Voir ég. KG/GR décision du 19 mai 2009, in : JAR 2010, p. 523.

¹⁵ La mention de l'horaire hebdomadaire d'une semaine spécifique est par exemple insuffisante, si cet horaire n'est pas représentatif de l'ensemble de la relation contractuelle.

¹⁶ Les règles usuelles relatives à la modification unilatérale du contrat de travail doivent être respectées (congé-modification). Le devoir d'information de l'article 330b CO ne doit donc pas être confondu avec la déclaration de volonté unilatérale de modifier les conditions contractuelles, cette dernière seule ayant un effet formateur.

¹⁷ Cf. Message 2004, p. 6206.

C'est au moment de l'application effective de la modification que le délai d'un mois débute.

Contrat de travail de courte durée – S'agissant de relations de courte durée, notamment concernant des travailleurs étrangers, ce délai d'un mois supplémentaire en cas de modification des conditions de travail est de nature à susciter des problèmes. La communication pourrait en effet intervenir après la fin du contrat et postérieure au départ du travailleur. Peut-être eût-il mieux valu imposer, dans le cas de la modification ultérieure des conditions de travail, une communication écrite immédiate par l'employeur.

Pluralité de documents – Lorsque les renseignements exigés résultent de plusieurs documents, l'ensemble de ceux-ci doit être établi et remis au travailleur dans le délai légal.

V. De la sanction en cas de violation du devoir d'information

Problématique – Les conditions et l'étendue de la règle ayant été discutées, seule demeure la question de la conséquence, en droit privé, de sa violation.

Action en exécution – Lorsque le travailleur estime que l'employeur n'a pas respecté son obligation ou qu'il ne l'a exécutée qu'en partie, il peut requérir auprès du juge¹⁸ que les informations lui soient transmises, qu'elles soient complétées s'il n'en a reçu qu'une partie ou encore qu'elles soient rectifiées si elles sont en tout ou en partie inexactes. La valeur litigieuse pourra être déterminée par l'application des principes se rapportant au certificat de travail.

Absence de sanction spécifique – La loi ne mentionne aucune sanction¹⁹. Vu le but de la disposition, c'est-à-dire faciliter l'exécution de contrôles du respect de l'application des règles suisses du travail (cf. *supra* N 3), il paraît douteux qu'un effet spécifique en cas de violation puisse être admis²⁰.

¹⁸ Nous regrettons que le législateur n'ait pas jugé bon d'inclure expressément l'article 330b CO dans la liste des affaires soumises à la procédure sommaire (cf. art. 250 let. b CPC), laquelle n'est, il est vrai, pas exhaustive (Message 2006, p. 6957).

¹⁹ Au sujet des sanctions découlant de la violation par l'employeur de son devoir d'informer et des réactions possibles du travailleur, voir PORTMANN, L'obligation d'informer, pp. 299-300.

²⁰ Message 2004, p. 6207. Dans le même sens, cf. SUBILIA/DUC, N 5 ad art. 330b CO, p. 423, PIETRUSZAK, N 33, p. 7 ; PORTMANN, L'obligation d'informer, pp. 297 et 299, qui voit dans l'article 330b une simple prescription d'ordre, TERCIER/FAVRE, N 3610, p. 536, ou encore WYLER, p. 87. Voir ég. art. 6 Directive 91/533/CEE. La sanction de la nullité de l'accord pour défaut de respect de l'exigence écrite doit en particulier être exclue (cf. SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 330b CO, p. 423). Il peut être relevé que la Directive 91/533/CEE ne contient aucune sanction en cas de violation du devoir d'informer, mais qu'elle se limite à

- 22 **Action en réparation du dommage** – Nous sommes d’avis que les conséquences de la violation du devoir d’information écrit de l’employeur doivent se limiter à une éventuelle application de l’article 97 CO. Ainsi en particulier, si l’absence d’information est la cause adéquate et naturelle d’un préjudice subi par le travailleur, la faute de l’employeur étant présumée, celui-là pourra demander à celui-ci la réparation de son dommage.
- 23 **Résiliation du contrat** – Le travailleur pourra en outre résilier le contrat de travail de manière ordinaire, voire de manière immédiate pour juste motif (art. 337 CO). Dans ce dernier cas, un avertissement doit avoir été adressé à l’employeur en mentionnant la violation constatée et la mention de l’éventualité d’un congé abrupt si l’employeur ne réagit pas.
- 24 **Droit de suspendre la prestation de travail ?** – Pour un auteur²¹, le refus persistant de l’employeur de fournir les informations voulues autorise le travailleur à se dispenser de fournir sa prestation de travail, tout en continuant à bénéficier de son droit au salaire (cf. art. 82 CO). Pour deux autres auteurs²², le travailleur devra fournir son travail même si tout ou partie des renseignements nécessaires ne lui est pas transmis. Vu le caractère accessoire de l’obligation d’informer, nous partageons ce second avis sauf lorsque la violation de l’employeur met, en elle-même, matériellement en cause la poursuite de la relation contractuelle, ce qui sera rare en pratique.
- 25 **Fardeau de la preuve** – Enfin, quant au fardeau de la preuve (art. 8 CC), l’employeur doit démontrer qu’il a transmis au travailleur les informations nécessaires, que des conditions contractuelles autres que celles communiquées ont été convenues²³ ou encore, par exemple, que le premier document se rapportant au salaire est erroné et que c’est le second qui reflète l’accord des parties²⁴, etc. Le travailleur pour sa part devra établir l’existence d’un accord sur des conditions plus favorables que celles communiquées.

imposer aux Etats membres d’introduire dans leur ordre juridique des mesures permettant aux travailleurs lésés de faire valoir leurs droits (art. 8).

²¹ PORTMANN, L’obligation d’informer, p. 299.

²² PIETRUSZAK, N 36, p. 7, qui relève qu’il n’existe pas de rapport d’échange direct entre le devoir d’informer et l’obligation de travailler et ZIMMERLI, p. 143

²³ KG/GR décision du 19 mai 2009, in : JAR 2010, p. 523. Nous relevons par ailleurs que tel sera notamment le cas lorsque les conditions originales ont été communiquées par l’employeur, puis ont été *modifiées* postérieurement. L’employeur supporte alors en plein le fardeau de la preuve lorsqu’il se prévaut des nouvelles conditions.

²⁴ *Ibid.*

Allégement du fardeau – En l'absence de toute communication, certains auteurs²⁵ estiment que le degré de la preuve exigé du travailleur doit être allégé, voire que le fardeau de la preuve est renversé. A défaut, l'employeur qui est lié par l'obligation de communication serait en effet favorisé par sa propre violation de la règle. Pour le Tribunal fédéral²⁶, c'est la première solution qui semble prévaloir.

26

²⁵ PORTMANN, L'obligation d'informer, p. 299, ainsi que PIETRUSZAK, N 38, p. 7 et N 50, p. 9. CARRUZZO, N 3 ad art. 330b CO, p. 411, estime pour sa part que le défaut d'information par l'employeur implique un renversement du fardeau de la preuve des éléments manquants.

²⁶ Cf. TF 4C.378/1999 du 23 novembre 2004, c. 3.2 et TF 2A.103/1991 du 13 mars 1992, c. 5c. Voir ég. PIETRUSZAK, N 38 et 39, p. 7, ainsi que N 40 à 48, pp. 7-8, où cet auteur commente une décision allemande [LAG Niedersachsen du 21 février 2003, NZA 2003, pp. 520 ss].

Art. 331

D. Prévoyance en faveur du personnel I. Obligations de l'employeur

¹ Si l'employeur effectue des prestations dans un but de prévoyance ou si les travailleurs versent des contributions à cette fin, l'employeur doit transférer ces prestations et contributions à une fondation, à une société coopérative ou à une institution de droit public.

² Lorsque les prestations de l'employeur et les contributions éventuelles du travailleur sont utilisées pour assurer celui-ci contre la maladie, les accidents, sur la vie, en cas d'invalidité ou de décès auprès d'une compagnie d'assurance soumise à surveillance ou auprès d'une caisse-maladie reconnue, l'employeur est délié de l'obligation de transfert prévue à l'alinéa précédent, si le travailleur à une créance directe contre l'assureur au moment où le risque assuré se réalise.

³ Lorsqu'il incombe au travailleur de verser des cotisations à une institution de prévoyance, l'employeur est tenu de verser en même temps une contribution au moins égale à la somme des cotisations de tous les travailleurs ; il financera sa contribution par ses moyens propres ou à l'aide de réserves de cotisations de l'institution de prévoyance ; ces réserves doivent avoir été accumulées préalablement dans ce but par l'employeur et être comptabilisées séparément. L'employeur doit transférer à l'institution de prévoyance le montant de la cotisation déduite du salaire du travailleur en même temps que sa propre contribution, au plus tard à la fin du premier mois suivant l'année civile ou l'année d'assurance pour lesquelles les cotisations sont dues.

⁴ L'employeur donne au travailleur les renseignements nécessaires sur ses droits envers une institution de prévoyance professionnelle ou en faveur du personnel ou envers un assureur.

⁵ L'employeur livre à la Centrale du 2^e pilier, sur demande de celle-ci, les informations dont il dispose et qui pourraient permettre de retrouver les ayants droit d'avoirs oubliés ou les institutions qui les gèrent.

D. Personalvorsorge I. Pflichten des Arbeitgebers

¹ Macht der Arbeitgeber Zuwendungen für die Personalvorsorge oder leisten die Arbeitnehmer Beiträge daran, so hat der Arbeitgeber diese Zuwendungen und Beiträge auf eine Stiftung, eine Genossenschaft oder eine Einrichtung des öffentlichen Rechtes zu übertragen.

² Werden die Zuwendungen des Arbeitgebers und allfällige Beiträge des Arbeitnehmers zu dessen Gunsten für eine Kranken-, Unfall-, Lebens-, Invaliden- oder Todesfallversicherung bei einer der Versicherungsaufsicht unterstellten Unternehmung oder bei einer anerkannten Krankenkasse verwendet, so hat der Arbeitgeber die Übertragung gemäss vorstehendem Absatz nicht vorzunehmen, wenn dem Arbeitnehmer mit dem Eintritt des Versicherungsfalles ein selbständiges Forderungsrecht gegen den Versicherungsträger zusteht.

³ Hat der Arbeitnehmer Beiträge an eine Vorsorgeeinrichtung zu leisten, so ist der Arbeitgeber verpflichtet, zur gleichen Zeit mindestens gleich hohe Beiträge wie die gesamten Beiträge aller Arbeitnehmer zu entrichten ; er erbringt seine Beiträge aus eigenen Mitteln oder aus Beitragsreserven der Vorsorgeeinrichtung, die von ihm vorgängig hierfür geöfnet worden und gesondert ausgewiesen sind. Der Arbeitgeber muss den vom Lohn des Arbeitnehmers abgezogenen Beitragsanteil zusammen mit seinem Beitragsanteil spätestens am Ende des ersten Monats nach dem Kalender- oder Versicherungsjahr, für das die Beiträge geschuldet sind, an die Vorsorgeeinrichtung überweisen.

⁴ Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer über die ihm gegen eine Vorsorgeeinrichtung oder einen Versicherungsträger zustehenden Forderungsrechte den erforderlichen Aufschluss zu erteilen.

⁵ Auf Verlangen der Zentralstelle 2. Säule ist der Arbeitgeber verpflichtet, ihr die Angaben zu liefern, die ihm vorliegen und die geeignet sind, die Berechtigten vergessener Guthaben oder die Einrichtungen, welche solche Guthaben führen, zu finden.

D. Previdenza a
favore del personale
I. Obblighi del datore
di lavoro

¹ Se il datore di lavoro destina delle prestazioni a scopo di previdenza a favore del personale o se i lavoratori pagano contributi a tale scopo, il datore di lavoro deve devolvere queste prestazioni e questi contributi a una fondazione, a una società cooperativa o a una istituzione di diritto pubblico.

² Se le prestazioni del datore di lavoro e gli eventuali contributi del lavoratore sono usati per assicurare quest'ultimo contro le malattie, contro gli infortuni, sulla vita, contro l'invalidità o in caso di morte presso un istituto sottoposto alla vigilanza assicurativa o presso una cassa malati riconosciuta, il datore di lavoro non è tenuto alla devoluzione prevista nel capoverso precedente, qualora il lavoratore fruisca di un diritto di credito direttamente verso l'assicuratore al momento in cui il rischio si manifesta.

³ Se il lavoratore deve pagare contributi a un'istituzione di previdenza, il datore di lavoro è tenuto, per lo stesso periodo di tempo, a pagare contributi d'importo almeno pari alla somma dei contributi di tutti i lavoratori ; i contributi del datore di lavoro devono provenire da suoi fondi propri o da riserve di contributi dell'istituzione di previdenza alimentate previamente a tal fine dal datore di lavoro e conteggiate separatamente. Il datore di lavoro deve versare all'istituzione di previdenza la quota dedotta dal salario del lavoratore, insieme alla sua quota, al più tardi alla fine del primo mese seguente l'anno civile o l'anno assicurativo per il quale sono dovuti i contributi.

⁴ Il datore di lavoro deve dare al lavoratore le informazioni necessarie sui suoi diritti verso l'istituzione di previdenza a favore del personale e verso l'assicuratore.

⁵ Su richiesta, il datore di lavoro deve fornire all'Ufficio centrale del 2° pilastro i dati di cui dispone adatti a reperire gli aventi diritto di averi dimenticati o gli istituti che gestiscono simili averi.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités à propos des art. 331 à 331f CO	1	469
1. Objet, but et origine des dispositions	1	469
2. Systématique.....	4	471
3. Les relations juridiques en présence et le droit applicable	5	471
4. Relations avec le droit européen	11	475
II. Les obligations incombant à l'employeur	12	475
1. Le transfert à une institution de prévoyance	13	476
a. La règle : l'obligation de transfert (al. 1).....	13	476
b. L'exception à l'obligation de transfert (al. 2).....	18	477
2. Le versement des contributions paritaires (al. 3, 1 ^{re} phrase)	19	478
3. Le financement au moyen de fonds propres (al. 3, 2 ^e phrase).....	23	479
4. L'information	25	479
a. L'information du travailleur (al. 4)	26	479
b. L'information de la Centrale du 2 ^e pilier (al. 5)	29	480
III. Procédure	31	481

Bibliographie spécifique

BRUHLART VINCENT, Droit des assurances privées, Berne 2008 ; EMMEL FRANK, Commentaire des articles 331-331f CO, in : AMSTUTZ et al. (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zurich 2007, pp. 1946 ss ; GÄCHTER THOMAS et GECKELER HUNZIKER MAYA, Commentaire des articles 48 et 50 LPP, in : SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER (édit.), Commentaire LPP et LFLP, Berne 2010 ; GEISER THOMAS et SENTI CHRISTOPH, Commentaire de l'article 91 LPP, in : SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER (édit.), Commentaire LPP et LFLP, Berne 2010 ; KAHIL-WOLFF BETTINA et SIMONIN EMMANUELLE, Révision totale de la LCA : l'avant-projet et les assurances sociales, in : KAHIL-WOLFF (édit.), Quoi de neuf en droit social ?, Collection IRAL n° 34, Berne 2009, pp. 117-147 ; MEYER ULRICH et UTTINGER LAURENCE, Commentaire de l'article 73 LPP, in : SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER (édit.), Commentaire LPP et LFLP, Berne 2010 ; MOOR PIERRE, Droit administratif, L'organisation des activités administratives ; les biens de l'Etat, Vol. 3, Berne 1992 ; MÜLLER ROLAND A., Remarques préliminaires aux art. 89a à 89d LPP et commentaire de l'article 89a LPP, in : SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER (édit.), Commentaire LPP et LFLP, Berne 2010 ; PÄRLI KURT, Commentaire de l'article 86b LPP, in : SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER (édit.), Commentaire LPP et LFLP, Berne 2010 ; RIEMER HANS MICHAEL, Berührungspunkte zwischen beruflicher Vorsorge und Arbeitsrecht, in : RSAS 2009, pp. 116-122 ; RIEMER HANS MICHAEL et RIEMER KAFKA GABRIELA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2^e éd., Berne 2006 ; SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ, Introduction générale, in : SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER (édit.), Commentaire LPP et LFLP, Berne 2010, pp. 1-82 ; STAUFFER HANS-ULRICH, Berufliche Vorsorge, Zurich/Bâle/Genève 2005.

I. Généralités à propos des art. 331 à 331f CO

1. Objet, but et origine des dispositions

Objet – Comme l’indique le titre marginal de l’art. 331 CO, cette disposition et celles qui la suivent traitent de la prévoyance en faveur du personnel. Par prévoyance, il faut entendre l’ensemble des mesures prises sur une base collective pour permettre aux travailleurs de maintenir leur niveau de vie de manière appropriée lors de la réalisation d’un cas d’assurance. Depuis le 1^{er} janvier 1985, la prévoyance professionnelle pour les éventualités vieillesse, survivants et invalidité fait l’objet d’une loi fédérale (LPP¹) qui instaure un régime d’assurance obligatoire pour les travailleurs âgés de 17 ans au moins réalisant, auprès d’un même employeur, un salaire annuel minimal dont le montant est régulièrement adapté.² A partir de ce premier seuil, les travailleurs jouissent obligatoirement d’un régime de prévoyance pour les éventualités invalidité et décès. Si leur salaire annuel atteint un second seuil dont le montant varie, et en tant qu’il est inférieur ou égal au plafond AVS³, ils accumulent un avoir de vieillesse leur donnant droit à des prestations en cas de retraite. La LPP, en tant que *lex specialis*, prime les dispositions du Code des obligations en matière de prévoyance professionnelle, les art. 331 à 331f CO. Ces dispositions n’ont vocation à s’appliquer qu’à la prévoyance dite surobligatoire, ou étendue⁴. Il faut entendre par là toute prévoyance qui excède le régime de la LPP, que ce soit en termes de salaire assuré ou d’éventualités couvertes⁵. A cet égard, il faut préciser d’emblée qu’il n’existe, sous l’empire du seul Code des obligations, aucune contrainte pour l’employeur de mettre ses employés au bénéfice d’un régime de prévoyance professionnelle⁶, comme en témoigne d’ailleurs la formulation hypothétique de l’art. 331 al. 1 CO. Si les conditions de travail, en particulier les conditions salariales, sont telles que les conditions d’une affiliation au régime obligatoire de la LPP ne sont pas remplies, le travailleur n’a pas de droit à être assuré en prévoyance professionnelle.

But – Le but des art. 331 ss CO est d’encadrer la prévoyance professionnelle étendue afin que son régime soit le plus semblable possible au régime de la prévoyance obligatoire. Dans ce but également, de nombreuses dispositions de la

¹ Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, RS 831.40.

² Art. 2 al. 1, 7 LPP et 5 OPP 2, RS 831.441.1.

³ Art. 8 al. 1 LPP et 5 OPP 2.

⁴ Cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 331 CO, p. 754.

⁵ Pour plus de détails, cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 331 CO, pp. 754 ss. Cf. également, EMMEI, N 1 ad art. 331-331f CO, p. 1950. Cf. également une définition de la prévoyance étendue à l’ATF 122 V 142, c. 4b.

⁶ Cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 331 CO, p. 754 ; SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 331 CO, p. 435 ; BRÜNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 331 CO, p. 188.

LPP s'appliquent à la prévoyance étendue⁷. En particulier, l'employeur ne doit pas pouvoir disposer librement des montants investis pour la prévoyance de ses employés, surtout lorsque les travailleurs contribuent eux-mêmes à la constitution de l'avoir de prévoyance par le biais de cotisations retenues sur leurs salaires⁸.

- 3 **Origine et évolution** – Narrer ici l'histoire de la législation suisse en matière de prévoyance professionnelle dépasserait le cadre de ce commentaire. Le lecteur est renvoyé à l'exposé de SCHNEIDER⁹, particulièrement détaillé. Nous indiquerons simplement ici que l'introduction, dans la réglementation du contrat de travail, d'une disposition traitant de la prévoyance professionnelle¹⁰ est le fruit de la révision du 21 mars 1958 du contrat de travail et du droit des fondations¹¹. Il s'agissait surtout « d'imposer une obligation générale de rendre juridiquement autonomes les biens affectés d'une façon reconnaissable par l'employeur à des buts de prévoyance en faveur du personnel »¹². En conséquence, le transfert obligatoire à une entité juridique distincte des biens affectés à des buts de prévoyance était ancré à l'art. 343^{bis} aCO, ancêtre de l'actuel art. 331 CO. Obligation était également faite à l'employeur d'informer le travailleur de ses droits. En revanche, l'employeur n'avait aucun devoir de faire bénéficier ses travailleurs d'une prévoyance professionnelle, et le libre passage en cas de changement d'emploi n'existait pas, le travailleur ayant uniquement la possibilité d'obtenir le remboursement des cotisations qu'il avait versées, à moins qu'un cas de prévoyance ne soit survenu¹³. La législation actuelle, plus aboutie, est le fruit de la révision du droit du contrat de travail du 25 juin 1971¹⁴. Elle a été modifiée en 1985, lors de l'entrée en vigueur de la LPP¹⁵, dans le but d'assurer une réglementation homogène de la prévoyance obligatoire et de la prévoyance étendue. Elle a ensuite été adaptée, dans la mesure des besoins, à l'évolution de la législation sur la prévoyance obligatoire, notamment lors de l'adoption de la loi fédérale sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle¹⁶ et de la loi fédérale sur le libre passage¹⁷, puis lors de la création de la Centrale du 2^e pilier^{18 19}.

⁷ Cf. *infra* N 6.

⁸ Sur ces questions plus précisément, cf. *infra* N 13.

⁹ SCHNEIDER, N 27 ss ad Introduction générale, pp. 14 ss.

¹⁰ Il s'agissait à l'époque de l'art. 343^{bis} CO.

¹¹ FF 1958 I 686.

¹² Message 1956, pp. 845 et 855.

¹³ SCHNEIDER, N 47 ad Introduction générale, p. 19.

¹⁴ FF 1971 I 1449 ss.

¹⁵ RO 1983 797.

¹⁶ Cette modification concernait les art. 331d et 331e CO. Cf. FF 1992 VI 229, 250 et RO 1994 2372, 2376 ss. La modification est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1995, RO 1994 2378.

2. Systématique

Une porte d'entrée vers la prévoyance professionnelle – Les art. 331 à 331f CO forment un chapitre à part dans la réglementation du contrat de travail. Ils traitent d'un possible aspect de la relation contractuelle nouée entre l'employeur et le travailleur, le choix de l'intégrer relevant de la pure bonne volonté de celui-là, qui trouve le plus souvent un intérêt à le faire pour offrir des conditions de travail attractives, notamment pour des postes à haute valeur ajoutée. Si une telle prestation contractuelle est offerte, ni les art. 331 à 331f CO, ni le contrat de travail n'en prévoient les modalités de manière exhaustive. Il faut bien plus se référer à la législation fédérale en matière de prévoyance professionnelle, dont certaines dispositions, d'intérêt public, s'appliquent aussi à la prévoyance surobligatoire, et au règlement (ou au statut) de l'institution de prévoyance auprès de laquelle l'employeur est affilié. Dans ce sens, les art. 331 à 331f CO jouent un rôle de passerelle.

3. Les relations juridiques en présence et le droit applicable

Les relations juridiques – Les contrats conclus entre l'institution de prévoyance et l'employeur d'une part et entre l'institution de prévoyance et le travailleur d'autre part sont tous deux des contrats innomés, *sui generis*²⁰, soumis aux principes habituels du droit des contrats²¹. Entre l'institution de prévoyance et le travailleur, le contrat est conclu par l'acceptation, expresse ou tacite, du règlement de prévoyance par le travailleur. Cet accord peut dans tous les cas être pré-

¹⁷ Cette modification concernait les art. 331a à 331c et, dans une moindre mesure, l'art. 331 CO, RO 1994 2386, 2395. Elle est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1995, RO 1994 2394.

¹⁸ Cf. art. 331 al. 5 CO. FF 1998 4873 ss et RO 1999 1384, 1386. Cette modification est entrée en vigueur au 1^{er} mai 1999, RO 1999 1387.

¹⁹ Pour plus de détails sur l'évolution de la législation en matière de prévoyance professionnelle, cf. SCHNEIDER, N 31 ss ad Introduction générale, pp. 31 ss.

²⁰ *Pour l'employeur* : ATF 120 V 299, c. 4a. SUBILIA/DUC, N 5 ad art. 331 CO, p. 436. Le contrat conclu entre l'institution de prévoyance et l'employeur est habituellement appelé *convention d'affiliation* (*Anschlussvertrag*). Pour plus de détails, cf. RIEMER/RIEMER KAFKA, p. 89 ; STAUFFER, N 313 ss, pp. 112 s. ; KAHIL-WOLFF/SIMONIN, pp. 140 s. *Pour le travailleur* : ATF 135 V 418, c. 3.4.2 ; ATF 132 V 149, c. 5 ; ATF 129 V 145, c. 3.1. Cf. également, SUBILIA/DUC, N 5 ad art. 331 CO, p. 435. La relation qui lie le travailleur et l'institution de prévoyance dans le cadre de la prévoyance étendue est généralement appelée *contrat de prévoyance* (*Vorsorgevertrag*). Pour plus de détails au sujet de ce contrat, cf. KAHIL-WOLFF/SIMONIN, pp. 137 ss.

²¹ Notamment lorsqu'il s'agit de l'interpréter (cf. SUBILIA/DUC, N 5 ad art. 331 CO, pp. 435 s.). Sur la soumission du contrat de prévoyance aux règles du Code des obligations, cf. TF B.6/06 du 21 mars 2007, c. 3. S'agissant de la convention d'affiliation, cf. TF B.84/00 du 3 octobre 2001, c. 4a.

sumé lorsque celui-ci n'a pas réagi en constatant les déductions opérées par l'employeur sur son salaire²². Si l'institution de prévoyance relève du droit public, ses relations avec les employeurs affiliés et les travailleurs assurés sont régies par la loi²³.

- 6 **Droit applicable à la prévoyance surobligatoire** – Les institutions de prévoyance actives dans le domaine de la prévoyance professionnelle surobligatoire doivent se conformer, en plus des art. 331 ss CO, aux normes applicables à leur statut juridique²⁴. Les institutions de prévoyance qui pratiquent à la fois la prévoyance obligatoire et la prévoyance surobligatoire, et qui ont donc l'obligation d'être inscrites auprès de l'autorité de surveillance²⁵, doivent se soumettre aux dispositions énumérées à l'art. 5 al. 2 et 49 al. 2 LPP. Certaines dispositions de la LPP s'appliquent en outre à tous les rapports de prévoyance, qu'ils soient obligatoires ou facultatifs. Ainsi en va-t-il des art. 79a à 79c LPP²⁶, relatifs aux possibilités de rachat de cotisations²⁷, et les dispositions fiscales des art. 80 ss LPP²⁸. Pour le surplus, la loi fédérale sur le libre passage²⁹ s'applique dès qu'un rapport de prévoyance professionnel est créé, indépendamment de son caractère obligatoire ou facultatif³⁰. Cette loi et ses ordonnances d'application³¹ s'appliquent donc intégralement aux rapports de prévoyance régis par les art. 331 ss CO. Finalement, les rapports de prévoyance surobligatoire étant de nature contractuelle, les règles

²² ATF 127 V 301, c. 3a.

²³ ATF 119 V 142, c. 5b.

²⁴ Cf. *infra* N 7.

²⁵ Cf. art. 48 al. 1 LPP.

²⁶ Cf. art. 79a LPP.

²⁷ Les possibilités de rachat sont ainsi limitées à hauteur des prestations réglementaires (art. 79b al. 1 LPP). Si un cas de prévoyance survient moins de trois ans après le rachat, il n'en sera pas tenu compte pour le calcul des prestations versées sous forme de capital (art. 79b al. 3, 1^{re} phrase LPP). En outre, si le travailleur a fait valoir son droit à un versement anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété (art. 79b al. 1 LPP), les montants versés doivent être remboursés avant qu'un rachat facultatif ne puisse intervenir (art. 79b al. 3, 2^e phrase). Ces limitations ne concernent toutefois pas les montants versés à l'institution de prévoyance à la suite d'un divorce ou de la dissolution d'un partenariat enregistré (art. 79b al. 4 LPP).

²⁸ Les prestations fournies par les institutions de prévoyance, y compris dans le cadre de la prévoyance surobligatoire, sont ainsi intégralement imposables à titre de revenus (art. 83 LPP). Le traitement fiscal réservé au versement anticipé et la réalisation du gage dans le cadre de l'encouragement à la propriété est également le même dans le régime de la prévoyance surobligatoire (art. 83a LPP). Pour plus de détails, cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 331 CO, p. 754. Cf. également le commentaire des dispositions topiques dans le Commentaire de la LPP et de la LFLP édité par SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER, pp. 1301 ss.

²⁹ LFLP, RS 831.42.

³⁰ Cf. art. 1 al. 2 LFLP.

³¹ Principalement l'ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OLP, RS 831.425).

générales du Code des obligations s'appliquent là où le règlement de prévoyance ne prévoit rien, à moins qu'elles ne cèdent le pas, en vertu du principe de la primauté de la *lex specialis*, aux dispositions de la LCA, qui s'appliquent alors par analogie³².

Règlement de prévoyance – Les *institutions de prévoyance de droit privé*, quelle que soit la forme juridique choisie, ont l'obligation de se doter d'un règlement de prévoyance prévoyant, au minimum, les prestations servies, l'organisation interne, l'administration et le financement, le contrôle et les rapports entre les différents intervenants³³. Dans le cadre de la prévoyance surobligatoire, ce document est indispensable pour déterminer les éventualités assurées ainsi que le droit aux prestations³⁴, en particulier les bases de leur calcul, leurs modalités de versement ainsi que leur coordination avec les prestations d'autres assurances sociales³⁵. On admet que dans le cadre de la prévoyance surobligatoire, le règlement est de nature contractuelle, même si les parties (en particulier l'institution et l'assuré) ne sont pas sur un pied d'égalité, le second n'ayant aucun pouvoir pour négocier les conditions d'assurance. En cas de litige, les dispositions réglementaires sont interprétées selon les règles établies pour l'interprétation des contrats. On recherchera ainsi en premier lieu la volonté réelle des parties. S'il n'existe pas d'accord, on appliquera le principe de la confiance et on accordera aux manifestations de volonté le sens que le récipiendaire pouvait de bonne foi lui donner³⁶. Le règlement de prévoyance possède les mêmes caractéristiques que les conditions générales d'assurance, de sorte que les principes développés à ce sujet s'appliquent. En particulier, en cas de doute, on tranchera en défaveur de l'institution de prévoyance³⁷, et les clauses insolites seront réputées inexistantes, à moins que l'institution de prévoyance ne puisse prouver que l'attention de l'assuré a été expressément attirée sur ces clauses et qu'il les a acceptées³⁸.

La modification du règlement de prévoyance – La question de savoir si le règlement de prévoyance peut être modifié unilatéralement par l'institution de prévoyance est controversée en doctrine³⁹. Avec Stauffer, nous sommes d'avis

³² ATF 116 V 218, c. 4b.

³³ Art. 50 LPP.

³⁴ Cf. GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER, N 5 ad art. 50 LPP, p. 735 ; STAUFFER, N 254, p. 91. Ces conditions peuvent être différentes que dans la prévoyance obligatoire. Pour un exemple en matière de rentes de retraite, cf. ATF 138 V 176. c. 8.

³⁵ Cf. GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER, N 9 ad art. 50 LPP, p. 736 ; STAUFFER, N 1335, p. 503.

³⁶ Cf. STAUFFER, N 1340, p. 505. Pour plus de détails sur les règles en matière d'interprétation des contrats, cf. art. 18 CO et, pour un exemple parmi d'autres, TF 5A_40/2011 du 21 juin 2011, c. 4.2.

³⁷ ATF 122 V 142, c. 4c ; ATF 116 V 218, c. 2 et les références citées.

³⁸ Dans le même sens, STAUFFER, N 1340, p. 505.

³⁹ Cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 331 CO, p. 760 et les références citées.

que compte tenu de la nature contractuelle du règlement, celui-ci ne peut être modifié qu'avec l'accord de l'employeur affilié et des travailleurs assurés⁴⁰. Cet accord peut être tacite si la modification proposée, clairement expliquée, n'a pas été contestée dans un délai raisonnable⁴¹. Se pose la question de la possibilité, pour l'institution de prévoyance, de prévoir dans son règlement la faculté de le modifier unilatéralement⁴². Nous sommes d'avis qu'elle doit être admise pour les éléments touchant uniquement à l'organisation interne de l'institution de prévoyance, sans répercussion sur ses relations avec les employeurs affiliés ou avec les assurés. Si les modifications concernent les modalités de l'assurance, et en particulier les prestations, elles ne doivent être admises que si elles ont pour objectif de sauvegarder les intérêts des assurés. Il en va ainsi, par exemple, de mesures tendant à l'assainissement d'une institution de prévoyance. Si tel n'est pas le cas, une modification unilatérale du règlement ne doit pas être admise, ou à la rigueur à la condition – stricte – de respecter les droits acquis des assurés⁴³. La présence même, dans le Code des obligations, des art. 331 à 331f CO, qui encadrent la prévoyance subobligatoire, de même que l'application, dans ce domaine, de plus en plus systématique de la législation applicable à la prévoyance obligatoire, démontre que l'impératif de maintien de la prévoyance l'emporte ici sur le principe de la liberté contractuelle.

- 9 **Droit public** – Les *institutions de prévoyance soumises au droit public* se fondent en principe sur des dispositions légales de droit public, c'est-à-dire une loi et/ou une ordonnance⁴⁴. Le contenu de ces textes doit être conforme aux prescriptions de l'art. 50 al. 2 LPP. En cas de doute, les textes doivent être interprétés selon les principes généraux régissant l'interprétation de la loi⁴⁵.
- 10 **Surveillance** – Les institutions de prévoyance qui pratiquent exclusivement la prévoyance subobligatoire n'ont pas l'obligation de se faire inscrire au registre de la prévoyance professionnelle tenu par l'autorité de surveillance⁴⁶. Si l'institution de prévoyance est une entreprise d'assurance au sens de l'art. 2 de la loi fédérale

⁴⁰ STAUFFER, N 1348, p. 509.

⁴¹ Cf. STAUFFER, N 1348, p. 509 et les références citées en note 110.

⁴² STAUFFER l'admet (N 1348 ss, pp. 509 ss) alors que GEISER/SENTI mettent en doute la licéité de clauses dans ce sens et posent la limite de la nullité des engagements excessifs conformément à l'art. 27 CC (N 36, p. 1438).

⁴³ Cf. STAUFFER, N 1348 ss, pp. 509 ss, pour des exemples de cas dans lesquels une modification unilatérale a été admise. En cas de changement de plan de prévoyance en particulier, cf. N 1350, p. 510.

⁴⁴ Cf. GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER, N 6 ad art. 50 LPP, p. 736 ; STAUFFER, N 1332, pp. 501 s.

⁴⁵ STAUFFER, N 1341, p. 505. ATF 116 V 189, c. 3a. Pour plus de détails sur la méthode d'interprétation de la loi, cf. par exemple, TF 9C_226/2011 du 15 juillet 2011, c. 4.4.3.2.

⁴⁶ Cf. art. 48 al. 1 et 61 LPP.

sur la surveillance des entreprises d'assurance⁴⁷, elle est soumise à la surveillance au sens de cette loi⁴⁸.

4. Relations avec le droit européen

Impact des accords bilatéraux – L'Accord sur la libre circulation des personnes conclu entre la Suisse et l'Union européenne⁴⁹ impose aux parties, à son art. 8, de coordonner leurs systèmes de sécurité sociale dans le but d'assurer, principalement, l'égalité de traitement de leurs ressortissants, en particulier lorsque ceux-ci se déplacent. La législation helvétique en matière de sécurité sociale doit donc se conformer aux textes européens topiques, les Règlements (CE) n^{os} 883/2004⁵⁰ et 987/2009⁵¹ (cas échéant aux actes qui les modifient)⁵², auxquels elle renvoie ou qu'elle intègre explicitement⁵³. En matière de prévoyance professionnelle, il est admis que seule la prévoyance obligatoire entre dans le champ d'application de la législation européenne⁵⁴, la prévoyance surobligatoire n'étant pas visée⁵⁵. Cette distinction a une grande portée pratique, notamment en termes de maintien de la prévoyance⁵⁶.

11

II. Les obligations incombant à l'employeur

Un cadre précis – Si l'employeur choisit de faire bénéficier ses employés d'un régime de prévoyance plus étendu que le minimum prévu par la LPP, il n'est pas pour autant libre de l'organiser comme bon lui semble. L'art. 331 CO lui impose un procédé tout à fait précis. L'employeur doit ainsi, avant toute chose, choisir une institution de prévoyance qui forme une entité juridique distincte de sa propre entreprise (1). Il doit ensuite s'acquitter de sa part des cotisations (2) au moyen de ses ressources propres (3). Il doit finalement satisfaire à un devoir de transparence, tant à l'égard de ses employés qu'à celui de tiers (4).

12

⁴⁷ LSA, RS 961.01.

⁴⁸ Cf. également, *infra* N 18.

⁴⁹ ALCP, RS 0.142.112.681.

⁵⁰ RS 0.831.109.268.1.

⁵¹ RS 0.831.109.268.11.

⁵² Pour plus de détails, cf. MÜLLER, N 1 ss ad Remarques préliminaires aux art. 89a à 89d LPP, pp. 1395 ss.

⁵³ Pour la prévoyance professionnelle, cf. art. 89a ss LPP et 25b ss LFLP. Cf. également MÜLLER, N 3 ad Remarques préliminaires aux art. 89a à 89d LPP, p. 1396.

⁵⁴ Cf. art. 3 al. 2 Règlement 883/2004.

⁵⁵ MÜLLER, N 9 ad Remarques préliminaires aux art. 89a à 89d LPP, p. 1398 et N 34 ad art. 89a LPP, p. 1414.

⁵⁶ Cf. dans le présent ouvrage, N 10 ad art. 331a CO.

1. Le transfert à une institution de prévoyance

a. La règle : l'obligation de transfert (al. 1)

- 13 **Transfert à un sujet de droit indépendant** – Si l'employeur choisit d'offrir à ses employés une prévoyance professionnelle excédant le standard minimal de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, il a l'obligation d'en confier la mise en œuvre à une entité juridiquement distincte de lui, qui sera chargée de comptabiliser les contributions et de verser les prestations⁵⁷. Cette obligation a pour but de soustraire les montants destinés à la prévoyance de la libre disposition de l'employeur et, surtout, d'une procédure de faillite dirigée contre ce dernier⁵⁸. Dans le régime de la prévoyance professionnelle obligatoire, l'indépendance de l'employeur et de l'institution de prévoyance est également garantie, l'employeur étant contraint de s'affilier auprès d'une institution de prévoyance dès le moment où il emploie un salarié soumis à la prévoyance obligatoire⁵⁹. Le travailleur peut agir en justice, par la voie civile, si son employeur se soustrait à cette obligation⁶⁰.
- 14 **Forme juridique spécifique** – Comme dans la prévoyance obligatoire⁶¹, l'institution de prévoyance choisie par l'employeur doit revêtir la forme d'une fondation, d'une société coopérative ou d'une institution de droit public. Cette liste est exhaustive⁶².
- 15 a) **Une fondation** – La fondation est un ensemble de biens affectés à un but spécial⁶³. L'art. 89^{bis} CC traite particulièrement des institutions de prévoyance en faveur du personnel constituées sous forme de fondations et fixe un certain nombre de règles qui leur sont applicables, notamment pour permettre la participation des assurés à l'administration de la fondation et pour leur conférer un droit direct à l'égard de cette dernière. En pratique, la majorité des institutions de prévoyance revêtent la forme de la fondation⁶⁴.
- 16 b) **Une société coopérative** – Une société coopérative est une société formée par des personnes ou sociétés commerciales dont le nombre peut varier, organisées corporativement, et qui poursuit principalement le but de favoriser ou de garantir,

⁵⁷ Sur la distinction entre prévoyance professionnelle au sens de l'art. 331 CO et plan social, cf. RIEMER, pp. 120 s.

⁵⁸ Dans le même sens, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 331 CO, p. 759.

⁵⁹ Art. 11 al. 1 LPP.

⁶⁰ ATF 106 II 47, c. 2, JdT 1981 I 23 (trad.). Cf. également BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 331 CO, p. 189.

⁶¹ Art. 48 al. 2 LPP.

⁶² GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER, N 15 ad art. 48 LPP, pp. 709 s.

⁶³ Art. 80 CC.

⁶⁴ GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER, N 16 ad art. 48 LPP, p. 710.

par une action commune, des intérêts économiques déterminés de ses membres⁶⁵. Elle peut être de droit public ou de droit privé. Dans le premier cas, elle est régie par le droit public cantonal ou fédéral⁶⁶. Elle fait sinon l'objet des art. 828 ss CO. La forme de la coopérative permet une plus grande intervention des travailleurs assurés dans l'administration de l'institution de prévoyance⁶⁷.

c) **Une institution de droit public** – Il peut s'agir aussi bien d'établissements que corporations de droit public⁶⁸. Il n'est pas nécessaire qu'ils disposent d'une personnalité juridique propre⁶⁹.

17

b. L'exception à l'obligation de transfert (al. 2)

Une police d'assurance en faveur du travailleur – L'employeur est délié de l'obligation de transférer à un sujet de droit distinct ses propres prestations ainsi que les contributions éventuelles du travailleur si celles-ci visent à financer une police d'assurance conclue par l'employeur en faveur du travailleur. Les conditions suivantes doivent être remplies :

18

- Un *contrat d'assurance* au sens des art. 1 ss LCA⁷⁰, éventuellement des art. 67 ss LAMal⁷¹, doit avoir été conclu par l'employeur en faveur du travailleur. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit d'une *assurance pour compte d'autrui*, ce qui signifie que le bénéficiaire des prestations n'est pas partie au contrat. Le versement des prestations suppose que le risque se réalise chez ce bénéficiaire, le preneur n'étant, lui, pas assuré⁷² ;
- Ce contrat doit avoir été conclu avec un établissement d'assurance soumis à surveillance au sens de l'art. 2 LSA ou une caisse-maladie reconnue au sens de l'art. 68 LAMal ;
- Les risques assurés sont *la maladie, les accidents, le décès et l'invalidité*. A ces éventualités expressément mentionnées à l'art. 331 al. 2 CO, il faut selon nous rajouter également la *maternité*, dès lors qu'il est aujourd'hui définitivement

⁶⁵ Cf. art. 828 al. 1 CO.

⁶⁶ Art. 829 CO.

⁶⁷ Cf. GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER, N 17 ad art. 48 LPP.

⁶⁸ Sur ces deux notions, cf. MOOR, pp. 67 ss, pp. 84 s. et p. 88.

⁶⁹ GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER, N 18 s. ad art. 48 LPP, p. 711.

⁷⁰ Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance, RS 221.229.1.

⁷¹ Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie, RS 832.10.

⁷² Sur cette notion et sur sa distinction d'avec l'assurance au profit d'autrui, cf. BRULHART, N 520 ss, pp. 236 ss et N 517 ss, pp. 235 s.

vement admis, sous l'angle du droit du travail également, qu'il s'agit d'un risque distinct de la maladie⁷³ ;

- Le travailleur doit bénéficier d'un *droit d'action directe* contre l'assureur. Ce droit doit être prévu par la loi ou les conditions générales d'assurance. Actuellement, l'art. 87 LCA prévoit expressément un droit d'action directe dans le cadre de l'assurance collective privée contre les accidents ou la maladie⁷⁴.

2. Le versement des contributions paritaires (al. 3, 1^{re} phrase)

- 19 **Liberté dans l'organisation du financement** – Dans le cadre de la prévoyance subobligatoire, l'employeur est en principe libre de choisir dans quelle quotité il participe au financement du plan de prévoyance. Il n'est ainsi pas obligatoire que les ressources du travailleur soient mises à contribution. Lorsqu'il est prévu que les travailleurs cotisent pour financer la prévoyance étendue, l'employeur a alors l'obligation de verser des contributions au moins égales à la somme des cotisations de tous les travailleurs⁷⁵. Bien que le texte de la loi puisse laisser croire le contraire, cette obligation vaut quel que soit le mode de prévoyance choisi par l'employeur (prévoyance au sens de l'art. 331 al. 1 CO ou assurance au sens de l'art. 331 al. 2)⁷⁶. Elle ne s'applique en revanche pas si l'institution de prévoyance est une institution de droit public⁷⁷.
- 20 **Retenues sur les salaires** – Tout comme la part de l'employé des cotisations au premier pilier, les cotisations prévisionnelles dues par les salariés sont retenues sur les salaires et reversées par l'employeur à l'institution de prévoyance.
- 21 **Exigibilité des cotisations** – Conformément à la troisième phrase de l'art. 331 al. 3 CO, l'employeur doit transférer à l'institution de prévoyance l'intégralité des cotisations (part employeur et part employé) *au plus tard* à la fin du premier mois suivant l'année civile ou l'année d'assurance pour lesquelles les cotisations sont dues. Ce délai est impératif, l'employeur qui ne s'y conforme pas s'exposant à des sanctions pénales⁷⁸.

22

⁷³ Cf. art. 324a al. 1 et 3 CO, ainsi que le commentaire de cette disposition dans le présent ouvrage.

⁷⁴ Cf. BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 5 ad art. 331 CO, p. 190. La LCA révisée prévoit une disposition similaire à l'art. 10 al. 2 (FF 2011 7199, 7201). Cf. également le Message 2011 (LCA).

⁷⁵ Sur l'importance pratique de cette question, cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 9 ad art. 331 CO, p. 767.

⁷⁶ Cf. BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N. 6 ad art. 331 CO, p. 190.

⁷⁷ Art. 342 al. 1 let. a CO. ATF 128 II 13, c. 3c/aa = SJ 2002 I 74.

⁷⁸ Cf. art. 76 par. 3 LPP. Cf. également, FF 2000 2495, 2562.

Participation aux excédents – Le principe de la parité des cotisations posé à l’art. 331 al. 3 CO commande que l’employeur rétrocède aux salariés, en proportion des cotisations versées, les éventuels excédents reversés par l’institution de prévoyance.

3. Le financement au moyen de fonds propres (al. 3, 2^e phrase)

La règle – En principe, l’employeur a l’obligation de financer la part de cotisation qui lui échoit (part employeur) au moyen de ses revenus propres. Il est exclu de financer les cotisations en les prélevant sur les fonds libres de l’institution de prévoyance, autrement dit sur les avoirs qui ne sont pas destinés à servir aux assurés et aux autres bénéficiaires les prestations réglementaires⁷⁹. Ces fonds proviennent notamment de bénéfices réalisés par l’institution de prévoyance et doivent profiter aux travailleurs dans la même mesure que les cotisations versées⁸⁰. 23

L’exception – Exceptionnellement, l’employeur peut financer sa part de cotisations en prélevant dans les réserves de cotisations de l’institution de prévoyance. Il ne peut toutefois le faire que s’il a préalablement constitué ces réserves, et si elles ont été comptabilisées séparément dans la comptabilité de l’institution de prévoyance⁸¹. En réalité, cette exception n’en est pas vraiment une, dès lors que les réserves de cotisation ont précisément été constituées par les fonds propres de l’employeur⁸². 24

4. L’information

Plan – L’art. 331 CO impose à l’employeur d’informer ses salariés de manière exhaustive (a) et de collaborer avec la Centrale du 2^e pilier (b). 25

a. L’information du travailleur (al. 4)

Exhaustivité et spontanéité – Comme l’institution de prévoyance dans le régime de la prévoyance obligatoire⁸³, l’employeur a l’obligation de renseigner 26

⁷⁹ ATF 128 II 24, c. 3. Cf. également, BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 7 ad art. 331 CO, p. 191 ; SUBILIA/DUC, N 8 ad art. 331 CO, p. 437.

⁸⁰ ATF 128 II 24, c. 4.

⁸¹ Pour plus de détails, cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 331 CO, pp. 763 s.

⁸² Sur le sort des réserves en cas de fermeture de l’entreprise et de résiliation de la convention d’affiliation à l’institution de prévoyance, cf. SUBILIA/DUC, N 9 s. ad art. 331 CO, pp. 437 s.

⁸³ Cf. art. 86b et 49 al. 2 ch. 26 LPP, ainsi que 8 al. 2 LFLP.

ses employés de manière exhaustive sur leurs droits à l'égard de l'institution de prévoyance professionnelle ou d'un assureur⁸⁴. Cette obligation concerne naturellement déjà l'existence d'un rapport de prévoyance étendue ou d'une police d'assurance, mais également toutes les modalités du régime choisi. Le devoir de l'employeur dans le contexte de l'art. 331 al. 4 CO est à notre avis de la même ampleur que celui qui incombe à l'institution de prévoyance⁸⁵. L'employeur devrait ainsi dans tous les cas remettre à ses employés, spontanément déjà et sur demande évidemment⁸⁶, un exemplaire du règlement de prévoyance ou de la police d'assurance et des conditions générales auxquelles elle est soumise. Le devoir d'information porte également sur les prestations auxquelles le travailleur est en droit de s'attendre dans l'hypothèse où une éventualité assurée surviendrait.

- 27 **Fin des rapports de travail** – A la fin des rapports de travail, l'employeur a l'obligation d'informer spontanément l'employé dont le contrat de travail est résilié des démarches qu'il doit accomplir pour ne pas prétériter ses droits⁸⁷. Si la prévoyance consiste en une police d'assurance collective qui prévoit la possibilité de passer dans l'assurance individuelle après la fin des rapports de travail, l'employé doit être renseigné sur les formalités à accomplir et les délais à respecter. Si leurs droits sont prétérités en raison d'un manque d'information de l'employeur, ils peuvent agir contre lui en responsabilité civile, sur la base de l'art. 97 CO, pour autant que les conditions soient remplies, en particulier celle du préjudice. La violation par l'employeur de son devoir d'information n'est en revanche pas imputable à l'institution de prévoyance⁸⁸.
- 28 **Droit direct contre l'institution de prévoyance.** – Les employés ont un droit à obtenir directement toutes les informations utiles de l'institution de prévoyance⁸⁹.

b. L'information de la Centrale du 2^e pilier (al. 5)

- 29 **Généralités** – La Centrale du 2^e pilier est l'organisme de liaison entre les institutions de prévoyance, les institutions qui gèrent des comptes ou polices de libre passage et les assurés⁹⁰. Elle a été créée à l'occasion d'une révision de la

⁸⁴ L'art. 331 al. 4 CO ne fonde en revanche aucune obligation d'informer à charge de l'institution de prévoyance, cf. PÄRLI, N 3 ad art. 86b LPP, p. 138.

⁸⁵ A ce sujet, cf. PÄRLI, N 5 ad art. 86b LPP, p. 1382.

⁸⁶ Dans le même sens, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 ad art. 311 CO, p. 768.

⁸⁷ Cf. BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 8 ad art. 331 CO, p. 192.

⁸⁸ TF 9C_710/2007 du 28 novembre 2008, c. 5.1.

⁸⁹ Pour les institutions de prévoyance organisées en fondations, cela découle de l'art. 89^{bis} al. 2 CC, pour les autres de l'art. 24 LFLP.

⁹⁰ Art. 24d al. 1 LFLP.

LFLP entrée en vigueur au 1^{er} mai 1999⁹¹. Son rôle est d'enregistrer les avoirs dits en déshérence, c'est-à-dire qui n'ont pas été réclamés, et de tenter d'en retrouver les ayants droit, en collaboration avec les caisses de compensation⁹².

Une collaboration sur demande – L'art. 331 al. 5 CO impose à l'employeur de collaborer avec la Centrale en lui livrant, sur demande, toutes les informations nécessaires pour retrouver les ayants droit d'avoirs oubliés. Contrairement aux institutions de prévoyance⁹³, l'employeur n'a pas le devoir de faire cette annonce spontanément. Dans la mesure où il s'agit d'une obligation envers un tiers, elle ne peut être modifiée par contrat de travail, ni par convention collective⁹⁴. Elle fait cependant bel et bien partie des obligations contractuelles assumées par l'employeur, dont la violation fonde, en cas de dommage, une action en responsabilité telle que prévue par l'art. 97 CO.

30

III. Procédure

Généralités – Le législateur a voulu, au moment de la création du régime obligatoire de prévoyance professionnelle, prévoir une voie de droit unique pour tous les litiges relevant de la prévoyance professionnelle⁹⁵. Compte tenu de cet objectif, l'art. 73 LPP s'applique indifféremment aux litiges relevant de la prévoyance obligatoire et aux litiges relevant de la prévoyance subobligatoire⁹⁶. Systématiquement, cette disposition ne s'applique toutefois que dans la mesure où le litige concerne une affaire de prévoyance professionnelle au sens de la LPP, c'est-à-dire où les éventualités assurées sont la vieillesse, l'invalidité et le décès⁹⁷, ou, dans l'hypothèse où d'autres risques sont assurés, si l'institution de prévoyance est enregistrée auprès de l'autorité de surveillance. Si, dans un cas d'espèce, l'éventualité assurée ne fait pas partie des risques tombant dans le champ d'application de la LPP et si l'institution de prévoyance n'est pas enregistrée⁹⁸, l'art. 73 LPP ne s'applique pas⁹⁹.

31

⁹¹ Ch. I de la modification de la LFLP du 18 décembre 1998, en vigueur depuis le 1^{er} mai 1999, RO 1999 1384, FF 1998 4873.

⁹² Cf. art. 24d al. 2 et 3 LFLP.

⁹³ Cf. art. 24b LFLP.

⁹⁴ Cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 14 ad art. 331 CO, p. 772.

⁹⁵ Cf. Message 1976 (AVS), pp. 181 s. Sur l'ajout des institutions de libre passage et du pilier 3a, cf. Message 2000 (LPP), pp. 2540 s.

⁹⁶ Cf. ATF 112 V 356, c. 3. Cf. également SUBILIA/DUC, N 13 ad art. 331 CO, p. 438.

⁹⁷ Cf. art. 89^{bis} al. 6 ch. 19 CC.

⁹⁸ Il s'agit donc d'une institution de prévoyance qui ne pratique que la prévoyance étendue, cf. N 6.

⁹⁹ Cf. MEYER/UTTINGER, N 3 s. ad art. 73 LPP, pp. 1182 s. Cf. également, RIEMER, pp. 121 s.

- 32 **For** – En application de l’art. 73 LPP, le demandeur peut agir, au choix, au siège ou domicile suisse du défendeur ou au lieu de l’exploitation dans laquelle l’assuré a été engagé¹⁰⁰. La compétence *ratione loci* est, sinon, déterminée par les règles générales du Code de procédure civile¹⁰¹.
- 33 **Compétence *ratione materiae*** – L’art. 73 LPP ne s’applique qu’aux états de fait concernant une question relevant du droit de la prévoyance professionnelle. Il s’agira principalement de litiges opposant les institutions de prévoyance aux employeurs affiliés ou aux travailleurs ayants droit. Les litiges survenant entre l’employeur et le travailleur au sujet de questions spécifiques à la prévoyance professionnelle¹⁰² sont également réglés selon les modalités de l’art. 73 LPP¹⁰³.
- 34 **Particularités de la procédure** – En application de l’art. 73 al. 2 LPP, la procédure doit être simple et rapide, ce qui signifie que le tribunal doit traiter l’affaire avec célérité et sans en compliquer l’instruction plus que de besoin¹⁰⁴. La procédure est gratuite, sauf pour le plaideur téméraire, conformément aux principes généraux applicables en droit des assurances sociales¹⁰⁵. Le juge doit établir les faits et appliquer le droit d’office. Il examine les preuves librement¹⁰⁶.

¹⁰⁰ Art. 73 al. 3 LPP.

¹⁰¹ Il s’agira en règle générale du domicile ou du siège du défendeur (art. 31 CPC). Il arrive parfois que les conditions générales d’assurance prévoient un for alternatif au domicile de l’assuré.

¹⁰² Par exemple, le travailleur qui estime que son employeur aurait dû annoncer à l’institution de prévoyance un salaire plus élevé et payer des cotisations en fonction peut agir devant le tribunal de l’art. 73 LPP (TF B_4/99 du 6 décembre 1999). Cf. également ATF 129 V 320 (violation par l’employeur de l’obligation de déduire du salaire les cotisations LPP) et ATF 120 V 26, c. 2 (versement des cotisations par l’employeur à l’institution de prévoyance). En revanche, lorsque le litige entre le travailleur et l’employeur vise à faire condamner ce dernier au paiement de la différence entre les prestations servies par sa caisse de pension et le montant minimum prévu par la convention collective, au motif que celui-ci n’a pas assuré son employé conformément aux exigences de cette convention, il s’agit d’une prétention en responsabilité fondée sur l’art. 97 CO et non d’une prétention spécifique à la prévoyance professionnelle au sens de l’art. 73 LPP (ATF 1201 V 26, c. 3).

¹⁰³ Pour plus de détails sur la compétence *ratione materiae*, cf. MEYER/UTTINGER, N 23 ss ad art. 73 LPP, pp. 1187 ss.

¹⁰⁴ Pour des exemples, cf. ATF 129 V 27 ; ATF 120 V 413 ; ATF 114 V 203.

¹⁰⁵ ATF 118 V 316, c. 3c. Cf. également l’art. 61 let. a LPGA.

¹⁰⁶ Pour plus de détails sur ces questions, cf. MEYER/UTTINGER, N 94 ss ad art. 73 LPP, pp. 1208 ss.

Art. 331a

II. Début et fin de la prévoyance	¹ La prévoyance commence le jour où débute le rapport de travail ; elle prend fin le jour où le travailleur quitte l'institution de prévoyance. ² Le travailleur bénéficie toutefois d'une protection de prévoyance contre le risque du décès ou de l'invalidité jusqu'à la conclusion d'un nouveau rapport de prévoyance, mais au maximum pendant un mois. ³ L'institution de prévoyance peut exiger de l'assuré des cotisations de risque pour la prévoyance maintenue après la fin du rapport de prévoyance.
II. Beginn und Ende des Vorsorgeschutzes	¹ Der Vorsorgeschutz beginnt mit dem Tag, an dem das Arbeitsverhältnis anfängt, und endet an dem Tag, an welchem der Arbeitnehmer die Vorsorgeeinrichtung verlässt. ² Der Arbeitnehmer geniesst jedoch einen Vorsorgeschutz gegen Tod und Invalidität, bis er in ein neues Vorsorgeverhältnis eingetreten ist, längstens aber während eines Monats. ³ Für den nach Beendigung des Vorsorgeverhältnisses gewährten Vorsorgeschutz kann die Vorsorgeeinrichtung vom Arbeitnehmer Risikobeiträge verlangen.
II. Inizio e fine della previdenza	¹ La previdenza inizia il giorno in cui comincia il rapporto di lavoro e termina il giorno in cui il lavoratore lascia l'istituzione di previdenza. ² Il lavoratore, tuttavia, beneficia della protezione di previdenza contro il rischio morte e invalidità fino alla conclusione di un nuovo rapporto di previdenza, ma al massimo durante un mese. ³ L'istituzione di previdenza può esigere dall'assicurato contributi di rischio per la previdenza mantenuta dopo la fine del rapporto di previdenza.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	484
II. Le début de la prévoyance (al. 1, 1 ^{re} phrase)	4	484
III. La fin de la prévoyance (al. 1, 2 ^e phrase)	6	485
IV. Le maintien de la prévoyance (al. 2 et 3)	9	487
V. Le sort de la prestation libre passage	13	488

Bibliographie spécifique

BRECHBÜHL JÜRIG, Commentaire de l'article 10 LPP, in: SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER (édit.), Commentaire LPP et LFLP, Berne 2010 ; STAUFFER HANS-ÜLRICH, Berufliche Vorsorge, Zurich/Bâle/Genève 2005.

I. Généralités

- ¹ **Renvoi** – Le lecteur est renvoyé au commentaire de l’art. 331 CO s’agissant des remarques générales, en particulier sur le champ d’application de l’art. 331a CO¹.
- ² **Règle similaire à celle de la prévoyance obligatoire** – La réglementation du début et de la fin des rapports de travail est similaire à celle qui prévaut en matière de prévoyance professionnelle obligatoire. L’art. 10 al. 1 LPP prévoit en effet que l’assurance obligatoire débute en même temps que les rapports de travail, l’art. 10 al. 2 LPP mentionnant les quatre états de fait qui impliquent, pour le travailleur, de quitter l’institution de prévoyance, mettant un terme à cette couverture. Compte tenu de la similitude des bases légales et de la volonté du législateur d’harmoniser la prévoyance obligatoire et la prévoyance étendue², la jurisprudence rendue en application de l’art. 10 LPP s’applique à l’art. 331a CO.
- ³ **Notion de prévoyance** – Par prévoyance au sens de l’art. 331a al. 1 CO, il faut entendre la couverture d’assurance donnant droit à l’intégralité des prestations prévues par le règlement de prévoyance³.

II. Le début de la prévoyance (al. 1, 1^{re} phrase)

- ⁴ **Coïncidence avec la prise d’emploi** – La prévoyance professionnelle étant, comme son nom l’indique, réservée aux travailleurs au sens large, c’est-à-dire aux personnes professionnellement actives⁴, la durée du rapport de prévoyance se calque naturellement sur celle du rapport de travail. Dans la prévoyance obligatoire, l’art. 10 al. 1 LPP, dont la teneur est similaire à celle de l’art. 331a al. 1 CO, prévoit que la couverture d’assurance débute en même temps que les rapports de travail. Il faut comprendre par là non pas la date du début de la relation contractuelle, mais le jour où, concrètement, le travailleur se rend pour la première fois sur son lieu de travail⁵, ou, cas échéant, aurait dû s’y rendre pour la première fois⁶. La prévoyance subobligatoire relevant du domaine contractuel, les parties seraient, selon certains auteurs⁷, libres de prévoir un autre moment. Compte

¹ Cf. dans le présent ouvrage, N 1 ss ad art. 331 CO.

² Cf. dans le présent ouvrage, N 2 ad art. 331 CO.

³ Cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 331a CO, p. 773.

⁴ Les indépendants ont la possibilité de s’affilier dans le cadre de la prévoyance facultative (art. 4 LPP et 28 ss OPP2).

⁵ Art. 6 OPP2.

⁶ FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.1 ad art. 331a CO, p. 210.

⁷ Cf. notamment BRECHBÜHL, N 10 ad art. 10 LPP, pp. 226 s. Cet auteur se réfère à un arrêt du TF 9C_359/2008 du 19 décembre 2008, c. 3.2.1.

tenu de la nature relativement impérative de l'art. 331a al. 1 CO⁸, les parties n'ont en réalité que la possibilité d'anticiper le début de la couverture de prévoyance surobligatoire. Ainsi, l'art. 331a al. 1 CO doit être compris dans ce sens que la prévoyance commence *au plus tard* le jour où le travailleur prend ou aurait dû prendre son poste. Si le contrat de prévoyance entre l'institution de prévoyance et le travailleur assuré est conclu après la prise d'emploi⁹, il déploie en conséquence ses effets rétroactivement, ce qui assure d'ailleurs l'harmonie de la prévoyance obligatoire et de la prévoyance étendue, conformément au vœu du législateur¹⁰.

Premier jour de travail convenu – Contrairement à ce qui prévaut en matière d'assurance-accidents, le rapport d'assurance prend effet à la date convenue pour le début du travail, indépendamment de savoir si le travailleur a ou non déjà quitté son domicile pour s'y rendre. La notion d'accident de trajet n'est ainsi pas utilisée en matière de prévoyance professionnelle¹¹. La maladie ou l'accident qui empêche, le jour même, le travailleur de prendre son poste ne fait pas obstacle à la naissance du rapport de prévoyance et donnera droit aux prestations d'assurance si les autres conditions sont remplies¹². Si la maladie s'est déclarée ou si l'accident s'est produit la veille, les prestations seront en revanche refusées à juste titre – sauf convention contraire – au motif que le risque s'est réalisé avant l'avènement de la couverture d'assurance.

III. La fin de la prévoyance (al. 1, 2^e phrase)

En même temps que la fin des rapports de travail – Le rapport de prévoyance prend fin le jour où le travailleur quitte l'institution de prévoyance, en d'autres termes à la date de la fin du contrat de travail¹³. Il n'est pas nécessaire de résilier le contrat de prévoyance¹⁴. Peu importe ici que le travailleur ait effectivement fourni la prestation de travail jusqu'à la fin des rapports contractuels¹⁵. En d'autres termes, c'est ici la fin juridique des rapports de travail qui est déterminante, et non le fait que l'employé ait effectivement cessé ses activités pour le

⁸ Cf. art. 362 al. 1 CO.

⁹ Sur la conclusion du contrat entre l'institution de prévoyance et le travailleur, cf. dans le présent ouvrage, N 5 ad art. 331 CO.

¹⁰ Du même avis, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 331a CO, pp. 773 s.; cf. également BRECHBÜHL, N 10 ad art. 10 LPP, p. 226 et l'analyse en note 44.

¹¹ A l'exception des cas – rares – dans lesquels le travailleur doit prendre son poste peu après minuit et quitte donc son domicile la veille de sa prise d'emploi, cf. STAUFFER, N 523, p. 200.

¹² Cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 331a CO, p. 774.

¹³ Art. 10 al. 2 LPP. Cf. également TF B.111/05 du 17 octobre 2006, c. 5.2.

¹⁴ Cf. STAUFFER, N 533, p. 204.

¹⁵ Cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 331a CO, p. 774 s.; STAUFFER, N 534, p. 204. ATF 121 V 277, c. 2b.

compte de l'employeur¹⁶. Ainsi, le travailleur libéré de l'obligation de travailler, ou celui qui prend, avant de quitter son employeur, un solde de vacances auquel il a droit, demeure affilié à l'institution de prévoyance ou bénéficiaire de la police d'assurance collective, et ce jusqu'à la date pour laquelle le contrat de travail a été résilié. Par ailleurs, lorsque le contrat de travail prend fin à une date ultérieure à celle prévue initialement, en particulier si le délai de congé est suspendu en raison d'une période d'incapacité de travail¹⁷, le rapport de prévoyance est lui aussi prolongé¹⁸.

- 7 **Licenciement injustifié** – L'échéance du contrat de travail est aussi déterminante en cas de licenciement avec effet immédiat, même si ce licenciement s'avère injustifié¹⁹. Comme d'autres²⁰, nous pensons que le caractère irrévocable du congé, même injustifié, s'il est compréhensible sous l'angle du pur droit du travail, peut, en ce qui concerne la prévoyance professionnelle, conduire à des résultats dommageables. Le travailleur qui ne retrouve pas immédiatement d'emploi à la suite d'un tel licenciement ne pourra pas assurer une durée complète de cotisations au deuxième pilier, avec les conséquences que cela suppose sur son droit aux prestations. Si le licenciement immédiat s'avère injustifié, cette solution est injuste. Il en va de même si, en raison d'un défaut de couverture pour les risques décès ou invalidité, l'assuré ou ses ayants droit doivent se contenter de prestations moins élevées. Le risque est toutefois moins grand si le travailleur s'inscrit rapidement à l'assurance-chômage²¹. Les tribunaux n'ont, à ce jour, pas tranché la question de savoir si le dommage subi peut être réclamé à l'employeur par le biais de l'action en responsabilité²².
- 8 **Abandon de poste** – En cas d'abandon de poste au sens de l'art. 337d CO, le rapport de prévoyance prend fin à la date à laquelle on peut considérer que le travailleur a refusé intentionnellement et définitivement la poursuite des rapports de travail²³.

¹⁶ Cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 331a CO, pp. 774 s.

¹⁷ Cf. art. 336c al. 2 CO.

¹⁸ ATF 115 V 27, c. 5.

¹⁹ Pour une présentation très détaillée de cette problématique, cf. STAUFFER, N 539 ss, pp. 205 ss. Cf. également BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N. 1 ad art. 331a CO, p. 193.

²⁰ Pour un exposé de la discussion, cf. STAUFFER, N 542 ss, pp. 207 s. et BRECHBÜHL, N 18 ad art. 10 LPP, pp. 230 s.

²¹ Cf. *infra* N 9. Les chômeurs sont assurés nonobstant une éventuelle suspension des prestations de l'assurance-chômage (cf. art. 2 al. 2 de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle des chômeurs).

²² Cf. STAUFFER, N 546, p. 209.

²³ ATF 121 V 277, c. 3 et 4.

IV. Le maintien de la prévoyance (al. 2 et 3)

Prolongation de la couverture en cas de décès ou invalidité – A l'issue des rapports de travail, la protection *contre les risques décès ou invalidité* est maintenue jusqu'à la conclusion d'un nouveau rapport de prévoyance, mais au maximum pendant un mois²⁴. Une réglementation identique existe pour la prévoyance obligatoire²⁵. L'art. 331a al. 2 CO étant relativement impératif, une prolongation d'un mois est un minimum auquel il ne peut être dérogré ni par contrat de travail, ni par convention collective²⁶. Il n'est partant pas possible de convenir que pendant le mois qui suit la fin des rapports de travail, la prévoyance professionnelle est limitée au régime de la prévoyance obligatoire pour la couverture des risques décès et invalidité²⁷. Le contrat de travail ou une convention collective peuvent en revanche prévoir un délai plus long.

Fin de la couverture avant l'échéance d'un mois – La couverture des risques décès ou invalidité prend fin, avant l'échéance d'un mois prévue par l'art. 331a al. 2 CO, si un nouveau rapport de prévoyance est noué *couvrant ces deux éventualités*. C'est le cas si le travailleur conclut un nouveau contrat de travail et commence effectivement à travailler pour son nouvel employeur²⁸. Dans cette hypothèse, il faut préciser la situation du travailleur dont les nouvelles conditions de prévoyance sont moins avantageuses que les précédentes, notamment parce qu'elles seraient limitées à la prévoyance obligatoire. Dans un tel cas, se pose la question de savoir si l'on peut admettre qu'un « nouveau rapport de prévoyance » au sens de l'art. 331a al. 2 CO a été noué. Si, en matière de prévoyance obligatoire, la double assurance n'est – logiquement – pas possible²⁹, elle l'est en revanche dans le cadre de la prévoyance surobligatoire, le Tribunal fédéral ayant jugé que ni la Constitution, ni la loi ne s'opposaient à ce qu'une double assurance ne soit prévue³⁰. Cette analyse est confortée à la lecture de l'ATF 125 V 171, le Tribunal fédéral y précisant que la prolongation d'un mois de la couverture des risques invalidité et décès visait à empêcher une lacune d'assurance non seulement sur le plan temporel, mais aussi matériel³¹. Nous sommes d'avis que l'impératif de protection de l'assuré, qui justifie la présence même dans la loi de l'art. 331a al. 2 CO, l'emporte ici sur l'objectif d'harmonisation du droit de la

²⁴ Art. 331a al. 2 CO.

²⁵ Art. 10 al. 3 LPP.

²⁶ Cf. BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 331a CO, p. 194.

²⁷ Cf. ATF 125 V 171, c. 5d/aa. Cf. également STAUFFER, N 572, p. 216.

²⁸ Cf. *supra* N 4 s.

²⁹ ATF 120 V 15, c. 4.

³⁰ TF 9C_359/2008 du 19 décembre 2008, c. 6.3. Le Tribunal fédéral avait au préalable laissé la question ouverte à l'ATF 120 V 15, c. 4b.

³¹ ATF 125 V 171, c. 5.

prévoyance professionnelle, mis en avant par les auteurs qui valaient exclure la possibilité d'une double assurance³².

- 11 **Prévoyance des chômeurs** – Cette solution se justifie également si l'on considère la situation des personnes qui s'inscrivent à l'assurance-chômage. Pour autant qu'elles remplissent les conditions de l'art. 1 de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle des chômeurs³³, elles sont soumises à un régime propre pour la prévoyance professionnelle obligatoire, qui rompt le rapport de prévoyance minimale avec l'institution de l'ancien employeur³⁴. Il s'agit d'un régime de couverture minimale pour les risques décès et invalidité, qui n'est pas comparable à un rapport de prévoyance surobligatoire. Là encore, sous l'angle de la protection d'assurés par ailleurs déjà en situation économique délicate, il se justifie de conserver le rapport de prévoyance étendue auprès de l'ancienne institution de prévoyance pendant les 30 jours prévus par la loi.
- 12 **Financement** – L'institution de prévoyance est fondée à réclamer au travailleur le versement de cotisations pour financer le maintien de la couverture des risques décès et invalidité après la fin des rapports de travail³⁵. Il s'agit alors d'une assurance de risque pur, sans composante d'épargne, et la prime doit être calculée en fonction³⁶. Les principes du calcul doivent à notre sens être décrits dans le règlement de prévoyance³⁷. Il n'y a, à ce stade, plus d'obligation pour l'employeur de verser des contributions paritaires.

V. Le sort de la prestation libre passage

- 13 **La règle : pas de libre disposition** – Comme dans la prévoyance obligatoire, le travailleur ne peut disposer librement de l'avoir accumulé au titre de la prévoyance étendue. Conformément aux art. 4 LFLP et 10 ss OLP, la prévoyance est maintenue sous la forme d'une *police de libre passage* conclue auprès d'un établissement d'assurance soumis à surveillance ou d'une institution d'assurance de droit public, ou d'un *compte de libre passage* conclu avec une fondation bancaire de libre passage³⁸. Le choix entre ces deux formes revient à l'assuré. A

³² Cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 ad art. 331a CO, p. 776 qui mentionnent l'opinion contraire soutenue dans la précédente édition de leur ouvrage.

³³ RS 837.174.

³⁴ A l'issue du délai d'attente, la nouvelle couverture ne déployant ses effets qu'à partir de ce moment-là (art. 2 al. 1 de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle des chômeurs).

³⁵ Art. 331a al. 3 CO. Cf. également BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 331a CO, p. 194.

³⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 331a CO, p. 776.

³⁷ Dans le même sens, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 331a CO, p. 776.

³⁸ Cf. BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 331a CO, p. 194.

défaut d'instructions de sa part, la prestation de sortie doit être confiée à l'institution supplétive³⁹.

Les exceptions – Le retrait en espèce de la prestation de libre passage n'est possible que dans les trois hypothèses prévues par l'art. 5 al. 1 LFLP⁴⁰, en particulier si le travailleur quitte la Suisse. Dans le cadre de la prévoyance surobligatoire, c'est le cas même s'il prend domicile dans un pays de l'UE/AELE dès lors que les accords helvético-européens en matière de sécurité sociale⁴¹ ne s'appliquent qu'à la prévoyance obligatoire⁴². 14

³⁹ Cf. art. 4 al. 2 et 3 LFLP.

⁴⁰ Départ de Suisse, accès à l'indépendance et montant de la prestation de sortie inférieur au montant annuel des cotisations de l'assuré.

⁴¹ Soit l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP, RS 0.142.112.681) et les Règlements européens n° 883/2004 (RS 0.831.109.268.1) et n° 987/2009 (RS 0.831.109.268.11).

Cf. dans le présent ouvrage, N 11 ad art. 331 CO.

⁴² Cf. dans le présent ouvrage, N 11 ad art. 331 CO.

Art. 331b

III. Cession et mise en gage	La créance en prestations de prévoyance futures ne peut être valablement ni cédée ni mise en gage avant d'être exigible.
III. Abtretung und Verpfändung	Die Forderung auf künftige Vorsorgeleistungen kann vor der Fälligkeit gültig weder abgetreten noch verpfändet werden.
III. Cessione e costituzione in pegno	Il credito in prestazioni di previdenza future non può validamente essere ceduto né costituito in pegno prima di essere esigibile.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités		490
II. Les actes interdits		491
1. La cession		491
2. La mise en gage		491
3. La compensation		492
4. La saisie		492
III. L'exigibilité des prestations de prévoyance		493

Bibliographie spécifique

EMMEL FRANK, Commentaire des articles 331-331f CO, in : AMSTUTZ et al. (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zurich 2007 ; PÉTREMAND SYLVIE, Commentaire de l'article 39 LPP, in : SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER (édit.), Commentaire LPP et LFLP, Berne ; PROBST THOMAS, CR, ad art. 164 ss CO, Bâle 2003 ; STAUFFER HANS-ULRICH, Berufliche Vorsorge, Zurich/Bâle/Genève 2005.

I. Généralités

- ¹ **Objet et but** – L'art. 331b CO fait partie du dispositif législatif visant à assurer le maintien de la prévoyance. Il a été question plus haut des limitations faites au retrait en espèces de la prestation de sortie, en particulier lorsque le travailleur quitte une institution de prévoyance¹. L'interdiction de la cession et de la mise en gage de créances de prévoyance futures, posée à l'art. 331b CO, complète la réglementation empêchant le travailleur de disposer de son avoir de prévoyance dans d'autres buts. Le régime de la prévoyance obligatoire contient une disposition identique². L'interdiction posée à l'art. 331b CO vaut aussi bien pour les prestations d'une institution de prévoyance que pour les prestations prévues par une police d'assurance au sens de l'art. 331 al. 2 CO³.

¹ Cf. dans le présent ouvrage, N 10 ad art. 331a CO.

² Art. 39 al. 1, 1^{re} phrase LPP.

³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 331b CO, p. 778.

Nature – Compte tenu de son objectif, qui est d'intérêt public, l'art. 331b CO ne peut être que de nature totalement impérative⁴. 2

Origine et évolution – L'art. 331b CO a été modifié le 1^{er} janvier 1995, lors de l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le libre passage⁵. 3

II. Les actes interdits

Plan – Sont expressément interdits par l'art. 331b CO la cession (1) et la mise en gage (2) de prestations de prévoyance qui ne sont pas encore exigibles⁶. Dans le même ordre d'idée, c'est le lieu de préciser que la compensation n'est possible que de manière limitée (3), et que les expectatives de prévoyance ne peuvent faire l'objet d'une saisie, le maintien de la prévoyance supposant également que les expectatives de l'assuré échappent à la mainmise des créanciers de ce dernier (4). 4

1. La cession

Définition – L'art. 331b CO interdit la cession d'expectatives, autrement dit de créances de l'assuré à l'encontre de l'institution de prévoyance, qui ne sont pas encore exigibles⁷. D'une manière générale, la cession de créance est régie par les art. 164 ss CO⁸. 5

2. La mise en gage

Définition – La mise en gage visée par l'art. 331b CO est la constitution d'un gage mobilier sur des créances visée par les art. 899 ss CC⁹. Par exception, le travailleur peut mettre en gage son avoir de prévoyance dans la mesure autorisée par les dispositions favorisant l'accès à la propriété du logement¹⁰. 6

⁴ Cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 ad art. 331b CO, p. 781.

⁵ RO 1994 2386 ; Message 1992 (LFLP), p. 529. Cf. également STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 1 ad art. 331b CO, p. 778.

⁶ Sur la notion d'exigibilité, cf. *infra* N 10 s.

⁷ Les expectatives sont des créances qui ne sont pas encore exécutables (cf. ATF 117 V 303, c. 2c), c'est-à-dire qui ne peuvent être effectivement réalisées (ATF 126 V 258, c. 3a, *a contrario*).

⁸ Pour plus de détails à ce sujet, cf. par exemple PROBST, ad art. 164 ss CO, pp. 874 ss.

⁹ Pour plus de détails à ce sujet, cf. par exemple BAUER, BAK 2007, ad art. 899 ss CC, pp. 2141 ss.

¹⁰ A ce sujet, cf. dans le présent ouvrage, N 10 ss ad art. 331d, e et f CO.

3. La compensation

- 7 **Dans la prévoyance obligatoire** – La compensation, au sens des articles 120 ss CO¹¹, des prestations avec des créances cédées par l'employeur à l'institution de prévoyance est expressément interdite dans le régime de la prévoyance obligatoire, à moins que ces créances ne portent sur des cotisations non déduites du salaire¹². Cette exception doit être interprétée restrictivement¹³. Une fois les prestations exigibles, la compensation ne peut être exercée que dans la mesure où le minimum vital de l'assuré n'est pas touché¹⁴.
- 8 **Dans la prévoyance étendue** – Le régime des articles 331 ss CO ne contient pas d'indication équivalente. Dans des affaires relatives à la prévoyance professionnelle surobligatoire, le Tribunal fédéral a par exemple jugé, s'agissant de la prestation de sortie, que la compensation n'était pas autorisée dès lors que l'art. 5 al. 1 LFLP¹⁵ exigeait le paiement effectif, en espèces, à l'assuré¹⁶. Il a jugé également que l'institution de prévoyance ne pouvait pas compenser une créance en dommages-intérêts à l'encontre d'un employé ayant engagé sa responsabilité à l'égard de son employeur avec sa créance en prestations futures¹⁷. D'une manière générale, une conception uniforme du droit de la prévoyance professionnelle commande que la règle de l'art. 39 al. 2 LPP soit appliquée de manière identique à la prévoyance surobligatoire¹⁸.

4. La saisie

- 9 **L'insaisissabilité des prestations non exigibles** – Conformément à l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP, les droits aux prestations de prévoyance et de libre passage non encore exigibles à l'égard d'une institution de prévoyance professionnelle ne sont pas saisissables. Cela vaut également pour les prestations de la prévoyance

¹¹ La compensation de créances réciproques est un principe général du droit, qui trouve application en droit administratif également. Les art. 120 ss CO, qui décrivent les modalités de la compensation en droit privé, sont applicables par analogie, cf. ATF 128 V 224, c. 3b = SJ 2002 I 604.

¹² Art. 39 al. 2 LPP.

¹³ ATF 128 V 224, c. 3b = SJ 2002 I 604. Pour plus de détails et des exemples concrets de cas dans lesquels la compensation a été admise ou refusée, cf. PÉTREMAND, N 20 ss ad art. 39 LPP, pp. 637 ss.

¹⁴ Cf. art. 125 ch. 2 CO.

¹⁵ Sur l'application de la LFLP dans le domaine de la prévoyance surobligatoire, cf. dans le présent ouvrage, N 6 ad art. 331 CO.

¹⁶ ATF 126 V 314. Cf. EMMEL, N 4 ad art. 331 ss CO, p. 1950.

¹⁷ ATF 111 II 164, c. 2, JdT 1985 I 562 (trad.).

¹⁸ Dans le même sens, BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 331b CO, p. 196. Cf. également STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 331b CO, pp. 779 s.

étendue¹⁹. Les avoirs déposés sur des comptes de libre passage ne peuvent pas non plus tomber sous le coup d'une saisie²⁰. Une fois qu'elles sont devenues exigibles, en revanche, les prestations de la prévoyance surobligatoire sont saisissables dans la mesure de l'art. 93 LP²¹.

III. L'exigibilité des prestations de prévoyance

L'exigibilité des prestations réglementaires – De manière générale, l'exigibilité d'une créance suppose que son paiement puisse être immédiatement réclamé, le cas échéant par voie d'action judiciaire, sans qu'il soit nécessaire d'attendre l'échéance d'un terme ou l'avènement d'une condition²². En matière de prévoyance professionnelle, les prestations prévues tant par le règlement de prévoyance que par une police d'assurance au sens de l'art. 331 al. 2 CO sont dues, et donc exigibles, dès que se réalise une éventualité assurée (principalement l'atteinte de l'âge de la retraite, l'invalidité ou le décès du travailleur)²³. Le moment précis de l'exigibilité se détermine en premier lieu par référence au règlement de prévoyance²⁴. L'exigibilité des prestations périodiques coïncide avec chaque échéance de paiement²⁵.

L'exigibilité de la prestation de sortie – La prestation de sortie n'est exigible qu'à partir du moment où l'assuré en a demandé le paiement²⁶. Cela vaut également pour l'assuré qui quitte la Suisse²⁷, dont la prestation de sortie demeure soustraite à tout séquestre tant qu'il n'en a pas demandé le versement²⁸.

¹⁹ Message 1991, p. 94.

²⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 331b CO, p. 780.

²¹ Message 1991, p. 94. Pour plus de détails, cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 331b CO, pp. 780 s ; STAUFFER, N 931 s., pp. 346 s.

²² ATF 119 III 18, c. 3c = JdT 1994 II 170 = SJ 1993 224 Cf. également PÉTREMAND, N 7 ad art. 39 LPP, p. 635.

²³ Cf. STAUFFER, N 920, p. 343. Ce moment doit être distingué de celui de l'exécution de la créance, cf. ATF 117 V 303, c. 2c. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que la rente d'invalidité du deuxième pilier n'était pas exigible tant que la décision sur le droit à une rente de l'assurance-invalidité n'avait pas été rendue, cf. ATF 126 V 258, c. 3b.

²⁴ Cf. STAUFFER, N 929, pp. 345 s.

²⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 331b CO, pp. 778 s.

²⁶ Cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 331b CO, pp. 779 s et les références citées ; STAUFFER, N 920, p. 343.

²⁷ Cf. art. 10 LPP, ATF 121 III 31, c. 2b, JdT 1997 II 106 (trad.). EMMEL, N 4 ad art. 331 ss CO, p. 1950 ; SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 331b CO, p. 445.

²⁸ ATF 119 III 18, c. 3c = JdT 1994 II 170 = SJ 1993 224.

Art. 331c

IV. Réserves pour raisons de santé **Les institutions de prévoyance peuvent faire des réserves pour raisons de santé en relation avec les risques d'invalidité et de décès. La durée de ces réserves est de cinq ans au plus.**

IV. Gesundheitliche Vorbehalte Vorsorgeeinrichtungen dürfen für die Risiken Tod und Invalidität einen Vorbehalt aus gesundheitlichen Gründen machen. Dieser darf höchstens fünf Jahre betragen.

IV. Riserve per motivi di salute Gli istituti di previdenza possono applicare riserve per motivi di salute per quanto concerne i rischi morte e invalidità. La durata di tali riserve non può superare i cinque anni.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	494
II. L'émission d'une réserve	5	496
III. La réticence	11	498

Bibliographie spécifique

BRUHLART VINCENT, Droit des assurances privées, Berne 2008 ; NEF URS CH., Commentaire bâlois, ad art. 4 LCA, Bâle 2001 ; STAUFFER HANS-ULRICH, Berufliche Vorsorge, Zurich/Bâle/Genève 2005 ; WALSER HERMANN, Commentaire de l'article 14 LFLP, in : SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER (édit.), Commentaire LPP et LFLP, Berne 2010.

I. Généralités

- ¹ **But et champ d'application** – Le régime obligatoire de la prévoyance professionnelle constituant une protection minimale à laquelle tous les travailleurs salariés ont droit (assurance sociale), les institutions de prévoyance n'ont pas la possibilité, dans ce cadre-là, de limiter la couverture d'assurance en émettant des réserves pour raison de santé¹. Cette possibilité existe uniquement dans le cadre de la prévoyance surobligatoire, qui relève, elle, de l'assurance privée. L'art. 331c CO s'applique par analogie aux polices de libre passage ainsi qu'aux assurances complémentaires couvrant les risques invalidité et décès au sens de l'art. 10 al. 3 OLP².

¹ Cf. WALSER, N 1 ad art. 14 LFLP, pp. 1539 s.

² Art. 11 OLP.

Origine et évolution – L’art. 331c CO, dans sa formulation actuelle, a été introduit à l’occasion de l’entrée en vigueur de la LFLP³. Le projet de modification du Code des obligations soumis aux Chambres par le Conseil fédéral ne prévoyait pas de telle disposition, qui a été introduite à l’occasion des débats parlementaires⁴.

Nature – La nature de l’art. 331c CO est controversée⁵. Sous l’angle du contrat de travail, c’est-à-dire de la relation employeur-travailleur, cette question est cependant sans importance dès lors que le destinataire de l’art. 331c CO n’est pas l’employeur, mais l’institution de prévoyance. Le fait que cette disposition ne figure pas parmi les dispositions énumérées aux art. 361 et 362 CO⁶ ne permet donc pas, à notre sens, de répondre à la question de savoir si les institutions de prévoyance sont autorisées à émettre des réserves pour d’autres risques que les risques décès et invalidité, ou pour une durée excédant cinq ans. Le texte de l’art. 331c CO prêtant difficilement à confusion, il est clair que lorsque les risques décès et invalidité sont assurés, des réserves sont autorisées pour une durée maximale de cinq ans. Sur ce point, la disposition peut être qualifiée d’impérative pour les institutions de prévoyance. Lorsque d’autres risques sont concernés, en particulier le risque maladie⁷, des réserves sont aussi possibles. Dans le cas d’une assurance d’indemnités journalières au sens des art. 67 ss LAMal, cette possibilité est expressément prévue par l’art. 69 LAMal, qui autorise les assureurs à exclure de l’assurance, par une clause de réserve, les maladies existant au moment de l’admission ou les maladies antérieures si, selon l’expérience, une rechute est possible. Dans ce cas également, les réserves sont limitées à cinq ans⁸. On peut en déduire que l’art. 331c CO concerne exclusivement les risques invalidité et décès⁹, et que la possibilité d’émettre des réserves dans le cadre de l’assurance d’autres risques doit être examinée à la lumière des lois topiques et, à défaut, des principes jurisprudentiels développés en application de la LCA¹⁰.

³ Au 1^{er} janvier 1995.

⁴ Cf. Message 1992 (LFLP), p. 644. Cf. également STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 1 ad art. 331c CO, p. 504.

⁵ Pour STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, l’art. 331c CO est de nature relativement impérative, N 8 ad art. 331c CO, p. 785. Pour SUBILIA/DUC, il s’agit d’une disposition impérative, N 1 ad art. 331c CO, p. 447. FAVRE/MUNOZ/TOBLER ne signalent pas cette disposition comme impérative, pas même relativement, en raison vraisemblablement de son absence des listes des art. 361 et 362 CO.

⁶ L’ATF 130 V 9 prête à confusion, le Tribunal fédéral affirmant le caractère dispositif de l’art. 331c CO en renvoyant aux art. 361 et 362 CO (c. 4.1).

⁷ Sur la prévoyance en cas de maladie, cf. dans le présent ouvrage, N 18 ad art. 331 CO.

⁸ Art. 69 al. 2 LAMal.

⁹ Cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 ad art. 331c CO, p. 785.

¹⁰ Sur l’application de la LCA dans le cadre de la prévoyance professionnelle subobligatoire, cf. dans le présent ouvrage, N 6 ad art. 331 CO.

- 4 **Droit applicable** – A défaut de dispositions réglementaires topiques, ce sont les articles 4 ss LCA qui s'appliquent¹¹.

II. L'émission d'une réserve

- 5 **La notion de réserve** – Une réserve est une clause du contrat individuel d'assurance, en l'espèce du contrat de prévoyance conclu entre l'institution de prévoyance et le travailleur, excluant de la couverture d'assurance un ou plusieurs risques déterminés, existant au moment de la conclusion du contrat¹². En raison de ses conséquences pour l'assuré, la réserve doit être formulée par écrit et circonscrire précisément le ou les risques exclus¹³. Elle doit être datée et communiquée à l'assuré au moment de son affiliation, en l'espèce au début des rapports de travail¹⁴.
- 6 **Questionnaire de santé** – L'émission d'une réserve suppose que l'état de santé du candidat à la prévoyance soit connu de l'institution, raison pour laquelle celle-ci est autorisée à l'interroger et à le soumettre à une visite médicale¹⁵. La cohérence du droit des assurances et la sécurité du droit commandent selon nous que les principes applicables en la matière dans le cadre de l'application de la LCA soient transposés dans la prévoyance professionnelle surobligatoire¹⁶. Ainsi, en particulier, les questions de l'institution de prévoyance doivent être posées par écrit¹⁷, et le candidat n'a pas à faire de déclarations spontanées¹⁸. Les questions doivent être précises et dépourvues d'équivoque, à défaut de quoi l'assureur ne pourra se prévaloir de la présomption selon laquelle sont importants pour l'évaluation du risque tous les faits au sujet desquels il a posé des questions¹⁹.

¹¹ Cf. *infra* N 11 ss. ATF 130 V 9, c. 2.1. Cf. également STAUFFER, N 342, p. 126. Ces dispositions priment, en tant que *leges speciales*, les art. 23 ss CO, cf. ATF 116 V 218.

¹² Cf. WALSER, N 5 ad art. 14 LFLP, p. 1541 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 331c CO, p. 782.

¹³ ATF 130 V 9, c. 4.4 ; TF B.110/01 du 24 novembre 2003, c. 4.3 ; TF B.124/05 du 17 novembre 2006, c. 2. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 331c CO, p. 782.

¹⁴ WALSER, N 5 ad art. 14 LFLP, p. 1541.

¹⁵ Cf. ATF 130 V 9, c. 4.2. La législation sur la protection des données ne s'y oppose pas (cf. art. 13 al. 1 et 2 let. a LPD). Sur les limites à l'obligation de renseigner, cf. NEF, N 33 ss ad art. 4 LCA, pp. 101 ss ; sous l'angle de la protection de la personnalité, cf. BRULHART, N 491 ss, pp. 223 ss.

¹⁶ Cf. NEF, N 10 ad art. 4 LCA, p. 92 ; SUBILIA/DUC, N 3 ad art. 331c CO, p. 448. Cf. également dans le présent ouvrage, N 6 ad art. 331 CO.

¹⁷ Art. 4 al. 1 LCA. BRULHART, p. 213. Pour des explications détaillées sur ce que la forme écrite signifie en l'espèce, cf. NEF, N 21 ad art. 4 LCA, pp. 96 s.

¹⁸ BRULHART, p. 212.

¹⁹ Art. 4 al. 3 LCA. Cf. BRULHART, p. 213. Pour des explications détaillées et une casuistique, cf. NEF, N 49 ss ad art. 4 LCA, pp. 107 ss.

Moment de l'émission de la réserve – Dans la mesure où les réserves permettent de déterminer le contenu du contrat, elles ne peuvent être formulées que dans la phase d'admission, c'est-à-dire au plus tard au moment de l'entrée dans l'institution de prévoyance, soit au début des rapports de travail²⁰. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, lorsque l'institution de prévoyance découvre, après l'admission de l'assuré, des faits qui auraient dû être déclarés, le seul correctif juridique à sa disposition est l'invocation d'une réticence²¹. L'institution de prévoyance conserve à notre sens la possibilité de prévoir, dans son règlement, une affiliation provisoire, le temps de procéder aux vérifications nécessaires²².

Procédure – Dans le cadre de la prévoyance professionnelle, la situation a ceci de particulier que le travailleur n'a pas la possibilité, si l'institution de prévoyance de son employeur entend émettre une réserve, de chercher ailleurs un autre assureur offrant des conditions plus favorables. Il doit donc pouvoir contester la réserve, qu'il s'agisse de son principe ou de son étendue, par le biais d'une action en justice. Il s'agit alors d'une contestation opposant l'institution de prévoyance et l'ayant droit, au sens de l'art. 73 al. 1 LPP, qui doit être introduite devant le tribunal spécialement désigné par la législation cantonale²³. S'il s'agit d'une institution de prévoyance régie par le droit public, l'émission de la réserve intervient par voie d'une décision qui doit porter indication des voies et du délai de recours.

Durée de la réserve – Lorsque les risques décès ou invalidité sont concernés, les réserves peuvent avoir une durée maximale de cinq ans²⁴. En cas de changement d'institution de prévoyance, le temps de réserve déjà écoulé dans l'ancienne institution de prévoyance doit être imputé à la nouvelle réserve²⁵. L'art. 14 al. 2 LFLP précise encore que si la nouvelle institution de prévoyance prévoit des conditions plus favorables à l'assuré, autrement dit si elle lui impose une réserve moins étendue, ce sont ces nouvelles conditions qui s'appliquent. *A contrario*, l'assuré ne peut à notre sens exiger l'imputation d'une période de réserve effectuée dans

²⁰ TF 9C_810/2011 du 4 juin 2012, c. 3.2. ATF 130 V 9, c. 5.1 ; TF B.110/01 du 24 novembre 2003, c. 4.3. Cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 331c CO, p. 504 ; STAUFFER, N 337, pp. 123 s. ; WALSER, N 10 ad art. 14 LFLP, p. 1541. Cf. également BRULHART, pp. 210 ss ; NEF, N 7 s. ad art. 4 LCA, pp. 91 s.

²¹ A ce sujet, cf. *infra* N 11 ss.

²² Sur la couverture provisoire, cf. BRULHART, N 445 s., pp. 197 s.

²³ Dans un arrêt TF B.94/05 du 6 novembre 2006, le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 73 LPP s'appliquait à un litige concernant une réserve émise dans le cadre de la prévoyance sur-obligatoire.

²⁴ La durée maximale est de trois ans dans l'assurance facultative des indépendants (art. 45 al. 1 LPP).

²⁵ Art. 14 al. 2 LFLP.

une autre institution de prévoyance que dans la mesure où cette réserve est semblable ou plus étendue que la réserve imposée par la nouvelle institution. Si cette dernière étend la réserve ou en formule une nouvelle, le temps écoulé ne compte pas²⁶.

- 10 **Effets de la réserve** – La question se pose de savoir si l'émission d'une réserve signifie l'exclusion de la couverture d'assurance pendant la durée indiquée, ou si elle justifie uniquement un refus des prestations pendant cette durée-là, le droit aux prestations renaissant à l'échéance de la réserve. Si le Tribunal fédéral a semblé, dans certains arrêts déjà anciens²⁷, pencher pour la seconde interprétation, il s'est rallié plus récemment à la première, affirmant que l'émission d'une réserve signifiait bel et bien une limitation de la couverture d'assurance²⁸. Cette interprétation de l'art. 331c CO ne vaut évidemment que dans la mesure où l'institution de prévoyance n'a pas prévu autre chose dans son règlement ou ses statuts²⁹. En pratique, les institutions de prévoyance limitent pratiquement toujours leur couverture dans la mesure de la réserve formulée, ce qui signifie que si le risque couvert par la réserve se réalise, le droit aux prestations est exclu³⁰. Le Tribunal fédéral n'a pas exclu la licéité de cette manière de faire dans le cadre de la prévoyance professionnelle subobligatoire³¹.

III. La réticence

- 11 **Notion** – Commet une réticence le travailleur qui, interrogé par écrit par l'institution de prévoyance au moment de son affiliation, répond de manière inexacte ou tait des circonstances importantes³². Cette hypothèse fait l'objet des art. 6 à 8 LCA, qui s'appliquent par analogie à la relation de prévoyance subobligatoire en l'absence de réglementation topique dans le règlement ou dans les

²⁶ Le Message 1992 (LFLP), pp. 582 s., indique en effet que l'objectif de l'art. 14 al. 2 LFLP est de maintenir la protection telle qu'elle existait au moment du changement d'institution de prévoyance.

²⁷ Cf. notamment TF B.66/02 du 18 juin 2003, cf. également note 31.

²⁸ TF 9C_104/2007 du 20 août 2007, c. 6.3.1 ; TF B.66/02 du 18 juin 2003 c. 3.2 ; ATF 127 III 235, c. 2c, JdT 2002 I 175 (trad.).

²⁹ TF B.66/02 du 18 juin 2003, c. 3.2. Cf. également BPP 74/2004, n° 432, p. 5.

³⁰ WALSER, N 4 ad art. 14 LFLP, p. 1540.

³¹ TF B.66/2002 du 18 juin 2003, c. 3.2 : « Aus Art. 331c OR folgt nicht, dass der Leistungsanspruch dauernd entfällt, wenn der Versicherungsfall während der Vorbehaltsdauer eintritt. Vielmehr wird damit die Zulässigkeit von Leistungsverweigerungen für vorbehaltene Leiden generell auf höchstens fünf Jahre beschränkt. Etwas anderes ergibt sich nach dem Gesagten auch aus den im vorliegenden Fall anwendbaren Reglementsbestimmungen nicht. »

³² Cf. BRULHART, N 472, p. 214.

statuts de l'institution de prévoyance³³. L'existence d'une réticence doit faire l'objet d'un examen *in concreto*, en fonction des questions posées par l'assureur et de la situation de l'assuré³⁴. Plus la question est vague, plus la réticence sera admise avec difficulté. Dans l'hypothèse de questions ambiguës, elles doivent être interprétées en défaveur de l'institution de prévoyance qui les a posées³⁵. Le candidat à l'affiliation doit déclarer tous les faits connus au moment où il remplit le questionnaire de santé, ou qu'il devait connaître, autrement dit auxquels il devait penser en réfléchissant sérieusement. Il doit encore s'agir d'un fait important au sens de l'art. 4 al. 2 LCA, soit un fait de nature à influencer sur la décision de l'assureur de conclure le contrat ou de le conclure aux conditions convenues. Si l'assureur a posé à ce sujet une question par écrit, le fait est réputé important³⁶. Cette présomption est toutefois réfragable³⁷.

Invocation d'une réticence – Lorsqu'un travailleur commet une réticence au moment de son affiliation, il est admis que dans le cadre de la prévoyance étendue, l'institution de prévoyance est fondée à se départir du contrat conformément à l'art. 6 LCA³⁸, à défaut de dispositions *ad hoc* dans le règlement de prévoyance³⁹. D'après le Tribunal fédéral, c'est le seul correctif juridique dont dispose l'institution de prévoyance, la formulation d'une réserve rétroactive n'étant pas possible⁴⁰, sans base réglementaire à tout le moins⁴¹.

Conditions formelles – L'invocation de la réticence par l'institution de prévoyance doit répondre aux trois conditions formelles suivantes :

a) **Délai** – L'institution de prévoyance doit déclarer résilier le contrat dans un délai de *quatre semaines* à compter du moment où elle a eu une connaissance suffisante des faits tus ou incorrectement relatés⁴². Il s'agit d'un délai de péremption⁴³ qui ne peut être interrompu et dont le respect doit être examiné d'office par

³³ TF B.103/06 du 2 juillet 2007, c. 2. Cf. également *infra* N 12.

³⁴ STAUFFER, N 343, p. 126.

³⁵ Cf. BRULHART, N 472, p. 214.

³⁶ Art. 4 al. 3 LCA.

³⁷ BRULHART, N 471, p. 213.

³⁸ ATF 130 V 9 ; ATF 119 V 283 ; ATF 116 V 218. Cf. également, SUBILIA/DUC, N 3 ad art. 331c CO, p. 448 ; STAUFFER, N 352, p. 129.

³⁹ TF B.103/06 du 2 juillet 2007, c. 2. Cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 ad art. 331c CO, p. 748.

⁴⁰ TF 9C_810/2011 du 4 juin 2012, c. 5. ATF 130 V 9, c. 4.4. Cf. également, WALSER, N 11 ad art. 14 LCA, p. 1542.

⁴¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 ad art. 337c CO, p. 748.

⁴² Art. 6 al. 2 LCA.

⁴³ Cf. art. 6 al. 2 LCA. Cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 ad art. 331c CO, p. 785 ; BRULHART, N 475, p. 216.

le juge. Il ne commence à courir que lorsque l'institution de prévoyance est suffisamment renseignée pour motiver l'invocation de la réticence. Les premiers indices d'une réticence ne suffisent pas pour faire courir le délai, car l'institution de prévoyance doit avoir le temps de procéder aux investigations nécessaires pour confirmer ou infirmer le manquement de l'assuré⁴⁴. A notre sens, cela ne vaut que dans la mesure où l'institution de prévoyance fait diligence pour éclaircir la situation. En particulier, le délai devrait courir dès qu'elle est en possession d'une procuration de son assuré lui permettant d'accéder au dossier constitué au sujet de ce dernier par l'assurance-invalidité. Imputer à l'assuré le retard pris dans le traitement du dossier, notamment en raison d'une mauvaise coordination avec le médecin-conseil, constituerait un abus de droit.

15 b) **Forme** – La réticence doit être invoquée *par écrit*⁴⁵.

16 c) **Contenu** – L'institution de prévoyance doit renseigner l'assuré *de manière circonstanciée* sur l'omission ou l'inexactitude qui lui est reprochée⁴⁶. En particulier, elle doit indiquer la question concernée ainsi que la raison pour laquelle elle considère qu'il y a été répondu faussement ou de manière incomplète⁴⁷.

17 **Conditions matérielles** – Outre les trois conditions formelles qui viennent d'être mentionnées, il faut encore que *matériellement, on soit en présence d'une réticence* au sens de ce qui a été dit ci-dessus⁴⁸. Si tel est le cas, l'institution de prévoyance est fondée à exclure l'assuré de la prévoyance étendue. Elle ne pourra cependant refuser les prestations de la prévoyance étendue par un sinistre déjà survenu que s'il existe, entre les faits passés sous silence ou insuffisamment expliqués et l'atteinte à la santé à l'origine de l'invalidité ou du décès, *un lien de connexité*⁴⁹. Si cette condition n'est pas réalisée, la caisse de pension conserve la possibilité de résilier le rapport de prévoyance étendue, mais n'en demeurera pas moins tenue de verser les prestations étendues pour le sinistre déjà survenu⁵⁰.

⁴⁴ Pour plus de détails, cf. BRULHART, N 465, p. 216. Cf. également TF 5C.50/2007 du 2 octobre 2007, c. 2 ; TF 5C.115/2006 du 18 octobre 2006, c. 2 ; ATF 119 V 283, c. 5a ; ATF 118 II 333, c. 3.

⁴⁵ Art. 6 al. 1 LCA.

⁴⁶ TF 5C.229/1993 du 18 mars 1994, cité à l'ATF 129 III 713, c. 2.1, JdT 2003 I 619 (trad.).

⁴⁷ Cette condition peut être assouplie dans certains cas particuliers, notamment lorsqu'il est possible pour l'assuré, à la lecture du courrier de l'institution de prévoyance, de déduire facilement de ses explications les reproches formulés à son égard (TF 5C.134/2006 du 21 novembre 2006, c. 2.1). Cf. également BRULHART, N 474, p. 215, qui en déduit – à notre avis à tort – un assouplissement général de cette condition.

⁴⁸ Cf. *supra* N 11.

⁴⁹ Art. 6 al. 3 LCA. Dans son ancienne version, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2005, cette disposition ne posait pas cette condition (sur les raisons de la modification, cf. Message 2003 [LSA], p. 3359). Sur les questions de droit transitoire, cf. BRULHART, N 500, pp. 227 s.

⁵⁰ Cf. BRULHART, N 478, p. 217. TF 9C_680/2011 du 11 mai 2012, c. 6.

Malgré la réticence, l'institution de prévoyance reste liée par le rapport de prévoyance si l'un des cas de figure de l'art. 8 LCA est réalisé. C'est en particulier le cas si le fait qui a été tu ou insuffisamment explicité a cessé d'exister avant le sinistre⁵¹.

⁵¹ Art. 8 ch. 1 LCA. Pour plus de détails, cf. BRULHART, N 479 ss, pp. 217 ss.

Art. 331d

V. Encouragement à la propriété du logement

1. Mise en gage

¹ Le travailleur peut, au plus tard trois ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse, mettre en gage le droit aux prestations de prévoyance ou un montant à concurrence de sa prestation de libre passage pour la propriété d'un logement pour ses propres besoins.

² La mise en gage est également autorisée pour acquérir des parts d'une coopérative de construction et d'habitation ou s'engager dans des formes similaires de participation si le travailleur utilise personnellement le logement cofinancé de la sorte.

³ Pour que la mise en gage soit valable, il faut en aviser par écrit l'institution de prévoyance.

⁴ Les travailleurs âgés de plus de 50 ans peuvent mettre en gage au maximum la prestation de libre passage à laquelle ils avaient droit à l'âge de 50 ans ou la moitié de la prestation de libre passage déterminante au moment de la mise en gage.

⁵ Lorsque le travailleur est marié, la mise en gage n'est autorisée que si le conjoint donne son consentement écrit. S'il n'est pas possible de recueillir ce consentement ou s'il est refusé, le travailleur peut en appeler au tribunal. Cette disposition s'applique aux partenaires enregistrés.

⁶ Si le gage est réalisé avant la survenance d'un cas de prévoyance ou avant le paiement en espèces, les art. 30d à 30f et 83a de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité sont applicables.

⁷ Le Conseil fédéral détermine :

- a) les buts pour lesquels la mise en gage est autorisée ainsi que la notion de « propriété d'un logement pour ses propres besoins » ;
- b) les conditions à remplir pour la mise en gage des parts d'une coopérative de construction et d'habitation ou des formes similaires de participation.

V. Wohneigentums- förderung

1. Verpfändung

¹ Der Arbeitnehmer kann bis drei Jahre vor Entstehung des Anspruchs auf Altersleistungen seinen Anspruch auf Vorsorgeleistungen oder einen Betrag bis zur Höhe seiner Freizügigkeitsleistung für Wohneigentum zum eigenen Bedarf verpfänden.

² Die Verpfändung ist auch zulässig für den Erwerb von Anteilscheinen einer Wohnbaugenossenschaft oder ähnlicher Beteiligungen, wenn der Arbeitnehmer eine dadurch mitfinanzierte Wohnung selbst benutzt.

³ Die Verpfändung bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Anzeige an die Vorsorgeeinrichtung.

⁴ Arbeitnehmer, die das 50. Altersjahr überschritten haben, dürfen höchstens die Freizügigkeitsleistung, auf die sie im 50. Altersjahr Anspruch gehabt hätten, oder die Hälfte der Freizügigkeitsleistung im Zeitpunkt der Verpfändung als Pfand einsetzen.

⁵ Ist der Arbeitnehmer verheiratet, so ist die Verpfändung nur zulässig, wenn sein Ehegatte schriftlich zustimmt. Kann er die Zustimmung nicht einholen oder wird sie ihm verweigert, so kann er das Gericht anrufen. Die gleiche Regelung gilt bei eingetragenen Partnerschaften.

⁶ Wird das Pfand vor dem Vorsorgefall oder vor der Barauszahlung verwertet, so finden die Artikel 30d–30f und 83a des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge Anwendung.

⁷ Der Bundesrat bestimmt :

- a) die zulässigen Verpfändungszwecke und den Begriff « Wohneigentum zum eigenen Bedarf » ;
- b) welche Voraussetzungen bei der Verpfändung von Anteilscheinen einer Wohnbaugenossenschaft oder ähnlicher Beteiligungen zu erfüllen sind.

V. Promozione della proprietà d'abitazioni

1. Costituzione in pegno

¹ Per la proprietà di un'abitazione ad uso proprio il lavoratore può, al più tardi tre anni prima della nascita del diritto alle prestazioni di vecchiaia, costituire in pegno le sue prestazioni di previdenza o un importo fino a concorrenza della sua prestazione di libero passaggio.

² La costituzione in pegno è pure ammessa per l'acquisto di quote di partecipazione ad una cooperativa di costruzione di abitazioni o forme analoghe di partecipazione, se il lavoratore usufruisce personalmente dell'abitazione cofinanziata in tal modo.

³ Per essere valida, la costituzione in pegno deve essere comunicata per scritto all'istituto di previdenza.

⁴ I lavoratori d'oltre 50 anni possono costituire in pegno al massimo la prestazione di libero passaggio a cui avevano diritto all'età di 50 anni, oppure la metà della prestazione di libero passaggio accumulata fino al momento della costituzione in pegno.

⁵ Per i lavoratori coniugati, la costituzione in pegno è ammessa solamente con il consenso scritto del coniuge. Se il consenso non può essere ottenuto oppure se è negato, il lavoratore può rivolgersi al giudice. La presente disposizione si applica anche ai partner registrati.

⁶ Se la costituzione in pegno avviene prima di un caso di previdenza o del pagamento in contanti, trovano applicazione gli articoli 30d–30f e 83a della legge federale del 25 giugno 1982 sulla previdenza professionale per la vecchiaia, l'invalidità e i superstiti.

⁷ Il Consiglio federale determina :

- a) gli scopi per i quali la costituzione in pegno è ammessa e il concetto di « proprietà di un'abitazione ad uso proprio » ;
- b) le condizioni da soddisfare per costituire in pegno quote di partecipazione a una cooperativa di costruzione di abitazioni o forme analoghe di partecipazione.

Art. 331e

2. Versement anticipé

¹ Le travailleur peut, au plus tard trois ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse, faire valoir auprès de son institution de prévoyance le droit au versement d'un montant pour la propriété d'un logement pour ses propres besoins.

² Les travailleurs peuvent obtenir, jusqu'à l'âge de 50 ans, un montant jusqu'à concurrence de leur prestation de libre passage. Les travailleurs âgés de plus de 50 ans peuvent obtenir au maximum la prestation de libre passage à laquelle ils avaient droit à l'âge de 50 ans ou la moitié de la prestation de libre passage à laquelle ils ont droit au moment du versement.

³ Le travailleur peut également faire valoir le droit au versement de ce montant pour acquérir des parts d'une coopérative de construction et d'habitation ou s'engager dans des formes similaires de participation s'il utilise personnellement le logement cofinancé de la sorte.

⁴ Le versement entraîne simultanément une réduction des prestations de prévoyance calculée d'après les règlements de prévoyance et les bases techniques des institutions de prévoyance respectives. Afin d'éviter que la couverture de prévoyance ne soit restreinte par la diminution des prestations en cas de décès ou d'invalidité, l'institution de prévoyance offre elle-même une assurance complémentaire ou fait office d'intermédiaire pour la conclusion d'une telle assurance.

⁵ Lorsque le travailleur est marié, le versement est autorisé uniquement si le conjoint donne son consentement écrit. S'il n'est pas possible de recueillir ce consentement ou s'il est refusé, le travailleur peut en appeler au tribunal. Cette disposition s'applique aux partenaires enregistrés.

⁶ Lorsque les époux divorcent avant la survenance d'un cas de prévoyance, le versement anticipé est considéré comme une prestation de libre passage ; il est partagé conformément aux art. 122 et 123 du code civil, à l'art. 280 CPC et à l'art. 22 de la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage. Cette disposition est applicable en cas de dissolution judiciaire du partenariat enregistré.

⁷ Si le versement anticipé ou la mise en gage remettent en question les liquidités de l'institution de prévoyance, celle-ci peut différer l'exécution des demandes y relatives. L'institution de prévoyance fixe dans son règlement un ordre de priorités pour l'ajournement de ces versements anticipés ou de ces mises en gage. Le Conseil fédéral règle les modalités.

⁸ Sont en outre applicables les art. 30d à 30f et 83a de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité. (Actuellement « art. 30d, 30e, 30g et 83a »)

2. Vorbezug

¹ Der Arbeitnehmer kann bis drei Jahre vor Entstehung des Anspruchs auf Altersleistungen von seiner Vorsorgeeinrichtung einen Betrag für Wohneigentum zum eigenen Bedarf geltend machen.

² Arbeitnehmer dürfen bis zum 50. Altersjahr einen Betrag bis zur Höhe der Freizügigkeitsleistung beziehen. Versicherte, die das 50. Altersjahr überschritten haben, dürfen höchstens die Freizügigkeitsleistung, auf die sie im 50. Altersjahr Anspruch gehabt hätten, oder die Hälfte der Freizügigkeitsleistung im Zeitpunkt des Bezuges in Anspruch nehmen.

³ Der Arbeitnehmer kann diesen Betrag auch für den Erwerb von Anteilscheinen einer Wohnbaugenossenschaft oder ähnlicher Beteiligungen verwenden, wenn er eine dadurch mitfinanzierte Wohnung selbst benutzt.

⁴ Mit dem Bezug wird gleichzeitig der Anspruch auf Vorsorgeleistungen entsprechend den jeweiligen Vorsorgereglementen und den technischen Grundlagen der Vorsorgeeinrichtung gekürzt. Um eine Einbusse des Vorsorgeschutzes durch eine Leistungskürzung bei Tod oder Invalidität zu vermeiden, bietet die Vorsorgeeinrichtung eine Zusatzversicherung an oder vermittelt eine solche.

⁵ Ist der Arbeitnehmer verheiratet, so ist der Bezug nur zulässig, wenn sein Ehegatte schriftlich zustimmt. Kann er die Zustimmung nicht einholen oder wird sie ihm verweigert, so kann er das Gericht anrufen. Die gleiche Regelung gilt bei eingetragenen Partnerschaften.

⁶ Werden Ehegatten vor Eintritt eines Vorsorgefalls geschieden, so gilt der Vorbezug als Freizügigkeitsleistung und wird nach den Artikeln 122 und 123 des Zivilgesetzbuches, nach Artikel 280 ZPO und Artikel 22 des Freizügigkeitsgesetzes vom 17. Dezember 1993 geteilt. Die gleiche Regelung gilt bei gerichtlicher Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft.

⁷ Wird durch den Vorbezug oder die Verpfändung die Liquidität der Vorsorgeeinrichtung in Frage gestellt, so kann diese die Erledigung der entsprechenden Gesuche aufschieben. Sie legt in ihrem Reglement eine Prioritätenordnung für das Aufschieben dieser Vorbezüge beziehungsweise Verpfändungen fest. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten.

⁸ Im Übrigen gelten die Artikel 30d–30f und 83a des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge. (Heute : Art. 30d, 30e, 30g und 83a)

2. Prelievo anticipato

¹ Per la proprietà di un'abitazione ad uso proprio, il lavoratore può chiedere al suo istituto di previdenza, al più tardi tre anni prima della nascita del diritto alle prestazioni di vecchiaia, il versamento di un importo.

² Fino a 50 anni, i lavoratori possono prelevare un importo pari al massimo alla loro prestazione di libero passaggio. I lavoratori di oltre 50 anni possono prelevare al massimo la prestazione di libero passag-

gio a cui avrebbero avuto diritto all'età di 50 anni oppure la metà della prestazione di libero passaggio cui hanno diritto al momento del prelievo.

³ Il lavoratore può impiegare questo importo anche per l'acquisto di quote di partecipazione ad una cooperativa di costruzione di abitazioni o di partecipazioni analoghe, posto che l'abitazione finanziata in questo modo sia destinata ad uso proprio.

⁴ Il prelievo comporta in pari tempo una riduzione delle prestazioni di previdenza, calcolata in base ai rispettivi regolamenti di previdenza e alle basi tecniche degli istituti di previdenza. Per evitare le conseguenze di un'eventuale riduzione delle prestazioni in caso di decesso o d'invalidità, l'istituto di previdenza stesso offre un'assicurazione complementare o si presta quale intermediario per la stipulazione di un'assicurazione complementare.

⁵ Per i lavoratori coniugati il prelievo è ammesso solamente con il consenso scritto del coniuge. Se il consenso non può essere ottenuto o se viene negato, il lavoratore può rivolgersi al giudice. La presente disposizione si applica anche ai partner registrati.

⁶ Quando i coniugi divorziano prima del sopraggiungere di un caso di previdenza, il versamento anticipato è considerato una prestazione di libero passaggio ed è diviso secondo gli articoli 122 e 123 del Codice civile, l'articolo 280 CPC e l'articolo 22 della legge del 17 dicembre 1993 sul libero passaggio. La presente disposizione si applica anche in caso di scioglimento giudiziale dell'unione domestica registrata.

⁷ Se il prelievo anticipato o la costituzione in pegno pregiudicano le liquidità dell'istituto di previdenza, quest'ultimo può differire il disbrigo delle relative domande. L'istituto di previdenza fissa nel suo regolamento un ordine delle priorità per il differimento di questi prelievi anticipati o di queste costituzioni in pegno. Il Consiglio federale disciplina i particolari.

⁸ Sono inoltre applicabili gli articoli 30d–30f e 83a della legge federale del 25 giugno 1982 sulla previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità. (Vedi ora l'art. 30d, 30e, 30g e 83a)

Art. 331f

3. Limitations en cas de découvert de l'institution de prévoyance

¹ L'institution de prévoyance peut prévoir dans son règlement que la mise en gage, le versement anticipé et le remboursement peuvent être limités dans le temps, réduits ou refusés aussi longtemps que cette institution se trouve en situation de découvert.

² Le Conseil fédéral fixe les conditions dans lesquelles les limitations au sens de l'al. 1 sont admises et en détermine l'étendue.

3. Einschränkungen während einer Unterdeckung der Vorsorgeeinrichtung ¹ Die Vorsorgeeinrichtung kann in ihrem Reglement vorsehen, dass während der Dauer einer Unterdeckung die Verpfändung, der Vorbezug und die Rückzahlung zeitlich und betragsmässig eingeschränkt oder ganz verweigert werden können.
- ² Der Bundesrat legt die Voraussetzungen fest, unter denen die Einschränkungen nach Absatz 1 zulässig sind, und bestimmt deren Umfang.
3. Restrizioni in caso di copertura insufficiente dell'istituto di previdenza ¹ L'istituto di previdenza può prevedere nel suo regolamento che durante un periodo di copertura insufficiente le possibilità di costituire in pegno il diritto alle prestazioni, di prelevare anticipatamente un dato importo e di rimborsare l'importo prelevato siano limitate temporaneamente e quantitativamente oppure negare.
- ² Il Consiglio federale stabilisce le condizioni per le restrizioni di cui al capoverso 1 e ne determina l'entità.

Les articles 331d, 331e et 331f CO sont traités dans un commentaire commun.

Table des matières	note marginale	page
I. Remarques préliminaires aux art. 331d, 331e et 331f CO	1	508
II. L'acquisition d'un logement.....	4	509
1. La forme de l'accès au logement	4	509
2. Un logement pour ses propres besoins.....	7	510
III. Les modalités de l'utilisation de l'avoir de prévoyance.....	9	510
1. La mise en gage (art. 331d CO).....	10	511
2. Le versement anticipé (art. 331e CO)	13	512
IV. Les limites à l'exercice du droit	18	514
1. L'âge.....	18	514
2. La survenance d'éventualités assurées.....	19	515
3. Des difficultés de l'institution de prévoyance.....	20	515
V. L'influence de la situation familiale	22	516
VI. Le traitement fiscal de l'encouragement à la propriété du logement	28	518
VII. L'aliénation du logement acquis au moyen de la prévoyance professionnelle	29	519

Bibliographie spécifique

BÄDER ANDREA, Vorbezüge für Wohneigentum in der güterrechtlichen Auseinandersetzung bei Scheidung. Zuordnung und Wertveränderungen eines mittels Vorbezug erworbenen Grundstücks, in: FamPra 2009, pp. 807-83 ; EMMEL FRANK, Commentaire des articles 331-331f CO, in: AMSTUTZ et al. (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zurich 2007 ; FOEX BÉNÉDICT, CR, ad art. 216 ss CO, Bâle 2003 ; STAUFFER HANS-ULRICH, Commentaire des articles 30a-30g LPP, in: SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER (édit.), Commentaire LPP et LFLP, Berne 2010 (cité: Commentaire) ; STAUFFER HANS-ULRICH, Berufliche Vorsorge, Zurich/Bâle/Genève 2005 (cité: Berufliche Vorsorge) ; VOUILLOZ FRANÇOIS, Le partage des prestations de sortie et l'allocation de l'indemnité équitable, in: SJ 2010 II, pp. 67-108.

I. Remarques préliminaires aux art. 331d, 331e et 331f CO

- 1 **Origine et évolution** – Les art. 331d et 331e CO ont été introduits dans le Code des obligations lors de l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle, le 1^{er} janvier 1995¹. L'idée qui sous-tendait cette modification législative était que la propriété immobilière est aussi une forme de prévoyance vieillisse². L'art. 331f CO est venu compléter la réglementation lors de l'entrée en vigueur de la modification de la LPP du 18 juin 2004, au 1^{er} janvier 2005.
- 2 **Objectif** – Conformément aux buts énoncés dans le message accompagnant la loi sur l'encouragement à la propriété du logement, l'objectif principal de cette loi était d'aménager le régime de la prévoyance professionnelle de manière à alléger financièrement l'accès des assurés à la propriété d'un logement pour leurs propres besoins³. Une fois encore, le législateur a voulu réglementer de manière unifiée l'ensemble de la prévoyance professionnelle, qu'elle soit obligatoire ou étendue⁴. L'art. 331f CO, qui trouve son pendant dans la prévoyance obligatoire à l'art. 30f LPP, faisait partie d'un train de mesures destinées à assainir la prévoyance professionnelle, notamment en imposant aux institutions de prévoyance des mesures drastiques en cas de couverture insuffisante⁵. Dans cette optique, l'art. 331f CO confère aux institutions de prévoyance la marge de manœuvre nécessaire pour remplir les obligations qui leur incombent, en particulier en termes de liquidités disponibles⁶.
- 3 **Nature** – Les art. 331d à 331f CO ne régissent pas les rapports entre le travailleur et son employeur, mais s'appliquent aux relations entre les assurés et les caisses de pension. Dans ce sens, et compte tenu de l'intérêt public qui commande l'accès facilité à la propriété au moyen de la prévoyance professionnelle, ces dispositions sont de nature impérative, à tout le moins relativement. S'il est clair que des restrictions, réglementaires ou contractuelles, aux droits conférés aux

¹ RO 1994 2372. Pour un exposé de la situation juridique avant l'entrée en vigueur de cette loi, cf. STAUFFER, Commentaire, N 5 ss ad Remarques préliminaires ad art. 30a-30g LPP, pp. 405 s. ; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 954 ss, pp. 354 s.

² Cf. Message 1976, pp. 218 s. Cf. également, ATF 124 II 570, c. 2/f. STAUFFER, Commentaire, N 8 ss ad Remarques préliminaires ad art. 30a-30g LPP, pp. 406 ss ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 331d CO, pp. 786 s.

³ Message 1992 (LPP), p. 238. Cf. STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 959 ss, pp. 355 ss.

⁴ Cf. également STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 331d CO, p. 787.

⁵ Message 2003 (modification LPP), pp. 5851 s. Cf. également, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 1 ad art. 331f CO, p. 801.

⁶ Pour plus de détails, cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 331f CO, pp. 801 ss.

travailleurs par les art. 331d ss CO sont illicites⁷, il doit à notre sens être autorisé de prévoir des conditions plus favorables pour le travailleur, notamment en allongeant le délai d'annonce prévu par l'art. 331d al. 1 CO.

II. L'acquisition d'un logement

1. La forme de l'accès au logement

L'achat immobilier – La prévoyance professionnelle peut tout d'abord servir à financer un achat immobilier au sens des articles 216 ss CO⁸. Les formes autorisées de propriété sont la propriété⁹, la copropriété¹⁰ et la propriété par étages¹¹, la propriété commune¹² de la personne assurée avec son conjoint ou son partenaire¹³ et le droit de superficie¹⁴ distinct et permanent¹⁵. 4

Autres formes – La prévoyance professionnelle peut aussi être utilisée pour acquérir des parts d'une coopérative de construction et d'habitation ou s'engager dans des formes similaires de participation¹⁶. Le Conseil fédéral a précisé¹⁷ que les formes de participation autorisées sont l'acquisition de parts sociales d'une coopérative de construction et d'habitation, l'acquisition d'actions d'une société anonyme de locataires et l'octroi de prêts partiels à un organisme de construction d'utilité publique¹⁸. 5

L'objet de la propriété – Le bien acquis par ce biais-là peut être *un appartement ou une maison familiale*¹⁹. L'acquisition d'un terrain n'est en revanche pas possible, même s'il est prévu d'y ériger une habitation²⁰. L'acquisition d'un local commercial est aussi exclue. 6

⁷ ATF 124 II 570. Cf. également, EMMEL, N 6 ad art. 331f CO, pp. 1950 s.

⁸ Pour plus de détails à ce sujet, cf. par exemple FOËX, N 1 ss ad art. 216 ss CO, pp. 1133 ss.

⁹ Art. 641 ss CC.

¹⁰ Art. 646 ss CC.

¹¹ Art. 712a ss CC.

¹² Art. 652 ss CC.

¹³ La propriété commune avec une autre personne que le conjoint ou le partenaire enregistré est exclue, cf. STAUFFER, Commentaire, N 20 ad art. 30b LPP, p. 421.

¹⁴ Art. 779 ss CC.

¹⁵ Cf. art. 2 al. 2 OEPL.

¹⁶ Art. 331d al. 2 et 331e al. 3 CO.

¹⁷ Cf. art. 331d al. 7 let. b CO.

¹⁸ Art. 3 OEPL.

¹⁹ Art. 2 al. 1 OEPL.

²⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 331d CO, p. 788.

2. Un logement pour ses propres besoins

7 **Notion de besoin propre** – La mise en gage du droit aux prestations de vieillesse au sens de l'article 331d CO de même que le versement anticipé au sens de l'article 331e CO ne peuvent être envisagés que pour l'acquisition d'un logement servant *aux propres besoins du travailleur*²¹. On entend par « propres besoins » l'utilisation par la personne assurée d'un logement à son lieu de domicile ou à son lieu de séjour habituel²². Il découle de cette définition que l'avoir de prévoyance ne peut être utilisé que pour l'acquisition du logement principal, à l'exclusion d'un logement de vacances²³. Il n'est pas non plus possible d'acquérir par ce moyen-là un immeuble dans un but de pur investissement. Il n'est en revanche pas exclu que le bien financé au moyen de la prévoyance professionnelle se trouve à l'étranger, par exemple si le travailleur étranger assuré en Suisse n'a pas créé de domicile dans ce pays au sens des art. 23 à 26 CC²⁴.

8 **Cession de l'usage du bien** – L'usage du logement acquis grâce à la prévoyance professionnelle ne peut en principe être cédé à un tiers que si l'assuré démontre ne plus occuper son logement pendant un certain laps de temps, la location étant alors autorisée²⁵. Les contraintes sont les mêmes lorsque l'avoir de prévoyance est utilisé pour une autre forme d'accès à la propriété, l'utilisation personnelle du logement ainsi financé étant alors expressément exigée par la loi²⁶. Il faut cependant relever que la loi, y compris dans le domaine de la prévoyance obligatoire, ne prévoit *pas de sanction* dans l'hypothèse où l'assuré n'utiliserait en définitive pas l'objet acheté au moyen de la prévoyance professionnelle pour ses propres besoins²⁷.

III. Les modalités de l'utilisation de l'avoir de prévoyance

9 **Plan** – Comme dans le régime de la prévoyance obligatoire²⁸, le logement peut être financé par la mise en gage du droit aux prestations de prévoyance ou d'un montant équivalent à sa prestation de libre passage (1) ou par l'obtention

²¹ Art. 331d al. 1 et 331e al. 1 CO.

²² Art. 4 al. 1 OEPL.

²³ Cf. SUBILIA/DUC, N 13 ad art. 331d-331f CO, p. 455.

²⁴ Cf. STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 964, p. 358.

²⁵ Cf. art. 4 al. 2 OEPL.

²⁶ Art. 331d al. 2 et 331e al. 3 CO.

²⁷ Cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 331d CO, p. 788 et N 5 ad art. 331e CO, p. 795 ; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 965, p. 359. Cf. également TF B.18/04 du 22 juillet 2005, c. 4.1.

²⁸ Cf. art. 30b et 30c LPP.

d'un versement anticipé d'une partie de l'avoir acquis au titre de la prévoyance professionnelle (2).

1. La mise en gage (art. 331d CO)

L'objet du gage – Comme l'indique le texte de l'article 331d al. 1 CO, l'acquisition d'un logement peut être financée par la mise en gage *soit du droit aux prestations de prévoyance, soit d'un montant équivalant au maximum à la prestation de libre passage*. Dans le premier cas, ce sont toutes les prestations de prévoyance auxquelles l'assuré a un droit propre qui peuvent être engagées, à l'exclusion des rentes d'orphelin ou de survivant²⁹. Dans le deuxième cas, le montant est calculé en application des articles 15 ss LFLP et équivaut au moins au minimum prévu par l'article 17 LFLP³⁰. Le cumul des deux possibilités n'est pas autorisé³¹. 10

Conditions – L'une comme l'autre possibilité représente des expectatives, autrement dit des créances de l'assuré contre l'institution de prévoyance, de sorte que la mise en gage est soumise aux articles 899 ss CC. L'engagement doit être passé *par écrit*³². *L'institution de prévoyance doit être avisée*, par écrit également³³, de la constitution du gage, l'avis pouvant être donné soit par l'assuré constituant, soit par le créancier³⁴. Si l'assuré est marié ou lié par un partenariat enregistré, son conjoint ou partenaire doit consentir par écrit à la mise en gage³⁵. 11

Conséquences – Si une éventualité survient sans que le gage n'ait été réalisé, le droit aux prestations n'est pas diminué. Si le gage est réalisé sur demande du créancier qui n'a pas été désintéressé³⁶, la situation est différente selon que le gage a été constitué sur la prestation de libre passage ou sur le droit aux prestations de prévoyance. Dans le premier cas, l'assuré est dans une situation identique à celui qui a bénéficié d'un versement anticipé³⁷. Les prestations de prévoyance sont réduites en conséquence³⁸ et les dispositions relatives à la garantie, au remboursement et à l'imposition³⁹ s'appliquent, par renvoi de l'article 331d al. 6 12

²⁹ Pour plus de détails, cf. STAUFFER, Commentaire, N 4 s. ad art. 30b LPP, p. 418.

³⁰ Cf. STAUFFER, Commentaire, N 6 ad art. 30b LPP, p. 418.

³¹ Cf. STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 969, p. 360 ; STAUFFER, Commentaire, N 7 s. ad art. 30b LPP, p. 419 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 ad art. 331d CO, p. 790.

³² Art. 900 al. 1 CC. Cf. également, STAUFFER, Commentaire, N 35 ad art. 30b LPP, p. 425.

³³ Art. 331d al. 3 CO.

³⁴ Art. 900 al. 2 CC.

³⁵ Cf. *infra* N 22.

³⁶ Art. 891 CC. La procédure de réalisation est régie par les art. 151 ss LP.

³⁷ Cf. *infra* N 16.

³⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 ad art. 331d CO, p. 792.

³⁹ Art. 30d-30f et 83a LPP. Sur le remboursement en particulier, cf. *infra* N 17.

CO⁴⁰. Dans le second cas, ces dispositions ne s'appliquent pas et la réalisation du gage ne présente pas de particularité par rapport à d'autres situations dans lesquelles le droit de gage porte sur des prestations périodiques⁴¹.

2. Le versement anticipé (art. 331e CO)

13 **Montant du versement anticipé** – Pendant de l'article 30c LPP, qui règle les conditions d'un retrait anticipé dans le cadre de la prévoyance obligatoire⁴², l'article 331e CO confère à l'assuré le droit d'obtenir le versement d'un montant correspondant au maximum à la prestation de libre passage calculée selon les règles des articles 15 ss LFLP⁴³. Le montant minimal du versement anticipé est de 20'000 fr.⁴⁴ Les assurés âgés de plus de 50 ans sont soumis à des plafonds particuliers⁴⁵.

14 **Conditions** – L'article 331e CO, pas plus d'ailleurs que l'article 30c LPP, ne pose pas de condition particulière s'agissant des modalités de l'exercice, par l'assuré, de son droit au versement anticipé. La demande ne doit ainsi pas nécessairement être présentée par écrit, une requête orale étant a priori suffisante⁴⁶. Des prescriptions différentes dans le règlement de prévoyance, selon lesquelles une requête écrite ou faite au moyen d'un formulaire *ad hoc* sont nécessaires, seraient à notre sens contraire aux articles 331d et 331e CO en ce qu'elles rendraient plus difficiles les conditions d'exercice du droit au versement anticipé⁴⁷. L'assuré a en revanche l'obligation de documenter son projet d'achat pour démontrer que les conditions d'un versement anticipé sont remplies⁴⁸.

⁴⁰ Pour plus de détails, cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 ad art. 331d CO, pp. 792 s. ; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 972, p. 361 ; STAUFFER, Commentaire, N 41 ss ad art. 30b LPP, p. 427.

⁴¹ Cf. art. 904 al. 1 CC.

⁴² Sur la similitude des régimes, cf. STAUFFER, Commentaire, N 4 ad art. 30c LPP, pp. 431 s.

⁴³ Art. 331e al. 2 CO.

⁴⁴ Art. 5 al. 1 OEPL. Cette limite ne s'applique pas à l'acquisition de parts sociales d'une coopérative de construction et d'habitation et de formes similaires de participation, ni pour faire valoir des droits envers des institutions de libre passage (art. 5 al. 2 OEPL). Pour plus de détails à ce sujet, cf. STAUFFER, Commentaire, N 24 ad art. 30c LPP, pp. 436 s.

⁴⁵ Art. 5 al. 4 OEPL. Cf. également *infra* N 18.

⁴⁶ Dans le même sens, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 9 ad art. 331e CO, p. 797.

⁴⁷ Appareusement dans le même sens, SUBILIA/DUC, N 2 ad art. 331d-331f CO, p. 452.

⁴⁸ Art. 10 OEPL. Cf. également art. 30e al. 5 LPP et 6 al. 2 OEPL. Pour plus de détails à ce sujet et au sujet de l'obligation de contrôle de l'institution de prévoyance, cf. STAUFFER, Commentaire, N 15 s. ad art. 30c LPP, p. 434.

Modalités du versement anticipé – Le droit au versement anticipé, tel qu’il est prévu par les articles 331e CO et 30c LPP, ne permet pas à l’assuré d’exiger que le montant demandé lui soit versé directement. Dans ce sens, le droit au versement anticipé doit clairement être distingué des possibilités – limitées – pour l’assuré d’obtenir le paiement de sa prestation de libre passage, qui font l’objet de l’article 5 LFLP. Conformément à l’article 6 al. 2 OEPL, le montant versé à titre anticipé ne peut l’être qu’à un créancier légitime, à l’exemple du vendeur, à l’entrepreneur ou au prêteur hypothécaire⁴⁹. 15

Effets sur le droit aux prestations – Le versement anticipé a pour effet de diminuer d’autant l’avoir accumulé par l’assuré auprès de l’institution de prévoyance. Les effets de cette diminution ne sont pas les mêmes selon le plan de prévoyance de l’institution concernée. Si le plan de prévoyance prévoit, pour les prestations de risque (décès, invalidité), un système de *primauté de prestations* et que les prestations sont, en conséquence, fonction du salaire assuré au moment de la réalisation de l’éventualité, le versement anticipé sera sans effet sur le calcul des prestations⁵⁰. En revanche, si le plan de prévoyance prévoit une *primauté des contributions*, les prestations sont fonction de l’avoir accumulé par l’assuré. Logiquement, une réduction de cet avoir entraînera une diminution des prestations. Cette réduction est calculée selon le règlement et les bases techniques de l’institution de prévoyance⁵¹. Pour éviter une restriction de la couverture de prévoyance en cas d’invalidité ou de décès, l’institution de prévoyance doit offrir à l’assuré, elle-même ou auprès d’un autre assureur, la conclusion d’une police d’assurance complémentaire⁵². L’assuré n’a pas l’obligation de souscrire une telle police, et il lui incombe, cas échéant, d’en payer les primes⁵³. Dans tous les cas, l’institution de prévoyance est tenue de donner à l’ayant droit des renseignements chiffrés sur la réduction des prestations entraînées par le versement anticipé, et de l’informer de la possibilité de conclure une police d’assurance complémentaire^{54 55}. 16

⁴⁹ Pour plus de détails, en particulier sur la possibilité de verser l’argent sur un compte de construction, cf. STAUFFER, Commentaire, N 18 ad art. 30c LPP, p. 435.

⁵⁰ Si le plan de prévoyance prévoit exclusivement la primauté des prestations, y compris pour la prestation de vieillesse, cf. art. 331e al. 4 CO et les explications de STAUFFER, Commentaire, N 35 ad art. 30c LPP, pp. 438 s.

⁵¹ Art. 331e al. 4, 1^{re} phrase CO. Cf. également art. 30c al. 4 LPP.

⁵² Art. 331e al. 4, 2^e phrase CO.

⁵³ Art. 17 OEPL.

⁵⁴ Art. 11 OEPL. Cf. également, BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 331d–331e CO, p. 201.

⁵⁵ Sur toute cette question, cf. STAUFFER, Commentaire, N 37 ss ad art. 30c LPP, pp. 439 s. et Berufliche Vorsorge, N 975 s., pp. 362 s.

- 17 **Remboursement (facultatif)⁵⁶** – L'assuré peut rembourser le montant reçu à titre de versement anticipé selon les modalités prévues aux articles 30d al. 2 et 6 ainsi qu'à l'article 30e al. 6 LPP⁵⁷, soit par tranches d'au moins 20'000 fr.⁵⁸ Le remboursement peut intervenir au plus tard trois ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse⁵⁹. Il n'est plus possible si une éventualité assurée s'est réalisée⁶⁰ ou si l'assuré a obtenu le paiement en espèce de sa prestation de libre passage⁶¹. Si aucune de ces deux circonstances ne fait obstacle au remboursement, l'institution de prévoyance a l'obligation de l'accepter⁶².

IV. Les limites à l'exercice du droit

1. L'âge

- 18 **Possibilités limitées dès 50 ans** – Pour ne pas faire obstacle à l'objectif prioritaire de prévoyance professionnelle⁶³, la possibilité d'obtenir un versement anticipé ou de mettre en gage l'avoir de prévoyance est limitée une fois que le travailleur a atteint l'âge de 50 ans. Le versement anticipé est alors limité au montant de la prestation de libre passage accumulée à ce moment-là, ou à la moitié de la prestation de libre passage à laquelle il a droit au moment du versement⁶⁴. De même, seul un montant équivalent à la prestation de libre passage acquise à 50 ans peut être mis en gage, ou la moitié de la prestation de libre passage déterminante au moment de la mise en gage⁶⁵.

⁵⁶ Sur l'obligation de rembourser, cf. *infra* N 27.

⁵⁷ Par renvoi de l'art. 331e al. 8 CO.

⁵⁸ Sur les conséquences fiscales du remboursement, cf. *infra* N 26.

⁵⁹ Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, la seule possibilité – théorique – de toucher des prestations ne suffit pas. Si le règlement de prévoyance prévoit la possibilité de percevoir des prestations de vieillesse avant l'âge AVS de la retraite (65 ans pour les hommes, 64 pour les femmes selon l'art. 21 LAVS), il faut encore que l'assuré ait fait valoir un droit dans ce sens pour que le délai de trois ans puisse être calculé (TF 2A.509/2003 du 18 mai 2004). Cf. également STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 331e CO, p. 795 s. ; SUBILIA/DUC, N 8 ad art. 331d-331f CO, pp. 453 s. Ce délai peut être raccourci, voire supprimé, par les institutions de prévoyance (STAUFFER, Commentaire, N 7 ad art. 30c LPP, p. 432).

⁶⁰ En cas d'invalidité partielle, cf. STAUFFER, Commentaire, N 12 ad art. 30d LPP, p. 446.

⁶¹ Art. 30d al. 3 et 30e al. 6 LPP.

⁶² STAUFFER, Commentaire, N 9 ad art. 30d LPP, p. 445.

⁶³ Cf. BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 331d-331e CO, p. 201.

⁶⁴ Art. 331e al. 2 CO.

⁶⁵ Art. 331d al. 4 CO.

2. La survenance d'éventualités assurées

Indépendamment du droit aux prestations – Si la survenance d'éventualités assurées – en l'espèce principalement l'invalidité – ne fait pas obstacle à la mise en gage de l'avoir de prévoyance⁶⁶, elle empêche en revanche l'assuré de faire valoir son droit au versement anticipé. *La seule réalisation du risque assuré suffit*, indépendamment du fait que l'assuré touche effectivement des prestations. Ainsi, si la survenance de l'invalidité ne lui ouvre pas le droit aux prestations du deuxième pilier parce que cela conduirait à sa surindemnisation, il n'en perd pas moins la possibilité d'exercer le droit au versement anticipé que lui confèrent les articles 331e CO et 30c LPP⁶⁷. Cette conséquence ne vaut toutefois que dans la mesure où l'avoir de prévoyance est nécessaire pour financer les prestations versées. En conséquence, dans l'hypothèse où le degré d'invalidité de l'assuré ne lui donne droit qu'à une *rente partielle*, la partie de l'avoir de prévoyance qui n'est pas nécessaire au financement de cette rente peut faire l'objet d'un versement anticipé⁶⁸. En présence d'un cas d'invalidité, il faut admettre que le moment de la réalisation du risque, à partir duquel l'assuré ne peut plus prétendre aux mesures des articles 331d et 331e CO, coïncide avec la naissance du droit aux prestations de l'assurance-invalidité, et non avec le début de l'incapacité de travail au sens de l'article 23 LPP⁶⁹. L'assuré en incapacité de travail au moment où il fait valoir son droit au versement anticipé prend le risque, en cas d'invalidité subséquente, de se voir verser une rente réduite⁷⁰. L'ouverture d'un droit à des mesures de réinsertion de l'assurance-invalidité fait aussi obstacle au versement anticipé⁷¹.

3. Des difficultés de l'institution de prévoyance

Les limitations en cas de découvert – L'art. 331f CO permet à l'institution de prévoyance de prévoir, dans son règlement, que la mise en gage ou le versement anticipé peuvent être limités dans le temps, réduits ou refusés aussi longtemps qu'elle se trouve en situation de découvert⁷². Le Conseil fédéral a

⁶⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 331d CO, p. 789.

⁶⁷ ATF 130 V 191. Cf. également, SUBILIA/DUC, N 16 ad art. 331d-331f CO, p. 455 ; STAUFFER, Commentaire, N 12 ad art. 30c LPP, pp. 433 s.

⁶⁸ Message 1992 (LPP), p. 256. Cf. également, STAUFFER, Commentaire, N 9 ad art. 30c LPP, p. 433.

⁶⁹ ATF 135 V 13. Cf. également, SUBILIA/DUC, N 10 ad art. 331d-331f CO, p. 454.

⁷⁰ Cf. *supra* N 16.

⁷¹ OFAS, BPP, n° 55/2000, N 329.

⁷² Art. 331f al. 1 CO. On peut s'interroger sur la portée pratique de cette disposition, les institutions de prévoyance ayant, dans le domaine de la prévoyance obligatoire également (cf. art. 49 LPP), l'obligation de pouvoir remplir leurs engagements en tout temps (art. 65 al. 1 LPP. Cf. également, SUBILIA/DUC, N 21 ad art. 331d-331f CO, p. 457).

précisé, en exécution du mandat législatif confié par l'art. 331f al. 2 CO, qu'en cas de découvert, l'institution de prévoyance pouvait prévoir de limiter le versement anticipé dans le temps et en limiter le montant, ou de refuser tout versement s'il est utilisé pour rembourser des prêts hypothécaires⁷³. La limitation ou le refus du versement ne sont toutefois possibles que pendant la durée du découvert. Il incombe alors à l'institution de prévoyance de renseigner l'assuré sur l'étendue et la durée de la mesure⁷⁴.

- 21 **Le manque de liquidités** – L'institution de prévoyance a en principe l'obligation d'effectuer le versement auprès de la personne indiquée dans les six mois qui suivent la demande⁷⁵. Elle peut toutefois différer une demande de mise en gage ou de versement anticipé si elle est confrontée à un manque de liquidités⁷⁶. Afin de respecter l'égalité entre les assurés, l'institution de prévoyance est tenue de fixer dans son règlement un ordre de priorité pour l'ajournement des versements anticipés ou des mises en gage, qui doit être communiqué à l'autorité de surveillance⁷⁷.

V. L'influence de la situation familiale

- 22 **Consentement du conjoint obligatoire** – Si un travailleur marié ou lié par un partenariat enregistré entend financer l'acquisition d'un logement au moyen de la prévoyance professionnelle, le consentement écrit de son conjoint, respectivement de son partenaire, est indispensable, et ce quel que soit le mode de financement choisi⁷⁸. La nécessité de la coopération du conjoint ou du partenaire se justifie par l'impact que l'utilisation de la prévoyance professionnelle pour l'acquisition du logement a sur les prestations qui sont versées en cas de survie d'une éventualité⁷⁹, notamment la rente de survivant⁸⁰.
- 23 **Refus du consentement** – Si le conjoint refuse son consentement ou s'il est impossible de le recueillir, l'assuré peut s'adresser au tribunal compétent⁸¹. Le Tribunal fédéral a précisé que le juge civil est compétent pour suppléer à l'absence de consentement du conjoint lorsque, sur le principe, la nécessité de ce consentement ne fait pas de doute. En revanche, si dans un cas concret, une question rele-

⁷³ Art. 6a al. 1 OEPL.

⁷⁴ Art. 6a al. 2 OEPL.

⁷⁵ Art. 6 al. 1 OEPL.

⁷⁶ Art. 331e al. 7 CO. Cf. STAUFFER, Commentaire, N 17 ad art. 30c LPP, p. 435.

⁷⁷ Art. 6 al. 4 OEPL.

⁷⁸ Cf. art. 331d al. 5 et 331e al. 5 CO.

⁷⁹ Cf. *supra* N 12 et 16.

⁸⁰ Cf. BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 5 ad art. 331d–331e CO, p. 201.

⁸¹ Art. 331d al. 5 et 331e al. 5 CO (à chaque fois la deuxième phrase).

vant du pur droit de la prévoyance professionnelle doit être tranchée à titre préjudiciel, par exemple la nécessité du consentement du conjoint, le juge compétent est celui de l'art. 73 LPP⁸².

Divorce ou dissolution du partenariat enregistré – En cas de divorce⁸³, les prestations de sortie acquises par les époux pendant la durée du mariage doivent être partagées, en principe par moitié⁸⁴. Lorsque la survenance d'un cas de prévoyance rend ce partage impossible, une indemnité équitable est due par le conjoint dont l'avoir ne peut être partagé⁸⁵. Si, avant le divorce, le logement familial a été acquis au moyen des avoirs de prévoyance, se pose la question de l'impact de cette opération sur le calcul des prestations de sortie à partager. Cette question doit être distinguée de celle de l'attribution du bien immobilier dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial⁸⁶. 24

a) Versement anticipé – Lorsque les époux divorcent avant la survenance d'un cas de prévoyance, le versement anticipé est comptabilisé dans la prestation de sortie qui doit être partagée⁸⁷. Cela ne vaut toutefois que tant que l'on peut espérer, au moment du divorce, réaliser un produit⁸⁸ en cas de réalisation du bien immobilier⁸⁹. Dans le même ordre d'idée, si l'immeuble a déjà été vendu au moment du divorce, seul le résultat positif est pris en considération⁹⁰. Dans tous les 25

⁸² ATF 125 V 165, c. 3a-3c. STAUFFER, Commentaire, N 37 ad art. 30b LPP, p. 426, fait à notre sens une lecture trop rapide de l'arrêt, l'amenant à dire que le juge de l'art. 73 LPP est compétent dans tous les cas. Ce n'est pas ce que dit le Tribunal fédéral, pour qui « même si l'on admettait que la dispense du consentement du conjoint au versement d'une prestation en capital, prise isolément, relève de la compétence du juge civil, il faudrait de toute façon considérer que l'autorité désignée par l'art. 73 al. 1 LPP est habilitée à trancher la question à titre préjudiciel quand le litige soulève principalement, comme en l'espèce, un problème spécifique de la prévoyance professionnelle ». Le principe de l'économie de procédure commande que dans une telle hypothèse, le juge de l'art. 73 LPP puisse également pallier le manque de consentement, afin de ne pas contraindre l'assuré à mener deux procédures successives.

⁸³ Pour éviter de surcharger le texte, il sera uniquement question de divorce dans le paragraphe qui suit, étant précisé que la situation est la même en cas de dissolution du partenariat enregistré.

⁸⁴ Art. 122 al. 1 CC. Cela vaut aussi bien pour la prévoyance obligatoire que la prévoyance subobligatoire, ATF 135 V 324, c. 4.2 = JdT 2009 I 650.

⁸⁵ Art. 124 al. 1 CC.

⁸⁶ A ce sujet, cf. la contribution très complète de BÄDER.

⁸⁷ Art. 331e al. 6 CO et 30c LPP. ATF 136 V 57, c. 3.1 ; ATF 132 V 332, c. 3, JdT 2007 I 33 (trad.). VOUILLOZ, p. 71.

⁸⁸ Au sens de l'art. 30d al. 5 LPP, c'est-à-dire un solde positif après déduction du prix de vente de la dette hypothécaire et des charges légales supportées par le vendeur.

⁸⁹ ATF 132 V 332, c. 4, JdT 2007 I 33 (trad.). VOUILLOZ, p. 71.

⁹⁰ ATF 132 V 332, c. 4, JdT 2007 I 33 (trad.).

cas, le versement anticipé doit être comptabilisé pour sa valeur nominale⁹¹. Si un cas de prévoyance s'est réalisé avant le divorce et que le partage des avoirs de prévoyance n'est plus possible⁹², le juge devra, en fonction des particularités du cas d'espèce, trouver une solution équitable.

26 b) **Mise en gage** – Si l'acquisition du logement a été financée par la mise en gage des avoirs de prévoyance, la situation est plus simple dès lors que la prestation de sortie reste en mains de l'institution de prévoyance, et que le partage est donc sans autres réalisable⁹³. Si le gage a été réalisé, la part de la prestation de sortie qui a servi à désintéresser le créancier gagiste n'est plus disponible. Il s'agira dans une telle situation de répartir entre les époux la perte qui découle de la réalisation du gage, en règle générale par moitié entre eux dès lors que l'avoir de prévoyance a permis l'acquisition d'un logement utilisé en commun pendant la durée du mariage⁹⁴.

27 c) **Exécution du partage** – Lorsqu'un conjoint divorcé fait valoir son droit au versement anticipé, l'institution de prévoyance n'a pas à vérifier, avant d'y procéder, que le partage ordonné par le jugement de divorce a bien été exécuté⁹⁵. Si le conjoint débiteur de la créance de compensation au sens de l'art. 122 CC est celui qui a bénéficié d'un versement anticipé et que les avoirs auprès de son institution de prévoyance ou de libre passage ne suffisent pas à couvrir la créance de compensation, l'institution de prévoyance ne peut être tenue de transférer que les avoirs à sa disposition. Pour le surplus, il appartient à l'ex-conjoint débiteur de s'acquitter de la différence⁹⁶. Dans le même ordre d'idée, si le bien immobilier reste la propriété commune des deux époux, l'institution de prévoyance de l'époux débiteur d'une partie de sa prestation de sortie ne peut être contrainte à un versement en faveur de l'autre époux que dans la mesure de la prestation de sortie effectivement disponible⁹⁷.

VI. Le traitement fiscal de l'encouragement à la propriété du logement

28 **Règlementation identique à la prévoyance obligatoire** – Les articles 331d al. 6 et 331e al. 8 CO renvoient expressément à l'article 83a LPP s'agissant du traitement fiscal de l'encouragement à la propriété du logement. La

⁹¹ VOUILLOZ, p. 76.

⁹² Cf. art. 124 CC.

⁹³ ATF 137 III 49, c. 3.2.3, JdT 2011 II 475 (trad.).

⁹⁴ ATF 137 III 49, c. 3.3.1, JdT 2011 II 475 (trad.).

⁹⁵ ATF 135 V 425, c. 6, JdT 2010 I 188 (trad.).

⁹⁶ ATF 135 V 324, c. 5.2 = JdT 2009 I 650.

⁹⁷ ATF 136 V 57, c. 3 et 4.

situation est donc, là encore, similaire à celle qui prévaut dans la prévoyance obligatoire. Le versement anticipé est ainsi assujéti à l'impôt en tant que prestation en capital provenant de la prévoyance⁹⁸. La mise en gage n'est, comme telle, pas imposable. En revanche, le produit obtenu, cas échéant, lors de la réalisation du gage grevant l'avoie de prévoyance est lui aussi assujéti à l'impôt, selon les mêmes modalités. Si l'assuré rembourse le versement anticipé ou le montant de la réalisation du gage, il peut obtenir le remboursement de l'impôt payé au moment du versement anticipé ou de la réalisation du gage⁹⁹, sans intérêts¹⁰⁰. Sa créance se périmé par 3 ans¹⁰¹.

VII. L'aliénation du logement acquis au moyen de la prévoyance professionnelle

La vente ou l'aliénation des droits d'usage – L'assuré, respectivement ses ayants droit, ne peuvent vendre le logement acquis au moyen de la prévoyance professionnelle, ou aliéner les droits d'usage sur celui-ci¹⁰², qu'à condition de rembourser l'institution de prévoyance¹⁰³. Cette restriction doit être inscrite au registre foncier¹⁰⁴. Les parts détenues dans des sociétés coopératives ou d'autres titres analogues doivent être remis en dépôt à l'institution de prévoyance¹⁰⁵. 29

La transmission par voie de succession – Le financement du logement au moyen de la prévoyance professionnelle, que ce soit par le biais d'un versement anticipé ou d'une mise en gage, ne fait pas obstacle à sa transmission par voie successorale. La question de savoir si les héritiers doivent rembourser l'institution de prévoyance appelle une réponse différenciée selon que le décès de l'assuré ouvre le droit à des prestations de prévoyance, qu'elles soient légales ou réglementaires. Ainsi, si le décès de l'assuré n'ouvre pas de droit, faute de bénéficiai- 30

⁹⁸ Art. 83a al. 1 LPP.

⁹⁹ Cf. art. 83a al. 2 et 3 LPP ainsi que 14 OEPL.

¹⁰⁰ Art. 14 al. 2 OEPL.

¹⁰¹ Art. 83a al. 3 LPP.

¹⁰² Ne constitue une aliénation au sens de l'art. 30d al. 1 let. b LPP que l'aménagement de droits réels durables, à l'exemple de l'usufruit (art. 745 ss CC) ou du droit d'habitation (art. 776 ss CC). Ce n'est pas le cas en revanche pour une location au sens des art. 253 ss CO. A noter qu'une location durable contreviendrait au but de prévoyance fixé par la loi (pour plus de détails, cf. STAUFFER, Commentaire, N 1 ss ad art. 30d LPP, pp. 444 s.).

¹⁰³ Cf. art. 30d al. 1 LPP.

¹⁰⁴ Elle est biffée en cas de remboursement, avec l'accord de la caisse de pension (STAUFFER, Commentaire, N 24 ad art. 30d LPP, p. 449).

¹⁰⁵ Sur le montant qui doit être remboursé, cf. art. 30d al. 5 LPP. Pour plus de détails, cf. STAUFFER, Commentaire, N 16 ss ad art. 30d LPP, pp. 447 s. et N 11 s. ad art. 30e LPP, p. 455 ; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 994, p. 369.

res, à des rentes pour conjoint survivant et pour orphelins, l'institution de prévoyance doit être remboursée¹⁰⁶. Cette obligation tombe si l'institution de prévoyance avait autorisé la désignation de bénéficiaires spéciaux en applications de l'art. 20a LPP, que l'assuré avait fait usage de cette possibilité et que son décès ouvre effectivement un droit aux prestations pour ce ou ces bénéficiaires.

¹⁰⁶ Art. 30d al. 1 let. c LPP.

Art. 332

E. Droit sur des inventions et des designs

¹ Les inventions que le travailleur a faites et les designs qu'il a créés, ou à l'élaboration desquels il a pris part, dans l'exercice de son activité au service de l'employeur et conformément à ses obligations contractuelles, appartiennent à l'employeur, qu'ils puissent être protégés ou non.

² Par accord écrit, l'employeur peut se réserver un droit sur les inventions que le travailleur a faites et sur les designs qu'il a créés dans l'exercice de son activité au service de l'employeur, mais en dehors de l'accomplissement de ses obligations contractuelles.

³ Le travailleur qui a fait une invention ou créé un design visé à l'al. 2 en informe par écrit l'employeur ; celui-ci lui fait savoir par écrit dans les six mois s'il entend acquérir ou lui laisser l'invention ou le design.

⁴ Si l'invention ou le design n'est pas laissé au travailleur, l'employeur lui verse une rétribution spéciale équitable, compte tenu de toutes les circonstances, notamment de la valeur économique de l'invention ou du design, de la collaboration de l'employeur et de ses auxiliaires, de l'usage qui a été fait de ses installations, ainsi que des dépenses du travailleur et de sa situation dans l'entreprise.

E. Rechte an Erfindungen und Designs

¹ Erfindungen und Designs, die der Arbeitnehmer bei Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit und in Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten macht oder an deren Hervorbringung er mitwirkt, gehören unabhängig von ihrer Schutzfähigkeit dem Arbeitgeber.

² Durch schriftliche Abrede kann sich der Arbeitgeber den Erwerb von Erfindungen und Designs ausbedingen, die vom Arbeitnehmer bei Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit, aber nicht in Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten gemacht werden.

³ Der Arbeitnehmer, der eine Erfindung oder ein Design gemäss Absatz 2 macht, hat davon dem Arbeitgeber schriftlich Kenntnis zu geben ; dieser hat ihm innert sechs Monaten schriftlich mitzuteilen, ob er die Erfindung beziehungsweise das Design erwerben will oder sie dem Arbeitnehmer freigibt.

⁴ Wird die Erfindung oder das Design dem Arbeitnehmer nicht freigegeben, so hat ihm der Arbeitgeber eine besondere angemessene Vergütung auszurichten ; bei deren Festsetzung sind alle Umstände zu berücksichtigen, wie namentlich der wirtschaftliche Wert der Erfindung beziehungsweise des Designs, die Mitwirkung des Arbeitgebers, die Inanspruchnahme seiner Hilfspersonen und Betriebseinrichtungen, sowie die Aufwendungen des Arbeitnehmers und seine Stellung im Betrieb.

E. Diritti sulle invenzioni e sui design

¹ Le invenzioni e i design, tutelabili o no, che il lavoratore ha fatto o ai quali ha partecipato nello svolgimento della sua attività lavorativa e nell'adempimento dei suoi obblighi contrattuali, appartengono al datore di lavoro.

² Il datore di lavoro può, per accordo scritto, riservarsi l'acquisto delle invenzioni e dei design che il lavoratore ha fatto nello svolgimento della sua attività lavorativa ma non nell'adempimento dei suoi obblighi contrattuali.

³ Il lavoratore che ha fatto un'invenzione o un design conformemente al capoverso 2 deve informarne per scritto il datore di lavoro ; questi deve comunicargli per scritto entro sei mesi, se vuole acquistare l'invenzione rispettivamente il design oppure lasciarglieli.

⁴ Se l'invenzione o il design non sono lasciati al lavoratore, il datore di lavoro deve pagargli uno speciale equo compenso, determinato tenendo conto di tutte le circostanze, segnatamente il valore economico dell'invenzione rispettivamente del design, la cooperazione del datore di lavoro e dei suoi ausiliari, l'impiego degli impianti aziendali e le spese sopportate dal lavoratore nonché la sua situazione nell'azienda.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités		523
1. Portée et but de la norme		523
2. Nature de la norme et conditions d'application.....		524
3. Terminologie		524
II. Incidences de la typologie des inventions/designs concernés par l'art. 332 CO sur l'appartenance du droit au brevet.....		525
1. Les inventions de service et les inventions réservées.....		525
2. Particularités communes		525
3. Les inventions qui appartiennent au travailleur		525
III. Classification des inventions/designs de travailleurs.....		526
1. Les inventions de service.....		526
2. Les inventions occasionnelles réservées		527
3. Les inventions libres.....		529

Bibliographie spécifique

ANDERMATT ADRIAN E., Die arbeitsrechtliche zuordnung von immaterialgüterrechtlich geschützten Arbeitsergebnissen, in : RSJ 104 (2008), pp. 285 ss ; BLUM RUDOLF E. et PEDRAZZINI MARIO M., Das schweizerische Patentrecht, Kommentar zum Bundesgesetz vom 25. Juni 1954 betreffend die Erfindungspatente, 2^e éd., Berne 1975 ; CALAME THIERRY J., Die Berechtigung an der Erfindung, in : SIWR IV, Patentrecht und Know-how, Bâle 2006, pp. 171 ss ; DESSEMONTET FRANÇOIS, La propriété intellectuelle et les contrats de licence, 2^e éd., Lausanne 2011, pp. 215 ss ; HEINRICH PETER, PatG/EPÜ, Kommentar zum Schweizerischen Patentgesetz und den entsprechenden Bestimmungen des Europäischen Patentübereinkommens, Zurich 1998 ; MÜNCH PETER et HERZOG NICOLAS, in : BERTSCHINGER CHRISTOPH, MÜNCH PETER et GEISER THOMAS (édit.), Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Bâle et al. 2002, pp. 164 ss ; PEDRAZZINI MARIO M. et HILTI CHRISTIAN, Europäisches und Schweizerisches Patent- und Patentprozessrecht, Berne 2008 ; STIEGER WERNER, Zur Zuordnung der Rechte an immateriellen Arbeitsergebnissen nach schweizerischem Recht unter Berücksichtigung des II. Entwurfs für ein neues Urheberrechtsgesetz vom 19. Juni 1989, in : Festschrift RUDOLF E. BLUM, Zurich 1989, pp. 139 ss ; TISSOT NATHALIE, Commentaire romand de la propriété intellectuelle, ad art. 3 LBI, à

paraître en 2012 ; TROLLER KAMEN, Manuel du droit suisse des biens immatériels, 2^e éd., Bâle et al. 1996.

I. Généralités

1. Portée et but de la norme

Objet et but – L’art. 332 CO règle la question de l’appartenance du droit ¹ au brevet et du droit au design portant sur des créations réalisées par des employés dans le cadre d’un contrat de travail. Il introduit une dérogation au principe sinon généralement valable en droit de la propriété intellectuelle de la naissance du droit en la personne même du créateur du bien immatériel considéré (*Schöpferprinzip*)¹.

Champ d’application – Dans sa teneur actuelle, en vigueur depuis le 1^{er} juillet ² 2002, date de l’abrogation de l’ancienne loi fédérale sur les dessins et modèles industriels par l’actuelle loi fédérale sur la protection des designs du 5 octobre 2001², l’art. 332 CO s’applique indistinctement aux inventions et aux designs réalisés par des travailleurs³. L’abrogation de l’art. 332a CO et l’intégration de la réglementation concernant la création de designs par des employés dans l’art. 332 CO se sont imposées tant pour des motifs pratiques que juridiques. Le législateur a ainsi considéré qu’il n’existait plus de raison de traiter de manière différenciée les inventions et les designs, du point de vue de la titularité originaire des droits exclusifs s’y rapportant en relation avec leur création dans le cadre d’un contrat de travail, en particulier parce que plus rien ne permettait de considérer qu’un designer aurait un lien personnel et affectif plus fort avec sa création qu’un inventeur⁴. D’un point de vue pratique et économique aussi, l’employeur supportant le risque économique de la création⁵, l’adoption pour le design de la solution proposée jusque-là par l’art. 332 CO pour les inventions se justifiait. Le souci de veiller à conformer notre réglementation à celles d’Etats reconnus pour leur compétitivité dans le domaine de l’innovation en particulier (les Etats-Unis et le Japon notamment) a aussi motivé ce choix⁶.

¹ Voir dans ce sens, Message 2000 (LDes), § 2.2.4.4, ch. 2, p. 2622 ; pour une étude des relations entre le principe du créateur et l’art. 332 CO : cf. TISSOT, N 31-37 ad art. 3 LBI.

² RS 232.12, RO 2002 1456, FF 2001 5487-5502.

³ PORTMANN, BaK 2011, N 1 ad art. 332 CO, p. 2001.

⁴ Voir dans ce sens, Message 2000 (LDes), ad art. 7 P/LDes et § 2.2.4.4, ch. 2, p. 2622 ; PORTMANN, BaK 2011, N 1 ad art. 332 CO, p. 2001 ; WYLER, p. 373.

⁵ Message 2000 (LDes), § 2.2.4.4, ch. 2, p. 2622.

⁶ Message 2000 (LDes), § 2.2.4.4, ch. 2, p. 2622.

2. Nature de la norme et conditions d'application

Nature – L'art. 332 CO est de droit essentiellement dispositif, sauf en ce qui concerne son al. 4 qui est de droit relativement impératif⁷.

Conditions d'application – L'art. 332 CO ne s'applique qu'en présence d'une invention⁸, respectivement d'un design réalisé(e) dans le cadre de l'exécution d'un contrat de travail⁹. Il est en outre nécessaire, pour qu'on ait affaire à une invention/un design de service ou une invention/un design réservé(e), que la création en cause présente un lien logique étroit avec l'activité déployée par le travailleur au service de son employeur¹⁰. Lorsque ce lien logique étroit est donné, peu importe que l'invention ou le design ait été réalisé(e) pendant ou en dehors du temps de travail, au lieu de travail ou non¹¹. Il est par contre important que la réalisation ait été achevée avant la fin des rapports de travail, l'art. 332 CO ne s'appliquant à des créations intervenant après la fin du contrat que si leur achèvement a été repoussé à dessein¹².

3. Terminologie

Terminologie – Pour éviter toute ambiguïté, il est précisé que, vu l'assimilation qu'il convient d'effectuer des designs aux inventions concernant l'application de l'art. 332 CO, seul le terme d'invention sera utilisé dans le cadre de cette contribution. Il doit être compris « au sens large » comme se rapportant à la fois aux inventions et aux designs.

⁷ TISSOT, N 36 ad art. 3 LBI.

⁸ TISSOT, N 33 ad art. 3 LBI, en relevant que, vu le choix délibéré du législateur de traiter les designs de la même manière que les inventions, ce qui y est exposé concernant l'invention et sa nature vaut *mutatis mutandis* pour les designs, ainsi que cela ressort d'ailleurs de la lettre même de l'art. 332 al. 1 CO « [...] appartiennent à l'employeur *qu'ils [les inventions et les designs] puissent être protégés ou non* » ; PORTMANN, BaK 2011, N 3 ad art. 332 CO, p. 2002, soumet néanmoins l'application de la norme particulière de l'art. 332 CO au fait que la création considérée bénéficie d'une certaine exclusivité et renvoie sinon aux art. 321b al. 2 et 321a CO.

⁹ TISSOT, N 34 ad art. 3 LBI ; WYLER, p. 376. L'art. 332 CO ne concerne par contre pas les œuvres réalisées dans le cadre d'un contrat de travail, dont l'appartenance est, en cas de silence du contrat, fonction de ce que commande l'application de la théorie de la finalité si l'œuvre considérée n'est pas un logiciel, auquel cas l'art. 17 LDA s'applique, voir dans ce sens en particulier PORTMANN, BaK 2011, N 2 ad art. 332 CO, p. 2002.

¹⁰ TISSOT, N 35 ad art. 3 LBI.

¹¹ TF du 9 novembre 1983, c. 3, in : RSPI 1984 II, p. 262 ; PORTMANN, BaK 2011, N 5 et N 9 ad art. 332 CO, p. 2003 et p. 2004.

¹² TISSOT, N 35 ad art. 3 LBI et références citées ; DESSEMONTET, N 252, p. 215.

II. Incidences de la typologie des inventions/designs concernés par l'art. 332 CO sur l'appartenance du droit au brevet

1. Les inventions de service et les inventions réservées

Invention de service – L'art. 332 al. 1 CO indique que sont des inventions de service, celles qui ont été réalisées par un travailleur dans l'exercice de son activité au service de l'employeur et conformément à ses obligations contractuelles. Le droit au brevet appartient alors à titre originaire et *ex lege* à l'employeur¹³. 6

Invention réservée – Les inventions réservées sont occasionnelles ou fortuites, leur réalisation ne faisant pas partie des obligations contractuelles du travailleur. Le droit au brevet s'y rapportant peut appartenir à titre dérivé à l'employeur en vertu de la cession légale de l'art. 332 al. 2 CO si les conditions des al. 3 et 4 sont remplies. 7

2. Particularités communes

Obligations accessoires du travailleur – Les inventions de service et les inventions réservées comportent certains devoirs accessoires pour le travailleur comme l'obligation d'annoncer la réalisation de l'invention à son employeur pour lui permettre d'entreprendre les démarches nécessaires à la protection du droit au brevet¹⁴ ; l'obligation – partagée avec l'employeur – de conserver l'invention secrète, et l'obligation de collaborer à la procédure de dépôt d'une demande de brevet et d'enregistrement¹⁵. Ces obligations et celles réciproques de l'employeur de payer le salaire et une rétribution spéciale équitable si les conditions des al. 2 à 4 sont remplies perdurent après la fin des rapports de travail¹⁶. 8

3. Les inventions qui appartiennent au travailleur

Invention libre – En présence d'une invention libre, le droit au brevet demeure en la personne de l'inventeur, soit parce que l'invention ne comporte aucun lien avec l'activité déployée par le travailleur pour son employeur, soit parce que le contrat de travail ne contient pas de clause de réserve écrite la concernant. 9

¹³ TISSOT, N 37 ad art. 3 LBI ; PORTMANN, BaK 2011, N 5 et N 6 ad art. 332 CO, p. 2003.

¹⁴ KG/NW du 11 mars 2008, c. 4.2, in : sic ! 1/2010, p. 43 ; PORTMANN, BaK 2011, N 6 ad art. 332 CO, p. 2003.

¹⁵ TISSOT, N 36 ad art. 3 LBI et références citées.

¹⁶ TROLLER, pp. 471 et 475.

III. Classification des inventions/designs de travailleurs

1. Les inventions de service

- ¹⁰ **Obligation contractuelle d'inventer** – Les inventions de service correspondent au premier cas de figure envisagé par l'art. 332 CO. Le déploiement d'une activité inventive fait alors partie des devoirs du travailleur qui peut aussi être chargé d'autres tâches, et qui n'est pas tenu à une obligation de résultat¹⁷. L'obligation contractuelle d'inventer peut résulter d'une clause expresse du contrat ou être implicite et découler de la position du travailleur dans l'entreprise et de ses responsabilités, ainsi que de ses connaissances particulières du domaine technique dans lequel est déployée l'activité de l'entreprise¹⁸. Il convient dans tous les cas de s'attacher à la réalité des relations contractuelles pour déterminer si l'obligation d'inventer existe bien¹⁹. On ne saurait ainsi s'arrêter uniquement à la lettre même du contrat²⁰.
- ¹¹ **Acquisition originaire du droit au brevet** – Si l'obligation d'inventer est établie et que l'invention entre dans le domaine d'activité de l'entreprise (dont le but social comprendrait par exemple la réalisation de développements, ce qui serait un indice que les employés ont une obligation implicite d'inventer²¹)²², le droit au brevet appartient, sauf convention contraire, à titre originaire à l'employeur²³. Dès lors qu'il est investi du droit au brevet, l'employeur exerce ainsi seul les différentes prérogatives qui lui sont liées (décision de protéger l'invention par le dépôt d'une demande de brevet ou au contraire de la conserver secrète), et valorise seul l'invention²⁴. Il est toutefois tenu de respecter le droit à la mention de l'inventeur selon l'art. 5 LBI, puisque l'exception au principe de l'inventeur,

¹⁷ STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 7 ad art. 332 CO, p. 424.

¹⁸ CALAME, p. 195 ; HEINRICH, N 9 ad art. 3 LBI, p. 109 ; PORTMANN, BaK 2011, N 5 ad art. 332 CO, p. 2003 ; TROLLER, § 44.2.4.1, pp. 472 s.

¹⁹ STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 8 ad art. 332 CO, p. 424.

²⁰ KG/NW du 11 mars 2008, c. 4.2, in : sic ! 1/2010, p. 43.

²¹ KG/NW du 11 mars 2008, c. 4.2, in : sic ! 1/2010, p. 43 ; ATF 100 IV 167, JdT 1975 IV 108 (trad.).

²² HEINRICH, N 9 ad art. 3 LBI, p. 109.

²³ ANDERMATT, p. 288 ; AUBERT, CR 2012, N 6 ad art. 332 CO, p. 2058 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 5 ad art. 332 CO, p. 204 ; CALAME, p. 195 ; HEINRICH, N 9 ad art. 3 LBI, p. 108 ; PORTMANN, BaK 2011, N 6 et 7 ad art. 332 CO, p. 2003 ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 9 ad art. 332 CO, p. 425.

²⁴ CALAME, p. 197 ; PORTMANN, BaK 2011, N 7 ad art. 332 CO, p. 2003.

introduite par les art. 3 al. 1 LBI et 332 al. 1 CO, ne concerne que les aspects patrimoniaux des droits revenant à l'inventeur²⁵.

Aucune indemnité – Le travailleur qui réalise une invention de service n'a, sauf disposition contractuelle contraire, pas droit à une indemnité particulière additionnelle à son salaire²⁶. Sa rémunération couvre la prestation inventive déployée d'autant que, comme il n'est pas tenu à une obligation de résultat, le travailleur est rémunéré également lorsque son activité ne s'accompagne pas de la réalisation d'une invention, ou lorsque le succès économique de son invention n'est pas au rendez-vous²⁷. Le fait qu'un travailleur ait touché une indemnité complémentaire à son salaire n'est « pas un indice suffisant pour admettre que l'activité inventive ne faisait pas partie des obligations du travailleur » (traduction libre)²⁸.

12

2. Les inventions occasionnelles réservées

Hors obligations contractuelles – Les inventions occasionnelles réservées (art. 332 al. 2-4 CO) sont les inventions brevetables²⁹ dont la réalisation intervient bien pendant l'exercice de l'activité du travailleur au service de l'entreprise, mais sans qu'il en ait eu l'obligation contractuelle. L'exception au principe de l'inventeur (*Erfinderprinzip*) introduite par l'art. 332 al. 1 CO ne vaut pas les concernant, et l'employeur ne peut être investi du droit au brevet s'y rapportant qu'à titre dérivé.

13

Réserve écrite – L'art. 332 al. 2 CO prévoit qu'une clause écrite de réserve des droits de l'employeur sur ces inventions est nécessaire. Toutefois, la présence d'une telle clause dans le contrat n'oblige pas le travailleur à déployer une activité inventive³⁰. Il est généralement considéré qu'en cas de doute sur la portée de la clause, celle-ci doit être assimilée à une disposition à futur (*Vorausverfügung*) et qu'aucun acte ultérieur n'est nécessaire au transfert du droit au brevet³¹. Comme

14

²⁵ ANDERMATT, p. 288 ; CALAME, p. 195 et p. 196 ; MÜNCH/HERZOG, § 5.37, p. 177 ; PORTMANN, BaK 2011, N 7 ad art. 332 CO, p. 2003 ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 10 ad art. 332 CO, p. 426 ; STIEGER, § 2.4, p. 144 et § 2.7, p. 145 ; WYLER, p. 375.

²⁶ PORTMANN, BaK 2011, N 6 ad art. 332 CO, p. 2003.

²⁷ CALAME, pp. 197 s. ; HEINRICH, N 9 ad art. 3 LBI, p. 109 ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 11 ad art. 332 CO, p. 426 qui évoque néanmoins certains cas exceptionnels dans lesquels un travailleur pourrait prétendre à une indemnité complémentaire.

²⁸ HEINRICH, N 9 ad art. 3 LBI et jurisprudence citée, p. 109.

²⁹ BLUM/PEDRAZZINI, N 15 ad art. 3 LBI, p. 299 ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 18 ad art. 332 CO, p. 431.

³⁰ CALAME p. 199 ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 13 ad art. 332 CO, p. 428.

³¹ ANDERMATT, p. 289 ; CALAME, p. 199 ; *contra* : MÜNCH/HERZOG, § 5.40, p. 178 ; voir sur les conséquences de ce que la clause de réserve est assimilée à un acte de disposition à futur (*Vorausverfügung*) plutôt qu'à un acte générateur d'une obligation de transférer le droit au brevet (*Verpflichtungsgeschäft*) : PORTMANN, BaK 2011, N 10 ad art. 332 CO, p. 2004.

le transfert du droit au brevet n'est pas soumis au respect de la forme écrite³², on peut se demander si l'exigence d'une telle clause de réserve expresse dans le contrat de travail conserve son sens. La tentation est grande de considérer que non, en particulier si l'application de la théorie de la finalité au contrat de travail permet de déduire que les parties ont conclu ce contrat dans le but de déroger au principe de l'inventeur au cas où le travailleur viendrait à réaliser une invention sans y être tenu³³.

- 15 **Acquisition dérivée du droit au brevet** – L'employeur ne sera investi à titre dérivé du droit au brevet que s'il déclare le vouloir par écrit³⁴. Lorsque la clause de réserve est un acte de disposition à futur, le transfert du droit au brevet intervient dès l'exercice du droit d'option, même si les parties ne se sont pas encore entendues sur le montant de l'indemnité³⁵. Le délai de 6 mois dont dispose l'employeur pour exercer son droit d'option est un délai de péremption (*Verwirkungsfrist*)³⁶.
- 16 **Versement d'une rétribution spéciale équitable** – Le montant de l'indemnité est indépendant de la valeur économique, du succès et de la valorisation ou non de l'invention³⁷. L'indemnité n'est ainsi pas un prix d'achat de l'invention, mais plutôt un élément complémentaire au salaire permettant de mettre l'employé dans « la même situation que celle qui aurait été la sienne dans le cadre d'une invention de service pour laquelle il aurait perçu un salaire » (traduction libre)³⁸. Les parties ne peuvent convenir contractuellement que l'indemnité équitable de l'al. 4 de l'art. 332 CO est comprise dans le salaire versé au travailleur, que s'il est avéré que ce « salaire aurait été, sans la clause de réserve, fixé à un montant nettement plus bas et que la différence est si importante qu'elle correspond à une indemnité équitable » (traduction libre)³⁹.

³² TISSOT, N 19 ad art. 3 LBI.

³³ Dans ce sens, HEINRICH, N 13 et N 14 ad art. 3 LBI, pp. 110 s. ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 13 ad art. 332 CO, p. 428, préconise lui un respect strict de la forme écrite pour les clauses de réserve.

³⁴ PORTMANN, BaK 2011, N 10 ad art. 332 CO, p. 2004 ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 14 et N 16 ad art. 332 CO, p. 429 ; WYLER, p. 377 ; selon CALAME, pp. 199-200 : la forme écrite n'est ici, comme pour l'annonce de l'invention par le travailleur, pas nécessaire mais utile pour des raisons de preuves.

³⁵ STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 17 ad art. 332 CO, pp. 430-431.

³⁶ PORTMANN, BaK 2011, N 10 ad art. 332 CO, p. 2004.

³⁷ PEDRAZZINI/HILTI, § 8.6.2, p. 214 ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N19 ad art. 332 CO, p. 432.

³⁸ STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 20 ad art. 332 CO, p. 432 ; CALAME, p. 200 ; *contra* : PORTMANN, BaK 2011, N 11 ad art. 332, p. 2004, pour qui le droit à l'indemnité n'est pas un salaire et se prescrit selon les art. 127 ou 128 al. 1 CO, mais pas selon l'art. 128 al. 3 CO.

³⁹ CALAME, p. 200.

3. Les inventions libres

Indépendantes de l'activité du travailleur – Les inventions libres n'ont pas de lien avec l'activité déployée par le travailleur pour son employeur. Ce sont notamment celles qui n'ont rien à voir avec le domaine d'activité de l'entreprise⁴⁰, ou qui présentent un lien avec cette activité, mais sans que l'employée n'ait eu l'obligation contractuelle de les réaliser et sans que le contrat ne comporte de réserve écrite les concernant⁴¹. Elles appartiennent à l'inventeur qui est investi du droit au brevet s'y rapportant selon les principes habituels du droit des biens immatériels⁴².

Obligation d'annonce – Selon les circonstances, et en particulier si l'invention présente un lien quelconque avec l'activité de l'entreprise (et pas du travailleur au service de l'entreprise)⁴³, le travailleur peut, en vertu de son devoir général de diligence et de fidélité vis-à-vis de son employeur, être tenu de lui annoncer la réalisation de son invention⁴⁴ ; en particulier pour lui permettre de vérifier qu'il s'agit bien d'une invention libre dans le cas où le contrat comporterait une clause de réserve.

Droit de préemption – La doctrine est partagée⁴⁵ quant à la question de savoir si un travailleur peut être tenu de proposer la valorisation de ces inventions à son employeur. L'argument selon lequel la réglementation particulière de l'art. 332 CO l'emporte sur le devoir général de fidélité de l'art. 321a CO et épuise la question du droit au brevet dans le cadre des rapports de travail est convaincant⁴⁶. Il paraît néanmoins équitable qu'à défaut d'être généralement obligé de proposer à son employeur la valorisation de ses éventuelles inventions libres, le travailleur soit tenu en vertu de son devoir de fidélité « d'offrir l'invention à son employeur avant son exploitation par un tiers, et de la lui laisser à offre égale » (traduction libre)⁴⁷ ; en tout cas si l'invention relève d'un domaine d'activité proche de celui de l'employeur⁴⁸. Un transfert du droit au brevet sur de telles inventions ne sau-

⁴⁰ HEINRICH, N 15 ad art. 3 LBI, p. 111 ; PORTMANN, BaK 2011, N 14 ad art. 332 CO, p. 2005.

⁴¹ BLUM/PEDRAZZINI, N 14 ad art. 3 LBI, p. 298 ; CALAME, p. 200 ; DESSEMONTET, N 254, p. 217.

⁴² TISSOT, N 1-6 ad art. 3 LBI ; HEINRICH, N 15 ad art. 3 LBI, p. 111.

⁴³ PORTMANN, BaK 2011, N 12 ad art. 332 CO, pp. 2004-2005.

⁴⁴ CALAME, p. 201 ; PORTMANN, BaK 2011, N 12 ad art. 332 CO, p. 2004.

⁴⁵ En faveur : CALAME, p. 201, et PORTMANN, BaK 2011, N 13 ad art. 332 CO, p. 2005 ; *contra* : STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 22 ad art. 332 CO, p. 433.

⁴⁶ STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 22 ad art. 332 CO, p. 433.

⁴⁷ STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 22 ad art. 332 CO, p. 434 ; DESSEMONTET, N 254, p. 217.

⁴⁸ CALAME, p. 201 ; *contra* : BLUM/PEDRAZZINI, N 14 ad art. 3 LBI, p. 299.

rait intervenir sans le versement d'une indemnité⁴⁹ qui devrait correspondre à un réel prix d'achat de l'invention, conforme au marché et non assimilable à un salaire⁵⁰.

⁴⁹ CALAME, p. 202 ; PORTMANN, BaK 2011, N 13 ad art. 332 CO, p. 2005.

⁵⁰ CALAME, p. 201 ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 23 ad art. 332 CO, p. 434.

Art. 333

F. Transfert des rapports de travail 1. Effets

¹ Si l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations qui en découlent, au jour du transfert, à moins que le travailleur ne s'y oppose.

^{1bis} Si les rapports de travail transférés sont régis par une convention collective, l'acquéreur est tenu de la respecter pendant une année pour autant qu'elle ne prend pas fin du fait de l'expiration de la durée convenue ou de sa dénonciation.

² En cas d'opposition, les rapports de travail prennent fin à l'expiration du délai de congé légal ; jusque-là, l'acquéreur et le travailleur sont tenus d'exécuter le contrat.

³ L'ancien employeur et l'acquéreur répondent solidairement des créances du travailleur échues dès avant le transfert jusqu'au moment où les rapports de travail pourraient normalement prendre fin ou ont pris fin par suite de l'opposition du travailleur.

⁴ Au surplus, l'employeur ne peut pas transférer à un tiers les droits découlant des rapports de travail, à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte des circonstances.

F. Übergang des Arbeitsverhältnisses 1. Wirkungen

¹ Überträgt der Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten, so geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt.

^{1bis} Ist auf das übertragene Arbeitsverhältnis ein Gesamtarbeitsvertrag anwendbar, so muss der Erwerber diesen während eines Jahres einhalten, sofern er nicht vorher abläuft oder infolge Kündigung endet.

² Bei Ablehnung des Überganges wird das Arbeitsverhältnis auf den Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist aufgelöst ; der Erwerber des Betriebes und der Arbeitnehmer sind bis dahin zur Erfüllung des Vertrages verpflichtet.

³ Der bisherige Arbeitgeber und der Erwerber des Betriebes haften solidarisch für die Forderungen des Arbeitnehmers, die vor dem Übergang fällig geworden sind und die nachher bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder bei Ablehnung des Überganges durch den Arbeitnehmer beendet wird.

⁴ Im übrigen ist der Arbeitgeber nicht berechtigt, die Rechte aus dem Arbeitsverhältnis auf einen Dritten zu übertragen, sofern nichts anderes verabredet ist oder sich aus den Umständen ergibt.

F. Trasferimento del
rapporto di lavoro
1. Effetti

¹ Se il datore di lavoro trasferisce l'azienda o una parte di essa a un terzo, il rapporto di lavoro passa con tutti i diritti e gli obblighi all'acquirente al momento del trasferimento dell'azienda, in quanto il lavoratore non vi si opponga.

^{1bis} Se al rapporto di lavoro oggetto del trasferimento è applicabile un contratto collettivo, l'acquirente è tenuto ad osservarlo per un anno, sempreché non cessi prima per scadenza o disdetta.

² Nel caso di opposizione, il rapporto di lavoro è sciolto alla scadenza del termine legale di disdetta; sino a tale momento, l'acquirente dell'azienda e il lavoratore sono tenuti ad adempiere il contratto.

³ Il precedente datore di lavoro e l'acquirente dell'azienda rispondono solidalmente dei crediti del lavoratore divenuti esigibili prima del trasferimento e dopo sino al momento in cui il rapporto di lavoro possa essere sciolto normalmente od è sciolto per opposizione del lavoratore al trasferimento.

⁴ Per altro, il datore di lavoro non può trasferire a un terzo i diritti derivanti dal rapporto di lavoro, in quanto il contrario non risulti da un accordo o dalle circostanze.

Table des matières

	note marginale	page
I. Généralités	1	534
1. Objet, but, nature et origine de la norme.....	1	534
2. Systématique.....	4	536
3. Relations avec le droit européen	7	537
II. Notions d'entreprise et de transfert d'entreprise.....	9	537
III. Transfert automatique des rapports de travail – maintien des droits	16	542
IV. Opposition du travailleur.....	20	544
V. Convention collective de travail.....	24	546
VI. Responsabilité solidaire.....	25	546
VII. Transfert individuel du travailleur.....	29	548
VIII. Résiliation des rapports de travail et sanctions.....	31	549

Bibliographie spécifique

AUBERT GABRIEL, Insolvenze et transfert d'entreprise : A propos de l'art. 333 CO, in : Insolvenze, désendettement et redressement : Etudes réunies en l'honneur de Louis Dallèves, Professeur à l'Université de Genève, Bâle/Genève/Munich 2000, pp.9-15 (citè : Insolvenze); AUBERT GABRIEL, La nouvelle réglementation des licenciements collectifs et des transferts d'entreprises, in : Journée 1994 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1995, pp.87-130 (citè : Réglementation); BACHMANN ROLAND, Verdeckter Personalverleih : Aspekte zur rechtlichen Ausgestaltung, zur Bewilligungspflicht, zum Konzernverleih und zum Verleih mit Auslandsberührung, in : ArbR 2010, pp. 53-97 (citè : Personalverleih); BACHMANN ROLAND, Das Arbeitsverhältnis im Konkurs des Arbeitgebers, thèse, Berne 2004; BAISCH RAINER, Arbeitnehmerschutz bei M&A Transaktionen und Sanierungen, in : Jusletter 20 juin 2011; BALZAN MARIE-CHRISTINE, La protection des données des travailleurs dans la due diligence, in : WYLER, Panorama II, pp.3-20; BAUMANN ROBERT, Die Übertragung von Arbeitnehmerdaten bei

Betriebsübergängen, in : PJA 2004, pp. 638-648 ; BAUMGARTNER URS et WILDHABER ISABELLE, Ausgewählte arbeitsrechtliche Fragestellungen im Fusionsgesetz, in : PJA 2008, pp. 1085-1094 ; BERSIER ERIC, Transfert d'entreprise et prévoyance professionnelle, in : WYLER, Panorama I, pp. 687-701 ; CAMPONOVO RICO, Übernahme von Arbeitsverhältnissen gemäß Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen : Möglichkeiten und Grenzen im Lichte des Arbeits- und Konkursrechts, in : ECS 1998, pp. 1417-1422 ; CHENAUX JEAN-LUC et WENIGER OLIVIER, Transfert de patrimoine à titre universel ou singulier : un dilemme ?, in : ICONE – Institut de consultation notariale, Conférence du 16 novembre 2006, pp. 3-33 ; DENZLER BEAT, Zur Tragweite von Art. 333 OR : ATF 123 III 466 ff., in : recht 1998, pp. 66-74 ; GEISER THOMAS, Arbeitsrechtliche Fragen bei Sanierungen, in : Sanierung der AG, Zurich/Bâle/Genève 2003, pp. 145-190 (cité : Sanierungen) ; GENOUD RACHEL, Transfert des rapports de travail lors de transmissions d'entreprises : Des progrès importants apportés par le nouveau droit, in : ECS 2004, pp. 521-524 ; HOFSTETTER HANS, Anwendbarkeit von Art. 333 OR in Sanierungssituationen, insbesondere im Nachlass- und Konkursverfahren – Tendenzen in Lehre und Praxis, in : PJA 2003, pp. 153-159 ; HOFSTETTER HANS, Zur Anwendbarkeit von Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen oder « Von der Kunst, über die eigenen Beine zu stolpern », in : PJA 1998, pp. 926-932 ; HOLDERMANN BERNARD, Die Übergang des Arbeitsverhältnisses nach schweizerischem Recht, in : ArbR 1991, pp. 41-62 ; KARAGJOZI ENDRIT, Les transferts d'entreprises en droit du travail : Etude comparative des droits communautaire, britannique, français et suisse, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2003 ; KOLLER THOMAS et GRABER MICHAEL, Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008 veröffentlicht in Band 134 (BE), in : ZBJV 2010, pp. 1082-1109 ; KREUTZ DENISE, Sozialpläne – Zweck, Inhalt und Auswirkungen in einem Nachlassstundungs- bzw. Konkursverfahren, in : Jusletter 21 février 2011 ; LICCI SARA et PÄRLI KURT, Kündigungsschutz im Wandel – quo vadis ?, in : Jusletter 20 juin 2011 ; LORANDI FRANCO, Vorgeschlagene Änderungen zum Sanierungsrecht, in : BISchK 2011, pp. 95-108 ; MARCHAND SYLVAIN et HARI OLIVIER, Le sursis concordataire, vecteur de transfert des entreprises commerciales, in : Droit des sociétés : Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin, Bâle/Genève/Munich 2006, pp. 99-116 ; MEIER KURT, Betriebsübergang im Nachlass und Konkurs, in : plädoyer 2003, pp. 26-35 ; MERGNER-DAL VESCO ERICA, Die Übertragung des Vertrages unter besonderer Berücksichtigung des Sozialschutzes im Arbeits- und Mietvertragsrecht : Ein Rechtsvergleich zwischen der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Italien, thèse, Bâle 1989 ; OPPLIGER DAMIEN et MIRRA SILVIO, Le licenciement opéré en raison d'un transfert d'entreprise – réflexions sur l'ATF 136 III 552 à la lumière du droit européen, in : Jusletter 26 mars 2012 ; PIETRUSZAK THOMAS, Betriebsübergang bei Arbeitsverhältnissen im Konzern : Urteil des EuGH vom 21. Oktober 2010 Rs C-242/09 (« Albrón Catering ») und die Rechtslage in der Schweiz, in : DTA 2011, pp. 23-27 ; PROBST THOMAS, Le droit privé suisse face au droit communautaire européen : l'exemple de l'art. 333 CO, in : RJN 2001, pp. 105-113 ; SPÜHLER KARL et INFANGER DOMINIK, Betriebsübergänge und Arbeitsverträge in der Zwangsvollstreckung – Anwendung von Art. 333 OR im Konkurs und Nachlassvertrag ?, in : Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel : Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Bâle/Genève/Munich 2000, pp. 225-232 ; STAEHELIN ADRIAN, Anwendbarkeit von Art. 333 Abs. 3 OR bei Erwerb eines Betriebes aus dem Konkurs des früheren Inhabers : Besprechung von BGE 129 III 335, I. Zivilabteilung, Urteil vom 25. März 2003 (4C.316/2002), in : DTA 2003, pp. 216-218 ; STAUFFER HANS-ULRICH, Insolvenzsenschädigung gemäß Art. 51 AVIG : Verhältnis zu Art. 333 OR (Übergang des Arbeitsverhältnisses bei Firmenübernahmen), in : PJA 2011, pp. 1222-1224 ; STÖCKLI KURT, Konsequenzen eines Betriebsübergangs : Dargestellt am Beispiel von Swisscargo AG in Nachlassliquidation, in : ECS 2005, pp. 485-488 (cité : Konsequenzen) ; STÖCKLI KURT, Neues vom Bundesgericht zum Art. 333 OR : Zum BGer-Urteil 4C.316/2002 vom 25.3.03 : « Übergang des Arbeitsverhältnisses », in : ECS 2003, pp. 761-762 (cité : Bundesgericht) ; SUFFERT

CHRISTIAN, Schutz des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang : Ein Vergleich der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland, thèse, Zurich 1999 ; VISCHER DANIEL, Der Fall Swissair und Art. 333 OR, in : Symposium für Frank Vischer, Bâle 2005, pp. 90-102 ; VISCHER FRANK, MARTINI CLAUDIA K. et MÜLLER ROLAND M., Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2^e éd., Zurich 2012 (cité : VISCHER et al., ZK-FusG) ; WILDHABER ISABELLE, Kündigung von Arbeitnehmervertretern aus wirtschaftlichen Gründen, in : Jusletter 2 juillet 2012 (cité : Kündigung) ; WILDHABER ISABELLE, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Zurich/Bâle/Genève 2011 (cité : Arbeitsrecht) ; WILDHABER ISABELLE, Aktienoptionen und deren Verfallsklauseln bei Betriebsübergang, in : RSDA 2008, pp. 17-26 (cité : Aktienoptionen) ; WILDHABER ISABELLE, Der Übergang von Arbeitsverhältnissen bei Umstrukturierungen unter Beteiligung öffentlicher Unternehmen (Privatisierungen, verwaltungs-interne Umstrukturierungen, Verstaatlichungen), in : ZBJV 2008, pp. 525-552 (cité : Umstrukturierungen) ; WILDHABER ISABELLE, Die Streitfrage um einen besonderen Kündigungsschutz bei Betriebsübergang, in : RSJ 2008, pp. 185-194 (cité : Streitfrage) ; WILDHABER ISABELLE, Die Weitergeltung des GAV bei Umstrukturierungen (asset deals, Fusionen, Spaltungen, Vermögensübertragungen), in : DTA 2008, pp. 165-180 (cité : GAV) ; WYLER RÉMY, Droit du travail : Chronique, in : JdT 2011, pp. 203-225 (cité : Chronique) ; WYLER RÉMY, Le droit du travail à l'épreuve de la LFus – Analyse de quelques points controversés, in : Les restructurations en droit des sociétés, du travail et international privé, Zurich/Bâle/Genève 2010, pp. 223-250 (cité : LFus) ; WYLER RÉMY, L'étendue des pouvoirs de la représentation des travailleurs, in : 300 ans d'enseignement du droit à Lausanne, Zurich/Bâle/Genève 2010, pp. 403-420 (cité : Représentation).

I. Généralités

1. Objet, but, nature et origine de la norme

- 1 **Objet et but** – Sous le titre marginal « Transfert des rapports de travail », les art. 333 et 333a CO tendent à régler les modalités et les conséquences sur les rapports de travail d'un transfert d'entreprise de l'employeur. Le but premier de ces dispositions est d'assurer aux travailleurs le maintien de leurs droits en cas de changement de chef d'entreprise, soit en cas de transfert d'entreprise ou de partie d'entreprise à un tiers¹. Dans l'esprit du législateur, la poursuite des relations de travail doit être garantie aux travailleurs et ne pas dépendre d'un accord entre le transférant et le reprenant². L'art. 333 al. 1 CO pose ainsi le principe que le transfert d'entreprise emporte automatiquement celui des rapports de travail. Les art. 333 et 333a CO prévoient également une exception au transfert en cas d'opposition du travailleur : pour compléter le dispositif de protection, l'oppo-

¹ Message 1992, p. 393. Cf. ég. Préambule de la Directive du Conseil du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements (77/187/CEE) ; LORANDI, pp. 104 s. ; WILDHABER, Arbeitsrecht, pp. 70-72.

² En ce sens, ATF 137 III 487, c. 4.5 (« die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer beim Betriebsübergang zu wahren »). Cf. aussi ATF 137 V 463, c. 5.2. En droit européen, cf. not. CJUE du 20 janvier 2011, aff. 463/09, Rec. 2011 I 00095, N 38.

sition vise à « faire dépendre le transfert des rapports de travail, avec tous les droits et obligations qui en découlent, de la seule volonté du travailleur »³.

Nature – Sous réserve de l'art. 333 al. 3 CO, disposition énumérée à l'art. 362 CO comme relativement impérative, les art. 333 et 333a CO ne sont pas inventoriés au rang des dispositions impératives. Le caractère impératif de certains alinéas de ces dispositions est toutefois controversé en doctrine⁴.

Origine et évolution – Les art. 333 et 333a CO sont nés de l'adaptation du droit suisse au droit communautaire⁵. Lors de la révision entrée en vigueur le 1^{er} mai 1994, l'art. 333 CO a été profondément modifié, et un nouvel art. 333a CO a été introduit⁶. La révision a créé le principe du transfert automatique, qui ne dépend plus du consentement de l'acquéreur de l'entreprise⁷, ainsi que le principe du maintien des relations de travail⁸.

Le projet de révision du droit de l'assainissement propose l'introduction d'un art. 333b CO⁹. Il vise à dissiper l'insécurité juridique¹⁰ qui règne dans le cadre de transferts d'entreprises soumises à des procédures d'assainissement¹¹. En dépit des critiques suscitées d'emblée par le projet, les travaux parlementaires sur le droit de l'assainissement se poursuivent¹².

³ ATF 132 III 32, c. 4.2.2.2 = JdT 2006 I 257 = SJ 2006 I 193 ; autrement dit, ne pas « limiter sensiblement la liberté du travailleur en ce qui concerne la prolongation du contrat avec le nouvel employeur » : Message 1967, p. 288.

⁴ Cf. *infra* les développements relatifs à chaque alinéa.

⁵ Message 1992, p. 390.

⁶ Cf. Message 1993, p. 942. Le projet de modification de l'art. 333 CO a été repris du précédent projet présenté avec l'Accord EEE, alors que l'art. 333a CO a été proposé dans le cadre du projet consécutif au rejet de l'Accord EEE ; cf. Message 1993, pp. 832 s.

⁷ Cf. Message 1992, pp. 395 s. Sous l'ancien droit, le transfert des rapports de travail à l'acquéreur n'était possible que si ce dernier s'y engageait, ce qui posait des problèmes acrus si cet engagement n'était pas pris : les contrats de travail continuaient à lier les travailleurs à l'aliénateur et devaient être résiliés selon les délais contractuels ou légaux ; l'exécution normale du travail devenait souvent impossible (art. 324 CO).

⁸ Message 1992, pp. 396 s.

⁹ Projet de loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, FF 2010 5921-5936, 5933 : « Lorsque l'entreprise ou une partie de celle-ci est transférée à un tiers durant un sursis concordataire dans le cadre d'une faillite ou dans celui d'un concordat par abandon d'actifs, les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations qui en découlent si ce transfert a été convenu avec l'acquéreur et que le travailleur ne s'y oppose pas. Pour le reste, les art. 333 et 333a CO sont applicables par analogie ». Cf. ég. WILDHABER, Arbeitsrecht, pp. 450-455.

¹⁰ Cf. *infra* N 15.

¹¹ Message 2010, p. 5909.

¹² Cf. communiqué de presse du 16 novembre 2011, « <http://www.parlament.ch/f/mm/2011/Pages/mm-rk-s-2011-11-16.aspx> » (consulté le 12 septembre 2012) ; BO CN 2011 N 1818. Cf. ég. communiqué de presse du 24 janvier 2012, « <http://www.parlament.ch/f/mm/2012/>

2. Systématique

- 4 **Systématique par rapport aux autres dispositions de la loi** – Les art. 333 et 333a CO font l'objet d'un titre spécifique au sein des dispositions relatives au contrat individuel de travail. Placés juste avant les articles relatifs à la fin des rapports de travail, ils règlent une hypothèse particulière de continuité, ou, cas échéant, de fin prématurée de la relation de travail. L'hypothèse de reprise des rapports de travail en cas du décès de l'employeur ne tombe pas dans le champ de l'art. 333 CO, mais est réglée spécifiquement à l'art. 338a CO¹³ : il y a transfert du contrat de travail aux héritiers, selon les dispositions relatives au transfert d'entreprise, applicables par analogie (al. 1) ; si le contrat est conclu essentiellement en considération de la personne de l'employeur, il prend fin au décès de ce dernier (al. 2)¹⁴.
- 5 **Systématique interne de la disposition** – A son al. 1, l'art. 333 CO pose le principe du transfert des rapports de travail en cas de cession de tout ou partie d'une entreprise à un tiers ; les conséquences de son exception, soit l'opposition du travailleur, sont réglées à l'al. 2. L'al. 1^{bis} prévoit le maintien des dispositions résultant de CCT applicables, alors que l'al. 3 instaure une responsabilité entre l'ancien et le nouvel employeur à des fins de protection des créances du travailleur. L'al. 4 réserve l'hypothèse d'un transfert individuel du travailleur. Quant à l'art. 333a CO, il règle la procédure applicable en matière d'information et de consultation des travailleurs.
- 6 **Systématique par rapport à d'autres lois** – Outre certaines dispositions générales du CO auxquelles l'art. 333 CO peut être rapproché¹⁵, l'art. 333a CO doit être lu et appliqué conformément à la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises¹⁶. Lorsque les restructurations impliquent des transferts d'entreprises, la LFus renvoie expressément aux art. 333 et 333a CO¹⁷.

Pages/mm-rk-s-2012-01-24.aspx » (consulté le 12 septembre 2012) ; débats du Conseil des Etats du 31 mai 2012, BO CE 2012 351-363, spécialement 355-357.

¹³ KARAGJOZI, p. 25.

¹⁴ Par exemple pour un chauffeur particulier ou une gouvernante ; WYLER, p. 526 et les références citées. Cf. toutefois TF 4D_84/2008 du 5 novembre 2008, c. 3.3, pour une gouvernante et un « homme à tout faire ».

¹⁵ Cf. art. 143 ss CO (solidarité) s'agissant de l'art. 333 al. 3 CO, ou art. 164 CO (cession de créances) pour l'art. 333 al. 4 CO.

¹⁶ LParticipation ; cf. ad art. 333a CO.

¹⁷ Art. 27, 49, 76, respectivement art. 28, 50 par le biais de l'art. 28 et 77 LFus. Cf. *infra* N 13 s'agissant des cas de fusions, scissions, transformations et transferts de patrimoine.

3. Relations avec le droit européen

Contexte – Conçus à l'origine dans la perspective de l'entrée de la Suisse dans l'EEE, les art. 333 et 333a CO ont été introduits consécutivement au rejet par la Suisse de l'Accord EEE en votation populaire. Le législateur visait à intégrer en droit suisse la réglementation prévue dans la directive européenne en vigueur à l'époque, soit la Directive 77/187/CEE du 14 février 1977, et ainsi à créer l'obligation pour le reprenant de maintenir les conditions de travail.

Eurocompatibilité – Le droit suisse n'a pas été adapté à la Directive 2001/23/CE, qui règle désormais la matière en droit européen. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'existait aucune obligation pour les tribunaux suisses de tenir compte de la jurisprudence européenne¹⁸, mais qu'il se justifiait néanmoins de prendre en considération « le résultat de l'évolution du droit européen »¹⁹.

II. Notions d'entreprise et de transfert d'entreprise

Droit européen – Selon la Directive, « est considéré comme transfert [...] celui d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire »²⁰. Font notamment partie des circonstances de fait devant être prises en considération le type d'entreprise, le transfert d'éléments corporels, la valeur de ceux-ci, la reprise de l'essentiel des effectifs, le transfert de la clientèle, le degré de similarité des activités, ou encore la durée éventuelle de suspension de l'activité²¹.

Notion d'entreprise et de partie d'entreprise – Le Tribunal fédéral définit ici l'entreprise comme une unité de production organisée de manière durable, formant un tout et qui participe de manière indépendante à la vie économique²². La notion se distingue de celle de l'art. 1 al. 2 LTr^{23,24}. Quant à la partie d'entreprise,

¹⁸ ATF 137 III 226, c. 2.2 = JdT 2011 II 431 = SJ 2011 I 4651, s'agissant de la LRFP.

¹⁹ ATF 132 III 32, c. 4.1 = JdT 2006 I 257 = SJ 2006 I 193. Cf. ég. AUBERT, CR 2012, N 1 ad art. 333 CO, p. 2060 ; WYLER, pp. 397 s. Pour certains auteurs, le droit matériel étranger ne doit pas être imposé aux parties, en particulier après 1993 : SUBILIA/DUC, N 2 ad art. 333 CO, p. 469. Cf. aussi PORTMANN, BaK 2011, N 2 ad art. 333 CO, p. 1939.

²⁰ Art. 1 § 1 let. b Directive 2001/23/CE.

²¹ CJCE, du 15 décembre 2005, aff. C-232/04, Rec. 2005 I 11237, N 33.

²² ATF 129 III 335, c. 2.1, JdT 2003 II 75 (trad.) ; TF 4C.50/2003 du 25 avril 2002, c. 1b. Cf. aussi PORTMANN, BaK 2011, N 3 ad art. 333 CO, p. 1939 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 333 CO, p. 828 ; WILDHABER, Arbeitsrecht, p. 75.

²³ « Il y a entreprise selon la loi lorsqu'un employeur occupe un ou plusieurs travailleurs de façon durable ou temporaire, même sans faire usage d'installations ou de locaux particu-

elle correspond à une unité de production organisée et dépourvue d'indépendance économique²⁵. Il peut s'agir d'un champ d'activité qui n'a, pour l'entreprise transférante, qu'un intérêt secondaire et qui n'est pas nécessairement en lien avec le but de l'entreprise²⁶.

- 11 **Notion de transfert d'entreprise** – Il y a transfert d'entreprise lorsque l'entité organisée²⁷ est transférée, mais conserve pour l'essentiel son identité, soit son but social, son organisation et son caractère individuel ; l'exploitation, ou une partie de celle-ci doit être effectivement poursuivie par le nouveau chef d'entreprise²⁸. Selon le Tribunal fédéral, suivi par la doctrine dominante, un lien juridique entre le cédant et le reprenant n'est pas nécessaire²⁹. Seul « [e]st déterminant à cet égard le fait que l'acquéreur poursuive ou reprenne effectivement une activité économique identique ou similaire »³⁰. L'appréciation doit reposer sur l'ensemble des faits et des circonstances de l'opération. La reprise puis l'exercice effectif de l'essentiel des activités ainsi que la reprise de contrats conclus avec des tiers constituent à cet égard des éléments importants, voire décisifs³¹. Tombent également sous le coup de l'art. 333 CO les transferts d'une partie seulement de l'entreprise, notamment en cas de transfert partiel portant sur une activité accessoire de l'entreprise cédante, sans nécessairement un rapport avec son objet social, pour autant que la partie soit identifiable et conserve son identité³².

ers ». La définition se fonde, dans la LTr, sur l'existence de rapports de travail ; PORTMANN, BaK 2011, N 3 ad art. 333 CO, p. 1939.

²⁴ Elle doit également, à notre sens, être distinguée de celle de l'art. 2 let. b ORC : « entreprise : une activité économique indépendante exercée en vue d'un revenu régulier » ; ce n'est pas l'activité exercée qui est déterminante (cf. ég. art. 934 CO).

²⁵ ATF 129 III 335, c. 2.1, JdT 2003 II 75 (trad.).

²⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 333 CO, p. 829.

²⁷ Pour les cas d'entreprises publiques, cf. not. WILDHABER, Arbeitsrecht, pp. 121-144.

²⁸ ATF 136 III 552, c. 2.1 = SJ 2011 I 34 ; ATF 129 III 335, c. 2.1, JdT 2003 II 75 (trad.) ; TF 4C.193/2004 du 30 juillet 2004, c. 2.1 ; AUBERT, CR 2012, N 14 ad art. 333 CO, p. 2060 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 333, p. 424 ; GEISER, Sanierungen, pp. 156 s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 333 CO, p. 833. Cette définition va dans le sens de celle exposée dans le Message : Message 1992, pp. 393 s.

²⁹ ATF 137 III 487, c. 4.4 ; CCiv TC/VD, du 15 décembre 2010, c. 4b) bb), JdT 2011 III 152 ; TF 4A_531/2008 du 4 février 2009, c. 2.2 ; AUBERT, Réglementation, p. 110 ; GENOUD, p. 521 ; PORTMANN, BaK 2011, N 7 ad art. 333 CO, pp. 1939 s. ; *contra* : STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 333 CO, p. 830. Pour une critique, cf. ég. WILDHABER, Arbeitsrecht, pp. 77-80.

³⁰ ATF 136 III 552, c. 2.1 = SJ 2011 I 34. Cf. ég. ATF 129 III 335, c. 2.1, JdT 2003 II 75 (trad.). A notre sens, la définition ne comporte pas l'exigence d'un même lieu d'activité. Un tel changement pourra toutefois être qualifié d'une mesure concernant les travailleurs et entraîner une obligation de consultation au sens de l'art. 333a al. 2 CO.

³¹ ATF 136 III 552, c. 2.2 = SJ 2011 I 34.

³² CARRUZZO, N 3 ad art. 333 CO, p. 428.

A la lumière de ces définitions, sont notamment constitutives de transferts d'entreprises :

- la cession de patrimoine à titre singulier³³, onéreuse ou gratuite ;
- la conclusion d'un bail commercial qui fait suite à la résiliation d'un précédent bail³⁴.

Sont en revanche exclues du champ de l'art. 333 CO les hypothèses suivantes :

- l'utilisation provisoire par une société du groupe d'un secteur d'activités d'une autre entité du groupe (par exemple une centrale téléphonique)³⁵ ;
- un prêt de travailleur³⁶.

Changements de contrôle et de direction – La cession de tout ou partie du capital-actions de l'employeur constitué sous forme de personne morale ne constitue pas un transfert d'entreprise au sens des art. 333 et 333a CO³⁷. La même solution doit être retenue en matière de changement de direction au sein d'une personne morale³⁸. En effet, ainsi que l'a souligné le Tribunal fédéral³⁹, est seul décisif le fait que l'acquéreur poursuive ou reprenne effectivement une activité identique ou similaire dans le contexte d'une véritable mutation juridique de l'employeur⁴⁰. Il n'y a donc pas de motif d'aménager une exception pour le cas de petites sociétés à caractère familial⁴¹. De même, en l'absence de mutation juridique de l'employeur, le maintien des contrats est garanti, de sorte que le droit d'opposition du travailleur ne se justifie pas⁴².

Fusion, scission, transformation et transfert de patrimoine – Les mutations juridiques des raisons individuelles et des sociétés sont en principe réglées par la LFus. En matière de fusions, de scissions et de transferts de patrimoines, les

³³ Au sens de l'art. 181 CO : cf. CHENAUX/WENIGER, pp. 18 et 29.

³⁴ En l'espèce, un tiers avait repris l'exploitation du restaurant suite à l'échéance du bail : ATF 123 III 466, c. 3a = JdT 1998 I 613.

³⁵ CARRUZZO, N 3 ad art. 333 CO, pp. 428 s. Cf. aussi *infra* N 14.

³⁶ Art. 333 al. 4 CO ; CARRUZZO, N 8 ad art. 333 CO, p. 432. Cf. aussi *infra* N 29-30.

³⁷ TF 4C.88/2001 du 26 septembre 2001, c. 3 ; TF du 6 avril 1994, c. 1b, SJ 1995 791 ; WILD-HABER, Arbeitsrecht, p. 18.

³⁸ *Contra* : SUBILIA/DUC, N 6 ad art. 333 CO et note 1196, pp. 470 s. (nouvelle majorité exigeant de placer son propre conseil d'administration).

³⁹ Not. ATF 136 III 552, c. 2.1 = SJ 2011 I 34.

⁴⁰ Il s'agit de la solution retenue en droit communautaire. Cf. KARAGJOZI, pp. 25 s. et les références citées.

⁴¹ Cf. CAPH/GE du 23 janvier 1991, in : JAR 1992, p. 194. Cf. ég. CARRUZZO, N 5 ad art. 333 CO, p. 429.

⁴² Dans ce sens, CARRUZZO, N 5 ad art. 333 CO, p. 430 ; *contra* : BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 13 ad art. 333 CO, p. 213, qui admettent un transfert d'entreprise s'il y a des changements notables dans la direction ou dans l'organisation de l'entreprise, et qui retiennent que les art. 333 al. 2 et 333a CO, à l'exclusion de l'art. 333 al. 1 et 1^{bis} CO, sont alors applicables.

art. 27, 49 et 76 LFus renvoient purement et simplement à l'art. 333 CO⁴³. La loi complète le système par l'aménagement d'une garantie des créances et de la responsabilité des parties prenantes pour chaque type d'opérations (art. 27 al. 2-3, art. 49 al. 2-3 et 75 LFus)⁴⁴. Logiquement, la LFus ne prévoit pas de renvoi à l'art. 333 CO pour les transformations de sociétés, mais instaure une règle particulière lorsque la responsabilité de l'employeur se trouve réduite⁴⁵. Dans les hypothèses de mutations juridiques entrant dans le champ d'application de la LFus, le transfert des rapports de travail y est réglé exhaustivement. Partant, il n'y a pas de place pour une application de l'art. 333 CO à une transformation *stricto sensu*, quels que soient les changements affectant le régime de responsabilité de l'employeur^{46,47}.

- 14 **Transferts intra-groupes** – Selon la CJUE⁴⁸, les dispositions relatives aux transferts d'entreprises sont également applicables à l'entreprise du groupe qui emploie effectivement les travailleurs de manière permanente, même si elle n'est pas formellement partie au contrat de travail. Cette solution doit être retenue en droit suisse également⁴⁹. Il suit de là que la *due diligence* conduite par l'acquéreur devra porter sur les travailleurs effectivement employés par la société cible (et non seulement sur ceux liés formellement par un contrat de travail).
- 15 **Insolvabilité et procédures d'assainissement** – Lorsque l'entreprise est transférée à un tiers dans le cadre ou à la suite d'une procédure d'insolvabilité, le sort des rapports de travail est indécis. Le droit européen laisse les Etats membres libres de leur réglementation en la matière⁵⁰. En droit suisse, il existe une insécu-

⁴³ Sans autres conditions ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 14 ad art. 333 CO, p. 856 (« Sachnormverweisung im beschränkten Sinn einer Rechtsfolgenverweisung ») ; WILDHABER, Arbeitsrecht, pp. 147-156.

⁴⁴ Cette précision a pour but de garantir la sécurité du droit : Message 2000, pp. 4020 s.

⁴⁵ Cf. art. 68 al. 2 LFus, qui renvoie à l'art. 27 al. 3 LFus s'agissant de la responsabilité. Cf. ég. WILDHABER, Arbeitsrecht, pp. 22 s.

⁴⁶ Dans ce sens, Message 2000, pp. 4021 et 4111 ; *contra* : BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 12 ad art. 333 CO, p. 213, qui retiennent, sans faire toutefois le lien avec la LFus, l'application de l'art. 333 CO en cas de modification de la forme juridique de l'employeur impliquant un changement de régime de responsabilité.

⁴⁷ Nous renonçons ici à développer davantage les questions spécifiques à la LFus et renvoyons aux sources topiques en la matière : cf. parmi d'autres, Commentaire LFus, Genève/Zürich/Bâle 2005 ; PORTMANN, BaK 2011, N 38 ss ad art. 333 CO, pp. 1946 ss ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 14 ss ad art. 333 CO, pp. 855 ss ; VISCHER et al., ZK-FusG.

⁴⁸ CJUE du 21 octobre 2010, aff. 242/09, Rec. 2010 I 10 309.

⁴⁹ PIETRUSZAK, p. 27.

⁵⁰ Les art. 3 et 4 de la Directive ne s'appliquent pas, sauf dispositions contraires des Etats membres, en cas de procédure de faillite ou de procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente (art. 5 § 1 Directive 2011/23/CE) ; WILDHABER, Arbeitsrecht, p. 435.

rité juridique que l'adoption du projet d'art. 333b CO permettrait clairement de dissiper⁵¹.

Certes, le Tribunal fédéral a pu trancher quelques questions. Ainsi, la responsabilité solidaire de l'art. 333 al. 3 CO ne s'applique pas en cas d'acquisition d'une entreprise issue de la masse en faillite⁵² ; à défaut, la responsabilité solidaire de l'acquéreur d'une entreprise faillie rendrait impossibles les transferts compte tenu spécialement du rapport entre la valeur des actifs sociaux et les créances de salaire impayées⁵³. En revanche, l'art. 333 CO est applicable en cas de transfert d'une entreprise en sursis concordataire⁵⁴ : une telle procédure ne tend en effet pas à la liquidation du patrimoine du débiteur⁵⁵. Plus généralement, l'application des art. 333 et 333a CO en cas de faillite et de concordat par abandon d'actifs demeure incertaine.

A notre avis⁵⁶, l'objectif de la procédure en cause est déterminant⁵⁷ : si la procédure tend à la poursuite de l'activité, les art. 333 et 333a CO sont applicables dans leur intégralité ; si elle tend au contraire à la liquidation de l'entreprise, ces dispositions ne s'appliquent pas⁵⁸. Cette interprétation va dans le sens des termes de la Directive européenne⁵⁹. En conséquence, le régime de l'art. 333 CO n'est pas applicable en cas de transfert d'entreprise consécutif à une faillite⁶⁰ ou à l'homologation d'un concordat par abandon d'actifs⁶¹. Il doit en revanche s'appliquer dans le contexte d'un ajournement au d'autres procédures concordataires qui ont pour but de maintenir au moins partiellement l'activité de

⁵¹ Cf. *supra* N 3.

⁵² ATF 129 III 335, JdT 2003 II 75 (trad.).

⁵³ ATF 129 III 335, en particulier c. 5.5, JdT 2003 II 75 (trad.).

⁵⁴ ATF 137 III 487 ; cf. toutefois c. 4.8 et 5.2, s'agissant de la responsabilité solidaire de l'al. 3.

⁵⁵ ATF 137 III 487, c. 4.6.2.

⁵⁶ Pour un résumé de la jurisprudence, y compris cantonale et de la doctrine, cf. not. WILDHABER, *Arbeitsrecht*, pp. 441 ss. Cf. aussi la thèse de BACHMANN.

⁵⁷ L'importance du but de la procédure en cause a été confirmée par le Tribunal fédéral : ATF 137 III 487, c. 4.6.2.

⁵⁸ Dans ce sens, GENOUD, p. 521 ; STÖCKLI, *Konsequenzen*, p. 488.

⁵⁹ En effet, l'art. 5 § 1 Directive 2001/23/CE évoque les procédures de faillite ou d'insolvabilité analogues *ouvertes* en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente. A ce sujet, cf. KARAGJOZI, pp. 49-55.

⁶⁰ Ou dans le cadre de la liquidation par voie de faillite opérée consécutivement à une dissolution prononcée sur la base de l'art 731b CO.

⁶¹ Ceci va dans le sens du projet d'art. 333b CO : l'idée est « d'exclure l'automatisme du transfert des rapports de travail lors d'une reprise d'entreprise pendant le sursis concordataire ainsi que dans le cadre d'une faillite ou d'un concordat par abandon d'actifs » ; Mes-sage 2010, p. 5910. Dans ce sens CARRUZZO, N 15 ad art. 333 CO, p. 440 ; WYLER, p. 404.

l'entreprise⁶², et ce également en cas de transfert opéré dans le cadre d'un sursis provisoire⁶³.

III. Transfert automatique des rapports de travail – maintien des droits

- 16 **Transfert automatique des rapports de travail** – En cas de transfert d'entreprise au sens et aux conditions préexposées, tous les contrats de travail en vigueur au moment du transfert⁶⁴ – sauf résiliation préalable pour des motifs particuliers⁶⁵ – sont automatiquement transférés à l'acquéreur. La fonction exercée par le travailleur est sans incidence⁶⁶. Le transfert s'opère de plein droit, de manière impérative⁶⁷, même contre le gré de l'ancien ou du nouvel employeur⁶⁸, et sans possibilité pour ceux-ci de conclure une convention dérogatoire⁶⁹, ou de prévoir des effets rétroactifs au transfert⁷⁰.
- 17 **Continuité de la relation** – Selon le Tribunal fédéral, « [l]e nouvel employeur reprend le contrat de travail dans son état au jour du transfert »⁷¹. En d'autres termes, tous les droits et obligations résultant du contrat de travail (initial) existant au moment du transfert⁷² sont repris par le nouvel employeur (notamment art. 324a, 335c et 336c CO)⁷³. Ainsi, un travailleur malade au moment du transfert continue de bénéficier des périodes de protection contre le congé⁷⁴. Une éventuelle prohibition de concurrence est maintenue⁷⁵.
- 18 **Stock options** – Toute clause conventionnelle prévoyant la caducité des options non exercées au jour du transfert est nulle si les options correspondent à du salaire

⁶² En ce sens, KARAGJOZI, p. 58.

⁶³ Dans ce sens, MARCHAND/HARI, p. 109 ; *contra* : CARRUZZO, N 15 ad art. 333 CO, p. 440 ; WYLER, pp. 404 s.

⁶⁴ ATF 136 III 552, c. 3.1 = SJ 2011 I 34.

⁶⁵ Cf. *infra* N 31-32.

⁶⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 333 CO, p. 209, « de l'apprenti au directeur ».

⁶⁷ En ce sens, ATF 136 III 552, c. 3.3 = SJ 2011 I 34 (règle impérative de l'art. 333 al. 1 CO).

⁶⁸ STAEHELIN/VISCHER, N 8 ad art. 333 CO, p. 452.

⁶⁹ ATF 136 III 552, c. 3.1 = SJ 2011 I 34 ; respectivement, la convention serait sans effets pour le travailleur : WILDHABER, Arbeitsrecht, p. 191.

⁷⁰ ATF 137 V 463, c. 5.2.

⁷¹ ATF 137 V 463, c. 4.3.

⁷² ATF 134 III 102, c. 3.1.1 = SJ 2008 I 301.

⁷³ TF du 6 avril 1994, c. 1b, SJ 1995 791 ; AUBERT, CR 2012, N 16 ad art. 333 CO, pp. 2060 s.

⁷⁴ CARRUZZO, N 12 ad art. 333 CO, p. 438.

⁷⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 ad art. 333 CO, p. 840. Sous réserve d'opposition fondée sur un motif justifié : cf. *infra* N 23.

acquis⁷⁶. Si les options correspondent à une gratification, elles sont reprises et peuvent être exercées à l'égard du nouvel employeur. En pratique, les conséquences d'un tel transfert devraient être réglées directement dans le plan, pour éviter que les options confèrent des droits d'acquisition sur les parts sociales non liquides d'une société entièrement contrôlée par le nouvel employeur⁷⁷.

Assurances sociales – En cas de transfert, les travailleurs ont droit au maintien de la protection sociale obligatoire, à l'exclusion des prestations complémentaires à la LAA, à l'AVS, à l'AI et à la LPP⁷⁸. Sur le plan de la LPP, la prévoyance sur-obligatoire doit être qualifiée de régime complémentaire⁷⁹ (et non facultatif⁸⁰, non exclu de l'art. 333 CO⁸¹). Partant, elle ne fait pas partie des droits garantis aux travailleurs dans le cadre d'un transfert⁸². Les dispositions contractuelles ou ressortissant d'une CCT sont réservées⁸³ : si le contrat prévoit expressément une couverture d'assurance sous- ou sur-obligatoire de prévoyance professionnelle, celle-ci doit être maintenue par le nouvel employeur au titre de l'art. 333 CO⁸⁴. Il conviendra cas échéant de modifier les contrats pour mettre en place un nouveau

19

⁷⁶ Soit à un salaire de base pour l'activité déjà effectuée (art. 341 CO) ; à ce sujet, cf. WYLER, pp. 259-265 et 592. Cf. ég. WILDHABER, Aktienoptionen, pp. 19 ss.

⁷⁷ Le plan peut ainsi prévoir une accélération des conditions d'exercice ou une substitution des droits de participation sous-jacents à l'option, selon le modèle suivant : « Si la société est acquise par une autre entité dans le cadre d'une fusion, d'une vente des actions ou de tout ou partie des actifs de la société, l'administrateur du plan, le conseil d'administration ou le conseil d'administration reprenant les obligations de la société peut, pour les options attribuées, soit : (i) prendre des dispositions pour la continuation des options par une substitution équitable des actions sur lesquelles portent les options ; (ii) après notification écrite au participant au plan, prévoir que toutes les options doivent être exercées dans un certain délai sous peine de caducité ; (iii) mettre fin à toutes les options en échange d'un paiement équivalent à la différence entre le prix d'exercice et la valeur du marché des actions sujettes à options ». Cf. ég. WILDHABER, Arbeitsrecht, p. 205.

⁷⁸ BERSIER, Panorama I, p. 692 ; WYLER, p. 420 ; WYLER, LFus, p. 245. Le droit européen prévoit en effet que les dispositions sur le maintien des droits des travailleurs ne s'appliquent pas, sauf dispositions contraires des Etats membres, « aux droits des travailleurs à des prestations de vieillesse, d'invalidité ou de survivants au titre de régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels existant en dehors des régimes légaux de sécurité sociale des Etats membres » (art. 3 § 4 let. a Directive 2001/23/CE, correspondant à art. 3 § 3 Directive 77/187/CEE).

⁷⁹ Selon la définition posée en droit européen ; KARAGJOZI, p. 90.

⁸⁰ Comme le soutient CARRUZZO, N 11 ad art. 333 CO, p. 436.

⁸¹ KARAGJOZI, p. 93.

⁸² En ce sens, WYLER, p. 420 ; *contra* : CARRUZZO, N 11 ad art. 333 CO, pp. 436 s. L'art. 333 CO n'est à notre sens pas applicable, et la question d'une acceptation tacite d'une nouvelle convention de prévoyance en l'absence d'opposition du travailleur ne se pose pas.

⁸³ BERSIER, Panorama I, p. 698 ; CARRUZZO, N 11 ad art. 333 CO, p. 437 ; WILDHABER, Arbeitsrecht, p. 217 ; WYLER, p. 421 ; WYLER, LFus, p. 246.

⁸⁴ ATF 137 V 463, c. 4.3.

régime de prévoyance. Les termes d'une assurance collective perte de gain maladie devront en principe être maintenus⁸⁵, à moins que les travailleurs n'acceptent les nouvelles conditions communiquées par le reprenant.

IV. Opposition du travailleur

- 20 **Opposition et conséquences** – L'opposition constitue une exception au transfert des rapports de travail (art. 333 al. 2 CO). Elle ne confère pas un droit de résiliation, mais le droit de mettre fin aux rapports de travail⁸⁶. Le délai légal, et non un délai contractuel⁸⁷, plus long ou plus court, est à cet égard déterminant : le contrat expire pour la fin d'un mois (art. 335c al. 1 CO) et au plus tôt au jour du transfert⁸⁸. Si le contrat prend fin après le transfert, les rapports sont transférés et le contrat doit être exécuté⁸⁹. Le délai de congé commence à courir lorsque le travailleur communique son opposition au transfert⁹⁰.
- 21 **Destinataire, forme et délai de l'opposition** – L'opposition doit être communiquée au cédant avant le transfert et au reprenant après⁹¹ ; avant le transfert, si le reprenant est déjà connu du travailleur, une communication à ce dernier, en plus du cédant, est souhaitable. L'opposition n'est soumise à aucune exigence de forme ; les dispositions contractuelles relatives à la forme de la résiliation ne sont pas applicables⁹². Néanmoins, la forme écrite ne peut être que recommandée compte tenu des conséquences juridiques de l'opposition. La question du délai dans lequel l'opposition doit intervenir est controversée. Le Tribunal fédéral retient « un délai de réflexion de quelques semaines »⁹³, lequel coïncide en principe avec l'information et la consultation prévue par l'art. 333a CO. Un délai

⁸⁵ A ce sujet et dans ce sens, WYLER, p. 421.

⁸⁶ GENOUD, p. 522. Cf. aussi PORTMANN, BaK 2011, N 26 ad art. 333 CO, p. 1944.

⁸⁷ Y compris ceux prévus par un contrat-type ou une CCT ; CARRUZZO, N 18 ad art. 333 CO, p. 442.

⁸⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 ad art. 333 CO, p. 852. L'art. 333 al. 2 CO est clair dans sa formulation, dès lors qu'il vise une poursuite du contrat avec l'acquéreur et donc l'hypothèse d'une opposition et d'un délai de congé légal échéant après le transfert.

⁸⁹ CARRUZZO, N 18 ad art. 333 CO, p. 442.

⁹⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 11 ad art. 333 CO, p. 212.

⁹¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 ad art. 333 CO, p. 852 ; *contra* : PORTMANN, BaK 2011, N 27 ad art. 333 CO, p. 1944, qui considère que l'opposition peut être communiquée à l'un ou l'autre ; dans le même sens, WILDHABER, Arbeitsrecht, p. 175. Idéalement, l'opposition devrait être communiquée à celui qui est concerné par la fin des rapports de travail, mais cette solution est trop compliquée pour le travailleur : STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 ad art. 333 CO, p. 852.

⁹² CARRUZZO, N 17 ad art. 333 CO, p. 442 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 ad art. 333, pp. 851 s.

⁹³ TF 4A_616/2011 du 21 mars 2012, c. 3.3 ; ATF 137 V 463, c. 4.4.

d'un mois depuis l'annonce du transfert apparaît raisonnable⁹⁴, même si le transfert n'est communiqué que peu de temps avant. A défaut d'annonce, le travailleur est réputé avoir eu connaissance du transfert « dès qu'apparaissent les premières manifestations de dispositions prises par le nouvel employeur »⁹⁵, à condition toutefois que l'information soit suffisante et comprenne les circonstances essentielles du transfert pour le travailleur⁹⁶. La solution ne doit pas être schématique, mais dépend des circonstances⁹⁷ : ainsi, l'employeur peut impartir un délai aux travailleurs⁹⁸, si ce délai est raisonnable et n'est pas (sauf exceptions) inférieur à un mois. Le contrat prend fin au plus tôt au jour du transfert : le fait que l'opposition ait été communiquée au préalable est sans incidence⁹⁹. L'opposition permet au travailleur de ne pas être lié au reprenant, ou tout au plus de l'être pour une période limitée. Elle ne peut toutefois avoir pour effet de mettre fin aux rapports de travail de manière prématurée avec le cédant¹⁰⁰.

Nature de la disposition – L'art. 333 al. 2 CO est de nature dispositive¹⁰¹ : l'employeur, par hypothèse cédant, et le travailleur peuvent convenir de la date de fin des rapports de travail. Toutefois, une renonciation au droit d'opposition doit être admise avec retenue : le travailleur ne saurait renoncer à l'avance à son droit de s'opposer au transfert sans connaître encore le reprenant, voire les conditions de reprise¹⁰². La modification doit comporter des concessions réciproques si elle implique une renonciation du travailleur à certains droits¹⁰³.

Prohibition de concurrence – En cas d'opposition, la clause de prohibition de concurrence continue à déployer ses effets¹⁰⁴. En effet, le transfert des rapports de

⁹⁴ Dans ce sens, AUBERT, CR 2012, N 12 ad art. 333 CO, p. 2061 ; WYLER, p. 413. Cf. aussi Cciv/NE, RJN 2001 100 du 27 août 2001, c. 3.

⁹⁵ ATF 137 V 463, c. 4.4.

⁹⁶ TF 4A_616/2011 du 21 mars 2012, c. 3.3.

⁹⁷ Dans ce sens, WILDHABER, Arbeitsrecht, p. 172.

⁹⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 ad art. 333 CO, p. 851.

⁹⁹ La solution soutenue par CARRUZZO, N 16 ad art. 333 CO, pp. 441 s., soit un délai d'opposition plus long, ne se justifie à notre sens pas.

¹⁰⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 ad art. 333 CO, p. 852.

¹⁰¹ Dans ce sens, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 ad art. 333 CO, p. 852 et N 25 ad art. 333 CO, p. 868 ; WILDHABER, Arbeitsrecht, pp. 187 s. ; WYLER, p. 412 ; *contra* : BRUNNER/

BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 333 CO, p. 209.

¹⁰² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 ad art. 333 CO, p. 852 ; WYLER, LFus, p. 244, sur la base notamment du droit européen (pas de renonciation abstraite et anticipée).

¹⁰³ *Contra* : WYLER, p. 412, qui considère que la modification doit être stipulée en faveur du travailleur. Les principes développés en matière d'accords de résiliation peuvent s'appliquer ici à notre sens par analogie, même si l'opposition ne constitue pas une résiliation. A ce sujet, cf. not. WYLER, pp. 455-457.

¹⁰⁴ *Contra* : Cciv/NE du 27 août 2001, c. 2, RJN 2001 100, qui retient que « [l]orsque la résiliation [sic] du contrat par le travailleur intervient en raison du transfert de l'entreprise qui

travail ne constitue pas à lui seul un motif justifié au sens de l'art. 340c al. 2 CO. Le travailleur peut toutefois faire valoir un motif justifié à s'opposer au transfert¹⁰⁵.

V. Convention collective de travail

- 24 « **Transfert** » de la CCT – L'art. 333 al. 1^{bis} CO prévoit que l'acquéreur doit respecter la CCT applicable aux rapports de travail transférés pendant une année, à moins qu'elle ne prenne fin du fait de l'expiration de sa durée ou de sa dénonciation^{106,107}. Seules les dispositions normatives de la CCT¹⁰⁸ sont visées par le transfert¹⁰⁹.

VI. Responsabilité solidaire

- 25 **Principe et étendue** – L'art. 333 al. 3 CO instaure une responsabilité solidaire du cédant et du reprenant¹¹⁰. Cette responsabilité existe de par la loi, même en l'absence d'une reprise de dette¹¹¹. Il ne peut y être dérogé qu'en faveur du travailleur (art. 362 CO)¹¹². Sous réserve des dispositions particulières de la

l'emploi (art. 333 CO), l'article 340c al. 2 CO trouve application : la clause de prohibition ne déploie alors plus aucun effet ». Cf. en outre STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 ad art. 333 CO, p. 853.

¹⁰⁵ Dans ce sens, CARRUZZO, N 19 ad art. 333 CO, p. 443, avec des exemples. Cf. ég. WILDHABER, *Arbeitsrecht*, pp. 175-178.

¹⁰⁶ Cf. art. 356c al. 2 CO ; WYLER, p. 412.

¹⁰⁷ Le droit européen garantit le maintien des conditions prévues par une CCT jusqu'à sa résiliation ou son expiration, les Etats membres pouvant limiter la période de maintien pour une durée qui ne soit pas inférieure à un an (art. 3 § 3 Directive 2001/23/CE).

¹⁰⁸ Ainsi que les clauses semi-normatives à condition qu'elles confèrent des droits ou obligations aux travailleurs selon STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 9 ad art. 333 CO, pp. 844 s ; par opposition aux clauses dites obligationnelles. Dans ce sens, WYLER, p. 411, qui évoque une « interprétation statique ». Sur ces notions, cf. not. WYLER, pp. 675-677. Cf. en cas de fusions, scissions et transferts de patrimoine, WILDHABER, GAV, pp. 169-178.

¹⁰⁹ S'agissant de la problématique de CCT concurrentes, cf. PORTMANN, BaK 2011, N 21 ad art. 333 CO, p. 1943 ; WILDHABER, *Arbeitsrecht*, pp. 303-340, spécialement 329-332 ; WYLER, LFus, pp. 239-243, en matière de LFus. L'art. 3 § 3 Directive 2001/23/CE prévoit l'application de la CCT du cessionnaire jusqu'à la date de « l'entrée en vigueur ou de l'application d'une autre convention collective ».

¹¹⁰ Art. 143 ss CO : le travailleur peut à son choix exiger de l'ancien et/ou du nouvel employeur l'exécution (art. 144 al. 1 CO) ; BAISCH, p. 15.

¹¹¹ PORTMANN, BaK 2011, N 33 ad art. 333 CO, p. 1945.

¹¹² Cf. aussi CARRUZZO, N 24 ad art. 333 CO, p. 450.

LFus¹¹³, l'étendue de la solidarité dépend de l'exigibilité des créances des travailleurs au moment du transfert. Le moment de la naissance de la créance doit être pris en considération pour les créances conditionnelles¹¹⁴. Ainsi :

- Pour les créances exigibles avant la date du transfert, la solidarité entre l'ancien et le nouvel employeur est illimitée ;
- Pour les créances non exigibles au transfert, mais nées avant la date du transfert, il faut distinguer :
 - En cas d'opposition au transfert, la solidarité prend fin à l'expiration du délai de congé légal ;
 - En l'absence d'opposition, la solidarité prend fin à la première échéance possible du contrat soit selon le délai contractuel ou légal, qui commence à courir le jour du transfert¹¹⁵ ou la fin du contrat de durée déterminée¹¹⁶.
- Pour les créances résultant de nouvelles obligations, exigibles après le transfert, l'acquéreur répond seul¹¹⁷.

Créances découlant des rapports de travail – Les créances visées doivent découler des rapports de travail¹¹⁸ : arriérés de salaires, créances de salaires liées à une période de protection¹¹⁹, heures supplémentaires, créances liées à un empêchement non fautif de travailler, remboursements de frais, vacances, etc.¹²⁰. La prétention d'un retraité à l'égard de l'institution de prévoyance n'est pas visée par l'art. 333 al. 3 CO¹²¹.

26

Indemnité en cas d'insolvabilité – La solidarité instituée par l'art. 333 al. 3 CO vaut également pour l'indemnité en cas d'insolvabilité (art. 51 LACI), en ce sens

27

¹¹³ Cf. *supra* N 13 ; CARRUZZO, N 26 ad art. 333 CO, pp. 452 s.

¹¹⁴ ATF 132 III 32, c. 6.2.1 = JdT 2006 I 257 = SJ 2006 I 193 : l'ancien employeur et le travailleur avaient convenu, avant le transfert, de la mise en préretraite, mais les créances de salaire et celles résultant de la mise en préretraite étaient soumises à une condition qui devait se réaliser après le transfert (vie et prestation de travail) ; le Tribunal fédéral a reconnu l'application *ratione temporis* de l'art. 333 al. 3 CO à ces créances.

¹¹⁵ PORTMANN, BaK 2011, N 34 ad art. 333 CO, p. 1945. Cf. ég. CARRUZZO, N 26 ad art. 333 CO, p. 452 : le point de départ du délai de congé est le jour effectif du transfert ; un empêchement de travailler non fautif (art. 336c CO) est pris en compte.

¹¹⁶ CARRUZZO, N 26 ad art. 333 CO, p. 452.

¹¹⁷ ATF 132 III 32, c. 6.2.1 = JdT 2006 I 257 = SJ 2006 I 193.

¹¹⁸ Est controversée la question de savoir si les créances doivent avoir un fondement contractuel ou si elles peuvent aussi avoir un fondement délictuel ; cf. ATF 132 III 32, c. 6.2.2 = JdT 2006 I 257 = SJ 2006 I 193. Cf. ég. WILDHABER, Arbeitsrecht, pp. 226-232.

¹¹⁹ ATF 135 III 349, c. 4.1 = SJ 2009 I 405.

¹²⁰ CARRUZZO, N 25 ad art. 333 CO, pp. 450 s. ; WYLER, pp. 413 s.

¹²¹ ATF 132 III 32, c. 6.2.2 = JdT 2006 I 257 = SJ 2006 I 193 : l'art. 333 al. 3 CO vise les créances du travailleur envers l'ancien (et le nouvel) employeur. Cf. ég. GEISER, Sanierungen, p. 169.

que la caisse de chômage peut exercer son droit de recours contre l'ancien et le nouvel employeur (art. 54 LACI), aux conditions ci-dessus¹²².

- 28 **Rapports entre le cédant et le reprenant** – La solidarité instituée par l'art. 333 al. 3 CO doit être prise en considération dans le contrat entre l'aliénateur et l'acquéreur. La solidarité peut apparaître sévère dans les cas dans lesquels il n'existe pas de lien juridique entre le cédant et le reprenant¹²³. Si l'ancien employeur n'a pas respecté ses obligations, la reprise des contrats fait naître une charge supplémentaire pour l'acquéreur. C'est pourquoi la reprise des rapports de travail doit faire l'objet d'un examen attentif dans le cadre de la *due diligence* et ses modalités assorties le cas échéant de garanties de la part de l'aliénateur¹²⁴. Au surplus, les règles générales sont à notre sens applicables, en particulier l'art. 148 CO s'agissant des rapports internes ; le contrat de reprise peut prévoir une répartition interne différente, sans effet toutefois sur les droits des travailleurs prévus par l'art. 333 al. 3 CO.

VII. Transfert individuel du travailleur

- 29 **Interdiction de cession** – L'art. 333 al. 4 CO vise l'hypothèse d'un transfert individuel du travailleur, soit le cas où le travailleur est « prêté » ou « loué » à un tiers¹²⁵. Il constitue un cas d'interdiction de cession¹²⁶ : l'employeur ne peut transférer à un tiers les droits découlant des rapports de travail, à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte des circonstances¹²⁷. L'obligation du travailleur de respecter les directives et instructions de l'employeur ne peut être déléguée à un tiers (art. 321d CO)¹²⁸. Est ici visé le droit à la prestation de travail (art. 321 CO), et non les droits purement patrimoniaux¹²⁹.
- 30 **Prêt de personnel** – Le prêt de personnel suppose le consentement du travailleur : l'employeur ne peut contraindre ce dernier à travailler pour un tiers, y com-

¹²² PORTMANN, BaK 2011, N 35 ad art. 333 CO, p. 1946 ; WYLER, p. 416. Cf. ég. STAUFFER, pp. 1223 s. ; SUBILIA/DUC, N 26-27 ad art. 333 CO, p. 478, sur les délais et l'étendue de l'indemnité. Le Tribunal fédéral a récemment rappelé qu'un transfert des rapports de travail n'a pas d'incidence sur le droit à une indemnité en cas d'insolvabilité : TF 8C_801/2011 du 11 juin 2012. c. 4.

¹²³ Cf. *supra* N 11. Dans ce sens, WILDHABER, Arbeitsrecht, p. 79 ; WYLER, p. 416.

¹²⁴ Cf. AUBERT, Insolvence, p. 10.

¹²⁵ ATF 114 II 349, c. 3 = JdT 1989 I 188.

¹²⁶ Art. 164 al. 1 in fine CO ; PORTMANN, BAK 2011, N 36 ad art. 333 CO, p. 1946 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 21 ad art. 333 CO, p. 864.

¹²⁷ Soit des circonstances exceptionnelles ou particulières ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 15 ad art. 333 CO, p. 214 (incendie d'un atelier).

¹²⁸ CARRUZZO, N 8 ad art. 333 CO, p. 432.

¹²⁹ PORTMANN, BaK 2011, N 36 ad art. 333 CO, p. 1946.

pris s'il s'agit d'une société du groupe¹³⁰. Ceci vaut également pour le travail temporaire. La location de services constitue une exception dans laquelle le pouvoir de direction est délégué, dès lors que le contrat de travail est conclu avec le bailleur de services¹³¹. La LSE règle la matière et exige notamment un contrat écrit¹³². Les modifications au sein de l'entreprise locataire n'influent pas sur les rapports de travail des personnes mises à disposition : si l'entreprise locataire de services est transférée, le bailleur de services reste l'employeur¹³³. Il est possible de prévoir une transformation du contrat de travail en contrat de location de services pour la période postérieure au transfert¹³⁴.

VIII. Résiliation des rapports de travail et sanctions

Résiliation pour le motif du transfert – Le transfert au sens de l'art. 333 CO ne constitue pas à lui seul un juste motif de résiliation immédiate au sens de l'art. 337¹³⁵, pour l'employeur ou pour le travailleur. De même, la réglementation du transfert des rapports de travail n'implique pas de diminution de la protection en matière de licenciement¹³⁶ et la liberté de résilier de l'employeur n'est en soi pas limitée par l'art. 333 CO¹³⁷. Toutefois, une résiliation fondée sur le seul motif du transfert est illicite et donc nulle^{138,139} au sens de l'art. 20 CO¹⁴⁰. La résiliation ne déploie pas d'effet¹⁴¹, de sorte que le travailleur licencié est toujours lié con-

31

¹³⁰ ATF 132 III 32, c. 5.1 = JdT 2006 I 257 = SJ 2006 I 193, le procédé devant être prévu expressément ou tacitement dans le contrat de travail ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 15 ad art. 333 CO, p. 214 ; CARRUZZO, N 8 ad art. 333 CO, p. 432. WYLER, p. 433, réserve, outre l'accord du travailleur, le cas dans lequel le travailleur reste sous la direction de son employeur formel.

¹³¹ CARRUZZO, N 8 ad art. 333 CO, p. 432 ; Cf. ég. BACHMANN, *Personalverleih*, pp. 58, 71 et 82.

¹³² Art. 19 LSE ; de même pour le contrat de location de services entre le bailleur de services et l'entreprise locataire de services (art. 22 LSE).

¹³³ ATF 132 III 32, c. 5.1 = JdT 2006 I 257 = SJ 2006 I 193.

¹³⁴ ATF 132 III 32, c. 5.2 = JdT 2006 I 257 = SJ 2006 I 193.

¹³⁵ Que ce soit pour le travailleur ou pour l'employeur ; BUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 11 ad art. 333 CO, p. 212 ; CARRUZZO, N 20 ad art. 333 CO, p. 444. Cf. ég. art. 4 § 1 Directive 2001/23/CE ; Message 1992, p. 394.

¹³⁶ Message 1992, p. 398.

¹³⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 22 ad art. 333 CO, p. 849. A ce sujet, cf. aussi WILD-HABER, *Arbeitsrecht*, pp. 242-258.

¹³⁸ Du même avis, not. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 ad art. 333 CO, p. 850 ; WILD-HABER, *Arbeitsrecht*, pp. 260 s.

¹³⁹ Pour une présentation des avis de doctrine, ATF 136 III 552, c. 3.3 = SJ 2011 I 34.

¹⁴⁰ BUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 5 ad art. 333 CO, p. 209 ; PORTMANN, *BaK* 2011, N 10 ad art. 333 CO, pp. 1940 s.

¹⁴¹ Dans ce sens, AUBERT, *CR* 2012, N 10 ad art. 333 CO, p. 2061.

tractuellement¹⁴². Cette résiliation n'est pas annulable, à défaut de disposition spécifique analogue à l'art. 10 LEg¹⁴³. Il faut écarter l'avis d'une partie de la doctrine qui y voit un cas de résiliation abusive¹⁴⁴. En effet, cette opinion vide la portée de l'art. 333 CO de sa substance, en substituant à la responsabilité solidaire la sanction d'une indemnité qui ne pèse que sur l'aliénateur¹⁴⁵. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs qualifié les licenciements qui ont pour seul but d'empêcher le transfert de fraude à la loi¹⁴⁶. L'interprétation de la Haute Cour est restrictive¹⁴⁷ : la fraude présuppose que le cédant soit certain de la reprise et qu'il n'ait pas limité le nombre de contrats repris pour de purs motifs économiques¹⁴⁸.

- 32 **Résiliation pour d'autres motifs** – Une résiliation concomitante au transfert est pleinement valable si elle repose sur un motif autre que le transfert¹⁴⁹, à l'instar d'une restructuration. Il convient de rechercher les véritables raisons économiques¹⁵⁰, techniques ou organisationnelles qui ont fondé la résiliation¹⁵¹. Un congé-modification est également possible à ces conditions¹⁵².

¹⁴² Message 1992, p. 394, qui se réfère à CJCE du 15 juin 1988, aff. 101/87, Rec. 1988 3077.

¹⁴³ WYLER, p. 417.

¹⁴⁴ Not. GENOUD, p. 523 ; KARAGJOZI, p. 106 (qui évoque aussi l'hypothèse de l'inefficacité) ; WYLER, pp. 417 et 419.

¹⁴⁵ Cf. SUBILIA/DUC, N 13 ad art. 333 CO, p. 474. Ceci vaut indépendamment d'une indemnité qui pourrait aller jusqu'à douze mois ; cf. Révision partielle du Code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) : Rapport explicatif et avant-projet, septembre 2010, qui prévoit notamment une modification de l'art. 336a al. 2 1^{re} phrase CO, pour une indemnité d'un montant correspondant au maximum à douze mois de salaire. Cf. aussi LICCI/PÄRLI, pp. 4-7.

¹⁴⁶ ATF 136 III 552, c. 3.3 et les réf. Citées = SJ 2011 I 34 : « le Tribunal fédéral [...] a posé que l'employeur ne pouvait pas faire «table rase» des contrats de travail en vue du transfert, à la seule fin d'éluider la protection des salariés et soustraire à la règle impérative de l'art. 333 al. 1 CO ». Par une critique, cf. AUBERT, CR 2012, N 10 ad art. 333 CO, p. 2061.

¹⁴⁷ Du même avis, WYLER, Chronique, p. 414. Cf. ég. OPPLIGER/MIRRA, pp. 2 ss.

¹⁴⁸ ATF 136 III 552, c. 5 = SJ 2011 I 34.

¹⁴⁹ WYLER, p. 417.

¹⁵⁰ A ce sujet, cf. par analogie WILDHABER, Kündigung, p. 4.

¹⁵¹ Art. 4 § 1 Directive 2001/23/CE ; CARRUZZO, N 21 ad art. 333 CO, p. 447 ; WILDHABER, Streitfrage, pp. 185 ss.

¹⁵² CARRUZZO, N 22 ad art. 333 CO, p. 448.

Art. 333a

2. Consultation de la représentation des travailleurs

¹ Si l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, il est tenu d'informer la représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs en temps utile avant la réalisation du transfert de l'entreprise sur :

- a) le motif du transfert ;
- b) les conséquences juridiques, économiques et sociales du transfert pour les travailleurs.

² Si des mesures concernant les travailleurs sont envisagées suite au transfert de l'entreprise, la consultation de la représentation des travailleurs ou, à défaut, des travailleurs doit avoir lieu en temps utile avant que ces mesures ne soient décidées.

2. Konsultation der Arbeitnehmer- vertretung

¹ Überträgt ein Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten, so hat er die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer rechtzeitig vor dem Vollzug des Übergangs zu informieren über :

- a) den Grund des Übergangs ;
- b) die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer.

² Sind infolge des Übergangs Massnahmen beabsichtigt, welche die Arbeitnehmer betreffen, so ist die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, sind die Arbeitnehmer rechtzeitig vor dem Entscheid über diese Massnahmen zu konsultieren.

2. Consultazione dei rappresentanti dei lavoratori

¹ Il datore di lavoro che trasferisce l'azienda o una parte di essa a un terzo è tenuto ad informare tempestivamente la rappresentanza dei lavoratori o, in mancanza, i lavoratori medesimi, prima del trasferimento, su :

- a) il motivo del trasferimento ;
- b) le conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori.

² Se, in seguito al trasferimento, sono previste misure che concernono i lavoratori, la rappresentanza di quest'ultimi o, in mancanza, i lavoratori medesimi devono essere consultati tempestivamente prima che tali misure siano decise.

Table des matières

	note marginale	page
I. Généralités	1	552
II. Information.....	2	552
III. Consultation	6	553
IV. Particularités de la LFus	10	554
V. Sanctions	13	555

Bibliographie spécifique

Voir bibliographie spécifique ad art. 333 CO.

I. Généralités

- 1 Voir dans le présent ouvrage, ad art. 333 CO.

II. Information

- 2 **Information préalable, objet** – En cas de transfert d'entreprise ou de partie de celle-ci dans le sens et aux conditions de l'art. 333 CO¹, l'employeur doit informer les travailleurs (art. 333a al. 1 CO) sur le motif du transfert (let. a)² et sur les conséquences juridiques³, économiques⁴ et sociales⁵ du transfert pour les travailleurs (let. b). Le droit suisse n'est ici pas totalement eurocompatible : l'art. 7 § 1 Directive 2001/23/CE prévoit que l'information doit aussi porter sur la date fixée ou proposée pour le transfert. L'obligation d'information ne comporte pas d'obligation de consultation ni de droit de codécision⁶.
- 3 **Moment** – L'information doit intervenir « en temps utile avant la réalisation du transfert de l'entreprise » (art. 333a al. 1 CO). Elle doit ainsi avoir lieu avant la réalisation du transfert⁷, par exemple entre la signature et l'exécution (*closing*) du contrat de transfert. Cette exigence peut poser des problèmes en cas de transferts sans lien juridique entre le cédant et le reprenant⁸.
- 4 **Auteurs et destinataires** – Le devoir d'information incombe à l'employeur transférant ; l'acquéreur peut également y être assujéti aux conditions de l'art. 9 al. 1 LParticipation⁹. L'information correspond au premier niveau de participation¹⁰ et ne nécessite pas de consultation¹¹. La représentation des travailleurs¹² (au sens de la LParticipation) est destinataire de l'information. A défaut de représentation

¹ Cf. dans le présent ouvrage, N 9 ss ad art. 333 CO.

² A ce sujet, WILDHABER, Arbeitsrecht, p. 378.

³ En particulier, transfert des droits, droit d'opposition, poursuite de la CCT, responsabilité solidaire ; PORTMANN, BaK 2011, N 5 ad art. 333a CO, p. 1953 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 333a CO, p. 870. Cf. aussi WILDHABER, Arbeitsrecht, pp. 378-380.

⁴ Par exemple, positionnement de l'acquéreur ou marchés ; WILDHABER, Arbeitsrecht, pp. 380 s.

⁵ Par exemple, modification des horaires de travail ou assurances ; WILDHABER, Arbeitsrecht, pp. 381 s.

⁶ WYLER, Représentation, p. 410.

⁷ AUBERT, CR 2012, N 2 ad art. 333a CO, p. 2063.

⁸ Cf. dans le présent ouvrage, N 11 ad art. 333 CO.

⁹ PORTMANN, BaK 2011, N 2 ad art. 333a CO, p. 1952 ; WILDHABER, Arbeitsrecht, p. 377.

¹⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 333a CO, p. 870.

¹¹ WYLER, p. 779.

¹² Art. 5 ss LParticipation.

élue, l'information doit être donnée de manière individuelle aux travailleurs, qui peuvent ensuite agir au besoin collectivement¹³.

Forme – L'information ne revêt pas de forme particulière. L'employeur doit être en mesure de répondre aux éventuelles questions¹⁴. Sont envisageables la diffusion d'une circulaire d'information ainsi que des FAQ disponibles sur le site intranet de l'entreprise. Le respect du principe de la bonne foi¹⁵ est favorisé par une diffusion écrite de l'information¹⁶.

III. Consultation

Consultation préalable, principe – Lorsque des mesures concernant les travailleurs sont envisagées suite au transfert¹⁷, l'employeur doit organiser une consultation des travailleurs (art. 333a al. 2 CO). La disposition doit ici aussi être lue en lien avec la LParticipation (art. 10 let. b).

Contenu – La représentation des travailleurs ou les travailleurs doivent pouvoir exprimer leur avis et faire des propositions. La question de savoir s'ils disposent d'un droit de codécision est controversée¹⁸. A notre sens, à défaut de disposition expresse, la représentation ou les travailleurs ont la faculté d'exprimer leur opinion dans le cadre d'un dialogue mis en place par l'employeur¹⁹; ce dernier n'a toutefois pas l'obligation d'en tenir compte ni de motiver sa décision, dès lors qu'il s'agit d'une consultation de niveau primaire^{20,21}.

Moment – La consultation doit intervenir et être terminée²² avant que les mesures concernant les travailleurs soient décidées²³. L'employeur peut impartir un délai,

¹³ CARRUZZO, N 1 ad art. 333a CO, p. 455. Cf. aussi WYLER, Représentation, p. 409.

¹⁴ PORTMANN, BAK 2011, N 6 ad art. 333a CO, p. 1953 ; WILDHABER, Arbeitsrecht, p. 376.

¹⁵ Cf. en particulier art. 11 al. 1 LParticipation.

¹⁶ Dans ce sens, WYLER, p. 407.

¹⁷ Par exemple, une restructuration, une diminution de salaires, des modifications contractuelles, une réduction de la couverture d'assurance ou des augmentations du temps de travail. Cf. ég. WILDHABER, Arbeitsrecht, p. 383.

¹⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 ad art. 333a CO, p. 872 et les réf. citées ; WILDHABER, Arbeitsrecht, pp. 384-386.

¹⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 ad art. 333a CO, p. 872. Cf. aussi ArbG/ZH du 27 janvier 1999, ZR 100/2001 237.

²⁰ A ce sujet, cf. WYLER, pp. 779-780 ; WYLER, Représentation, pp. 410 s.

²¹ S'agissant des questions relatives à un plan social, nous renvoyons au présent ouvrage, aux développements sur les licenciements collectifs, ad art. 335d à 335g CO ; cf. ég. N 28 ad art. 356 CO. Sur les pouvoirs de la représentation des travailleurs dans ce cadre, not. WYLER, Représentation, pp. 416-419.

²² CARRUZZO, N 3 ad art. 333a CO, p. 457 ; WYLER, p. 408.

²³ AUBERT, CR 2012, N 3 ad art. 333a CO, p. 2063 ; CARRUZZO, N 3 ad art. 333a CO, p. 456.

dont la longueur dépend des circonstances et des mesures envisagées, en général de l'ordre de deux semaines²⁴.

- 9 **Auteurs et destinataires** – L'aliénateur et/ou l'acquéreur²⁵ sont tenus de consulter les travailleurs, à savoir la représentation des travailleurs au sens de la LParticipation ou, à défaut, les travailleurs.

IV. Particularités de la LFus

- 10 **Renvoi à l'art. 333a CO** – Les art. 28 et 77 LFus renvoient intégralement à l'art. 333a CO, de même que l'art. 50 LFus y renvoie par le biais de l'art. 28 LFus. Selon les cas, la LFus prévoit que le cédant et/ou le reprenant sont tenus à une information et/ou une consultation. L'art. 333a CO ne s'applique en revanche pas aux transformations d'entreprises. La LFus ne prévoit pas de règle particulière s'agissant notamment du contenu et des destinataires de l'information.
- 11 **Moment** – L'information doit intervenir avant que la décision de fusion ou de scission soit prise par l'assemblée générale des actionnaires ou des associés (art. 18, 28 et 50 LFus). La consultation doit quant à elle être terminée avant que le contrat de fusion ou de scission soit soumis à l'assemblée générale (art. 18, 28 et 50 LFus). En cas de fusion simplifiée, la consultation doit être achevée avant la signature du contrat de fusion²⁶.
- 12 **Interdiction de l'inscription au registre du commerce** – L'art. 28 al. 3 LFus (de même que les art. 50 et 77 al. 2 LFus) confère un droit particulier aux travailleurs, lesquels peuvent exiger du juge qu'il interdise l'inscription au registre du commerce²⁷. Ils peuvent également, par des mesures super- et provisionnelles, requérir le blocage de l'inscription par une opposition au sens de l'art. 162 ORC²⁸. Ces droits existent en faveur de la représentation des travailleurs ou, à défaut, des travailleurs, qui doivent alors agir collectivement²⁹. Ils peuvent toute-

²⁴ CARRUZZO, N 3 ad art. 333a CO, p. 457. D'un avis différent : BRUNNER/BÜHLER/WAE-
BER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 333a CO, p. 218 (vingtaine de jours au moins) ; WYLER, p. 408
(dizaine de jours de calendrier, voire deux semaines). Cf. ég. les solutions retenues en ma-
tière de licenciements collectifs, ad art. 335f et 335g CO ; ATF 130 III 102, c. 4.3 = JdT
2004 I 234, qui retient notamment qu'un délai de cinq jours est insuffisant dans le cadre
d'un licenciement collectif de 132 personnes ; dans ce sens, AUBERT, CR 2012, N 3 ad
art. 333a CO, p. 2063.

²⁵ PORTMANN, BaK 2011, N 9 ad art. 333a CO, p. 1953.

²⁶ CARRUZZO, N 3 ad art. 333a CO, p. 457.

²⁷ Pour une présentation de cette action, cf. not. WILDHABER, Arbeitsrecht, pp. 393-399.

²⁸ A ce sujet, cf. not. WYLER, p. 426.

²⁹ CARRUZZO, N 4 ad art. 333a CO, p. 460. Dans ce sens ég. BAUMGARTNER/WILDHABER,
pp. 1086-1088 ; ces auteurs retiennent qu'il suffit d'obtenir l'accord de la majorité des tra-
vailleurs concernés s'il n'existe pas de représentation des travailleurs.

fois hésiter à utiliser ce moyen pourtant efficace, compte tenu notamment des conséquences en cas de blocage indu³⁰.

V. Sanctions

Généralités – Les travailleurs qui craignent ou constatent une violation de l'art. 333a CO peuvent demander au juge le respect des procédures par l'employeur et la transmission des informations sous la menace des peines de l'art. 292 CP, le cas échéant par la voie de mesures super- et provisionnelles. En cas de violation, l'employeur peut être tenu de réparer le dommage (art. 97 CO)³¹. Le travailleur peut alors agir individuellement, contre l'ancien et/ou le nouvel employeur³², et réclamer la réparation de son dommage éventuel. Il peut ainsi faire valoir que le respect de la procédure de consultation aurait impliqué le paiement d'indemnités particulières³³. Une action en constatation au sens et aux conditions de l'art. 15 LParticipation est aussi ouverte.

Congés-modification – Si l'employeur ne respecte pas la procédure de consultation, le nouvel employeur ne pourra introduire des mesures particulières qu'en procédant par la voie du congé-modification. Le cas échéant, il devra faire application des dispositions relatives aux licenciements collectifs. Les art. 336 al. 2 let. c et 336a al. 3 CO (caractère abusif du licenciement et indemnité de deux mois en matière de licenciements collectifs) ne sont pas applicables par analogie en cas de violation de l'art. 333a CO³⁴. Le transfert reste juridiquement valable, même si la procédure de consultation n'a pas été respectée, si le travailleur ne s'y oppose pas³⁵. En l'absence d'annonce au travailleur (contrairement à l'art. 333a CO) et de réaction de ce dernier dans un délai raisonnable après les premières manifestations de dispositions prises par le nouvel employeur, le travailleur « est présumé avoir accepté tacitement le transfert »³⁶.

³⁰ Cf. au surplus les sources citées dans le présent ouvrage, N 13 ad art. 333 CO.

³¹ PORTMANN, BaK 2011, N 15 ad art. 333a CO, p. 1954.

³² En application de l'art. 333 al. 3 CO ; CARRUZZO, N 4 ad art. 333a CO, p. 459.

³³ En ce sens, CARRUZZO, N 4 ad art. 333a CO, p. 459.

³⁴ ArbG/ZH du 27 janvier 1999, ZR 100/2001 237. Nous rejoignons l'avis qu'il s'agit d'une lacune proprement dite. Cf. not. AUBERT, Réglementation, p. 114 ; PORTMANN, BaK 2011, N 15 ad art. 333a CO, p. 1954 ; WILDHABER, Arbeitsrecht, p. 387 ; WYLER, pp. 416 s.

³⁵ TF 9C_540/2010 du 28 novembre 2011, c. 2.3. Le travailleur peut toutefois s'opposer valablement au transfert ultérieurement ; WILDHABER, Arbeitsrecht, p. 376.

³⁶ TF 9C_540/2010 du 28 novembre 2011, c. 4.4.

Art. 334

G. Fin des rapports de travail

I. Contrat de durée déterminée

¹ Le contrat de durée déterminée prend fin sans qu'il soit nécessaire de donner congé.

² Si, après l'expiration de la période convenue, le contrat de durée déterminée est reconduit tacitement, il est réputé être un contrat de durée indéterminée.

³ Le contrat conclu pour plus de dix ans peut être résilié après dix ans par chacune des parties pour la fin d'un mois, moyennant un délai de congé de six mois.

G. Beendigung des Arbeitsverhältnisses I. Befristetes Arbeitsverhältnis

¹ Ein befristetes Arbeitsverhältnis endigt ohne Kündigung.

² Wird ein befristetes Arbeitsverhältnis nach Ablauf der vereinbarten Dauer stillschweigend fortgesetzt, so gilt es als unbefristetes Arbeitsverhältnis.

³ Nach Ablauf von zehn Jahren kann jede Vertragspartei ein auf längere Dauer abgeschlossenes befristetes Arbeitsverhältnis jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten auf das Ende eines Monats kündigen.

G. Fine del rapporto di lavoro I. Rapporto di lavoro di durata determinata

¹ Il rapporto di lavoro di durata determinata cessa senza disdetta.

² Se continua tacitamente dopo la scadenza della durata pattuita, è considerato di durata indeterminata.

³ Se stipulato per più di dieci anni, può, dopo dieci anni, essere disdetto in ogni tempo da ciascuna delle parti per la fine di un mese, con preavviso di sei mesi.

Table des matières

	note marginale	page
I. Généralités	1	557
II. Le contrat de durée déterminée (art. 334 al. 1 CO).....	4	557
1. Généralités.....	4	557
2. Les distinctions.....	14	562
3. La fin du contrat de durée déterminée.....	18	565
4. Adaptation judiciaire du contrat.....	24	566
III. La reconduction du contrat de durée déterminée (art. 334 al. 2 CO).....	25	566
1. Généralités.....	25	566
2. Les contrats en chaîne.....	29	568
IV. Les contrats de durée déterminée de plus de dix ans (art. 334 al. 3 CO).....	34	571

Bibliographie spécifique

BRENDER THOMAS, Rechtsprobleme des befristeten Arbeitsvertrages, thèse, Zurich 1976 ; FRITZ MAX, Les nouvelles dispositions sur le congé dans le droit du contrat de travail, Zurich 1988 ; MEYER DANIEL, Unbeachtliche Befristungen von Einzelarbeitsverträgen im schweizerischen Recht, in : Rechtsprobleme befristeter Arbeitsverträge, Berne 1978, pp. 29-43 ; NEF URS CH., Aktuelle Probleme im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz, in : SJZ 88/1992, pp. 97-106 ;

REHBINDER MANFRED, Sachlich rechtfertigende Gründe für die Befristung von Arbeitsverträgen, in : Rechtsprobleme befristeter Arbeitsverträge, Berne 1978, pp. 44-61 ; STÖCKLI JEAN-FRITZ, Die Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses, in : Rechtsprobleme befristeter Arbeitsverträge, Berne 1978, pp. 79-95 ; WEBER DENIS, La protection des travailleurs contre les licenciements en temps inopportun, thèse, Lausanne 1992.

I. Généralités

Objet et but – L’art. 334 CO traite de la fin des contrats de durée déterminée, la fin des contrats de durée indéterminée étant traitée aux articles 335 à 335c CO. Le premier alinéa indique que le contrat de durée déterminée prend fin sans qu’il soit nécessaire de le résilier, ce qui le distingue des contrats de durée indéterminée. Le deuxième alinéa règle le cas de la poursuite tacite des rapports de travail après l’échéance de la durée déterminée. Le troisième alinéa confère tant à l’employeur qu’au travailleur la faculté de résilier unilatéralement un contrat de durée déterminée conclu pour plus de dix ans, dès la fin de la dixième année, moyennant un préavis de six mois.

Nature – Les deux premiers alinéas sont de droit dispositif¹. Le troisième alinéa est absolument impératif (art. 361 CO).

Origine et évolution – L’article 334 CO est issu de la révision du 18 mars 1988, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1989². Les deux premiers alinéas correspondent matériellement aux art. 335 al. 1 et 2 aCO, sous réserve de modifications rédactionnelles³. Le troisième alinéa correspond à l’art. 336d aCO, avec une modification notable : auparavant, la faculté de résilier le contrat de durée déterminée après dix ans était réservée au travailleur. Depuis la révision, elle est également ouverte à l’employeur⁴.

II. Le contrat de durée déterminée (art. 334 al. 1 CO)

1. Généralités

Licéité – Le contrat de travail est de durée déterminée soit en vertu de la loi, soit de la convention des parties⁵. Le législateur n’a volontairement pas limité

¹ TF 4C.397/2004 du 15 mars 2005, c. 2.2 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 ad art. 334 CO, p. 890.

² RO 1988 1472 ; Message 1984, pp. 615 à 618.

³ Message 1984, pp. 616 s.

⁴ Message 1984, p. 618.

⁵ Parmi d’autres : TF 4A_531/2008 du 4 février 2009, c. 2.1 ; TF 4A_89/2007 du 29 juin 2007, c. 3.2 ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 6 ss ad art. 334 CO, p. 473.

l'admissibilité des contrats de durée déterminée à des cas qui auraient été exhaustivement énumérés dans la loi⁶. Les parties peuvent donc librement et valablement conclure un contrat de travail de durée déterminée plutôt qu'un contrat de durée indéterminée. Si la licéité du contrat de durée déterminée ne fait guère de doute, la licéité d'un cumul de contrats de durée déterminée sera examinée plus bas (n. 29 ss).

- 5 **Garantie de l'emploi durant la durée déterminée** – Sous l'angle de la garantie de l'emploi, un contrat de durée déterminée offre une meilleure protection au travailleur que ne le ferait un contrat de durée indéterminée, car il le met à l'abri d'une résiliation ordinaire durant la période couverte par le contrat. L'employeur prend le risque d'être lié jusqu'à la fin de la durée convenue à un travailleur qui pourrait ne pas totalement lui donner satisfaction. L'employé prend un risque similaire. Toutefois, l'enjeu n'est pas le même pour les deux parties : si l'employeur rompt le contrat sans respecter la durée convenue et sans justes motifs, il peut être condamné à payer tous les salaires afférents au solde de la durée convenue avec une indemnité supplémentaire pouvant représenter jusqu'à l'équivalent de six mois de salaire (art. 337c CO) ; dans la même situation, le travailleur n'est quant à lui redevable, en principe, que d'un quart de salaire mensuel, sous réserve d'un dommage supplémentaire que l'employeur parviendrait à prouver (art. 337d CO).
- 6 **Pas de protection à l'échéance de la durée déterminée** – Par contre, au terme du contrat, le travailleur est moins bien protégé en cas d'incapacité de travail, de grossesse, ou d'accomplissement de service obligatoire que s'il bénéficiait d'un contrat de durée indéterminée⁷. Si la durée est strictement déterminée à la conclusion du contrat, les deux parties peuvent, selon les cas, disposer de beaucoup plus de temps pour organiser l'après-contrat (recherche d'un nouvel emploi, recherche d'un nouveau travailleur), que sous un contrat de durée indéterminée prévoyant un court délai de préavis.
- 7 **Contrats de durée déterminée en vertu de loi** – Le contrat d'apprentissage est un contrat de durée déterminée qui prend fin automatiquement à l'échéance de la durée prévue pour l'apprentissage (art. 344a et 346 CO). Le contrat de travail à domicile est réputé être un contrat de durée déterminée si du travail à l'essai est confié au travailleur à domicile (art. 354 al. 1 CO) ou si le travailleur à domicile n'est pas occupé de manière ininterrompue par l'employeur (art. 354 al. 2 CO).
- 8 **Contrats de durée déterminée selon la convention des parties** – Les parties peuvent s'entendre sur un terme (*jusqu'au 31 décembre 2016*), une durée (*pendant six mois*), un laps de temps objectivement déterminable (*pendant la saison*

⁶ Message 1984, p. 616 ; BO CN 1985, pp. 1109 ss.

⁷ ATF 129 III 618, c. 6.1.

de ski)⁸. La durée peut résulter du but des rapports de travail (*pour la durée de la récolte, jusqu'à la fin du chantier, jusqu'à ce que la comptabilité soit établie, pour la fabrication de 1000 paires de souliers, pour l'accompagnement du groupe jusqu'à Venise*)⁹. Le contrat peut être d'emblée de durée déterminée, mais les parties peuvent aussi convertir un contrat de durée indéterminée en contrat de durée déterminée¹⁰. Savoir si cette conversion entraîne la modification d'autres conditions contractuelles est parfois une question délicate¹¹.

La prévisibilité de l'échéance – Souvent, les parties connaissent déjà la date exacte de l'échéance contractuelle à la conclusion du contrat de durée déterminée : *pour les trois représentations des 13, 14 et 15 août 2017, pour l'exposition qui aura lieu du 6 au 30 septembre 2015, jusqu'au 31 décembre 2016, pour une durée de deux ans*. Cependant, les parties peuvent aussi prévoir que le contrat s'éteindra à une échéance indéterminée, soit à une date non encore connue, par exemple : *à la fin des travaux de construction, pour la fabrication de 1000 paires de souliers*. Ici, contrairement à une condition résolutoire, les parties partent du principe que l'événement va se produire, mais ne savent pas encore exactement quand. Or, les parties doivent avoir une idée de ce à quoi elles s'engagent. Aussi, pour que le contrat puisse être qualifié de contrat à durée déterminée, les parties doivent être en mesure de connaître de façon suffisamment précise la fin des rapports de travail lors de la conclusion du contrat de travail¹². Un délai dont elles ne peuvent pas au moins estimer l'ordre de grandeur n'est pas suffisamment déterminé¹³. Il s'agit de pouvoir appréhender la possible étendue des obligations prises. Les parties qui concluent un contrat de durée déterminée dans le domaine de la construction *jusqu'à l'achèvement de la construction de l'immeuble* savent à la conclusion du contrat qu'il convient de compter sur les retards usuels inhérents au type de travaux concernés. Un tel contrat, pour autant que sa durée possible

9

⁸ Parmi d'autres : TF 4A_89/2007 du 29 juin 2007, c. 3.2 ; TF 4C.61/2006 du 24 mai 2006, c. 3.1 ; TERCIER/FAVRE, N 3633, p. 541 ; Message 1984, p. 615 ; TFA B 54/04 du 30 septembre 2005, c. 3.1 ; TFA B 90/2000 du 26 novembre 2001, c. 4b ; TFA C 180/99 du 4 mai 2000, c. 2b, in : DTA 2001, p. 80, n. 6.

⁹ TF 4A_89/2007 du 29 juin 2007, c. 3.2 ; TFA B 54/04 du 30 septembre 2005, c. 3.1 ; TF 4C.397/2004 du 15 mars 2005, c. 2 ; TC/VS du 28 mars 1996, in : JAR 1997, p. 153 ; OG/LU du 17 mars 1999, c. 5.4, in : JAR 2000, p. 365 ; Message 1984, p. 615 ; BRENDER, p. 12.

¹⁰ REHBINDER, BK 1992, N 1 art. 334 CO, p. 40 ; BRENDER, p. 8.

¹¹ Cf. par exemple le cas tranché dans l'arrêt TF 4C.70/2004 du 13.05.2005, c. 4.2, au sujet du droit aux indemnités journalières de l'assurance collective perte de gain de l'employeur.

¹² Parmi d'autres : TFA B 54/04 du 30 septembre 2005, c. 3.1 ; ATF 126 V 303, c. 2d ; Message 1984, pp. 615 s. ; PORTMANN, BaK 2011, N 6 ad art. 334 CO, p. 2030 ; MEYER, p. 34 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 334 CO, p. 880.

¹³ TFA B 54/04 du 30 septembre 2005, c. 3.1 ; il s'agit dès lors d'un contrat de durée indéterminée, cf. TA/GR du 20 janvier 1987, in : JAR 1988, p. 269 ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 8 ad art. 334 CO, p. 474.

puisse être quand même plus ou moins circonscrite, sera qualifié de contrat de durée déterminée¹⁴. Comme il suffit que l'échéance soit objectivement déterminable, et qu'il n'est pas exigé qu'elle soit d'ores et déjà déterminée à la conclusion du contrat, on trouve parfois utilisée, en lieu et place du terme « déterminé », la notion de contrat de durée « limitée »¹⁵, qui paraît plus adéquate et qui correspond au terme utilisé par le législateur en allemand (*befristet*).

- 10 **Prévisibilité : quelques exemples** – L'engagement d'un travailleur jusqu'au retour d'un autre travailleur en incapacité de travail est problématique au regard de l'exigence de prévisibilité. Il conviendra d'apprécier la situation de cas en cas suivant la possibilité de prévoir avec suffisamment de précision ou non la date de retour de l'employé en incapacité¹⁶. Si la date de retour ne peut être appréciée avec suffisamment de précision, le contrat sera qualifié de contrat de durée indéterminée¹⁷. Dans tous les cas, si le retour de l'employé malade apparaît finalement impossible, le contrat sera converti en contrat de durée indéterminée¹⁸. Ont été considérés comme contrats de durée déterminée un contrat conclu *pour l'année scolaire 1991-1992*¹⁹ et un engagement *jusqu'à la fin d'hiver* comprenant

¹⁴ A l'occasion de la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail, des parlementaires avaient craint que la nouvelle formulation de l'art. 334 al. 1 CO ne permette plus de qualifier de contrats de durée déterminée des contrats dont la durée était fixée en fonction du but des rapports de travail. La conseillère fédérale Kopp les avait rassurés sur ce point en soulignant que la nouvelle rédaction ne remettait pas en cause le fait qu'un contrat de durée déterminée pouvait dépendre du but du travail convenu, par exemple un contrat visant la construction d'un objet précis (construction d'une maison), même si l'on ne pouvait savoir d'avance s'il y aurait trois, quatre ou cinq mois de retard (BO CN 1985, pp. 1111 s. ; BO CE 1985, p. 335).

¹⁵ Cf. par exemple TC/FR du 20 août 2001, c. 3, in : JAR 2002, p. 311.

¹⁶ Contrat de durée déterminée admis : ArbG/BS du 17 mars 1980, in : JAR 1982, p. 163 (remplacement d'une collaboratrice absente pendant moins de deux mois en raison d'une opération), FRITZ, N 1 ad art. 334 CO, p. 14 ; *contra* : Message 1984, p. 615. Cf. ég. BRUNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 334 CO, p. 221 ; BRENDER, p. 33 ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 12 ad art. 334 CO, pp. 475 s.

¹⁷ STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 13 ad art. 334 CO, p. 479.

¹⁸ BRENDER, p. 68. Il est aussi parfois considéré qu'il s'agit d'un contrat avec condition résolutoire et non d'un contrat de durée déterminée (REHBINDER, BK 1992, N 7 ad art. 334 CO, p. 43). On note que lors des débats parlementaires, la conseillère fédérale Kopp était d'avis qu'un engagement *jusqu'au retour de l'employé malade* ne constituait pas un contrat de durée déterminée, car le moment du retour de l'employé ne serait pas objectivement déterminable, à tout le moins à la conclusion du contrat. C'est sur cet argument que la conseillère fédérale motivait la modification rédactionnelle de l'art. 334 al. 1 CO, entrée en vigueur en 1989 (BO CN 1985, pp. 1111 s. ; BO CE 1985, p. 335).

¹⁹ TF 4C.476/1994 du 15 mars 1995, in : JAR 1996, p. 106. Voir aussi TF 4C.34/1992 du 20 août 1992, c. 4b non publié, qui retient que la durée correspondant à *une année universitaire allant d'octobre à juillet* est déterminée avec suffisamment de précision même s'il est

également les travaux de nettoyage subséquents à la fermeture saisonnière du café-restaurant à la clientèle, car les parties pouvaient avoir une idée approximative de la fin de la saison même s'il fallait compter sur la possibilité de report de quelques jours au gré des conditions d'enneigement et que la durée des travaux de nettoyage de fin de saison n'était pas connue à l'avance²⁰. Par contre, un accord selon lequel les rapports de travail cessent *aussitôt qu'il n'y a plus de travail* n'est pas admissible²¹.

Devoirs d'information – Lorsque les contrats de durée déterminée sont conclus pour une durée relativement longue, on peut se demander s'il ne convient pas que les parties aient, au moins un mois²² avant la fin du contrat de durée déterminée, la connaissance très précise de sa date d'échéance²³. Il convient d'une part que le travailleur puisse savoir quand il doit commencer des démarches pour retrouver un nouvel emploi et que l'employeur puisse savoir quand il doit se mettre à la recherche d'un autre travailleur. Nous nous prononçons cependant contre une telle exigence, qui ne nous paraît pas fondée en droit. Par contre, à notre sens, lorsque le contrat a été conclu pour une durée relativement longue, si l'une seule des parties est en mesure de connaître de façon précise la date de fin des rapports de travail, elle doit en informer l'autre partie au moins un mois avant l'échéance. Si elle ne connaît (ou ne pouvait connaître) la date d'échéance que plus tard, elle doit en informer l'autre partie aussitôt qu'elle en a connaissance (ou peut en avoir connaissance). Cette obligation se fonde, pour le devoir de l'employeur, sur l'art. 328 CO (protection de la personnalité), et pour le devoir de l'employé, sur l'art. 321a al. 1 CO (devoir de fidélité)²⁴.

Parité – L'élément qui met fin au contrat de durée déterminée ne doit pas pouvoir dépendre de l'influence d'une (seule) des parties²⁵. En effet, ceci se heurterait à la règle de l'art. 335a CO selon laquelle les délais de congé doivent être identiques pour les deux parties²⁶. Dans un tel cas, le contrat est considéré comme un contrat

prévu que *les dates précises seront fixées par la Direction*. Il en va de même de l'année universitaire 1987/1988, cf. TF 2P. 152/1992 du 22 mars 1993, c. 2, non publié.

²⁰ TFA B 54/04 du 30 septembre 2005, c. 3.2.1.

²¹ Cf. parmi d'autres : TF 4C.22/2000, du 27 juin 2000, c. 2b ; TFA B 54/04 du 30 septembre 2005, c. 3.1.

²² Un mois est le délai légal minimal impératif de préavis pour les contrats de durée indéterminée, sauf cas particulier (art. 335 al. 2 CO).

²³ Message 1984, p. 615 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 334 CO, p. 464 ; PORTMANN, BaK 2011, N 6 ad art. 334 CO, p. 2030 ; MEYER, p. 38. Cf. également AUBERT, CR 2003, N 1 ad art. 334 CO, p. 1758, selon lequel les parties doivent au moins connaître la date future de la fin des relations de travail moyennant un délai correspondant au délai légal de congé.

²⁴ Cf. dans un sens similaire, BRENDER, pp. 58 ss ; REHBINDER, BK 1992, N 10 ad art. 334 CO, pp. 44 ss ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 13 ad art. 334 CO, p. 479.

²⁵ Message 1984, p. 615 ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 13 ad art. 334 CO, p. 477 ; voir ég. NEF, pp. 96 ss.

²⁶ ATF 108 II 115, c. 4a = JdT 1982 I 539 ; ATF 96 II 52, c. 2a, JdT 1971 I 268 (trad.).

de durée indéterminée²⁷. Dans le même ordre d'idée, une clause qui prévoit la possibilité pour une partie seulement de mettre fin de manière anticipée au contrat de durée déterminée est nulle, car elle viole aussi l'art. 335a CO²⁸.

- 13 **Preuve** – La partie qui soutient que le contrat est de durée déterminée doit en apporter la preuve²⁹. Lorsqu'il a été question d'un contrat de durée déterminée durant les pourparlers, mais sans qu'une telle clause soit acceptée par les deux parties en la forme écrite contractuellement réservée, le simple fait que l'employé a commencé le travail ne permet pas de retenir que le contrat a été conclu pour une durée déterminée³⁰. Lorsque le contrat de travail a été conclu pour une durée déterminée, mais que, postérieurement à la conclusion du contrat, l'employeur a obtenu une autorisation de travail pour une durée plus courte, cette circonstance ne peut, en principe, être interprétée comme une offre de modifier le contrat, susceptible d'être acceptée par acte concluant du travailleur. En effet, les prescriptions de droit public n'ont, sauf exceptions, pas d'incidence sur les rapports contractuels des parties³¹. Enfin, lorsque le contrat n'est pas très clair quant à la durée de la relation de travail, on ne peut retenir sans autre sur la base de la durée de l'autorisation de séjour ou de travail que le contrat est de durée déterminée³².

2. Les distinctions

- 14 **Contrat de durée maximale** – Les parties peuvent convenir d'une durée maximale pendant laquelle elles peuvent résilier le contrat en observant les délais de résiliation légaux ou contractuels, tout en prévoyant que le contrat prendra fin au plus tard à l'expiration de la durée maximale³³, par exemple : *Le contrat s'éteindra automatiquement lorsque l'employé atteindra l'âge de la retraite ordinaire, mais d'ici-là, pourra être résilié avec trois mois de préavis pour la fin d'un*

²⁷ Tribunal cantonal des assurances sociales/ZH du 8 novembre 2000, c. 2d, in : SARB 2001, n. 183, p. 1214.

²⁸ TF du 12 décembre 1996, c. 3, in : JAR 1997, p. 159.

²⁹ TF 4A_531/2008 du 4 février 2009, c. 2.1 ; TF 4A_89/2007 du 29 juin 2007, c. 3.2 ; TFA B 90/2000 du 26 novembre 2001, c. 4c ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 23 ad art. 334 CO, p. 482 ; BRÜHWILER, N 1 ad art. 334 CO, p. 291 ; WYLER, p. 436 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 334 CO, p. 464 ; SUBILIA/DUC, N 3 ad art. 334 CO, p. 489. Sur le fardeau de la preuve, voir également ATF 125 III 78, c. 3, SJ 1999 I 385 (trad.).

³⁰ CAPH/GE du 24 juin 1999, c. 4b, in : JAR 2000, p. 185.

³¹ TF du 21 octobre 1996, c. 3b/aa, in : SJ 1997, p. 149, ; voir aussi TC/VS du 28 mars 1996, in : JAR 1997, p. 153.

³² TAppello/TI du 5 octobre 1992, c. 6 s., in : JAR 1994, p. 185.

³³ TF 8C_166/2011 du 13 juillet 2011, c. 5.2.1 ; TF 4C.62/2001 du 8 juin 2001, c. 2a ; TF 4C.476/1994 du 15 mars 1995, c. 4a, in : JAR 1996, p. 106 ; ATF 114 II 349, c. 2a = JdT 1989 I 188 ; TPH/GE du 27 avril 1994, c. 20 s, in : JAR 1995, p. 79 ; BRENDER, pp. 18 s. ; Message 1984, p. 616.

mois. Le Tribunal fédéral range un tel accord dans la catégorie des contrats de durée déterminée³⁴. Une lettre de l'employeur mentionnant la fin des relations de travail pour la date maximale ne constitue pas une résiliation ordinaire, mais un simple rappel des termes du contrat³⁵. Lorsque le contrat est résilié avant que la durée maximale soit atteinte, les parties bénéficient des dispositions protectrices contre les congés et notamment des prolongations prévues par l'art. 336c CO. Toutefois, si une partie résilie de manière unilatérale avant le terme maximal et que l'autre partie est au bénéfice d'une prolongation selon l'art. 336c CO dépassant la durée maximale, le contrat se terminera néanmoins lorsque la durée maximale est atteinte³⁶. Ainsi, si l'employeur résilie pour fin octobre 2014 un contrat qui doit durer au maximum jusqu'au 31 décembre 2014 et que le travailleur, au bénéfice de 180 jours de protection selon l'art. 336c CO, tombe malade à la mi-octobre, le contrat prendra fin le 31 décembre 2014, même si le travailleur n'est pas rétabli.

Contrat de durée minimale – Les parties peuvent prévoir une première période pendant laquelle le contrat ne peut être résilié, suivie d'une période pendant laquelle il peut faire l'objet d'une résiliation ordinaire³⁷. Il s'agit d'un contrat de durée minimale. Il est parfois considéré que, pendant la durée minimale, le contrat déploie les effets propres au contrat de durée déterminée³⁸, mais il s'agit plutôt d'un contrat de durée indéterminée avec blocage du droit de résilier de manière ordinaire pendant un certain délai³⁹. En effet, l'extinction du contrat de durée minimale suppose dans tous les cas une résiliation, et les parties bénéficient de la protection contre les congés abusifs et les congés en temps inopportun⁴⁰. On peut aussi imaginer que les parties prévoient selon les cas une période minimale en cours d'emploi, par exemple à l'issue d'une formation financée par l'employeur : *L'employé s'engage à ne pas résilier le contrat dans les trois ans suivant la fin de sa formation*. C'est par interprétation que l'on déterminera si les parties ont véritablement voulu supprimer le droit de l'employé de résilier le contrat de manière ordinaire durant cette période, étant précisé que cette restriction devrait alors aussi valoir pour l'employeur, au vu de l'exigence de parité des délais de congé⁴¹. Le fait d'indiquer dans une annonce d'emploi que le poste proposé est une place durable ne permet pas d'en déduire qu'il s'agit d'un contrat de durée minimale⁴². Le contrat de durée déterminée est un contrat dont la durée minimale coïncide

15

³⁴ ATF 114 II 349, c. 2a = JdT 1989 I 188 ; BRENDER, pp. 18 s.

³⁵ ATF 114 II 349, c. 2b = JdT 1989 I 188.

³⁶ Message 1984, p. 617 ; SUBILIA/DUC, N 5 ad art. 334 CO, pp. 409 s. ; WEBER, p. 43.

³⁷ ATF 110 II 167 = JdT 1984 I 469.

³⁸ TF 4C.397/2004 du 15 mars 2005, c. 2.1.

³⁹ WEBER, pp. 43 s.

⁴⁰ Message 1984, p. 616 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 334 CO, p. 221.

⁴¹ Cf. aussi TF du 23 octobre 1990, c. 4b, in : JAR 1991, p. 194

⁴² Cf. aussi GS/BS du 29 octobre 1987, in : JAR 1989, p. 200.

avec sa durée maximale. Il est possible toutefois de combiner une durée minimale et une durée maximale distincte dans un même contrat, par exemple un contrat entrant en vigueur le 1^{er} décembre 2014 pour au moins deux mois, mais se terminant au plus tard le 31 octobre 2015, avec possibilité de résilier avec un mois de préavis dans l'intervalle. Ceci peut poser des difficultés si l'échéance, dans l'hypothèse où elle dépend d'un événement dont la date n'était pas clairement connue au départ, se produit avant la fin de la période minimale⁴³.

- 16 **Contrat avec option unilatérale de reconduction** – Les parties conviennent parfois d'un contrat de durée déterminée, avec une option pour l'une d'entre elles d'imposer la reconduction du contrat pour une nouvelle période déterminée, ou indéterminée⁴⁴. Une telle convention se heurte au principe de la parité du congé de l'art. 335a al. 1 CO⁴⁵.

- 17 **Contrat avec condition résolutoire** – Lorsque la survenance de l'échéance convenue est incertaine (on ne sait pas si elle va survenir ou non), il ne s'agit pas d'un contrat de durée déterminée, mais d'un contrat soumis à condition résolutoire au sens de l'art. 154 CO⁴⁶. C'est par exemple le cas lorsque les parties conviennent que le contrat prendra fin si l'autorité compétente refuse de délivrer le permis de travail⁴⁷. Il convient de déterminer par interprétation si le contrat est résiliable de manière ordinaire avant la survenance de la condition, respectivement avant que l'on sache qu'elle ne se réalisera finalement pas⁴⁸. S'il est acquis que la condition résolutoire ne se réalisera pas, le contrat doit être considéré, à défaut d'accord contraire, comme un contrat de durée indéterminée⁴⁹. Si la condition résolutoire survient, le contrat prend fin à cette date.

⁴³ Cf. BRENDER, p. 24. REHBINDER, BK 1992, N 4 ad art. 334 CO, p. 41, estime que le contrat prend fin à la date convenue d'échéance, même si la période minimale n'a pas fini de courir.

⁴⁴ Voir TF 4A_320/2008 du 6 octobre 2008, où les parties avaient convenu d'un engagement de l'employé, joueur de hockey sur glace professionnel pour trois saisons, avec une option (en faveur du joueur) sur une saison supplémentaire.

⁴⁵ Lorsque la déclaration unilatérale permet de transformer le contrat en contrat de durée indéterminée, WYLER, p. 437 et STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996 N 15 ad art. 334 CO, p. 478, sont d'avis qu'un tel contrat doit être considéré comme un contrat de durée minimale. BRENDER, pp. 65 s. estime quant à lui que l'admission d'office de la prolongation pourrait selon les cas conduire à un résultat inéquitable. A son sens, l'option doit être considérée comme nulle et le contrat terminé à la fin de la durée déterminée prévue.

⁴⁶ TFA B 54/04 du 30 septembre 2005, c. 3.1 ; TF 4C.22/2000 du 27 juin 2000, c. 2b. La distinction peut avoir des conséquences pratiques considérables, notamment en matière de prévoyance professionnelle (cf. par exemple ATF 126 V 303, c. 2d).

⁴⁷ ATF 126 V 303, c. 2d ; VISCHER, p. 226 ; REHBINDER, BK 1992, N 7 ad art. 334 CO, p. 43 ; BRENDER, pp. 29 ss.

⁴⁸ REHBINDER, BK 1992, N 7 ad art. 334 CO, p. 43.

⁴⁹ REHBINDER, BK 1992, N 7 ad art. 334 CO, p. 43 ; BRENDER, p. 30.

3. La fin du contrat de durée déterminée

Survenance de l'échéance – Le contrat prend fin à l'échéance légale ou convenue sans que les parties doivent le résilier. Les dispositions sur la protection contre le congé abusif ou le congé en temps inopportun ne sont pas applicables⁵⁰.

Résiliation durant le temps d'essai – Il n'existe en principe pas de temps d'essai dans le cadre d'un contrat de durée déterminée, mais les parties sont libres de prévoir un⁵¹, pendant lequel elles pourront résilier le contrat de manière ordinaire. Pendant le temps d'essai, le contrat est dénué des caractéristiques des contrats de durée déterminée⁵² et la protection contre les congés abusifs s'applique, tout comme la réglementation de l'art. 335b CO. Ainsi, le temps d'essai ne peut dépasser trois mois⁵³.

Résiliation pour justes motifs – Les parties peuvent toujours résilier le contrat avec effet immédiat en se prévalant de justes motifs (art. 337 CO)⁵⁴. Selon que les justes motifs sont établis ou non et selon la partie qui a résilié, les conséquences seront réglées aux articles 337b, 337c ou 337d CO. La durée résiduelle du contrat de travail peut entrer en considération lors de l'examen des justes motifs⁵⁵. Cependant, le fait pour l'employeur de s'être lié durant une période relativement longue, par un contrat de durée déterminée, ne lui permet pas de déroger au caractère exceptionnel de l'art. 337 CO, en se prévalant d'une acception large du juste motif de résiliation immédiate pour se libérer de ses obligations contractuelles⁵⁶. En cas d'insolvabilité de l'employeur, le travailleur peut aussi résilier le contrat avec effet immédiat aux conditions de l'art. 337a CO⁵⁷.

⁵⁰ Message 1984, p. 615 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 334 CO, p. 222.

⁵¹ ATF 109 II 449, c. 1b = JdT 1984 I 223 ; TC/FR du 7 juin 2004 c. 2b, in : RJF 2005, p. 18 ; Cass/NE du 13 février 1992, c. 3, in : RJN 1992, p. 91. A noter que le contrat d'apprentissage contient dans tous les cas un temps d'essai (art. 344a CO).

⁵² ATF 109 II 449, c. 1b = JdT 1984 I 223.

⁵³ Art. 335b al. 2 CO ; ATF 109 II 449, c. 1b = JdT 1984 I 223 ; TC/FR du 7 juin 2004, c. 2b, in : RJF 2005, p. 18.

⁵⁴ TF 4A_89/2007 du 29 juin 2007, c. 3.2 ; TF 4C.61/2006 du 24 mai 2006, c. 3.1 ; TF 4C.397/2004 du 15 mars 2005, c. 2.1 ; STAHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 17 ad art. 334 CO, p. 479.

⁵⁵ Ainsi, dans l'ATF 117 II 560, c. 3b, JdT 1993 I 148 (trad.), le Tribunal fédéral a d'abord retenu que l'importance de la durée du contrat restant à courir plaiderait en faveur de la thèse de l'employeur, à savoir l'impossibilité de continuer les rapports de travail. Cependant, le Tribunal fédéral a finalement tranché qu'en l'espèce, un avertissement aurait d'abord dû être donné aux deux employés concernés et a estimé que les justes motifs n'étaient pas remplis encore à ce stade.

⁵⁶ TF 4C.106/2001 du 14 février 2002, c. 3c ; TF 4C.100/2001 du 12 juin 2006, c. 5d.

⁵⁷ TC/FR du 25 octobre 2007, c. 3a, in : JAR 2008, p. 359 ; WYLER, pp. 436 s.

Opposition dans le cadre d'un transfert d'entreprise – Le droit de faire opposition à un transfert d'entreprise et, partant de mettre fin au contrat de travail à l'expiration du délai légal (art. 333 al. 2 CO) est également ouvert aux travailleurs sous contrat de durée déterminée⁵⁸. On prendra en compte le délai légal de résiliation applicable à un employé d'une même ancienneté⁵⁹.

22 **Fin anticipée conventionnelle du contrat** – Les parties sont libres de mettre fin d'un commun accord à un contrat de travail de durée déterminée avant son échéance pour autant qu'elles ne cherchent pas, par ce biais, à détourner une disposition impérative de la loi⁶⁰.

23 **Décès** – Le décès du travailleur met fin au contrat (art. 338 al. 1 CO). Lorsque le contrat est conclu essentiellement en considération de la personne de l'employeur, le décès de l'employeur met fin au contrat de travail (art. 338a CO), quelle que soit l'échéance convenue.

4. Adaptation judiciaire du contrat

24 **Clausula sic stantibus** – Les contrats de longue durée peuvent, cas échéant, être réadaptés par le juge sur la base de la théorie de l'imprévision⁶¹. Ceci suppose une circonstance extraordinaire, impossible à prévoir par les parties lors de la conclusion du contrat⁶².

III. La reconduction du contrat de durée déterminée (art. 334 al. 2 CO)

1. Généralités

25 **Présomption de reconduction pour une durée indéterminée** – En cas de reconduction tacite du contrat après l'échéance de la durée déterminée, l'art. 334 al. 2 CO pose la présomption que le rapport de travail se poursuit, et ce, pour une durée indéterminée⁶³. Le travailleur continue à bénéficier des acquis

⁵⁸ WYLER, p. 412.

⁵⁹ CARRUZZO, N 1 ad art. 334 CO, p. 465.

⁶⁰ TF 4C.61/2006 du 24 mai 2006, c. 3.1 ; TF 4C.397/2004 du 15 mars 2005, c. 2 ; ATF 118 II 58, c. 2 = JdT 1993 I 154 ; ATF 102 Ia 417, c. 3c, JdT 1977 I 275 (trad.).

⁶¹ CARRUZZO, N 3 ad art. 334 CO, p. 467 ; TF 4C.61/2006 du 24 mai 2006, c. 3.2.2. A noter que dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a considéré que dix-huit mois n'étaient pas une longue durée.

⁶² TF 4C.61/2006 du 24 mai 2006, c. 3.2.2.

⁶³ TF 4P.222/2000 du 28 novembre 2000, c. 2b/aa. ; TF 4C.476/1994 du 15 mars 1995, c. 4a, in : JAR 1996, p. 106 ; TC/JU du 6 décembre 2005, c. 3.2, in : RJJ 2006, p. 153.

fondés sur l'ancienneté, celle-ci étant comptée dès l'entrée en vigueur du contrat initial⁶⁴.

Accord contraire des parties – La règle étant de nature dispositive, les parties peuvent aussi fixer des échéances successives en cas de reconduction tacite⁶⁵. Dans un cas où la lettre d'engagement précisait *Cette formule de collaboration est valable pour l'année scolaire 1991 à 1992 à titre expérimental. En cas de succès, elle sera confirmée définitivement pour l'année suivante*, le contrat reconduit sans précision particulière a été qualifié de contrat de durée déterminée jusqu'à la fin de l'année scolaire 1993⁶⁶ et non de contrat de durée indéterminée.

Reconduction pour une durée limitée par les circonstances – La présomption de l'art. 334 al. 2 CO ne s'applique pas lorsqu'il ressort des circonstances que la reconduction ne vaut que pour une durée déterminée. La simple prolongation de l'activité du travailleur à des fins précises limitées dans le temps, telles que la clôture d'un établissement, des travaux de nettoyage, ou d'autres circonstances de ce genre n'est pas soumise à l'art. 334 al. 2 CO, puisque une période de service supplémentaire ainsi convenue entre les parties est, de par sa nature même, à son tour limitée dans le temps et donc de durée déterminée⁶⁷. Toutefois, à défaut de telles circonstances, si l'employé continue de travailler après l'échéance de son contrat de travail de durée déterminée et que l'employeur accepte ce travail sans qu'un accord soit passé sur la durée du contrat, l'employé est présumé bénéficier désormais d'un contrat de durée indéterminée⁶⁸.

Distinction entre reconduction et échéance tardive du contrat de durée déterminée – Il convient de distinguer les cas de dépassement de la durée convenue (reconduction tacite) des cas où l'échéance du contrat de durée déterminée s'est produite un peu plus tard qu'usuellement. Ainsi, un employé engagé *pour la saison d'été*, et dont le contrat individuel se référait pour le surplus à un contrat-type de travail qui indiquait qu'en principe la saison d'été s'étendait du 15 juin au 15 septembre, ne pourra soutenir que la période de travail qu'il a accomplie entre

⁶⁴ WYLER, p. 437 ; FRITZ, N 2 ad art. 334 CO, p. 15.

⁶⁵ ATF 128 III 212, c. 3b/aa = SJ 2002 I 581 ; Message 1984, p. 617. La problématique des contrats en chaîne est abordée plus bas (*infra* N 29 ss).

⁶⁶ TF 4C.476/1994 du 15 mars 1995, c. 4b, in : JAR 1996, p. 106.

⁶⁷ Tribunal de Locarno-Campagne du 28 juin 2002, c. 2, in : JU-TRAV 2002, p. 6 ; GS/BS du 23 juin 1977, in : JAR 1980, p. 256 ; REHBINDER, BK 1992, N 11 art. 334 CO, pp. 45 s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 334, p. 885 ; BRÜWHILER, N 5 ad art. 334 CO, p. 294.

⁶⁸ Cf. Tribunal de Locarno-Campagne, 28 juin 2002, c. 2, in : JU-TRAV 2002, p. 6, où l'employée a travaillé quatre jours après la fin du contrat de durée déterminée sans que l'employeur ne s'y oppose, puis s'est retrouvée en incapacité. L'employeur n'ayant pu démontrer qu'il y avait eu un accord particulier sur la durée du travail, ni circonstances particulières, il a été admis que la reconduction avait entraîné un contrat de durée indéterminée et que l'employée bénéficiait de la protection de l'art. 336c CO.

le 15 septembre et le 31 octobre entraîne l'application de l'art. 334 al. 2 CO, si cette année-là, pour des raisons météorologiques, la saison d'été ne s'est achevée que le 31 octobre⁶⁹.

2. Les contrats en chaîne

29 **Admissibilité** – Le droit suisse autorise en principe les parties à passer un nouveau contrat de durée déterminée à la suite d'un contrat de durée déterminée⁷⁰. L'art. 2 al. 2 CC, qui prohibe la fraude à la loi, s'oppose toutefois à la conclusion de *contrats en chaîne* dont la durée déterminée ne se justifie par aucun motif objectif et qui ont pour but d'éluder l'application des dispositions sur la protection contre les congés ou d'empêcher la naissance de prétentions juridiques dépendant d'une durée minimale des rapports de travail⁷¹, par exemple, les prétentions relativement impératives découlant des articles 324a CO (le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler), 335c CO (les délais de résiliation), 336c CO (la protection contre les congés en temps inopportun) et 339b CO (le droit à une indemnité de licenciement à raison de longs rapports de travail)⁷². L'existence d'interruptions entre les contrats ne fait pas forcément obstacle à la reconnaissance d'une fraude à la loi⁷³.

30 **Critère quantitatif** – En règle générale, il n'y a pas d'abus de droit dans la succession de deux contrats seulement de durée déterminée⁷⁴. Le Tribunal fédéral

juge d'ailleurs admissible la possibilité de conclure deux engagements successifs de durée déterminée dont l'un peut l'être à titre d'essai (*Arbeitsverhältnis zur*

⁶⁹ TF 4A_437/2011 du 24 octobre 2011, c. 3.

⁷⁰ TFA C 180/99 du 4 mai 2000, c. 2c, in : DTA 2001, p. 80, n. 6 ; TF du 20 juillet 1999, c. 2b, in : JAR 2000, p. 105 ; Message 1984, p. 617.

⁷¹ Cf. parmi d'autres : TF 4A_216/2007 du 13 septembre 2007, c. 1.3 ; TF 2A.684/2004 du 23 mai 2005, c. 5.1 ; ATF 129 III 618, c. 6.2 ; ATF 119 V 46, c. 1c et les références citées = SJ 1993 509 ; Message 1984, pp. 617 s.

⁷² TF 4A_216/2007 du 13 septembre 2007, c. 1.3 ; ATF 119 V 46, c. 1c = SJ 1993 509 ; Message 1984, p. 617.

⁷³ Message 1984, p. 617 ; CARRUZZO, N 2 ad art. 334 CO, p. 466.

⁷⁴ Cf. parmi d'autres : TFA C 180/99 du 4 mai 2000, c. 2, in : DTA 2001, p. 80, n. 6 ; TF 4C.51/1999 du 20 juillet 1999, c. 2b, in : JAR 2000, p. 106. Dans un cas où l'employeur avait d'abord conclu un contrat de durée déterminée s'achevant au début des vacances de l'entreprise puis un contrat de durée indéterminée, dès la fin de ces vacances, le Tribunal fédéral a considéré que pour une seule raison d'ordre quantitatif, il était douteux que l'employée puisse se prévaloir d'un abus de droit. Le Tribunal fédéral a retenu que s'il était indéniable que la conclusion d'un contrat de durée déterminée permettait à l'employeur d'éviter de payer un salaire pendant la période de fermeture de l'entreprise, on ne pouvait conclure d'emblée qu'il s'agissait là d'un but frauduleux ou abusif (TFA C 180/99 du 4 mai 2000, c. 2c, in : DTA 2001, p. 80, n. 6).

Probe par opposition à *Probearbeitsverhältnis*)⁷⁵. Cependant, le nombre de contrats passés n'est pas à lui seul déterminant pour décider s'il y a abus ou non : il ne constitue qu'un élément parmi d'autres à prendre en considération dans l'examen global des circonstances du cas⁷⁶.

Les motifs objectifs – En général on reconnaît qu'il y a des motifs objectifs à la conclusion de plusieurs contrats successifs de durée déterminée pour l'engagement d'artistes (acteurs, musiciens, chanteurs, etc. etc.), de travailleurs occasionnels (*Gelegenheitsarbeitern*), de sportifs professionnels, et d'enseignants engagés à l'année ou au semestre⁷⁷. Il convient de prendre en compte les particularités du rapport de travail ou les circonstances particulières. Ainsi, il peut être justifié de placer l'engagement d'enseignants sous des contrats de durée déterminée successifs lorsqu'il n'est pas évident de pronostiquer à long terme le nombre d'élèves inscrits et donc de postes d'enseignants⁷⁸. Les incertitudes sur le maintien du poste peuvent constituer des motifs objectifs justifiant la conclusion de contrats à durée déterminée⁷⁹, tout comme des incertitudes liées à l'incapacité de

31

travail de collaborateurs⁸⁰. Les incertitudes peuvent aussi être liées à l'employé,

⁷⁵ TF 4C.476/1994 du 15 mars 1995, c. 4a, in : JAR 1996, p. 196.

⁷⁶ TF 4P.127/1995 du 18 août 1995, c. 5b, non publié. Voir également TF 4A_495/2007 du 12 janvier 2009, c. B.c.a. dont il ressort que la Cour civile du TC/VD, dans un cas où une employée de longue date sous un contrat de durée indéterminée s'est vue imposer par la suite deux contrats de durée déterminée successifs, a considéré que déjà même sous la période couverte par le premier contrat de durée déterminée, l'employée devait être considérée (toujours) sous un contrat de durée indéterminée. Les parties n'ont pas remis en cause ces constatations lorsque l'affaire a été portée par devant le Tribunal fédéral.

⁷⁷ TF 2P.26/2007 du 28 juin 2006, c. 3.7 ; TF 4C.34/1992 du 20 août 1992, c. 4b, non publié, dans un cas d'enseignement de quelques heures par semaine dans une école privée et dont l'occupation est tributaire du nombre d'élèves.

⁷⁸ TF 2P.26/2007 du 28 juin 2006, c. 3.7.

⁷⁹ TF 4C.51/1999 du 20 juillet 1999, c. 2c, in : JAR 2000, p. 106 ; TF 4P.127/1995 du 18 août 1995, c. 5a, non publié (trois contrats successifs en raison d'une incertitude de l'employeur quant à sa structure future) ; KG/SG, 12 décembre 2003, c. 5, in : JAR 2004, p. 536 ; Arrêt de la Cass/NE du 20 avril 1995, c. 3, in : RJN 1995, p. 72, où n'a pas été jugée abusive une succession de trois contrats d'une durée de huit, puis six et trois mois, dans un cas où la durée des rapports de travail ne dépendait pas de la seule volonté de l'employeur, mais bien plutôt de circonstances objectives, à savoir des circonstances économiques ayant orienté la restructuration de l'entreprise vers une rationalisation de ses activités, entraînant la suppression du poste de travail confié à l'employé. Les motifs n'apparaissaient pas justifiés par une volonté de contourner la loi, mais dépendaient directement des possibilités d'emploi que l'employeur était à même de fournir.

⁸⁰ TF 2A.684/2004 du 23 mai 2005, c. 5.3, où le Tribunal fédéral a admis qu'il n'y avait pas d'intention de se rendre coupable d'une fraude à la loi lorsque l'engagement initial de l'employé était consécutif à des besoins objectifs tenant à l'incapacité de travail de deux

par exemple pour lui donner l'occasion d'améliorer sa conduite⁸¹ ou lorsque c'est l'employé lui-même qui souhaite bénéficier de contrats successifs pour des raisons qui lui sont propres. Il est aussi admissible de procéder par des contrats successifs en cas de changement de type d'activité⁸².

- 32 **Le travail intérimaire** – La jurisprudence admet généralement la licéité de contrats en chaîne en ce qui concerne les travailleurs intérimaires en raison des impératifs du travail intérimaire, de sa spécificité, et du besoin particulier de souplesse dans l'intérêt même des travailleurs⁸³, le travail intérimaire étant une forme précaire d'emploi⁸⁴. C'est ainsi que la jurisprudence fédérale admet que, sauf convention contraire, chaque mission de travail intérimaire fait partir un nouveau temps d'essai⁸⁵. Ainsi lorsqu'il y a des périodes d'interruption entre différentes missions, et particulièrement si elles ne sont pas toutes effectuées auprès du même employeur, la conclusion de contrats successifs n'est pas abusive, et ces contrats n'ont pas à être assimilés à un seul contrat de durée déterminée⁸⁶.

- 33 **Conséquences de l'abus de droit** – La règle contournée par la conclusion de contrats successifs s'applique comme si un seul contrat avait été passé⁸⁷. En fonction des circonstances, ce contrat unique sera considéré comme un contrat de durée indéterminée⁸⁸, soit généralement comme un contrat de durée indéterminée

collaborateurs et que le maintien du caractère temporaire de cet engagement avait été dicté par des raisons budgétaires et par la mise en place d'une organisation différente ayant entraîné le non remplacement du collaborateur en arrêt de travail.

⁸¹ AUBERT, CR 2003, N 3 ad art. 334 CO, p. 1759.

⁸² TF 4C.51/1999 du 20 juillet 1999, c. 2b, in : JAR 2000, p. 106 ; Arrêt de la CAPH/GE du 27 juin 1995, c. 3, in : JAR 1996, p. 184 ; ATF 119 V 46 = SJ 1993 509 ; Cass/NE du 2 novembre 1992, in : JAR 1994, pp. 190 s.

⁸³ ATF 119 V 46, c. 1c = SJ 1993 509 ; ATF 117 V 248, c. 3b/bb.

⁸⁴ ATF 117 V 248, c. 3b/bb.

⁸⁵ ATF 119 V 46, c. 1c = SJ 1993 509 ; ATF 117 V 248, c. 3b/bb.

⁸⁶ ATF 119 V 46, c. 2b = SJ 1993 509.

⁸⁷ TF 4A_216/2007 du 13 septembre 2007, c. 1.3.

⁸⁸ Parmi d'autres : TF 4C.51/1999 du 20 juillet 1999, c. 2c, in : JAR 2000, p. 106, où l'employé avait eu une succession de contrats de travail pour le même employeur et la même activité, sans justification objective, du 1^{er} janvier 1997 au 30 juin 1997, du 1^{er} juillet 1997 au 31 décembre 1997, puis du 1^{er} janvier 1998 au 28 février 1998, cette fois sans renouvellement, en raison de reproches rapportés sur le comportement de l'employé. Le Tribunal fédéral a admis qu'il s'agissait là d'un seul contrat de durée indéterminée auquel s'appliquaient les dispositions sur la protection contre les congés ; ATF 115 V 111, c. 3d/bb ; CAPH/GE du 27 juin 1995, c. 3, in : JAR 1996, p. 183, où un professeur d'art engagé pour six années scolaires successives, par le biais de six contrats de travail de durée déterminée a été reconnu au bénéfice d'un contrat de durée indéterminée ; TPH/GE du 8 avril 1998, c. 2, in : JAR 1989, p. 97, portant sur un cas de pluralité de contrats de durée déterminée d'une durée d'un jour, pour un employé travaillant à titre exclusif pour

avec durée minimale allant jusqu'à l'échéance prévue dans le dernier contrat successif convenu⁸⁹, ou comme un contrat de durée déterminée⁹⁰. La solution dépendra des circonstances, par exemple du fait de savoir si l'employé pouvait de bonne foi s'attendre à des renouvellements répétés et continuels des contrats de durée déterminée qui lui étaient proposés, ou s'il lui avait été communiqué de manière claire lors de la conclusion du dernier contrat successif que la relation contractuelle, contrairement aux expériences passées, ne serait plus poursuivie et qu'il n'y aurait plus de renouvellement.

IV. Les contrats de durée déterminée de plus de dix ans (art. 334 al. 3 CO)

Durée maximale – La durée maximale admissible d'un contrat de travail de durée déterminée est de dix ans et demi⁹¹. Ainsi, après dix ans, le contrat de durée déterminée se transforme en contrat de durée maximale. D'une part, il devient possible de le résilier de manière unilatérale pour la fin d'un mois, moyennant un délai de congé de six mois (aussi, il pourra se terminer au plus tôt après dix ans et six mois) ; d'autre part, il prendra fin au plus tard à l'échéance maximale convenue⁹². 34

Les droits de la personnalité – Le législateur avait renoncé à fixer la limite à cinq ans, en considérant qu'une présomption légale de violation de droits de la personnalité (art. 27 al. 2 CC) ou de convention contraire aux mœurs (art. 20 CO) ne devait intervenir qu'en cas de très longs engagements contractuels⁹³. Ceci n'exclut cependant pas à notre sens que dans des circonstances sortant de l'ordinaire, un contrat de durée déterminée de moins de dix ans et demi puisse être considéré excessif au regard de l'art. 27 al. 2 CC⁹⁴. 35

Caractère impératif – L'art. 334 al. 3 CO est absolument impératif. Ce caractère impératif s'oppose aussi à une convention en vertu de laquelle l'employeur qui a conclu un contrat pour plus de dix ans et demi s'engage, pour le cas où il ferait 36

l'employeur, de façon régulière et quasiment à plein temps ; Message 1984, p. 617 ; BRUNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 6 ad art. 334 CO, p. 223 ; SUBILIA/DUC, N 7 ad art. 334 CO, p. 490.

⁸⁹ TF 4A_216/2007 du 13 septembre 2007, c. 1.3 : GUYOT/JACCARD/KERN/ZAPPELA, N 505, p. 4 ; PORTMANN, BaK 2011, N 8 ad art. 334 CO, p. 2030 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N. 7 ad art. 334 CO, p. 887 ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 5 ad art. 334 CO, p. 473.

⁹⁰ TF 4A_216/2007 du 13 septembre 2007, c. 1.3 ; ATF 119 V 46, c. 1c = SJ 1993 509.

⁹¹ TF 4C.321/2005 du 27 février 2006, c. 8.

⁹² BRENDER, p. 25 ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 26 et 29 ad art. 334 CO, pp. 483 et 485.

⁹³ Message 1984, p. 617.

⁹⁴ BRENDER, pp. 94 ss ; *contra* : STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 27 ad art. 334 CO, p. 483.

usage du droit de résiliation de l'art. 334 al. 3 CO, à payer l'équivalent des salaires allant jusqu'à la fin de la période convenue entre les parties⁹⁵.

⁹⁵ TF 4C.321/2005 du 27 février 2006, c. 8.

Art. 335

II. Contrat de durée indéterminée	¹ Le contrat de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties.
1. Congé en général	² La partie qui donne le congé doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande.
II. Unbefristetes Arbeitsverhältnis	¹ Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei gekündigt werden.
1. Kündigung im Allgemeinen	² Der Kündigende muss die Kündigung schriftlich begründen, wenn die andere Partei dies verlangt.
II. Rapporto di lavoro di durata indeterminata	¹ Il rapporto di lavoro di durata indeterminata può essere disdetto da ciascuna delle parti.
1. Disdetta, in generale	² La parte che dà la disdetta deve, a richiesta dell'altra, motivarla per scritto.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	574
II. Résiliation unilatérale.....	3	575
1. La forme de la résiliation.....	3	575
2. Résiliation par l'employeur	7	579
3. Résiliation par l'employé.....	12	581
III. L'accord de résiliation.....	14	582
IV. Congé-modification.....	17	583
V. Libération de l'obligation de travailler pendant le délai de congé.....	21	585
VI. Motivation du congé (al. 2).....	26	589

Bibliographie spécifique

AUBERT GABRIEL, Libération de l'obligation de travailler et interdiction de travailler pendant le délai de congé, in : DTA 2002, pp. 129 ss (cité : Libération) ; BALZAN MARIE-CHRISTINE, Le contrat de travail et l'insolvabilité de l'employeur : le cas particulier de la faillite de l'employeur, in : WYLER, Panorama II, pp. 265 ss ; BARTH BEAT, Die Aenderungskündigung im Arbeitsrecht, thèse, Zurich 1990 ; BLESİ ALFRED, Die Freistellung vom Arbeitnehmer, Ein Handbuch für die Praxis, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2010 ; GLOOR WERNER, Commentaire de l'ATF 137 III 303, in : DTA 2012, pp. 25 ss (cité : DTA 2012) ; GLOOR WERNER, Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modification abusive, in : DTA 2008, pp. 249 ss (cité : DTA 2008) ; HEINZER BORIS, Le double statut de l'administrateur-travailleur en droit privé, in : WYLER, Panorama I, pp. 349 ss ; MARKARIAN FRANÇOISE, La continuation des activités du travailleur après la déclaration de faillite de l'employeur : dettes dans la masse ou dettes de la masse ?, in : WYLER, Panorama I, pp. 767 ss ; PORTMANN WOLFGANG, Der Aufhebungsvertrag im Individualarbeitsrecht, in Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell, Zurich 2002, pp. 355 ss (cité : Aufhebung) ; REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15^e éd., Berne 2002 (cité : Arbeitsrecht).

I. Généralités

- ¹ **Liberté contractuelle et limitations** – Lorsque les parties sont convenues de se lier jusqu'à une date déterminée ou déterminable, leur relation contractuelle prend fin par la seule expiration de ce jour, sans qu'il soit nécessaire de donner congé (art. 334 al. 1 CO) ¹. Au contraire, tous les contrats de durée indéterminée, ne prennent fin que par le biais d'une résiliation ². En droit suisse du travail, la liberté contractuelle prévaut, de sorte que la résiliation est en principe licite ³. Le droit de chacun des cocontractants de mettre fin au contrat est toutefois limité dans certaines circonstances (licenciement en temps inopportun, art. 336c CO, sanction de la nullité ⁴). Par ailleurs, certains motifs de résiliation ne sont pas considérés comme admissibles par le législateur (licenciement abusif, art. 336 CO, sanction financière ⁵; licenciement discriminatoire art. 5 LEg, sanction financière ⁶ et congé de rétorsion art. 10 LEg, sanction de l'annulabilité ⁷). En principe, le délai de congé prévu contractuellement ou, à défaut, par la loi, doit être respecté. Une résiliation immédiate est toutefois possible en cas de justes motifs, soit de circonstances qui ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail, pas même durant le délai de congé (art. 337 CO ⁸). Le licenciement d'un nombre important de travailleurs est au surplus soumis à des exigences procédurales particulières (licenciement collectif, art. 335d à 335g CO ⁹).
- ² **Caractère impératif** – L'art. 335 CO figure parmi les dispositions énumérées à l'art. 361 CO. De la sorte, il n'est possible d'y déroger ni au détriment de l'employeur ni au détriment du travailleur ¹⁰.

¹ Voir dans le présent ouvrage, commentaire ad art. 334 CO; ATF 128 III 212, c. 3b/aa = SJ 2002 I 581.

² WYLER, p. 439; CARRUZZO, N 1 ad art. 335 CO, p. 471; TF 4A_381/2011 du 24 octobre 2011, c. 2.

³ TF, 4A_117/2007 du 13 septembre 2007, c. 4.2.1; ATF 127 III 86, c. 2a = JdT 2001 I 160 = SJ 2001 I 320.

⁴ Voir dans le présent ouvrage, commentaire ad art. 336c CO.

⁵ Voir dans le présent ouvrage, commentaire ad art. 336 CO.

⁶ AUBERT, Commentaire LEg, pp. 133 ss.

⁷ AUBERT, Commentaire LEg, pp. 224 ss.

⁸ Voir dans le présent ouvrage, commentaire ad art. 337 CO.

⁹ Voir dans le présent ouvrage, commentaire ad art. 335d à 335g CO.

¹⁰ SUBILIA/DUC, N 1 ad art. 335 CO, p. 494.

II. Résiliation unilatérale

1. La forme de la résiliation

Déclaration de volonté – La résiliation est un droit formateur, qui s'exerce par un acte juridique unilatéral, soit une déclaration de volonté¹¹, qui doit être claire et précise¹². A défaut de clarté suffisante, la déclaration de volonté sera interprétée selon le principe de la confiance et *contra stipulatorem*¹³. Le juge recherchera donc comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances. Les circonstances déterminantes sont celles qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté, à l'exclusion des événements postérieurs¹⁴. Le principe de la confiance permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime¹⁵.

Dès lors que la résiliation modifie le rapport juridique de manière unilatérale, elle est par principe inconditionnelle et irrévocable, afin d'assurer une situation juridique claire dans l'intérêt de la partie adverse¹⁶. Des conditions ne sont admises que dans la mesure où leur réalisation dépend exclusivement de la volonté de la personne congédiée de telle sorte que celle-ci ne se trouve pas dans une situation incertaine¹⁷. Par ailleurs, le principe d'irrévocabilité souffre quelques exceptions : une déclaration unilatérale d'invalidation peut être affectée d'un vice de la volonté¹⁸. Une résiliation est susceptible d'être invalidée pour cause d'erreur essentielle au sens des art. 23 ss CO¹⁹. L'erreur sur la personne peut être essentielle²⁰, non l'erreur qui porte uniquement sur les motifs²¹, en principe, sauf en cas d'erreur de base²². Une erreur sur le caractère durable ou non d'une incapacité de travail n'est

¹¹ ATF 128 III 129, c. 2a, JdT 2003 I 10 (trad.), SJ 2002 I 389 (trad.).

¹² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 335 CO, p. 892 ; BRUNNER/BÜHLER/WAE-
BER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 335 CO, p. 224 ; BRÜHWILER, N 6b ad art. 335 CO, p. 304.

¹³ ATF 133 III 61, c. 2.2.2.3 = JdT 2008 I 74 = SJ 2007 I 217 ; TC/GR du 5 décembre 2006, c. 3b, in : JAR 2007, p. 453, c. 3b : le message *Grüezi, Ihre Kündigung ist unterwegs* ne suffit pas en soi.

¹⁴ TF 4C.321/2005 du 27 février 2006, c. 3.1.

¹⁵ TF 4A_555/2011 du 23 février 2012, c. 2.3.2.

¹⁶ TF 4C.321/2005 du 27 février 2006, c. 5.2 ; SUBILIA/DUC, N 13 ad art. 335 CO, p. 500 ; VISCHER, N 4, pp. 230 s.

¹⁷ ATF 128 III 129, c. 2a, JdT 2003 I 10 (trad.), SJ 2002 I 389 (trad.).

¹⁸ ATF 128 III 70, c. 2, JdT 2003 I 4 (trad.), SJ 2002 I 302 (trad.) ; BRÜHWILER, N 1c ad art. 335 CO, p. 298.

¹⁹ TF 4C.321/2005 du 27 février 2006, c. 5.2.

²⁰ Art. 24 al. 1 ch. 2 CO.

²¹ Art. 24 al. 2 CO.

²² Art. 24 al. 1 ch. 4 CO ; TF 4C.321/2005 du 27 février 2006, c. 5.2.

pas essentielle et, partant, ne permet pas de révoquer la résiliation signifiée²³. Enfin, la résiliation du contrat de travail ne peut être retirée que conformément à l'art. 9 al. 1 CO. Cela suppose que le retrait parvienne au destinataire avant la résiliation ou, s'il ne lui parvient qu'après, que le destinataire en prenne néanmoins connaissance avant, faute de quoi le retrait est inefficace²⁴.

- 4 **Réception** – La déclaration de volonté par laquelle la résiliation doit s'exercer est soumise à réception, de sorte qu'elle produit ses effets seulement lorsqu'elle parvient à l'autre partie²⁵. Une déclaration de volonté émise sous forme de lettre parvient à son destinataire au moment où elle entre dans la sphère d'influence de celui-ci, d'une manière telle que l'on peut prévoir, selon les usages, qu'il en prendra connaissance. Ainsi, un refus de recevoir une lettre de résiliation et d'en lire le contenu n'est pas opposable à l'auteur de cet écrit²⁶. C'est toutefois la partie qui résilie qui supporte les conséquences de l'absence de preuve, si la notification même, ou sa date, est contestée²⁷.

Selon la jurisprudence, lorsque la communication d'une manifestation de volonté constitue le moment à partir duquel court un délai de droit matériel fédéral, il faut appliquer la théorie de la réception dite absolue²⁸. Ainsi, en matière de bail à loyer, le Tribunal fédéral a considéré que le point de départ du délai correspond au moment où la manifestation de volonté est parvenue dans la sphère d'influence du destinataire ; s'agissant d'un pli postal ordinaire, la manifestation de volonté est ainsi censée 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, et non lorsque le destinataire daigne effectivement l'ouvrir²⁹. S'agissant d'une lettre recommandée, si elle n'a pu être remise effectivement et qu'un avis de retrait est laissé dans la boîte aux lettres ou la case postale, le pli est censé reçu en règle générale le lendemain, soit le premier jour lors duquel il est matériellement possible d'aller chercher le pli à la poste³⁰. Les art. 335b et 335c CO fixent des délais légaux de résiliation. Il s'agit donc de délais de droit matériel fédéral. Nous

²³ TF 4C.321/2005 du 27 février 2006, c. 5.3.

²⁴ TF 4C.359/2006 du 12 janvier 2007, c. 5 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 12 ad art. 335 CO, p. 227 ; SUBILIA/DUC, N 2 ad art. 335 CO, p. 495.

²⁵ TF 4A_89/2011 du 27 avril 2011, c. 3 ; TF 4A_236/2009 du 3 septembre 2009, c. 2.1 ; TF 4P.307/1999 du 5 avril 2000, c. 3b.

²⁶ TF 4A_89/2011 du 27 avril 2011, c. 3.

²⁷ TF 4A_236/2009 du 3 septembre 2009, c. 2.1.

²⁸ ATF 137 III 208, c. 3.1.2 = SJ 2011 I 293 : sur la théorie de la réception absolue et ses cas d'application en droit du bail, c. 3.1.3 : sur la théorie de la réception dite relative et ses cas d'application en droit du bail ; ATF 118 II 42, c. 3b, JdT 1993 I 140 (trad.), SJ 1992 239 (trad.).

²⁹ ATF 137 III 208, c. 3.1.2 = SJ 2011 I 293 ; CAPH/GE du 4 février 2010, c. 1.4.4, in : JAR 2011, p. 451.

³⁰ ATF 137 III 208, c. 3.1.2 = SJ 2011 I 293 ; ATF 107 II 189, c. 2 = JdT 1981 I 281 = SJ 1981 497.

sommes dès lors d'avis que la jurisprudence rendue en matière de bail quant à la notification par pli recommandé doit trouver à s'appliquer. Ainsi, s'agissant d'une résiliation signifiée par pli recommandé, nous sommes d'avis qu'elle produit ses effets dès le premier jour lors duquel l'employé est concrètement en mesure d'aller chercher le pli recommandé à la poste et, partant, de prendre connaissance de son contenu, et non à l'échéance du délai de garde postal³¹. Il nous paraît que l'application de la théorie de la réception absolue tient compte de manière équitable des intérêts antagonistes des deux parties : l'expéditeur supporte le risque de transmission du pli jusqu'au moment où il parvient dans la sphère d'influence du destinataire, qui supporte alors le risque, à l'intérieur de sa sphère d'influence, de prendre connaissance tardivement ou de ne pas prendre connaissance du support de communication³². Quant à la résiliation signifiée par e-mail, sms ou par messagerie, il convient, de cas en cas, de retenir que le congé est censé reçu dès la date à laquelle un travailleur correct en aurait pris connaissance dans des circonstances normales, après qu'il soit parvenu dans sa sphère d'influence³³.

L'employeur qui résilie le contrat par pli postal alors qu'il sait son employé en vacances, avec son approbation, ne peut compter que ce dernier prendra connaissance du courrier dès sa livraison par la poste. En effet, l'employeur, de bonne foi, doit escompter que le travailleur s'absentera de son domicile pendant ses vacances, de sorte qu'il est gravement contraire au principe de la confiance d'admettre qu'un congé signifié au domicile du travailleur puisse déployer ses effets alors que celui-ci est en vacances au su de son employeur³⁴. Partant, dans un tel cas de figure, le congé ne pourra en principe déployer ses effets que dès le retour de vacances de l'employé³⁵.

Entretien préalable – Contrairement à ce qui prévaut en droit de la fonction publique, il n'existe pas de droit d'être entendu en droit privé. Il n'existe pas

5

³¹ GS/BS du 27 avril 2006, in : JAR 2007 p. 391 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 335 CO, pp. 898 s. ; REHBINDER, BK 1992, N 8 ad art. 335 CO, p. 55 ; AUBERT, CR 2012, N 6 ad art. 335 CO, p. 2065 ; *contra* : CCiv/NE du 25 septembre 1997, c. 3a, in : RJN 1997, p. 126 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 335 CO, p. 472 ; WYLER, p. 440 ; BRUNNER/BÜHLER/WAE-BER/BRUCHEZ, N 9 ad art. 335 CO, p. 226 ; BRÜHWILER, N 3c ad art. 335 CO, p. 300.

³² ATF 118 II 42, c. 3.1.3 in fine, JdT 1993 I 140 (trad.), SJ 1992 239 (trad.).

³³ TC/GR du 5 décembre 2006, c. 3a, in : JAR 2007, p. 453 ; les juges genevois se sont montrés encore plus restrictifs et ont considéré qu'un e-mail était réputé reçu par le destinataire au moment où il parvient dans sa messagerie électronique, peu importe à quel moment ce dernier la consulte : CAPH/GE du 4 février 2010, c. 1.4.5, in : JAR 2011, p. 451 ; Réception de la résiliation par sms : GEISER/MÜLLER, N 591, p. 222.

³⁴ TF 4C.34/2006 du 4 mai 2006, c. 2.1 ; TF 4P.307/1999 du 5 avril 2000, c. 3c ; AUBERT, CR 2012, N 7 ad art. 335 CO, p. 2066.

³⁵ Des exceptions sont envisageables si l'employeur sait que l'employé reste à son domicile ou fait suivre son courrier sur son lieu de vacances : CARRUZZO, N 3 ad art. 335 CO, pp. 476 s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 335 CO, pp. 900 s.

d'obligation pour l'employeur de prévoir un entretien préalable à la résiliation³⁶. L'employeur doit toutefois faire preuve d'égards dans les modalités de la résiliation, faute de quoi cette dernière pourrait être considérée abusive.

- 6 **Forme réservée : mode de preuve ou condition de validité ?** – La résiliation n'est en principe soumise à aucune exigence de forme³⁷, de sorte qu'une partie peut mettre fin au contrat par voie écrite, orale ou même par actes concludants³⁸. Une résiliation par fax, sms, e-mail ou message sur un « répondeur » de téléphone portable est ainsi possible³⁹.

Les parties au contrat de travail peuvent cependant décider de réserver une forme particulière à la résiliation. Si la forme écrite a été réservée et qu'une déclaration de volonté sous forme de lettre entre dans la sphère d'influence du destinataire, par exemple sous forme de tentative de remise en mains propres, le refus de la recevoir ne fait pas échec à la notification valable du congé⁴⁰.

S'agissant de savoir si la forme réservée est une condition de validité du congé, il conviendra d'interpréter le contrat. En effet, les parties peuvent également avoir eu en tête de faciliter la preuve du congé, uniquement, sans que la validité du congé ne dépende de la forme envisagée. Toutefois, l'art. 16 CO présume que la forme réservée est une condition de validité du contrat. Cette présomption s'applique également aux actes juridiques unilatéraux, en particulier s'agissant de l'accomplissement d'un acte formateur tel que la résiliation d'un contrat⁴¹. Le non-respect de la forme réservée entraîne alors la nullité du congé donné⁴². Cette présomption peut toutefois être détruite par la preuve que la forme volontaire ne vise qu'à faciliter l'administration des preuves⁴³.

Au surplus, il y a lieu de distinguer forme et moyen d'acheminement. Ainsi, les parties qui prévoient que la résiliation doit avoir lieu par lettre recommandée réservent la forme écrite et sont convenues d'un mode d'acheminement particulier, le pli recommandé⁴⁴. Une résiliation orale ne sera dès lors pas valable⁴⁵. Un courrier remis en mains propres contre quittance produira par contre ses effets.

³⁶ FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.3 ad art. 335 CO, p. 238.

³⁷ TF 4A_89/2011 du 27 avril 2011, c. 3.

³⁸ Par exemple, lorsque le travailleur qui atteint l'âge de la retraite organise son départ et que l'employeur ne s'y oppose pas, sans que personne ne résilie formellement le contrat ; WYLER, p. 439.

³⁹ TC/GR du 5 décembre 2006, c. 3a, in : JAR 2007, p. 453 ; ATF 128 III 212, c. 2b/cc = SJ 2002 I 581 ; CAPH/GE du 4 février 2010, c. 1.4.3, in : JAR 2011, p. 451.

⁴⁰ TF 4A_89/2011 du 27 avril 2011, c. 3.

⁴¹ ATF 128 III 212, c. 2b/aa et 2b/bb = SJ 2002 I 581 ; WYLER, pp. 439 s.

⁴² CCiv/NE du 25 septembre 1997, c. 2a, in : RJN 1997, p. 126.

⁴³ ATF 128 III 212, c. 2b/aa = SJ 2002 I 581.

⁴⁴ ATF 128 III 212, c. 2a et 2b/bb = SJ 2002 I 581 ; validité du congé donné sous pli recommandé alors que le contrat prévoyait un pli recommandé avec accusé de réception : CCiv/NE du 25 septembre 1997 précité, c. 2b.

⁴⁵ ATF 128 III 212, c. 2b/cc = SJ 2002 I 581.

2. Résiliation par l'employeur

Travailleur atteignant l'âge de la retraite – L'atteinte de l'âge légal de la retraite n'entraîne pas automatiquement la caducité du contrat de travail⁴⁶. Une résiliation demeure nécessaire. Ainsi, l'employeur aura intérêt à prévoir d'emblée, dans le contrat de travail, que les rapports de travail prennent fin lorsque le travailleur atteint l'âge de la retraite.

Travail temporaire – La location de services engendre une forme de relation triangulaire, impliquant la coexistence d'un contrat de travail liant le bailleur de services au travailleur et d'un contrat de location de services liant le bailleur de services à l'entreprise locataire de services⁴⁷. Il n'y a ainsi pas de contrat, formellement, entre les travailleurs et les entreprises locataires de services, mais des rapports quasi-contractuels ou des relations contractuelles de fait⁴⁸. Dans ces circonstances, l'entreprise locataire de services n'est en principe pas habilitée à résilier le contrat de travail existant entre le travailleur dont elle loue les services et le bailleur de service : sa déclaration reste sans effet si l'employeur ne la ratifie pas⁴⁹. Le SECO admet toutefois que l'employeur puisse céder son droit de résilier le rapport de travail à l'entreprise locataire de services, par l'octroi d'une procuration⁵⁰. Un tel mode de faire nous paraît pour le moins hasardeux pour le bailleur de services, qui répondra en tant qu'employeur en cas de résiliation nulle ou abusive, notamment.

Compétence – De manière générale, le congé doit émaner de la partie au contrat elle-même ou de son représentant ; ainsi, le congé donné au nom d'une personne morale doit être signifié par un organe habilité à la représenter ou par une personne autorisée à cet effet⁵¹. La sanction d'une résiliation signifiée par une personne incompétente est en principe sa nullité. Il convient cependant d'examiner si le travailleur était légitimé à avoir un doute sur la portée de la résiliation et si cette dernière est ratifiée ultérieurement. En effet, le travailleur a le droit de savoir, pendant toute la durée du délai de résiliation, sans avoir aucun doute à ce sujet, que le contrat de travail va bien prendre fin. Ainsi, si le défaut a été guéri avant que l'employé ne le constate, il n'a jamais été dans l'incertitude de l'efficacité du

⁴⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 335 CO, p. 896 ; REHBINDER, Arbeitsrecht, N 307, p. 148.

⁴⁷ Art. 19 et 22 LSE ; SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE 2003, pp. 61 et 63 ; SUBILIA/DUC, N 36 ss ad art. 319 CO, pp. 86 s.

⁴⁸ SECO, Directives précitées, p. 67 ; SUBILIA/DUC, N 37 ad art. 319 CO, p. 87 ; MATILE/ZILLA, pp. 7 ss.

⁴⁹ TF 4C.245/2006 du 12 décembre 2006, c. 3 ; ATF 129 III 124, c. 3.3 = JdT 2003 I 214 = SJ 2003 I 266.

⁵⁰ SECO, Directives et Commentaires relatifs à la LSE 2003, p. 144.

⁵¹ ATF 128 III 129, c. 1b/aa, JdT 2003 I 10 (trad.), SJ 2002 I 389 (trad.).

congé⁵². Or, l'absence de pouvoir de représentation peut indiscutablement être guérie *a posteriori*⁵³. Tel est notamment le cas si une personne habilitée à signer collectivement à deux a agi seule⁵⁴.

S'agissant d'un travailleur occupant une position dirigeante dans une société anonyme, seul le conseil d'administration est habilité à résilier, dans la mesure où l'art. 716a al. 1^{er} ch. 4 CO lui confère la compétence inaliénable et intransmissible de révoquer les personnes chargées de la gestion et de la représentation. L'intransmissibilité ne signifie toutefois pas qu'il est impossible de déléguer à l'échelon hiérarchique inférieur le pouvoir de procéder à de telles révocations⁵⁵. Ainsi, même si elle n'est pas précédée d'une décision du conseil d'administration *in corpore*, la résiliation des rapports de travail par un représentant autorisé de la société sera valable⁵⁶.

- 10 **Groupe de sociétés** – S'agissant d'un travailleur actif au sein d'un groupe de sociétés, il faudra de cas en cas examiner si un rapport de travail unique régit l'ensemble de ses activités ou si celles-ci sont réglées par différents contrats de travail. Cas échéant, il convient de résilier chaque contrat. En effet, si plusieurs contrats ont été conclus avec différentes sociétés d'un groupe, il n'y a pas de présomption en faveur d'un lien entre ces contrats⁵⁷. La résiliation du contrat conclu avec l'une des sociétés d'un groupe n'entraîne dès lors pas automatiquement celle des contrats conclus avec d'autres sociétés du groupe⁵⁸. La juxtaposition de contrats de travail se rencontre notamment fréquemment s'agissant de travailleurs expatriés, au bénéfice d'un contrat régissant les conditions de leur expatriation dans le pays hôte, le contrat dans le pays d'envoi continuant toutefois de produire certains effets.

- 11 **Résiliation en vue d'un transfert** – Aux termes de l'art. 333 CO, les rapports de travail existant au moment du transfert passent à l'acquéreur⁵⁹. L'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail avant le transfert de son entreprise à la seule fin d'éluder la protection du travailleur découlant de la règle impérative de l'art. 333 al. 1 CO⁶⁰. Un licenciement lié au transfert ne constitue toutefois pas nécessairement une fraude à la loi. Celle-ci sera cependant réalisée lorsque la

⁵² ATF 128 III 129, c. 2b, JdT 2003 I 10 (trad.), SJ 2002 I 389 (trad.).

⁵³ Art. 38 al. 1 CO. Plus restrictif : SUBILIA/DUC, N 12 ad art. 335 CO, p. 500.

⁵⁴ ATF 128 III 129, c. 2b et 2c, JdT 2003 I 10 (trad.), SJ 2002 I 389 (trad.).

⁵⁵ ATF 128 III 129, c. 1b, JdT 2003 I 10 (trad.), SJ 2002 I 389 (trad.).

⁵⁶ HEINZER, Panorama I, pp. 357 s. ; ATF 128 III 129, c. 1b, JdT 2003 I 10 (trad.), SJ 2002 I 389 (trad.) ; TF 4C.151/2003 du 26 août 2003, c. 4.2 ; *contra* : WYLER, p. 443.

⁵⁷ TF 4C.217/2003 du 29 janvier 2004, c. 3.4, ayant ensuite fait l'objet d'une demande de révision admise sur un grief non examiné dans l'arrêt précédent : TF 4P.69/2004 du 29 juillet 2004.

⁵⁸ TF 4C.217/2003 du 29 janvier 2004, c. 3.4 in fine.

⁵⁹ ATF 136 III 552, c. 3.1 = JdT 2011 II 212 = SJ 2011 I 34.

⁶⁰ TF 4P.299/2004 du 14 avril 2005, c. 3.1, in : JAR 2006, p. 198.

résiliation a uniquement pour but d'empêcher le transfert des rapports de travail ou ses conséquences, soit par exemple dans le but de faire perdre aux employés qui concluent de nouveaux contrats avec le cessionnaire les avantages liés à l'ancienneté ou de permettre au reprenant de trier les employés qu'il souhaite reprendre ou non. En revanche, la résiliation des contrats d'une partie du personnel n'est pas contraire à l'art. 333 al. 1 CO si elle est justifiée par des raisons économiques, par exemple une réorganisation de l'entreprise transférée⁶¹.

La sanction de la résiliation frauduleuse est controversée de longue date⁶². Pour certains auteurs, elle est frappée de nullité⁶³. Pour d'autres, le licenciement est valable mais abusif⁶⁴. Le Tribunal fédéral n'a jamais eu à se prononcer sur les conséquences d'un licenciement signifié pour éluder la protection découlant de l'art. 333 al. 1 CO⁶⁵. Dans la dernière affaire qui lui a été soumise, quand bien même il a reconnu la validité des congés signifiés, le Tribunal fédéral paraît avoir admis en une phrase qu'un licenciement signifié en violation de l'art. 333 al. 1 CO pourrait être nul, sans trancher explicitement la controverse doctrinale⁶⁶.

3. Résiliation par l'employé

Faillite de l'employeur – Le droit suisse ne contient aucune disposition générale selon laquelle la faillite met automatiquement fin aux contrats auxquels le failli est partie⁶⁷. Le contrat de travail continuera ainsi après la faillite, sauf résiliation du travailleur ou de la masse en faillite⁶⁸.

Travail temporaire – La manifestation de volonté communiquée à l'entreprise utilisatrice uniquement met valablement fin au contrat. En effet, cette dernière doit être considérée comme l'auxiliaire et la représentante de l'employeur dans l'exécution des rapports de travail⁶⁹.

⁶¹ ATF 136 III 552, c. 3.3 = JdT 2011 II 212 = SJ 2011 I 34.

⁶² ATF 134 III 102, c. 3.1.1 = JdT 2009 I 51 = SJ 2008 I 301.

⁶³ Art. 20 CO par analogie : BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 5 ad art. 333, p. 209 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 ad art. 333, p. 850 ; CAPH/GE du 15 juin 2000, in : JAR 2001, p. 261, qui applique par analogie l'art. 10 al. 3 LEg pour imposer la saisine de la justice dans un délai de 2 mois, à notre sens de manière infondée.

⁶⁴ WYLER, pp. 417 et 419 ; SUBILIA/DUC, N 13 et 14 ad art. 333, pp. 473 s.

⁶⁵ ATF 134 III 102, c. 3.1.1 = SJ 2008 I 301 ; ATF 136 III 552, c. 3.3 = JdT 2011 II 212 = SJ 2011 I 34.

⁶⁶ ATF 136 III 552, c. 5.2 = JdT 2011 II 212 = SJ 2011 I 34.

⁶⁷ TF 4C.239/2006 du 5 octobre 2006, c. 2.1 ; MARKARIAN, Panorama I, p. 767.

⁶⁸ WYLER, p. 527 ; BALZAN, Panorama II, p. 267 ; TF 4C.239/2006 du 5 octobre 2006, c. 2.1.

⁶⁹ Art. 32 et 101 CO ; CAPH/GE 4 février 2010, c. 2.3.5, in : JAR 2011, p. 451.

III. L'accord de résiliation

14

Commun accord – Un accord sur la résiliation d'un rapport de travail est admissible s'il ne tend pas à éluder de manière évidente des dispositions légales protectrices impératives. En particulier, le caractère relativement impératif de l'art. 336c CO n'interdit pas aux parties de rompre en tout temps le contrat d'un commun accord, pour autant qu'elles ne cherchent pas, par ce biais, à détourner une disposition impérative de la loi⁷⁰. L'accord sur la cessation des rapports de travail n'est soumis à aucune forme particulière⁷¹. En pratique, le Tribunal fédéral n'admet toutefois que de manière restrictive la validité d'un accord de résiliation. En effet, un tel accord engendre des conséquences défavorables au travailleur⁷². La présomption selon laquelle la résiliation consensuelle des rapports de travail correspond à la volonté du travailleur doit être admise de manière restrictive : selon les règles de la bonne foi, l'employeur ne peut considérer qu'un tel accord correspond à la volonté du travailleur que s'il résulte d'un comportement sans équivoque et ne présente aucun doute⁷³. Ainsi, l'acceptation, par l'employé, d'une résiliation proposée par l'employeur ne permet pas, à elle seule, de conclure à l'existence d'une résiliation conventionnelle⁷⁴. Un accord par actes concluants du travailleur à une résiliation de l'employeur n'est *a fortiori* pas suffisant, dès lors que la portée d'un accord de résiliation dépasse largement celle d'une résiliation unilatérale⁷⁵. Lorsque l'accord de résiliation a été préparé par l'employeur ou un tiers mandaté par lui, un temps de réflexion suffisant doit être octroyé au travailleur⁷⁶.

15

Concessions réciproques – En outre, lorsque l'intention concordante des parties de passer une transaction est établie, la validité de ce contrat suppose encore que ledit accord constitue nettement un cas de transaction⁷⁷. Tous les points essentiels du contrat doivent faire l'objet de l'accord⁷⁸. L'art. 341 al. 1 CO ne fait ainsi pas

⁷⁰ TF 4A_495/2007 du 12 janvier 2009, c. 4.3.1.1.

⁷¹ Art. 115 CO ; TF 4A_474/2008 du 13 février 2009, c. 3.1 ; TC/VD du 18 juin 2010, c. IIIa, in : JAR 2011, p. 586.

⁷² Perte de la protection contre les congés (art. 336 ss CO), réduction du droit aux indemnités de chômage (art. 30 al. 1 let. a LACI), perte éventuelle d'une quote-part du droit au salaire en cas de délai de congé raccourci : TF 4A_563/2011 du 20 janvier 2012, c. 4.1.

⁷³ TF 4A_563/2011 du 20 janvier 2012, c. 4.1 ; TF 4P.77/2005 du 27 avril 2005, c. 2.2.

⁷⁴ TF 4A_495/2007 du 12 janvier 2009, c. 4.3.1.1 ; TF 4C.127/2005 du 2 novembre 2005, c. 4.1.

⁷⁵ TF 4A_563/2011 du 20 janvier 2012, c. 4.1 ; BRÜHWILER, N 7 ad art. 335 CO, pp. 304 s.

⁷⁶ TF 4A_103/2010 du 16 mars 2010, c. 2.2 ; TF 4C.51/1999 du 20 juillet 1999 c. 3c ; TC/VD du 18 juin 2010, c. IIIa et b/aa, in : JAR 2011, p. 586 : le travailleur qui signe l'accord à l'issue de plusieurs heures de séance, interrompues par des suspensions et après avoir exigé et obtenu des amendements, n'a pas été pris de court.

⁷⁷ TC/VD du 18 juin 2010, c. IIIa, in : JAR 2011, p. 586 ; ATF 118 II 58, c. 2b = JdT 1993 I 154.

⁷⁸ TF 4P.77/2005 du 27 avril 2005, c. 2.2.

obstacle à une véritable transaction comportant des concessions réciproques⁷⁹, lesquelles supposent l'abandon de prétentions⁸⁰. Constituent des concessions la libération de l'obligation de travailler et le droit simultané de reprendre un nouvel emploi sans imputation sur le salaire, le paiement d'une indemnité de départ, l'octroi d'un *outplacement*⁸¹ ainsi que le paiement du salaire pour un temps plus long que le délai de résiliation contractuel ou légal⁸². Le juge doit ainsi s'assurer que le salarié n'a pas renoncé sans compensation suffisante à des droits résultant de dispositions impératives, faute de quoi l'art. 341 al. 1 CO serait vidé de sa substance⁸³.

Accord invalide – L'accord qui ne correspond pas à une intention concordante des parties de passer une transaction ou qui ne comporte pas des concessions réciproques ne lie pas les parties⁸⁴. Il convient alors de faire abstraction de l'accord qui ne peut sortir aucun effet et d'appliquer les dispositions relevant du régime légal ou conventionnel ordinaire⁸⁵. Il faudra ainsi se demander si l'employeur aurait résilié le contrat de manière ordinaire ou avec effet immédiat si l'accord de résiliation n'avait pas été conclu. Selon la réponse à cette question, le travailleur pourra soit faire valoir une prétention de salaire jusqu'à la fin du délai de résiliation ordinaire⁸⁶, soit réclamer des dommages-intérêts et une indemnité fondés sur l'art. 337c al. 1 et 3 CO⁸⁷. Le travailleur qui soutient que son employeur l'aurait licencié avec effet immédiat devra en apporter la preuve⁸⁸.

16

IV. Congé-modification

Principe – Les éléments essentiels du contrat ne peuvent être modifiés unilatéralement. L'employeur peut toutefois user du pouvoir de directive que lui confère l'art. 321d CO pour modifier l'organisation du travail ou certaines modalités d'exercice du contrat de travail. Au surplus, pour tenter d'apporter des modifications plus substantielles au contrat de travail, il est admis que l'employeur peut mettre en œuvre un congé-modification (*Änderungskündigung*), soit une résiliation du contrat liée à l'offre de poursuivre les rapports de travail à des

17

⁷⁹ TF 4A_563/2011 du 19 janvier 2012, c. 4.1, considérant traduit par WYLER, in : JdT 2012 II 198, p. 205 ; TF 4A_103/2010 du 16 mars 2010, c. 2.2.

⁸⁰ TF 4A_634/2011 du 20 janvier 2012, c. 3.3.

⁸¹ TC/VD du 18 juin 2010, c. IIIa et les références citées, in : JAR 2011, p. 586.

⁸² TC/VD du 18 juin 2010, IIIb/bb, in : JAR 2011, p. 586, c.

⁸³ AUBERT, CR 2012, N 6 ad art. 341 CO, p. 2122.

⁸⁴ TC/VD du 18 juin 2010, c. IIIa, in : JAR 2011, p. 586.

⁸⁵ TF 4A_495/2007 du 12 janvier 2009 c. 4.3.1.2 ; TC/VD du 18 juin 2010, c. IIIa, in : JAR 2011, p. 586.

⁸⁶ Le cas échéant pour la durée prolongée découlant de l'application des art. 324a et 336c CO.

⁸⁷ PORTMANN, *Aufhebung*, p. 369 ; TF 4A_495/2007 du 12 janvier 2009, c. 4.3.1.2.

⁸⁸ PORTMANN, *Aufhebung*, p. 369 ; TF 4A_495/2007 du 12 janvier 2009, c. 4.3.1.2.

conditions modifiées⁸⁹. En effet, comme tout contrat, le contrat de travail n'est pas immuable⁹⁰. L'employeur devra ainsi recourir à un congé-modification s'il entend revoir les attributions ou responsabilités d'un travailleur⁹¹, la nature et la durée du travail ou modifier le système de rémunération ou le lieu de travail⁹², notamment⁹³.

- 18 **Sens étroit** – Il y a congé-modification au sens étroit lorsque l'employeur résilie le contrat tout en accompagnant sa déclaration de l'offre de poursuivre les rapports de travail à des conditions modifiées à l'issue du délai de congé⁹⁴. Il s'agit donc d'une forme de congé conditionnel : en cas de refus de l'offre modificative, les rapports de travail prennent fin à l'issue du délai de congé. Le salarié est placé devant l'alternative consistant soit à accepter une péjoration de ses conditions de travail, soit à quitter l'entreprise⁹⁵.
- 19 **Sens large** – Dans le congé-modification au sens large, les deux actes juridiques que représentent la résiliation et l'offre de poursuivre les rapports de travail à des conditions modifiées ne sont pas immédiatement couplés⁹⁶. Une partie reçoit son congé parce qu'elle n'a pas accepté une modification consensuelle des rapports de travail⁹⁷. Ainsi, l'offre modificative précède le congé⁹⁸.
- 20 **Caractère éventuellement abusif** – Une résiliation sous réserve de modification n'est pas abusive en tant que telle, mais elle peut l'être selon les circonstances du cas particulier⁹⁹. Elle l'est lorsque l'employeur tente de faire entrer en vigueur des modifications contractuelles avant l'échéance du délai de congé¹⁰⁰ ou si les nouvelles conditions proposées violent la loi ou une convention collective¹⁰¹. Un congé donné pour le motif que le travailleur n'accepte pas une modification du

⁸⁹ ATF 123 III 246, c. 3, JdT 1998 I 300 (trad.) ; TF 4C.209/2002 du 28 novembre 2002, c. 2.1.

⁹⁰ TF 4C.317/2006 du 4 janvier 2007, c. 3.3 ; TF 4C.177/2003 du 21 octobre 2003, c. 3.2.

⁹¹ TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, c. 3.

⁹² TF 4C.115/2002 du 2 juillet 2002, c. 2.3 et 2.4 : un déplacement du lieu de travail de 50 km entraîne une modification substantielle du contrat.

⁹³ GLOOR, in : DTA 2008, p. 254.

⁹⁴ TF 4C.209/2002 du 28 novembre 2002, c. 2.1.

⁹⁵ TF 4C.317/2006 du 4 janvier 2007, c. 3.3 ; TF 4C.177/2003 du 21 octobre 2003, c. 3.1.

⁹⁶ TF 4C.317/2006 du 4 janvier 2007, c. 3.3 et 3.4 ; TF 4C.209/2002 du 28 novembre 2002, c. 2.1.

⁹⁷ TF 4A_555/2011 du 23 mars 2012, c. 2.2.

⁹⁸ GLOOR, in : DTA 2008, p. 255.

⁹⁹ Voir dans le présent ouvrage, commentaire ad art. 336 CO ; ATF 123 III 246, c. 3-5, JdT 1998 I 300 (trad.) ; TF 4C.177/2003 du 21 octobre 2003, c. 3.2.

¹⁰⁰ ATF 123 III 246, c. 3-5, en particulier 4a, JdT 1998 I 300 (trad.) ; TF 4C.317/2006 du 4 janvier 2007, c. 3.3 et 3.5 ; TF 4C.209/2002 du 28 novembre 2002, c. 2.1 ; TF 4C.246/2004 du 5 octobre 2004, c. 2.3 in fine.

¹⁰¹ TF 4C.177/2003 du 21 octobre 2003, c. 3.4.

contrat doit également être considéré comme abusif si la résiliation est utilisée comme un moyen de pression sans que la modification demandée ne soit sérieusement justifiée, notamment par un changement dans la situation du marché ou dans la gestion de l'entreprise¹⁰². L'offre modificative sera également abusive lorsqu'un changement des conditions de travail est certes nécessaire, mais que la modification proposée s'avère injuste¹⁰³, est inappropriée par rapport au but recherché, ou crée une disproportion évidente entre les intérêts en présence, notamment¹⁰⁴. En outre, le congé-modification peut être abusif de par les modalités de sa mise en œuvre, notamment si l'employeur refuse d'octroyer un délai de réflexion de quelques jours au moins à l'employé ou si l'employeur tente d'obtenir l'acceptation du travailleur avec les nouvelles conditions contractuelles proposées en usant de chantage ou de menaces¹⁰⁵.

En vertu de la liberté contractuelle¹⁰⁶, le travailleur n'est pas obligé d'accepter une péjoration des conditions de travail que l'employeur voudrait lui imposer. Ainsi, en soi, le refus par le travailleur d'une modification contractuelle n'est pas un motif de congé¹⁰⁷.

V. Libération de l'obligation de travailler pendant le délai de congé

Caractéristiques – La libération de l'obligation de travailler est généralement un acte juridique unilatéral exercé par l'employeur en vertu de son droit de donner des instructions¹⁰⁸. L'employeur renonce alors, dans son propre intérêt, à la prestation de travail de l'employé. Pour la doctrine majoritaire, la libération de l'obligation de travailler par déclaration unilatérale de l'employeur s'apparente à un cas de demeure de l'employeur au sens de l'art. 324 CO¹⁰⁹. Cette qualification

21

¹⁰² TF 4A_555/2011 précité, c. 2.2 ; ATF 123 III 246, c. 3b, JdT 1998 I 300 (trad.) ; GLOOR, in : DTA 2008, p. 262.

¹⁰³ TF 4C.317/2006 du 4 janvier 2007 c. 3.5.

¹⁰⁴ TF 4C.317/2006 du 4 janvier 2007 c. 3.7 ; ATF 131 III 535 = JdT 2006 I 194 = SJ 2006 I 29 ; TF 4A_138/2008 du 30 mai 2008, c. 2.2 et 3 ; GLOOR, in : DTA 2008, p. 259 ; dans l'arrêt 4C.317/2006 du 4 janvier 2007, c. 3.5 et 3.6, le Tribunal fédéral va même jusqu'à reconnaître le caractère abusif du licenciement lorsque le travailleur refuse de nouvelles conditions de travail moins favorables que les anciennes, « de manière importante ».

¹⁰⁵ ATF 107 IV 35, c. 3a, JdT 1982 IV 111 (trad.) (le refus de délivrer un certificat de travail est un moyen de pression illicite) ; GLOOR, in : DTA 2008, pp. 261 s.

¹⁰⁶ Voir dans le présent ouvrage, commentaire ad art. 336 CO.

¹⁰⁷ TF 4A_555/2011 du 23 mars 2012, c. 2.3.2.

¹⁰⁸ Art. 321d al. 1 CO ; TF 4C.329/2004 du 15 décembre 2004, c. 2.2.

¹⁰⁹ BLES, pp. 25 ss ; PORTMANN, BaK 2011, N 7 ad art. 324 CO et N 27 ad art. 321 CO ; SUBILIA/DUC, N 19 ad art. 335c CO, pp. 526 s ; WYLER, p. 198 ; AUBERT, libération, p. 130 ; le Tribunal Fédéral avait retenu que la décision de l'employeur de libérer le travail-

a notamment pour conséquence que l'employeur peut revenir sur la libération, dans certaines circonstances¹¹⁰.

22 **Forme** – La libération de l'obligation de travailler n'est soumise à aucune exigence de forme¹¹¹. Elle peut même intervenir par actes concludants¹¹². La libération de l'obligation de travailler peut également faire l'objet d'une convention entre les parties.

23 **Effets** – La libération de l'obligation de travailler n'entraîne pas la fin des rapports de travail¹¹³. Le travailleur libéré de l'obligation de travailler n'est plus tenu d'offrir ses services¹¹⁴. Ses autres obligations demeurent, notamment celles liées à son devoir de diligence et fidélité¹¹⁵. L'employeur quant à lui reste débiteur de la pleine rémunération jusqu'à la fin du contrat¹¹⁶. En cas de revenus fluctuants ou comportant une part variable, il y a lieu de déterminer les montants dus pour la période de libération de l'obligation de travailler sur la base d'une période de référence passée représentative¹¹⁷.

Il est généralement admis que le salaire que le travailleur a pu ou aurait pu obtenir auprès d'un autre employeur grâce au fait qu'il a été libéré de l'obligation de travailler doit être imputé ; le fondement juridique de cette imputation est toutefois discuté¹¹⁸. La situation de l'employé libéré de l'obligation de travailler qui

leur de son obligation de fournir ses services se caractérisait comme une remise de dette (art. 115 CO), qui constituait un acte de disposition n'exigeant aucune acceptation expresse (art. 6 CO) : ATF 128 III 212, c. 3b/cc = SJ 2002 I 581. Il semble se rallier petit à petit à la doctrine majoritaire : ATF 135 III 349, c. 4.2 = SJ 2009 I 405.

¹¹⁰ Notamment s'agissant d'une femme enceinte : BLES, N 227, p. 83 ; SUBILIA/DUC, N 18 ad art. 335c CO, p. 526.

¹¹¹ TF 4C.329/2004 du 15 décembre 2004, c. 3.1.

¹¹² Notamment lorsque l'employé est invité à restituer les instruments de travail et les clés ou lorsque l'employeur renvoie tous ses effets personnels à un employé incapable de travailler : BLES, N 137, p. 46.

¹¹³ ATF 128 III 271, c. 4a/bb, JdT 2003 I 606 (trad.).

¹¹⁴ ATF 135 III 349, c. 4.2 = SJ 2009 I 405 ; ATF 128 III 212, c. 3b/cc = SJ 2002 I 581.

¹¹⁵ ATF 128 III 271, c. 4a/bb, JdT 2003 I 606 (trad.) ; TF 4C.95/2004 du 28 juin 2004, c. 3.1.1.

¹¹⁶ TF 4C.329/2004 du 15 décembre 2004, c. 2.2 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 13 ad art. 335 CO, p. 227 ; pour la doctrine majoritaire, le fondement de cette obligation est l'art. 324 al. 1 CO, semi-impératif.

¹¹⁷ BLES, pp. 4 et 103 ss.

¹¹⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 13 ad art. 324 CO, pp. 396 s. Pour la majorité de la doctrine, notamment BLES, pp. 125 ss, l'imputation est fondée sur l'art. 324 al. 2 CO, qui ne s'applique qu'en cas de déclaration unilatérale, de sorte qu'il convient cas échéant de prévoir l'imputation dans une convention ; dans l'ATF 118 II 139, c. 1, le Tribunal fédéral retient le principe de l'imputation en appliquant l'art. 337c al. 2 CO par analogie ; dans les ATF 128 III 212, c. 3b/cc = SJ 2002 I 581 et ATF 128 III 271, c. 4a/bb, JdT 2003 I 606 (trad.), le Tribunal fédéral retient également le principe de l'imputation, sans trancher la question du fondement. Certains auteurs fondent enfin l'imputation sur l'obligation générale de réduire le dommage : BRÜHWILER, N 9 ad art. 324, p. 140 s ; SUBILIA/DUC, N 20 ad art. 324 CO, pp. 215 s.

prend un nouvel emploi fait également débat : pour certains auteurs, l'employé a l'obligation de rechercher un nouvel emploi et deux contrats de travail pourraient alors coexister¹¹⁹ ; pour d'autres, l'employé ne saurait se voir reprocher de ne pas reprendre un nouvel emploi avant l'échéance du délai de congé¹²⁰ et, en cas de prise d'un nouvel emploi, le premier contrat prend fin¹²¹. Le Tribunal fédéral, à notre connaissance, n'a jamais véritablement pris position sur ces questions sous l'angle du droit du travail.

Licéité – Le droit de l'employeur de donner des instructions et directives à ses employés, découlant de l'art. 321d CO, l'autorise en principe à libérer l'employé de son obligation de travailler ou à le prier de rester à sa disposition pour l'exécution de tâches ponctuelles durant le délai de congé, pour autant que son attitude ne revête pas un caractère chicanier¹²².

24

La question de savoir si le droit suisse confère au travailleur un véritable droit d'être occupé est controversée de longue date¹²³. Selon l'opinion doctrinale dominante, ce droit disparaîtrait en principe une fois que le contrat de travail a été résilié¹²⁴. Le Tribunal fédéral paraît toutefois reconnaître que le travailleur peut avoir un intérêt légitime à fournir la prestation prévue au contrat, dans la mesure où un employé qui ne travaille plus peut se déprécier sur le marché du travail et voir son avenir professionnel compromis ; tel est notamment le cas des artistes, des sportifs professionnels et des chirurgiens¹²⁵, ou encore des pilotes et de certains cadres au bénéfice d'un long délai de congé¹²⁶. Dans certains cas, l'attitude de l'employeur, consistant notamment à libérer définitivement l'employé de l'obligation de travailler, même une fois le contrat de travail résilié, vide ce dernier de son sens, de sorte que les conditions d'une résiliation immédiate pour

¹¹⁹ BLESİ, pp. 146 s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 13 ad art. 324 CO, pp. 397 s ; SUBİLİA/DUC, N 20 ad art. 324 CO, pp. 215 s., ce qui nous paraît toutefois délicat sous l'angle du devoir de fidélité ou s'agissant de la coordination des assurances, sociales et privées, notamment cf. cependant TF 9C_359/2008 du 19 décembre 2008 dans lequel le Tribunal fédéral, sous l'angle de la LPP, pourrait admettre deux convertis de travail et deux contrats de travail et deux rapports d'affiliation simultanés.

¹²⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 13 ad art. 335 CO, p. 228.

¹²¹ WYLER, p. 322 ; la situation nous paraît toutefois délicate si le second contrat est par exemple résilié durant le temps d'essai ou si l'employé devient rapidement incapable de travailler.

¹²² TF 4C.240/2000 du 2 février 2001, c. 3c/aa/bbb ; ATF 116 II 142, c. 5b, JdT 1990 I 575 (trad.) ; BLESİ, pp. 3 s. et 91.

¹²³ TF 4C.240/2000 du 2 février 2001, c. 3b/bb/aaa.

¹²⁴ SUBİLİA/DUC, N 15 ad art. 335c CO, pp. 524 s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 17 ad art. 319 CO, pp. 88 s.

¹²⁵ ATF 137 III 303, c. 2.1.2 = JdT 2011 II 390 = SJ 2011 I 453, et les références doctrinales citées ; GLOOR, in : DTA 2012, p. 28.

¹²⁶ TF 4C.240/2000 du 2 février 2001, c. 3b/bb/aaa ; CARRUZZO, N 2 ad art. 328 CO, p. 276.

justes motifs au sens de l'art. 337 al. 1 CO seraient réunies¹²⁷. La violation du droit d'être occupé présuppose toutefois assurément que le travailleur se soit préalablement opposé à sa libération et ait exigé expressément d'être occupé¹²⁸. On notera encore que la question de savoir à partir de quelle date, de la fin des rapports de travail ou du début de la libération de travailler, doit courir une éventuelle clause de prohibition de concurrence, est elle aussi controversée¹²⁹. Une partie de la doctrine préconise de considérer que la libération définitive de l'obligation de travailler équivaut à une manifestation de volonté de l'employé par laquelle ce dernier accepte l'exécution anticipée de la clause de non-concurrence convenue, par hypothèse valable¹³⁰.

- 25 **Vacances** – Après la résiliation, selon les circonstances, il peut être dérogé au principe selon lequel les vacances ne peuvent être remplacées par des prestations en argent, découlant de l'art. 329d al. 2 CO¹³¹. Le travailleur libéré de l'obligation de travailler doit profiter de son solde de vacances, même sans injonctions de l'employeur en ce sens¹³² et pour autant qu'il existe une proportion raisonnable entre le nombre de jours de vacances restant à prendre et la durée de la libération de travailler¹³³. Il faut en particulier que, durant cette période, le salarié congédié ait, en plus de ses vacances, suffisamment de temps à consacrer à la recherche d'un nouvel emploi¹³⁴.

Le travailleur devant rester à disposition de son employeur pour l'exécution de tâches ponctuelles, pour le cas où l'entreprise souhaiterait faire appel à ses services, ne peut pas profiter de vacances¹³⁵. En effet, une telle réserve est incompatible avec une libération totale et inconditionnelle de travailler¹³⁶. Les vacances non prises devront alors être indemnisées en argent à la fin des rapports de travail. L'employeur qui souhaite que le travailleur exécute des tâches ponctuelles mais

¹²⁷ ATF 137 III 303, c. 2.1.2 = JdT 2011 II 390 = SJ 2011 I 453 ; AUBERT, Libération, pp. 131 ss ; WYLER, p. 322.

¹²⁸ TF 4C.240/2000 du 2 février 2001, c. 3b/bb/aaa ; AUBERT, Libération, p. 134.

¹²⁹ Le Tribunal fédéral s'interroge mais ne tranche pas dans l'arrêt 4C.240/2000 du 2 février 2001, c. 3c/bb/aaa.

¹³⁰ CARRUZZO, N 3 ad art. 324 CO, p. 187.

¹³¹ TF 4A_117/2007 du 13 septembre 2007, c. 6.1 ; ATF 128 III 271, c. 4a/aa, JdT 2003 I 606 (trad.).

¹³² ATF 128 III 271, c. 4a/aa et cc, JdT 2003 I 606 (trad.) ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 13 ad art. 324 CO, p. 398 ; *contra* : BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 13 ad art. 335 CO, pp. 227 s.

¹³³ TF 4A_117/2007 du 13 septembre 2007, c. 6.1.

¹³⁴ TF 4C.193/2005 du 30 septembre 2005, c. 3.2, non publié à l'ATF 131 III 623.

¹³⁵ TF 4A_117/2007 du 13 septembre 2007, c. 6.2, s'agissant d'un travailleur prié de rester disponible par téléphone ou courrier électronique pour le passage de témoins à ses successeurs, même s'il s'avère par la suite que le travailleur a été peu sollicité.

¹³⁶ TF 4A_117/2007 du 13 septembre 2007, c. 6.3.

prenne tout de même ses vacances pendant le délai de congé doit veiller à préciser et limiter l'étendue de l'obligation de rester à disposition du travailleur¹³⁷.

VI. Motivation du congé (al. 2)

Effets – La résiliation produit ses effets indépendamment du respect de l'obligation de motiver. Elle est ainsi valable même en cas de motivation manquante, fausse ou incomplète¹³⁸. Le juge pourra cependant sanctionner indirectement la violation de l'obligation de motiver, notamment lors de la répartition des frais du procès¹³⁹.

Il n'existe par ailleurs pas de présomption selon laquelle la résiliation serait abusive lorsque la motivation est manquante, fausse ou incomplète¹⁴⁰. La motivation fausse ne constitue en outre pas, comme telle, un abus de droit¹⁴¹.

But – Le devoir de motiver le congé vise avant tout à permettre aux parties d'examiner le caractère justifié ou non d'une résiliation immédiate, respectivement au travailleur d'examiner le caractère abusif ou non d'un congé ordinaire¹⁴². Le but est ainsi d'éviter des procès inutiles¹⁴³. Selon le législateur, le droit pour le travailleur de connaître les motifs du congé découle de l'obligation légale incombant à l'employeur de protéger sa personnalité (art. 328 CO)¹⁴⁴. La construction paritaire de l'art. 335 al. 2 CO est justifiée par le fait que le devoir de motiver le congé correspond à une règle de bienséance et que l'employeur peut parfois avoir un intérêt légitime à connaître les motifs du départ d'un travailleur¹⁴⁵. La partie qui est requise de motiver le congé pourra se borner à indiquer de manière succincte les causes directes de la résiliation¹⁴⁶.

¹³⁷ TF 4A_117/2007 du 13 septembre 2007, c. 6.3.

¹³⁸ ATF 121 III 60, c. 3b, JdT 1996 I 47 (trad.) ; AUBERT, CR 2012, N 8 ad art. 335 CO, p. 2066 ; BRÜHWILER, N 9 ad art. 335 CO, p. 306.

¹³⁹ Message 1984, p. 619. A noter toutefois qu'une telle sanction ne sera pratiquement possible que pour les procès dont la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 fr. (art. 113 al. 2 lettre d et 114 lettre c CPC) : SUBILIA/DUC, N 24 ad art. 335 CO, p. 505, faisant alors référence à l'art. 343 CO, désormais abrogé.

¹⁴⁰ ATF 121 III 60, c. 3b et 3c, JdT 1996 I 47 (trad.).

¹⁴¹ ATF 121 III 60, c. 3d, JdT 1996 I 47 (trad.).

¹⁴² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 13 ad art. 335 CO, p. 916 ; SUBILIA/DUC, N 22 ad art. 335 CO, pp. 503 s.

¹⁴³ ATF 121 III 60 c. 3b, JdT 1996 I 47 (trad.).

¹⁴⁴ Message 1984, p. 618.

¹⁴⁵ Message 1984, p. 619.

¹⁴⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 19 ad art. 335 CO, p. 230 ; BRÜHWILER, N 10 ad art. 335 CO, p. 307.

- 28 **Délai ?** – Ni le législateur ni la jurisprudence n’ont fixé le délai dans lequel la motivation requise par une partie devrait être communiquée par l’autre. Pour que le but visé par la disposition puisse être atteint, il faudra toutefois que la motivation soit demandée rapidement¹⁴⁷ et parvienne à celui qui la demande avant qu’il ne doive former opposition ou, à tout le moins, ouvrir action pour sauvegarder ses droits¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Même si la prescription du droit de demander la motivation est de 10 ans : art. 127 CO ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 17 ad art. 335 CO, p. 230.

¹⁴⁸ Les délais découlant de l’art. 336b CO apparaissent en particulier pertinents.

Art. 335a

2. Délais de congé a. En général

¹ Les délais de congé doivent être identiques pour les deux parties ; si un accord prévoit des délais différents, le délai le plus long est applicable aux deux parties.

² Lorsque l'employeur a manifesté son intention de résilier le contrat de travail ou qu'il l'a résilié pour des motifs d'ordre économique, des délais de congé plus courts peuvent toutefois être prévus en faveur du travailleur, par accord, contrat-type de travail ou convention collective.

2. Kündigungsfristen a. im Allgemeinen

¹ Für Arbeitgeber und Arbeitnehmer dürfen keine verschiedenen Kündigungsfristen festgesetzt werden ; bei widersprechender Abrede gilt für beide die längere Frist.

² Hat der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt oder eine entsprechende Absicht kundgetan, so dürfen jedoch durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag für den Arbeitnehmer kürzere Kündigungsfristen vereinbart werden.

2. Termini di disdetta a. in generale

¹ Non possono essere stipulati termini di disdetta diversi per il datore di lavoro e per il lavoratore ; ove siano stipulati, vale quello più lungo.

² Tuttavia, se il datore di lavoro ha disdetto il rapporto di lavoro o ha manifestato l'intenzione di disdirlo per motivi economici, termini di disdetta più brevi possono essere stipulati a favore del lavoratore per accordo, contratto normale o contratto collettivo.

Table des matières

	note marginale	page
I. Principe de parité.....	1	591
II. Exception de l'alinéa 2.....	9	594

Bibliographie spécifique

BERENSTEIN ALEXANDRE, La « protection paritaire contre le congé » dans le contrat de travail, in : RSJ 80 (1984), pp. 108-113 ; PÄRLI KURT, Die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität, in : PJA 2010, pp. 715 ss ; TRIPONEZ PIERRE-ANTOINE, Ungleiche Kündigungsfristen und einseitige Kündigungsbeschränkungen, Berne 1975.

I. Principe de parité

Caractère impératif – L'article 335a al. 1 CO prévoit une réglementation impérative, à laquelle il n'est possible de déroger que dans les conditions ¹

restrictives de l'alinéa 2, en faveur du travailleur¹. Le caractère impératif de la réglementation se déduit du texte même de la disposition, même si elle ne figure pas dans le catalogue, non exhaustif², des art. 361 et 362 CO.

- 2 **But et effets** – L'art. 335a al. 1 CO institue une protection paritaire, accordée tant à l'employeur qu'au travailleur³. Le principe de parité a le pas sur celui de la liberté contractuelle⁴. Le Tribunal fédéral a admis que l'application de par la loi du délai le plus long n'est pas toujours favorable au travailleur, qui pourrait parfois avoir intérêt à ne devoir respecter que le délai de congé le plus court. Il a toutefois réaffirmé que la réglementation a été voulue par le législateur et qu'il ne saurait être question de s'en écarter, sauf modification législative, malgré les critiques qu'elle a suscitées⁵.
- 3 **Contrat de durée minimale** – Pour respecter le principe de parité, un contrat de durée minimale doit engager les deux parties au contrat et ne saurait être de durée déterminée que pour une seule partie⁶.
- 4 **Illicéité des conditions potestatives** – Le principe de parité des délais de résiliation est violé lorsque, pour une certaine situation, le délai de résiliation est le même pour les deux parties mais que seule l'une d'elles a le droit de provoquer la situation permettant l'applicabilité de ce délai alors que, si tel n'était pas le cas, un autre délai ou un terme contractuel serait applicable⁷.
- 5 **Sanction de la violation** – L'employeur qui résilie le contrat sans respecter le délai plus long devra payer le salaire jusqu'à l'échéance dudit délai. En cas de

¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 335a CO, p. 925 ; SUBILIA/DUC, N 1 ad art. 335a CO, p. 509 ; *contra* (dispositif) : PÄRLI, p. 722.

² Voir dans le présent ouvrage, commentaire ad art. 361 et 362 CO ; ATF 124 III 469 c. 2a = JdT 1999 I 354.

³ TF 4C.186/2006 du 5 septembre 2006, c. 2.1.

⁴ Message 1984, pp. 574 ss, en particulier p. 620.

⁵ TF 4C.186/2006 du 5 septembre 2006, c. 2.1 et les références citées ; TF du 12 décembre 1996, 3a/bb, in : JAR 1997, p. 159, c.

⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 335a CO, p. 921 ; CARRUZZO, N 9 ad art. 319 CO, p. 9.

⁷ ATF 116 II 145, c. 7a, JdT 1990 I 578 (trad.), s'agissant de l'envoi d'un travailleur à l'étranger pour deux ans, sous la seule réserve d'un droit unilatéral de l'employeur de rappeler le travailleur en tout temps, auquel cas les deux parties bénéficiaient d'une possibilité de résilier moyennant le respect d'un délai de congé de trois mois ; TF du 12 décembre 1996, c. 3b, in : JAR 1997, p. 159, s'agissant d'une société anonyme employeuse s'étant réservée le droit de résilier un contrat de durée déterminée si l'employé, actionnaire minoritaire, faisait usage d'un droit obligeant la SA à racheter ses actions ; voir également l'arrêt bâlois cité in : FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.3 ad art. 335a CO p. 248.

contrat de durée minimale ou déterminée pour l'une des parties, l'autre partie devra également respecter la même durée⁸.

Délais et motifs de résiliation – Le Tribunal fédéral paraît admettre que les parties peuvent valablement convenir de délais de résiliation différents selon les motifs du congé⁹. Il n'a cependant à notre connaissance jamais examiné la question sous l'angle de l'art. 335a CO. Il nous paraît que des délais de congé différenciés sont compatibles avec le principe de parité aussi longtemps que les délais s'appliquent pour l'une et l'autre des parties et dépendent de circonstances objectives et non de conditions potestatives¹⁰.

Clause de remboursement – Il est licite de prévoir, lorsque l'employeur autorise l'employé à suivre une formation qui n'est pas imposée par l'exécution du travail mais uniquement destinée à améliorer la capacité professionnelle du travailleur, et que l'employeur admet d'assimiler une partie des heures de cours à du temps de travail, qu'il lie sa contribution à un engagement de remboursement dégressif du salaire payé pendant les heures de formation si le travailleur quitte l'entreprise avant l'expiration de la période convenue¹¹. Par ailleurs, si l'employeur s'est engagé à prendre en charge les frais liés à une formation continue excédant les besoins spécifiques de l'entreprise, il peut en demander le remboursement à condition que cela ait été stipulé contractuellement avant le début de la formation, que tant le montant que la période déterminante pour le remboursement aient été précisés contractuellement et que l'obligation de remboursement ne porte pas une atteinte excessive à la liberté personnelle du travailleur en l'entravant pendant une longue période dans son droit de résilier le contrat¹². Ainsi, dans la mesure où l'employé reste libre de résilier le contrat moyennant le respect du même délai que celui liant l'employeur, l'article 335a CO n'est pas violé, même si la résiliation entraîne des conséquences pécuniaires pour l'employé.

Pertes d'avantages – Le principe de parité des délais de résiliation ne s'oppose pas non plus au fait que la résiliation ait des impacts matériels déséquilibrés pour les deux parties¹³. Ainsi, un plan d'intéressement réservé aux seuls employés dont les rapports de travail se poursuivent n'est pas contraire au principe de parité¹⁴.

⁸ ATF 116 II 145, c. 7a, JdT 1990 I 578 (trad.).

⁹ TF 4A_67/2009 du 3 avril 2009 : Les parties avaient prévu des délais de résiliation de 6 mois en cas de *termination with cause* et d'un an si le licenciement était donné « *no cause* ».

¹⁰ Nous rejoignons WYLER, commentaire ad TF 4A_67/2009, in : JdT 2010 p. 96, II.2 p. 97.

¹¹ TF 4D_13/2011 du 14 avril 2011, c. 2.3.

¹² AG/ZH du 27 février 1995, in : JAR 1999, p. 327 ; WYLER, pp. 289 ss.

¹³ Même si la question a été débattue en doctrine, il n'y a ainsi pas de *materielle Kündigungsparität* : STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 335a CO, pp. 922 s, TRIPONEZ, pp. 131 s.

¹⁴ TF 4A_115/2007 du 13 juillet 2007, c. 4.3.1 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.5 ad art. 335a CO, p. 248 ; OG/ZH du 18 novembre 2002, in : JAR 2003, p. 300.

Un régime conditionnant la naissance d'un droit de nature salariale à la non-résiliation du contrat est ainsi admissible, à condition toutefois qu'il ne mette pas en péril la situation économique du travailleur ni ne constitue en pratique un obstacle tel qu'il reviendrait à contraindre l'employé à renoncer à résilier pendant une période déterminée¹⁵. Le droit dont la naissance est conditionnée à la poursuite du contrat devra donc représenter à notre sens des prestations réellement accessoires par rapport au salaire¹⁶. Le travailleur ne peut en effet aliéner sa liberté économique par un engagement excessif¹⁷.

II. Exception de l'alinéa 2

- 9 **But** – L'art. 335a al. 2 contient une exception au principe de l'égalité des délais de résiliation, dans des cas particuliers¹⁸. Le but de cette disposition est de permettre au travailleur, qui doit compter avec la possibilité d'un licenciement, de pouvoir mettre plus rapidement fin au contrat et s'engager à une autre place de travail ; l'employeur de son côté peut ainsi parvenir plus facilement à la réduction de personnel désirée et peut-être même sans avoir à opérer le choix délicat des travailleurs à licencier et sans prononcer de licenciement. Ainsi, dans le cadre restreint des licenciements pour des motifs économiques, la liberté contractuelle a le pas sur le principe de la parité¹⁹. On notera que des délais de congé plus courts en cas de licenciement pour des raisons économiques peuvent être prévus en faveur du travailleur par un accord qui n'est soumis à aucune exigence de forme. En particulier, le législateur n'a pas réservé la forme écrite.
- 10 **Motifs économiques** – Par motifs économiques, il faut probablement comprendre toutes les situations de restructuration d'entreprise ou cessations d'activités²⁰, de licenciements collectifs, mais également celles dans lesquelles l'employeur prend des mesures pour réduire les coûts, a recours au chômage partiel, met en place des mesures d'assainissement ou annonce son surendettement²¹.

¹⁵ TF du 11 octobre 1994, c. 3b, in : JAR 1995, p. 102 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 322d CO, p. 340 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 335a CO, p. 482.

¹⁶ Beaucoup plus libéral : STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 322d CO, p. 340, qui admettent la licéité de la caducité du bonus en cas de résiliation même lorsque ce dernier dépasse largement le salaire annuel. Voir cependant dans le présent ouvrage commentaire ad art. 322d CO ; ainsi que WYLER, p. 169 ; et CARRUZZO, N 3 ad art. 322d CO, pp. 139 ss.

¹⁷ Art. 27 al. 2 CC ; TF 4A_115/2007 du 13 juillet 2007, c. 4.3.1.

¹⁸ Message 1984, p. 619.

¹⁹ Message 1984, p. 620.

²⁰ CARRUZZO, N 2 ad art. 335a CO, p. 482 ; trop restrictif à notre sens : AUBERT, CR 2012, N 2 ad art. 335a CO, p. 2076.

²¹ Pour une application encore plus large : SUBILIA/DUC, N 8 ad art. 335a CO, p. 512.

Effets – L’alinéa 2 de l’art. 335a CO institue un simple droit d’option en faveur du travailleur : ce dernier ne peut être contraint de résilier son contrat de travail, ni, s’il le fait, de faire application d’un délai de congé plus court que le délai paritaire applicable. Il peut toutefois bénéficier de la possibilité de se libérer plus rapidement que son employeur, avec l’accord de ce dernier, et éviter ainsi que ses intérêts économiques soient mis en péril²² ou être en mesure de saisir rapidement une nouvelle opportunité professionnelle. 11

²² Cf. art. 52 al. 1 LACI : l’indemnité en cas d’insolvabilité n’est versée que pour les quatre derniers mois au plus d’un même rapport de travail. Le travailleur dispose alors également de la possibilité de résilier en application de l’art. 337a CO.

Art. 335b

b. Pendant le temps d'essai

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

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

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

b. während der Probezeit

¹ Das Arbeitsverhältnis kann während der Probezeit jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden ; als Probezeit gilt der erste Monat eines Arbeitsverhältnisses.

² Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag können abweichende Vereinbarungen getroffen werden ; die Probezeit darf jedoch auf höchstens drei Monate verlängert werden.

³ Bei einer effektiven Verkürzung der Probezeit infolge Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht erfolgt eine entsprechende Verlängerung der Probezeit.

b. durante il tempo di prova

¹ Durante il tempo di prova, il rapporto di lavoro può essere disdetto in ogni momento, con preavviso di sette giorni ; è considerato tempo di prova il primo mese di lavoro.

² Deroghe possono essere convenute per accordo scritto, contratto normale o contratto collettivo ; il tempo di prova non può comunque superare i tre mesi.

³ Il tempo di prova, se viene effettivamente ridotto in seguito a malattia, infortunio o adempimento di un obbligo legale non assunto volontariamente, è prolungato di un periodo equivalente.

Table des matières

	note marginale	page
I. Généralités sur le temps d'essai	1	597
II. Durée du temps d'essai	5	598
1. Système légal.....	5	598
2. Dérogations conventionnelles.....	7	598
3. Prolongation	11	600
4. Situations particulières.....	14	601
III. Effets du temps d'essai.....	20	604
1. Délais et termes de résiliation.....	20	604
2. Protection contre la résiliation en temps inopportun.....	23	605
3. Protection contre la résiliation abusive	24	605
4. Autres effets.....	27	606
IV. Contrat de durée déterminée.....	28	606

Bibliographie spécifique

BACHMANN ROLAND, Dauer der Probezeit, in: DTA 2004, pp. 14-19 ; TROXLER DIETER, Sachlicher Kündigungsschutz während der Probezeit, Bâle 1992 ; TROXLER DIETER, Sachlicher Kündigungsschutz bei Kündigungen während der Probezeit ?, in: RSJ 88/1992, pp. 366-369.

I. Généralités sur le temps d'essai

But du temps d'essai – Le temps d'essai doit permettre aux parties de mieux faire connaissance afin d'établir un rapport de confiance ; il doit aussi leur permettre de déterminer si leurs attentes respectives sont remplies et d'apprécier en pleine connaissance de cause la perspective de la relation durable envisagée¹. Dans cette optique, la réglementation relative au temps d'essai constitue un prolongement de la liberté contractuelle, spécialement sous son aspect de la liberté de contracter, en ce sens que, durant cette période, chacune des parties doit en principe pouvoir décider librement, en fonction des expériences faites, si elle entend s'engager durablement².

Systématique – D'un point de vue systématique, l'art. 335b CO figure sous le chiffre II, intitulé *Contrat de durée déterminée*, de la section consacrée à la *Fin du contrat de travail*, dont le chiffre I est intitulé *Contrat de durée déterminée*. De cette systématique il résulte que l'article 335b CO n'est pas applicable aux contrats de durée déterminée. Dans ces derniers, il n'existe donc pas de par la loi une période d'essai durant laquelle le contrat pourrait être résilié³. Comme nous verrons ci-dessous, les parties ont toutefois la possibilité de convenir d'un temps d'essai pour un contrat de durée déterminée (cf. chapitre IV).

Contrat d'apprentissage – L'art. 335b CO ne s'applique pas intégralement au contrat d'apprentissage. En effet, pour ce dernier, l'art. 344a al. 3 et 4 CO prévoit une réglementation spécifique. Aux termes de ces dispositions, le temps d'essai présumé est de trois mois (art. 344a al. 3 *i.f.* CO). Par ailleurs, il ne peut être réduit à moins d'un mois (art. 344a al. 3 CO). Enfin, moyennant approbation de l'autorité compétente, il peut exceptionnellement être prolongé à six mois (art. 344a al. 4 CO).

Contrat à titre d'essai – Même si les finalités poursuivies peuvent être proches, il convient de distinguer du temps d'essai le contrat à titre d'essai, à savoir le contrat d'emblée conclu pour une durée déterminée en vue d'apprécier la possibilité d'une collaboration ultérieure. En effet, un tel contrat prend de plein droit fin

¹ ATF 134 III 108, c. 7.1.1, JdT 2009 I 51 (trad.), SJ 2008 I 298 (trad.).

² *Ibid.*

³ REHBINDER, BK 1992, N 1 ad art. 335b CO, p. 69 ; *contra* : PORTMANN, BaK 2011, N 13 ad art. 335b CO, p. 2047.

à l'échéance convenue⁴. Toutefois, si à l'issue de ce contrat initial les parties poursuivent leur collaboration, la durée courue depuis l'engagement initial sera imputée sur le temps d'essai⁵.

II. Durée du temps d'essai

1. Système légal

⁵ **Durée légale** – L'art. 335b al. 1 CO prévoit qu'*est considéré comme temps d'essai le premier mois de travail*. Ainsi, la durée légale du temps d'essai est d'un mois, à compter de l'entrée en service. A noter que, dans le contrat d'apprentissage, cette durée est de trois mois (art. 344a al. 3 CO).

⁶ **Calcul** – Si le calcul de la durée du temps d'essai ne pose aucun problème particulier en présence d'un contrat à plein temps, il en va différemment en cas de travail à temps partiel ou de travail sur appel. En effet, on peut alors se demander s'il sied de se fonder simplement sur la durée du rapport de travail ou s'il convient de tenir compte de la durée du travail effectivement fourni. La doctrine préconise de manière générale la première solution, en se fondant notamment sur le fait que l'art. 335b al. 3 CO prévoit expressément les hypothèses entraînant une prolongation du temps d'essai⁶. Cette solution a également été adoptée par le Tribunal fédéral⁷.

2. Dérogations conventionnelles

⁷ **Admissibilité des dérogations** – L'art. 335b CO ne figure pas au nombre des dispositions impératives ou semi-impératives énumérées aux art. 361 et 362 CO. Néanmoins, on ne saurait en conclure qu'il présenterait un caractère entièrement dispositif. Sa teneur même indique qu'il présente un caractère partiellement impératif. Ainsi, selon l'art. 335b al. 2 CO, le temps d'essai ne peut être porté à une durée supérieure à trois mois. Dans cette limite, la prolongation du temps d'essai peut également intervenir en cours d'emploi, pour autant que la prolongation soit convenue avant l'échéance du temps d'essai initial et qu'elle n'entraîne

⁴ PORTMANN, BaK 2011, N 16 ad art. 335b CO, p. 2048.

⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 335b CO, p. 930.

⁶ REHBINDER, BK 1992, N 4 ad 335b CO, pp. 71 s. ; SUBILIA/DUC, N 17 ad art. 335b CO, pp. 518 s. ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 5 ad art. 335b CO, p. 517 ; WYLER, p. 446.

⁷ ATF 136 III 562, c. 3 = JdT 2011 II 209 = SJ 2011 I 1.

pas un dépassement de la durée totale maximum de trois mois⁸. A l'inverse, les parties peuvent exclure tout temps d'essai.

Exigences formelles – D'un point de vue formel, tant l'extension de la durée du temps d'essai que l'exclusion de ce dernier ne peuvent valablement intervenir que selon les formes prévues à l'art. 335b al. 2 CO, soit par accord écrit, par contrat-type ou par convention collective de travail.

Sanction d'une durée excessive – Si les parties conviennent d'une durée supérieure à trois mois, leur accord ne sera pas radicalement nul en ce sens qu'elles seraient réputées n'être convenues d'aucun temps d'essai : conformément à la règle générale sur la nullité partielle de l'art. 20 al. 2 CO, le temps d'essai sera simplement réduit à la durée maximale admissible⁹. Toujours en application des principes de la nullité partielle, si le congé est donné pendant la période de prolongation excessive, il se justifiera généralement d'appliquer le délai de congé légal, même si les parties sont convenues d'un délai de préavis plus long à l'échéance du temps d'essai¹⁰. En effet, on peut présumer que, si les parties avaient connu l'invalidité de leur accord quant à la durée du temps d'essai, elles seraient convenues du délai de résiliation légal minimum pour la période courant de la fin effective du temps d'essai jusqu'à la date d'échéance qu'elles avaient prévue.

Clarté des dérogations – Les clauses dérogeant au régime légal doivent être dépourvues d'équivoque. Ainsi, il a été jugé qu'une clause prévoyant de manière générale un délai de congé d'un mois durant les trois premiers mois, puis ensuite de deux mois ne permettait pas de considérer que les parties auraient entendu déroger au régime légal, ni dans le sens d'une exclusion du temps d'essai ni dans celui d'une extension du temps d'essai à trois mois¹¹. A l'inverse, dans un cas particulier, le Tribunal fédéral a cependant considéré que le fait de prévoir, sans aucune réserve, un délai de congé de trois mois dans le contrat individuel de travail devait se comprendre comme une exclusion de tout temps d'essai¹². Toutefois, en général, l'interprétation selon le principe de la confiance devrait conduire à retenir qu'en prévoyant un délai de résiliation particulier sans se référer au

⁸ CARRUZZO, N 2 ad art. 335b CO, pp. 486 s. ; PORTMANN, BaK 2011, N 4 ad art. 335b CO, p. 2045 ; REHBINDER, BK 1992, N 3 ad art. 335b CO, p. 71 ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 10-11 ad 335b CO, pp. 520 s. ; WYLER, p. 446.

⁹ ATF 136 III 562, c. 3 = JdT 2011 II 209 = SJ 2011 I 1 ; ATF 129 III 124, c. 3.1 = JdT 2003 I 214 = SJ 2003 I 266 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 335b CO, p. 478 ; PORTMANN, BaK 2011, N 3 ad art. 335b CO, p. 2045 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 335b CO, p. 930.

¹⁰ ATF 131 III 467, c. 1.3, JdT 2006 I 43 (trad.), SJ 2005 I 570 (trad.) ; TF 4A_88/2010 du 11 mai 2010, c. 4 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 335b CO, p. 930.

¹¹ TF 4C.45/2004, du 31 mars 2004, in : JAR 2005, p. 158.

¹² TF 4C.278/2003 du 23 juillet 2003, c. 2.3, in : JAR 2004, p. 348.

temps d'essai, les parties ont uniquement entendu régler la situation après le temps d'essai¹³.

3. Prolongation

- 11 **Régime légal et motifs** – Le but du temps d'essai étant de permettre aux parties d'éprouver la qualité de leur collaboration, l'art. 335b al. 3 CO prévoit logiquement une prolongation de la période probatoire lorsque le travail est interrompu par suite d'une incapacité consécutive à une maladie, à un accident ou à l'accomplissement d'une obligation légale incombant au travailleur sans qu'il ait demandé à l'assumer. La durée de la prolongation correspondra alors à celle de l'interruption, même si, au total, la durée maximale de trois mois devait être dépassée. A noter à cet égard que la prolongation du temps d'essai en raison d'une interruption consécutive à une maladie ou à un accident ne suppose pas que l'incapacité soit non fautive. En cela, l'art. 335b al. 3 CO se distingue des autres dispositions attachant des conséquences juridiques aux incapacités consécutives à une maladie ou un accident telles que l'art. 324a al. 1 CO ou l'art. 336c al. 1 let. b CO. Cela s'explique par le fait que, contrairement aux deux dispositions précitées, l'art. 335b al. 3 CO ne fait pas découler de l'incapacité une conséquence en faveur du travailleur. De l'énumération des causes d'incapacité entraînant une prolongation du temps d'essai, il résulte *a contrario* que le congé-maternité n'entraîne aucune prolongation du temps d'essai¹⁴. De même, les empêchements de fournir la prestation de travail imputables à l'employeur ne constituent pas des motifs de prolongation. Il en va de même de l'octroi de vacances ou d'un congé sans solde, même prolongé, pendant le temps d'essai¹⁵.
- 12 **Incapacités partielles** – Les incapacités mentionnées à l'article 335b al. 3 CO peuvent n'être que partielles, le travailleur étant par exemple incapable de travailler à 50% en raison d'une maladie. Qu'en est-il dans cette hypothèse ? Théoriquement, trois solutions sont envisageables, allant de l'absence de toute prolongation à une prolongation correspondant à la durée de l'incapacité indépendamment de son caractère partiel, en passant par une prolongation déterminée au *pro rata* du taux d'incapacité. A notre avis, c'est la deuxième solution qui mérite d'être retenue.

13

¹³ TF 4C.45/2004 du 31 mars 2004, in : JAR 2005, p. 158 ; PORTMANN, BaK 2011, N 2 ad art. 335b CO, p. 2044 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 335b CO, p. 927.

¹⁴ REHBINDER, BK 1992, N 5 ad art. 335b CO, p. 72 ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 6 ad art. 335b CO, p. 518 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 13 ad art. 335b CO, p. 935.

¹⁵ ATF 136 III 562, c. 3 = JdT 2011 II 209 = SJ 2011 I 1 ; CARRUZZO, N 3 ad art. 335b CO, p. 487 ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 6 ad art. 335b CO, p. 518 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 13 ad art. 335b CO, p. 935.

Dérogations conventionnelles – Une partie de la doctrine estime que, vu que l'art. 335b al. 3 CO n'est pas mentionné au titre des dispositions impératives ou semi-impératives, les parties pourraient convenir d'autres motifs de prolongation que ceux que la loi énumère¹⁶. Ce point de vue nous paraît devoir être nuancé en ce sens que, si les parties peuvent effectivement convenir d'autres causes de prolongation que celles prévues dans la loi, toute prolongation pour un motif conventionnel du temps d'essai au-delà de la durée maximum de trois mois est exclue¹⁷.

4. Situations particulières

Travail temporaire – Le travail temporaire se caractérise par la conclusion d'un contrat cadre entre l'entreprise de placement et le travailleur intérimaire. Toutefois, chaque mission fait ensuite l'objet d'un contrat particulier, dans lequel les rapports de travail s'actualisent. Dans ce contexte, il est généralement admis que chaque mission peut faire l'objet d'un nouveau temps d'essai¹⁸, à tout le moins lorsque ces missions sont exécutées auprès d'entreprises différentes¹⁹. Nous estimons *a contrario* qu'il convient de réserver l'hypothèse de missions successives de même nature et au profit de la même entreprise utilisatrice, effectuées de manière rapprochées dans le temps²⁰. En effet, la situation est alors largement assimilable à un rapport continu, les parties ayant eu l'occasion d'apprécier les éléments déterminants quant à la qualité de la collaboration lors de la première mission.

Engagement par l'entreprise utilisatrice – Dans le cadre de la location de services, il arrive qu'un travailleur initialement mis à disposition par une entreprise bailleresse de services soit ensuite engagé directement par l'entreprise de mission. Dans ce contexte, on peut légitimement s'interroger sur l'existence d'un temps d'essai légal, respectivement sur la validité d'un temps d'essai conventionnel qui serait prévu dans le contrat de travail conclu avec l'entreprise initialement locataire de services. Certes, d'un point de vue formel, l'on est indéniablement en présence d'un nouveau contrat de travail : aux rapports de travail avec le premier employeur a succédé une relation de travail avec un nouvel employeur. Néan-

¹⁶ Dans ce sens, BRÜHWILER, N 7 ad art. 335b CO, p. 315 ; REHBINDER, BK 1992, N 5 ad art. 335b CO, p. 72 ; *contra* : CARRUZZO, N 1 ad art. 335b CO, p. 487.

¹⁷ PORTMANN, BaK 2011, N 8 ad art. 335b CO, p. 2046 ; SUBILIA/DUC, N 9 ad art. 335b CO, p. 516.

¹⁸ ATF 129 III 124, c. 3.2 = JdT 2003 I 214 = SJ 2003 I 266 ; ATF 119 V 46, c. 1c = SJ 1993 509 ; ATF 117 V 248, c. 3b ; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 335b CO, p. 234 ; CARRUZZO, N 5 ad art. 335b CO, pp. 488 s. ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 5 ad art. 335b CO ; WYLER, p. 448.

¹⁹ PORTMANN, BaK 2011, N 5 ad art. 335b CO, p. 2045 ; REHBINDER, BK 1992, N 3 ad art. 335b CO, p. 71.

²⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 335b CO, p. 929. ; WYLER, p. 448.

moins, auparavant déjà, l'entreprise locataire de services exerçait une partie importante des prérogatives de l'employeur. Et pour peu que, nonobstant le changement formel d'employeur, le travailleur poursuive les mêmes activités que celles qu'il déployait durant sa mission temporaire, les changements matériels apparaissent tenus. Dans un arrêt du 7 janvier 2003, le Tribunal fédéral a cependant jugé que, lors du passage d'un emploi intérimaire à un emploi stable, la durée de la mission temporaire exercée chez le futur employeur ne peut être décomptée du temps d'essai convenu dans le contrat conclu avec ce dernier, même si l'activité demeure identique. Selon notre Haute Cour le contexte juridique dans lequel l'activité intérimaire s'exerce, en particulier le rôle central joué par l'agence de placement, ne permet pas au travailleur et à l'entreprise utilisatrice d'éprouver leurs relations de confiance de la même façon qu'au moment où ils concluent un contrat de travail et qu'ils cherchent à nouer une relation juridique stable et durable entre eux²¹. Dans son arrêt, la Cour suprême a également relevé que le fait d'exclure un temps d'essai dans une telle situation risquerait de dissuader les entreprises utilisatrices d'engager des travailleurs intérimaires au terme de leur mission²². Même si elle ne paraît pas avoir été décisive, cette considération nous paraît digne d'être relevée en tant qu'illustration du souci d'éviter qu'une protection excessive de la partie faible ne revienne à tuer cette protection.

- 16 **Modification du cahier des charges et nouveau temps d'essai** – Si un changement d'employeur formel justifie l'instauration d'un nouveau temps d'essai même en l'absence de tout changement dans les activités du travailleur, on peut se demander si à l'inverse une modification substantielle du cahier des charges du travailleur (ou une autre modification contractuelle importante) sans que l'employeur ne change peut justifier l'instauration d'un nouveau temps d'essai. A notre avis, la réponse devrait être négative²³. Certes, il n'est pas certain que l'employé ayant donné satisfaction dans une fonction déterminée en fera de même dans un autre poste, ni que le collaborateur se plaira dans son nouveau rôle. Toutefois, dans cette hypothèse, la modification sera précisément intervenue en raison de l'expérience que les parties auront faite de leur relation. Au demeurant, une approche contraire pourrait encourager des comportements abusifs consistant à promouvoir des collaborateurs dont l'employeur souhaiterait se débarrasser à la

²¹ ATF 129 III 124, c. 3.3 = JdT 2003 I 214 = SJ 2003 I 266.

²² *Ibid.*

²³ Dans le même sens, CARRUZZO, N 5 ad art. 335b CO, p. 488 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 335b CO, p. 234 ; REHBINDER, BK 1992, N 3 ad art. 335b CO, p. 71 ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 3 ad art. 335b CO, p. 516 ; *contra* : AUBERT, CR 2012, N 5 ad art. 335b CO, p. 2068 ; PORTMANN, BaK 2011, N 5 ad art. 335b CO, p. 2045 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 335b CO, p. 928 : qui admettent un nouveau temps d'essai lorsque le travailleur est appelé à occuper des fonctions totalement différentes de celles qu'il assumait initialement.

seule fin de pouvoir bénéficier des modalités de licenciement assouplies liées à l'introduction d'un nouveau temps d'essai.

Succession de différents contrats – Le temps d'essai n'existe que pour une relation contractuelle nouvelle entre les parties. Tel n'est pas le cas lorsque deux contrats de travail entre les mêmes parties se succèdent immédiatement²⁴ ou de manière rapprochée²⁵, ni lorsqu'un apprenti ayant terminé sa formation poursuit sans interruption, au bénéfice d'un contrat de travail ordinaire, son activité auprès de l'employeur auquel il était précédemment lié par un contrat d'apprentissage²⁶. Le Tribunal fédéral a jugé qu'il en allait de même lorsqu'un mandataire poursuit ensuite une activité identique au profit de la même personne en vertu d'un contrat de travail²⁷. 17

Transfert d'entreprise – Si les rapports de travail sont transférés à un nouvel employeur dans le cadre d'un transfert d'entreprise selon l'art. 333 CO, cette situation ne justifie pas l'instauration d'un nouveau temps d'essai²⁸. Il en va de même lorsque le travailleur est transféré au sein d'un groupe de sociétés²⁹. 18

Situations abusives – Au même titre qu'il est abusif de chercher à éluder les règles protectrices contre le congé par la conclusion de contrats de durée déterminée successifs, il est abusif de résilier un contrat de travail pendant le temps d'essai, puis d'en conclure un nouveau avec le même cocontractant à la seule fin de bénéficier à nouveau d'un temps d'essai. En pareille hypothèse, il sied de considérer que le nouveau contrat ne saurait valablement être soumis à un temps d'essai, à tout le moins lorsque la durée cumulée des temps d'essai excéderait trois mois³⁰. 19

²⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 335b CO, pp. 927 s.

²⁵ TF 4C.284/2002 du 18 mars 2003, c. 4 ; AUBERT, CR 2012, N 5 ad art. 335b CO, p. 2068 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 335b CO, p. 234 ; CARRUZZO, N 5 ad art. 335b CO, p. 488.

²⁶ ATF 129 III 124, c. 3.2 = JdT 2003 I 214 = SJ 2003 I 266 ; TF 4C.284/2002 du 18 mars 2003, c. 4 ; TF 4C.93/1997 du 8 octobre 1997, c. 3c, in : JAR 1998, p. 282 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 335b CO, p. 234 ; CARRUZZO, N 5 ad art. 335b CO, p. 488 ; WYLER, p. 446.

²⁷ TF 4C.27/1993 du 11 mai 1993, c. 3c.

²⁸ PORTMANN, BaK 2011, N 7 ad art. 335b CO, p. 2046.

²⁹ CARRUZZO, N 5 ad art. 335b CO, p. 488.

³⁰ REHBINDER, BK 1992, N 3 ad art. 335b CO, p. 71.

III. Effets du temps d'essai

1. Délais et termes de résiliation

- 20 **Délais et termes légaux** – Selon l'art. 335b al. 1 CO, le délai de résiliation légal durant le temps d'essai est de sept jours pour n'importe quel terme. A noter qu'en matière de location de services, la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi (LSE) prévoit un délai particulier encore plus bref, de deux jours, durant les trois premiers mois d'emploi (art. 19 al. 4 CO). Sous réserve d'un auteur³¹, la doctrine estime que le délai prévu doit être compté en jours calendaires, et non en jours ouvrables³².
- 21 **Moment déterminant** – Le délai de résiliation spécifique prévu durant le temps d'essai est applicable dès l'instant où la résiliation intervient pendant le temps d'essai ; peu importe que les rapports de travail ne soient appelés à prendre fin qu'après la fin du temps d'essai³³.
- 22 **Dérogations conventionnelles** – L'art. 335b al. 2 CO indique que les prescriptions de l'art. 335b al. 1 CO ne présentent pas un caractère impératif. Il subordonne cependant la validité des dérogations conventionnelles à des exigences de forme, en ce sens que de telles dérogations ne peuvent être prévues que par accord écrit, par contrat-type de travail ou par convention collective. Pour autant que l'une de ces formes soit respectée, il est loisible aux parties d'allonger le délai de résiliation ou d'exiger le respect d'un terme, tel que la fin d'une semaine ; inversement, elles peuvent aussi convenir d'un délai inférieur à sept jours, voire supprimer tout délai de préavis, en convenant d'une faculté de résiliation immédiate³⁴.

³¹ REHBINDER, BK 1992, N 6 ad art. 335b CO, p. 73.

³² BRÜHWILER, N 2 ad art. 335b CO, p. 312 ; CARRUZZO, N 6 ad art. 335b CO, p. 489 ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 7 ad art. 335b CO, p. 518 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 ad art. 335b CO, p. 931 ; SUBILIA/DUC, N 8 ad art. 335b CO, p. 515 ; WYLER, p. 446.

³³ AUBERT, CR 2012, N 3 ad art. 335b CO, p. 2068 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 335b, p. 235 ; CARRUZZO, N 6 ad art. 335b CO, p. 489 ; REHBINDER, BK 1992, N 6 ad art. 335b CO, p. 73 ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 7 ad art. 335b CO, p. 519 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 9 ad art. 335b CO, p. 931 ; WYLER, p. 447.

³⁴ AUBERT, CR 2012, N 2 ad art. 335b CO, p. 2068 ; BRÜHWILER, N 2 ad art. 335b CO, p. 312 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 335b CO, p. 236 ; CARRUZZO, N 6 ad art. 335b CO, p. 489 ; GEISER/MÜLLER, N 582, p. 219 ; REHBINDER, BK 1992, N 6 ad art. 335b CO, p. 73 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 ad art. 335b CO, p. 931 ; SUBILIA/DUC, N 7 ad art. 335b CO, p. 515.

2. Protection contre la résiliation en temps inopportun

Inapplicabilité de la protection – Selon son texte clair, l'art. 336c CO ne s'applique qu'après le temps d'essai. C'est dire que, durant le temps d'essai, légal ou conventionnel, il n'existe aucune protection contre le licenciement en temps inopportun. Tel est le cas même si la durée totale du temps d'essai est prolongée au-delà de trois mois en application de l'art. 335b al. 3 CO³⁵. 23

3. Protection contre la résiliation abusive

Principe – Longtemps, la question de savoir si la protection contre le licenciement abusif s'applique à la résiliation pendant le temps d'essai a été controversée, certains auteurs considérant qu'une telle protection serait contraire au but même du temps d'essai. Aujourd'hui, elle paraît définitivement tranchée. En effet, dans un arrêt de principe du 28 novembre 2007, le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 336 CO s'applique aussi pendant le temps d'essai³⁶. 24

Incidences de la finalité du temps d'essai – Quoique la protection contre le licenciement abusif soit en principe applicable durant le temps d'essai, la finalité même assignée à cette période implique des aménagements. Aussi un congé signifié pendant le temps d'essai ne peut-il être considéré comme abusif au seul motif qu'il présente un caractère plus ou moins arbitraire³⁷. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, s'agissant d'une résiliation qui aurait été abusive après le temps d'essai, il convient d'examiner concrètement si la finalité du temps d'essai est propre à la rendre admissible³⁸. En pratique, cela signifie que l'admissibilité de motifs liés à la personnalité du cocontractant doit être admise plus largement qu'après le temps d'essai³⁹ et que le juge doit faire preuve de retenue au moment de qualifier le motif de licenciement d'abusif⁴⁰. Au regard de ces considérations, il a en particulier été jugé que ne peut être considéré comme abusif le congé donné durant le temps d'essai à un employé en raison de difficultés de collaboration prévisibles avec d'autres travailleurs de l'entreprise, indépendamment d'une éventuelle faute de l'employé licencié⁴¹. 25

Abrègement du délai et opposition au congé – Comme rappelé plus haut, la protection contre le licenciement abusif au sens des art. 336 ss CO s'applique fondamentalement pendant le temps d'essai. Or, selon l'art. 336b al. 1 CO, le 26

³⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 335b CO, p. 930.

³⁶ ATF 134 III 108, c. 7.1, JdT 2009 I 51 (trad.), SJ 2008 I 298 (trad.).

³⁷ TF 4A_432/2009 du 11 novembre 2009, c. 2.1.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ SUBILIA/DUC, N 15 ad art. 335b CO, p. 518.

⁴⁰ CARRUZZO, N 7 ad art. 335b CO, p. 490.

⁴¹ TF 4A_432/2009 du 11 novembre 2009, c. 2.4 et 2.5.

travailleur qui entend faire valoir des prétentions de ce chef doit, sous peine de péremption, s'opposer par écrit au congé pendant le délai de résiliation, ce qui ne va pas sans poser des difficultés pratiques lorsque le délai de préavis est très court. Pourtant, le Tribunal fédéral estime que, même en cas d'abrègement du délai de résiliation, l'opposition doit être faite avant l'échéance des rapports de travail, pour autant que cela soit possible et raisonnablement exigible du travailleur ; concrètement, dans l'affaire jugée, le Tribunal fédéral a estimé que tel était le cas avec un délai de congé réduit à trois jours⁴². Ainsi, il a refusé d'admettre l'existence d'une lacune de la loi, devant être complétée par l'admission générale d'un délai d'opposition minimum de sept jours.

4. Autres effets

- 27 **Application des règles générales** – Sous réserve des règles spéciales prévues dans le Code des obligations, les mêmes règles s'appliquent durant le temps d'essai que par la suite. Ainsi, fondamentalement, les parties auront les mêmes droits et obligations qu'après la fin du temps d'essai⁴³.

IV. Contrat de durée déterminée

- 28 **Généralités** – Comme exposé plus haut, l'art. 335b CO est inapplicable aux contrats de durée déterminée. Ceux-ci ne sont donc pas de plein droit assortis d'une période probatoire. En revanche, conformément au principe de la liberté contractuelle, les parties peuvent convenir d'un temps d'essai⁴⁴.
- 29 **Durée du temps d'essai conventionnel** – Quoique l'art. 335b CO ne soit pas directement applicable aux contrats de durée déterminée, il y a lieu de considérer par analogie que les parties ne sauraient convenir d'un temps d'essai d'une durée supérieure à trois mois⁴⁵. Rien ne justifie en effet que la précarité d'un contrat de durée déterminée puisse être maintenue plus longtemps que celle d'un contrat de

⁴² ATF 136 III 96, c. 3.4 et 4.

⁴³ PORTMANN, BaK 2011, N 14 ad art. 335b CO, pp. 2047 s.

⁴⁴ BRÜHWILER, N 1 ad art. 335b CO, p. 312 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 335b CO, p. 486 ; REHBINDER, BK 1992, N 1 ad art. 335b CO, p. 69 ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 4 ad art. 335b CO, p. 516 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 335b CO, p. 926 ; SUBILIA/DUC, N 2 ad art. 335b CO, p. 513 ; VISCHER, p. 228 ; cf. toutefois BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 335b, p. 235 : qui relèvent qu'étant contraire à la nature même du contrat de durée déterminée, un temps d'essai *devrait correspondre à des besoins particuliers de la relation de travail en question*.

⁴⁵ CARRUZZO, N 1 ad art. 335b CO, p. 486 ; REHBINDER, BK 1992, N 1 ad art. 335b CO, p. 69 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 335b CO, p. 927 ; SUBILIA/DUC, N 2 ad art. 335b CO, p. 514 ; WYLER, p. 446.

durée indéterminée. Si les parties à un contrat de durée indéterminée sont censées pouvoir apprécier l'opportunité d'une relation durable sur une période de trois mois au maximum, il ne saurait en aller différemment des parties à un contrat de durée déterminée.

Forme requise – Si l'introduction d'un temps d'essai d'une durée correspondant à celle présumée dans un contrat de durée indéterminée n'est subordonnée au respect d'aucune forme particulière⁴⁶, nous estimons en revanche que l'accord portant sur l'instauration d'un temps d'essai d'une durée supérieure est subordonné aux exigences de forme résultant de l'art. 335b al. 2 CO⁴⁷. En effet, il nous paraîtrait paradoxal de faire preuve de plus de souplesse dans le type de contrat ne connaissant pas de plein droit un temps d'essai que dans celui où cette institution est présumée.

Durée du temps d'essai par rapport à celle du contrat – Lorsque les parties conviennent d'un contrat d'une durée n'excédant pas trois mois, il est concevable qu'elles conviennent simultanément d'un temps d'essai d'une durée égale à celle du contrat. Un tel procédé dénature le contrat de durée déterminée puisque, tout en étant conclu pour une durée prédéfinie, le contrat est résiliable de manière anticipée pendant toute sa durée. On pourrait en conclure que ce mode de faire serait inadmissible et qu'en conséquence, le temps d'essai devrait à tout le moins être abrégé dans le sens d'une nullité partielle, de manière à ne pas correspondre à une partie prépondérante de la durée convenue. Néanmoins, nous estimons que la condamnation du procédé risquerait d'encourager l'employeur (ou le travailleur) n'entendant d'emblée pas se lier pour plus de trois mois à conclure un contrat de durée indéterminée assorti d'un temps d'essai correspondant à la durée maximum pour laquelle il a l'intention de s'engager, ce qui ne nous semble en définitive guère préférable à une situation dans laquelle le cocontractant est clairement informé de la durée maximale de la relation de travail.

⁴⁶ *Contra* : CARRUZZO, N 1 ad art. 335b CO, p. 486 ; WYLER, p. 446, qui exigent de manière générale le respect de la forme écrite.

⁴⁷ STAEBELIN/VISCHER, ZK 1996, N 4 ad 335b CO, pp. 516 s. ; *contra* : STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 335b CO, p. 926, qui estiment de manière générale qu'aucune prescription de forme particulière ne doit être respectée.

Art. 335c

c. Après le temps d'essai

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

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

c. nach Ablauf der Probezeit

¹ Das Arbeitsverhältnis kann im ersten Dienstjahr mit einer Kündigungsfrist von einem Monat, im zweiten bis und mit dem neunten Dienstjahr mit einer Frist von zwei Monaten und nachher mit einer Frist von drei Monaten je auf das Ende eines Monats gekündigt werden.

² Diese Fristen dürfen durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag abgeändert werden ; unter einen Monat dürfen sie jedoch nur durch Gesamtarbeitsvertrag und nur für das erste Dienstjahr herabgesetzt werden.

c. dopo il tempo di prova

¹ Il rapporto di lavoro può essere disdetto per la fine di un mese, nel primo anno di servizio con preavviso di un mese, dal secondo al nono anno di servizio incluso con preavviso di due mesi e in seguito con preavviso di tre mesi.

² Questi termini possono essere modificati per accordo scritto, contratto normale o contratto collettivo ; possono essere resi inferiori a un mese soltanto per contratto collettivo e per il primo anno di servizio.

Table des matières

	note marginale	page
I. Généralités	1	609
II. Délais et termes légaux.....	5	610
III. Délais et termes contractuels	7	610
IV. Inobservation des délais	12	612
V. Résiliation avant l'entrée en service	14	613

Bibliographie spécifique

GEISER THOMAS, Berechnung der Kündigungsfristen im Arbeitsvertragsrecht, in : recht 2012, pp. 1-10.

I. Généralités

Principe – Après le temps d’essai, le contrat de travail de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties pour la fin d’un mois, moyennant le respect de délais fixés en fonction de la durée des rapports de service.¹

Détermination de la durée des rapports de service – Pour déterminer la durée des rapports de service, on se fondera sur la date d’entrée en fonction, et non sur la date de conclusion du contrat. Lorsque plusieurs contrats se succèdent de manière ininterrompue, on tiendra compte de la durée totale des rapports de travail à compter de l’engagement initial. Ainsi, si au terme de sa formation un apprenti demeure au service de son ancien maître d’apprentissage au bénéfice d’un contrat de travail ordinaire, la durée des rapports de travail sera calculée en tenant compte de la durée du contrat initial d’apprentissage¹. De même, de brèves interruptions des rapports de travail ne rompront pas l’unité de la relation contractuelle s’agissant du calcul de la durée déterminant le délai de congé applicable². Par conséquent, en cas de travail saisonnier, on tiendra compte de la durée totale des rapports de travail, même si, entre ses périodes d’activité, le saisonnier rentre dans son pays d’origine³.

Changement d’employeur – En cas de changement d’employeur, les années passées au service du premier employeur ne seront en principe pas prises en compte dans la durée des rapports de service avec le second employeur. Il convient toutefois de réserver l’hypothèse d’un changement d’employeur lié à un transfert d’entreprise selon l’art. 333 CO : dans les relations avec le repreneur, la durée des rapports de service sera alors calculée en tenant compte de la durée accomplie au service du premier employeur⁴. De même, en cas de transfert d’un travailleur entre des sociétés d’un même groupe, les années passées dans les diverses sociétés doivent être totalisées pour calculer l’ancienneté déterminante⁵.

Travail temporaire – L’art. 335c CO n’est pas intégralement applicable au travail temporaire. En ce domaine, la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l’emploi et la location de services (LSE) prévoit une réglementation spéciale.

¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 335c CO, p. 237 ; CARRUZZO, N 16 ad art. 335c CO, p. 491 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 335c, p. 938 ; WYLER, p. 449 ; cf. toutefois SUBILIA/DUC, N 10 ad art. 335c CO, p. 523 : qui qualifient la question de controversée.

² CARRUZZO, N 1 ad art. 335c CO, p. 491 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 335c CO, p. 237 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 335c, p. 938 ; WYLER, p. 449.

³ SUBILIA/DUC, N 9 ad art. 335c CO, p. 523.

⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 335c CO, p. 237 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 335c CO, p. 491.

⁵ AUBERT, CR 2012, N 2 ad art. 335c CO, p. 2069 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 335c CO, p. 237.

Ainsi, à teneur de l'art. 19 al. 4 LSE, le délai de congé est de deux jours au moins durant les trois premiers mois d'un emploi ininterrompu et de sept jours au moins du quatrième au sixième mois d'un emploi ininterrompu. En revanche, dès le septième mois, les règles ordinaires du Code des obligations s'appliqueront⁶.

II. Délais et termes légaux

- 5 **Délais** – Durant la première année de service, le délai de préavis est d'un mois. De la deuxième à la neuvième, il est de deux mois. Enfin, dès la dixième, il est de trois mois. A cet égard, on rappellera que le délai applicable est déterminé en fonction du moment de la réception de la déclaration de résiliation, indépendamment du moment auquel le contrat est appelé à prendre fin⁷.
- 6 **Calcul du délai de congé** – Le délai de congé se calcule rétroactivement de la date d'échéance pour laquelle le congé a été donné, et non à compter du jour de la réception de la résiliation. Après des fluctuations, cette question a été définitivement clarifiée par le Tribunal fédéral⁸. Ainsi, si le contrat est résilié le 5 janvier, moyennant un délai de deux mois, pour le 31 mars, le délai de congé correspondra à la période du 1^{er} février au 31 mars, et non à la période de deux mois à compter de la notification de la résiliation, ce qui présente une importance s'agissant en particulier de la protection contre la résiliation en temps inopportun selon l'article 336c CO.

III. Délais et termes contractuels

- 7 **Limites à la liberté contractuelles** – L'art. 335c CO n'est pas mentionné dans la liste des dispositions impératives ou semi-impératives figurant aux art. 361 et 362 CO. Cela ne signifie cependant pas que les règles posées en son premier alinéa présenteraient un caractère purement dispositif. En effet, l'alinéa 2 limite la liberté contractuelle des parties, d'une part, en subordonnant les dérogations conventionnelles au régime légal à des exigences formelles et, d'autre part, en consacrant une restriction matérielle.
- 8 **Exigences formelles** – Des délais de résiliation différents de ceux prévus à l'art. 335b CO ne peuvent être introduits que par accord écrit, par contrat-type de travail ou par convention collective de travail. Ainsi, la validité d'une dérogation

⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 ad art. 335c, p. 939 ; SUBILIA/DUC, N 24 ad art. 335c CO, p. 528 ; WYLER, p. 450.

⁷ AUBERT, CR 2012, N 4 ad art. 335c CO, p. 2070 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 335c CO, p. 492 ; GEISER/MÜLLER, N 583, p. 219 ; PORTMANN, BaK 2011, N 3 ad art. 335c CO, p. 2049 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 335c, p. 938.

⁸ ATF 134 III 354, JdT 2010 I 678 (trad.), SJ 2008 I 333(trad.).

convenue dans le cadre du contrat individuel suppose impérativement le respect de la forme écrite.

Restrictions matérielles – Matériellement, l'art. 335c al. 2 CO prévoit que des délais inférieurs à un mois ne peuvent être fixés que par convention collective et pour la première année de service. Les deux conditions étant cumulatives, cela signifie, d'une part, que des délais inférieurs à un mois ne peuvent jamais être introduits par contrat-type ou par contrat individuel et, d'autre part, que, même lorsqu'ils sont prévus par une convention collective, les délais inférieurs à un mois ne sont admissibles que pour la première année de service. Au surplus, moyennant le respect des exigences de forme prévues par l'art. 335c al. 2 CO et du principe de parité de l'art. 335a al. 1 CO, les parties sont libres. Elles peuvent donc convenir soit d'un abrègement des délais de résiliation, soit d'un allongement. Elles peuvent également prévoir un échelonnement des délais de résiliation différent de celui consacré à l'art. 335c al. 1 CO ou prévoir un délai indépendant de la durée des rapports de service. ⁹

Déroptions concernant le terme – L'art. 335c al. 2 CO se réfère uniquement à la modification des *délais* prévus à l'art. 335c al. 1 CO. Or, ce dernier prévoit non seulement des délais, mais également un terme, en disposant que le contrat peut être résilié *pour la fin d'un mois*. Dès lors, se pose la question de savoir si des dérogations à ce terme légal sont admissibles et, dans l'affirmative, dans quelle mesure elles le sont. Une première approche consisterait à considérer que, vu que l'art. 335c al. 1 CO n'est pas mentionné au titre des dispositions impératives ou semi-impératives énumérées aux art. 361 et 362 CO et que l'art. 335c CO ne vise que les dérogations aux délais légaux, les accords modifiant le terme légal ne seraient subordonnés à aucune condition ni restriction particulière. A l'inverse, on pourrait considérer que l'art. 335c al. 2 CO réglerait de manière exhaustive l'admissibilité des modifications du régime légal prévu au premier alinéa, de sorte qu'en l'absence de toute mention d'une possibilité de modification du terme légal, une telle modification serait exclue. Enfin, selon une troisième interprétation possible, malgré sa teneur littérale, l'art. 335c al. 2 CO viserait en réalité les dérogations tant aux délais légaux qu'au terme légal. Cette interprétation est confirmée par la systématique de la loi. En effet, alors même que son premier alinéa prévoit tant des délais qu'un terme, l'article 335c CO figure sous le chiffre marginal 2, consacré aux *Délais de congé*. Ainsi, il apparaît que, dans un sens large, le terme de délais utilisé par le législateur désigne tant les délais *stricto sensu* que les éventuels termes. Concrètement, cela signifie que des dérogations au terme légal sont admissibles moyennant le respect des conditions de forme prévues à l'art. 335c al. 2 CO⁹. Les parties peuvent donc convenir d'un autre terme que la fin d'un mois¹⁰, ou exclure tout terme en convenant d'un délai net¹¹. ¹⁰

⁹ Dans ce sens, PORTMANN, BaK 2011, N 2 ad art. 335c. CO, p. 2049 ; REHBINDER, BK 1992, N 5 ad art. 335c CO, p. 78 ; *contra* : BRÜHWILER, N 3 ad art. 335c CO, p. 317 ;

- 11 **Interprétation des clauses dérogatoires** – Lorsque les parties se bornent à régler contractuellement le délai de résiliation sans fixer de terme de résiliation, par exemple en prévoyant de manière générale que *le délai de résiliation est de deux mois*, il est parfois relevé qu'un tel accord n'affecterait pas le terme légal¹². Cette affirmation doit cependant être nuancée, en ce sens qu'il conviendra en réalité d'interpréter la volonté des parties selon les principes généraux applicables en la matière, en particulier selon le principe de la confiance si une réelle et commune volonté des parties ne peut pas être établie.

IV. Inobservation des délais

- 12 **Résiliation moyennant un délai supérieur** – Le délai légal de congé constitue le délai de préavis minimum devant être respecté par la partie résiliant le contrat. Cette dernière peut toutefois donner le congé avec un délai supérieur, l'autre partie conservant alors la faculté de résilier elle-même le contrat pour une échéance antérieure correspondant au délai légal ou contractuel ; un tel congé réciproque ne constitue pas *ipso facto* un congé-représailles abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO¹³.
- 13 **Non-respect du délai de résiliation** – La résiliation donnée pour une échéance antérieure au terme légal ou contractuel n'est pas radicalement nulle ; elle déploiera ses effets à la plus proche échéance¹⁴. Cela étant, pour que le travailleur puisse réclamer son salaire pour la période courant du terme erroné pour lequel le congé a été signifié à l'échéance pour laquelle le contrat pouvait valablement être résilié, il doit en principe avoir offert ses services¹⁵. Néanmoins, le Tribunal fédé-

CARRUZZO, N 2 ad art. 335c CO, p. 493 ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 11 ad art. 335c CO, pp. 527 s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 335c CO, p. 939. ; WYLER, p. 450 : qui considèrent que la modification contractuelle du terme n'est subordonnée à aucune exigence de forme.

¹⁰ ATF 128 III 212, c.3b = SJ 2002 I 581 : étant cependant précisé que cet arrêt concernait un terme de résiliation plus éloigné que la fin d'un mois ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 335c CO, p. 238 ; SUBILIA/DUC, N 5 ad art. 335c CO, pp. 521 s. ; WYLER, p. 450.

¹¹ CARRUZZO, N 2 ad art. 335c CO, p. 493.

¹² STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 11 ad art. 335c CO, p. 528 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 335c CO, p. 939 ; voir également TF 4C.45/2004 du 31 mars 2004, c. 4.2.

¹³ TF 4A_663/2010 du 11 février 2011, c. 2.4 et 3 ; CARRUZZO, N 3 ad art. 335a CO, pp. 483 s.

¹⁴ AUBERT, CR 2012, N 7 ad art. 335c CO, p. 2070 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 335c CO, p. 238 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 335c CO, p. 491 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 ad art. 335 CO, p. 902.

¹⁵ AUBERT, CR 2012, N 7 ad art. 335c CO, p. 2070 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 335c CO, p. 492.

ral fait preuve d'une certaine mansuétude à l'égard des travailleurs. Il estime que, si le travailleur ignore que le délai appliqué par l'employeur est trop court et qu'il ne devait pas le savoir, le principe de la bonne foi commande de ne pas lui tenir grief de l'omission d'offrir ses services¹⁶. A noter également que, si le travailleur résilie par erreur pour une date antérieure à l'échéance légale ou contractuelle, sa déclaration ne saurait être considérée comme une offre de conclure un accord de résiliation anticipée¹⁷.

V. Résiliation avant l'entrée en service

Absence de réglementation légale – Si le Code des obligations réglemente la résiliation pendant le temps d'essai (art. 335b CO) et la résiliation après le temps d'essai, il ne règle en revanche pas la résiliation *avant* le temps d'essai, soit la résiliation avant l'entrée en service. Or, considérant le décalage temporel possible entre la conclusion du contrat de travail et l'entrée en fonction, il est envisageable que, dans cet intervalle, l'une ou l'autre des parties ne souhaite en définitive plus s'engager dans la relation de travail. On songera ici en particulier au travailleur se voyant offrir une opportunité professionnelle plus intéressante, à l'employeur qui trouverait en définitive un meilleur candidat que celui initialement retenu ou encore à l'employeur confronté à de subites difficultés économiques.

Solutions proposées – Selon un auteur, la résiliation avant l'entrée en service devrait être considérée comme une résiliation immédiate, avec pour effet que, selon la partie dont elle émane, les conséquences devraient être appréciées respectivement selon l'art. 337d CO ou selon les art. 337b et 337c CO¹⁸. Toutefois, la doctrine aujourd'hui presque unanime admet que le contrat de travail peut être résilié de manière ordinaire avant l'entrée en service. En revanche, les conséquences d'une telle résiliation sont controversées, s'agissant en particulier du point de départ du délai de résiliation et de la durée de celui-ci. La doctrine majoritaire¹⁹ et diverses décisions cantonales²⁰ retiennent que le délai de congé ne courrait qu'à compter de la date prévue d'entrée en service, tout en appliquant le délai prévu durant le temps d'essai. D'autres auteurs, tout en calculant également

¹⁶ TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 5.2.

¹⁷ CARRUZZO, N 1 ad art. 335c CO, p. 492.

¹⁸ CARRUZZO, N 5 ad art. 335 CO, p. 478.

¹⁹ Dans ce sens, REHBINDER, BK 1992, N 14 ad art. 335 CO, pp. 61 s. ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 21 ad art. 335b CO, pp. 498 s. ; VISCHER, p. 225.

²⁰ Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt du 24 avril 2002, in : JAR 2004, p. 444 ; Arbeitsgericht Stadt Bern du 7 juin 1994, in : JAR 1997, p. 100 ; Arbeitsgericht Zürich du 13 juillet 1992, in : JAR 1995, p. 144 ; Gewerbegericht Zürich du 21 mars 1974, in : JAR 1980, p. 255.

le délai de congé à compter de la date d'entrée en service, estiment cependant qu'il conviendrait d'appliquer le délai ordinaire après le temps d'essai, vu qu'une résiliation avant l'entrée en service ne serait pas justifiée par le but particulier du temps d'essai²¹. Enfin, une troisième catégorie d'auteurs sont d'avis que, même lorsque la résiliation intervient avant l'entrée en service, le délai applicable est celui prévalant durant le temps d'essai et que ledit délai court dès la réception de la résiliation, indépendamment de la date d'entrée en service prévue²². A notre avis, cette opinion mérite d'être suivie. En effet, si le travailleur décide de résilier le contrat avant le début des rapports de travail, il n'est clairement pas dans son intérêt de devoir entrer en service durant quelques jours, puisque cela l'entrave dans la prise d'un autre emploi ; l'on ne discerne par ailleurs pas non plus l'intérêt de l'employeur à avoir à son service pendant une période extrêmement brève un travailleur dont il est d'emblée établi qu'il ne poursuivra pas son activité. Dans la situation inverse d'une résiliation avant l'entrée en service par l'employeur, la solution majoritairement préconisée permet certes au travailleur de percevoir son salaire pour une courte durée ; mais en l'obligeant à offrir ses services, elle l'empêche de prendre sans délai un nouvel emploi, tout en faisant naître les obligations liées à l'entrée en service. Il nous paraît dès lors qu'il sied de retenir une solution qui encourage la partie qui en définitive ne souhaite plus s'engager à le signifier rapidement à son cocontractant.

²¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 14 ad art. 335 CO, p. 228.

²² GEISER/MÜLLER, N 579, p. 218 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 ad art. 335b CO, p. 933 ; SUBILIA/DUC, N 18 ad art. 335 CO, pp. 502 s.

Art. 335d

II^{bis}. Licenciement collectif

1. Définition

Par licenciement collectif, on entend les congés donnés dans une entreprise par l'employeur dans un délai de 30 jours pour des motifs non inhérents à la personne du travailleur et dont le nombre est au moins :

1. égal à 10 dans les établissements employant habituellement plus de 20 et moins de 100 travailleurs ;
2. de 10% du nombre des travailleurs dans les établissements employant habituellement au moins 100 et moins de 300 travailleurs ;
3. égal à 30 dans les établissements employant habituellement au moins 300 travailleurs.

II^{bis}. Massenentlassung

1. Begriff

Als Massenentlassung gelten Kündigungen, die der Arbeitgeber innert 30 Tagen in einem Betrieb aus Gründen ausspricht, die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen, und von denen betroffen werden :

1. mindestens 10 Arbeitnehmer in Betrieben, die in der Regel mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmer beschäftigen ;
2. mindestens 10 Prozent der Arbeitnehmer in Betrieben, die in der Regel mindestens 100 und weniger als 300 Arbeitnehmer beschäftigen ;
3. mindestens 30 Arbeitnehmer in Betrieben, die in der Regel mindestens 300 Arbeitnehmer beschäftigen.

IIbis. Licenziamento collettivo

1. Definizione

Per licenziamento collettivo si intendono le disdette date in un'azienda dal datore di lavoro entro un periodo di 30 giorni, per motivi non inerenti alla persona del lavoratore, se il numero dei licenziamenti effettuati è :

1. almeno pari a 10 negli stabilimenti che occupano abitualmente più di 20 e meno di 100 lavoratori ;
2. almeno pari al 10 per cento del numero dei lavoratori negli stabilimenti che occupano abitualmente almeno 100 e meno di 300 lavoratori ;
3. almeno pari a 30 negli stabilimenti che occupano abitualmente almeno 300 lavoratori.

Table des matières

	note marginale	page
I. Généralités relatives aux dispositions sur le licenciement collectif (art. 335d à 335g CO).....	1	616
1. Objet, but et origine	1	616
2. Systématique.....	4	617
3. Nature de la réglementation.....	7	618
II. La notion légale du licenciement collectif (art. 335d CO).....	10	619

Bibliographie spécifique

AUBERT GABRIEL, La nouvelle réglementation des licenciements collectifs et des transferts d'entreprises, in : Journée 1994 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1995, pp. 87 ss (cité : Réglementation) ; CARRUZZO PHILIPPE, Licenciements collectifs – comparaison des droits suisse et européen, in : WYLER, Panorama II, pp. 715 ss (cité : Comparaison) ; CURCHOD ALEXANDRE, La LParticipation à l'aune du CPC fédéral, in : WYLER, Panorama II, pp. 779 ss ; FRITZ MAX, La loi sur la participation : commentaire et guides pratiques relatifs à la loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993 ainsi qu'aux modifications touchant le droit du contrat de travail (transfert d'entreprise, licenciement collectif) du 17 décembre 1993, Zurich 1994 ; GEISER THOMAS, Massenentlassung – Anwendungsbereich, Voraussetzungen und Verfahren, in : PJA 1995, pp. 1411 ss (cité : Massenentlassung) ; ILG VALO C., Kommentar über das Bundesgesetz über die Information des Arbeitnehmers in den Betrieben, Zurich 1999 ; KLINGENBERG STEPHAN, Der Sozialplan, in : ArbR 1993, pp. 39 ss ; MEYER LIENHARD, Die Massenentlassung, Bâle/Genève/Munich 1999 ; MÜLLER ROLAND A., Die Arbeitnehmervertretung, Berne 1999 (cité : Arbeitnehmervertretung) ; MÜLLER ROLAND A., Die neuen Bestimmungen über Massenentlassungen, in : ArbR 1995, pp. 105 ss (cité : Massenentlassungen) ; SATTIVA SPRING CHRISTINE, Quelle nature juridique pour le plan social ? in : WYLER, Panorama I, pp. 247 ss ; WYLER RÉMY, L'étendue des pouvoirs de la représentation des travailleurs, in : TAPPY DENIS, KAHIL-WOLFF BETTINA ET BRUCHEZ LÉONARD (édit.), 300 ans d'enseignement du droit à Lausanne, Zurich 2010, pp. 410 ss (cité : Représentation).

I. Généralités relatives aux dispositions sur le licenciement collectif (art. 335d à 335g CO)

1. Objet, but et origine

- 1 **Objet et but** – Les art. 335d à 335g CO traitent du licenciement collectif, cette notion étant définie précisément à l'art. 335d CO. Le but des art. 335d à 335g CO est d'aménager, lorsqu'un licenciement collectif est envisagé, une procédure de consultation des travailleurs destinée à éviter les congés, à en limiter le nombre ou à en atténuer les conséquences (art. 335f CO). Ces dispositions contiennent également des règles de droit public, puisqu'elles prévoient l'intervention de l'office cantonal du travail afin de trouver des solutions aux problèmes posés par le licenciement collectif projeté (art. 335g al. 3 CO) ainsi qu'une obligation pour les employeurs de communiquer des informations à cet office afin de lui permettre de remplir sa mission (art. 335f al. 3 et 335g al. 1 et 2 CO).
- 2 **Origine** – Les art. 335d à 335g CO trouvent leur origine dans le droit européen, plus précisément dans la directive 75/129/CEE du 17 février 1975. Après l'échec en votation populaire de l'Espace économique européen (EEE), le législateur suisse avait en effet décidé de reprendre spontanément (avec quelques modifications) certaines réglementations qui avaient été adoptées pour intégrer l'acquis

communautaire¹. Les art. 335d à 335g ont ainsi été introduits dans le CO par une loi fédérale du 17 décembre 1993, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1994². Outre les nouveaux art. 335d à 335g CO, ont été introduits dans le droit suisse du travail la LParticipation, les art. 333a, 336 al. 2 let. c et al. 3 et 336a al. 3 CO ainsi que la modification substantielle de l'art. 333 CO. Du fait de cette origine, il se justifie de prendre en considération le droit européen en vigueur au moment de l'adoption de ces dispositions pour interpréter leur portée³.

Evolution – Depuis leur entrée en vigueur en 1994, les art. 335d à 335g CO n'ont pas été modifiés. En particulier, ils n'ont pas été adaptés à l'évolution du droit européen en matière de licenciements collectifs⁴. 3

2. Systématique

Systématique des art. 335d à 335g CO – La disposition centrale est l'art. 335f CO qui prévoit l'obligation de consultation de l'employeur en cas de licenciement collectif; cette disposition est complétée par l'art. 335g CO, qui définit les compétences de l'Office cantonal du travail et les obligations des employeurs à son égard lors de licenciements collectifs. L'art. 335d CO, qui définit le licenciement collectif, et l'art. 335e CO déterminent le champ d'application de la réglementation prévue aux art. 335f et 335g CO. 4

Systématique par rapport à d'autres dispositions légales – Les art. 335d à 335g CO constituent une réglementation spéciale en matière de participation des travailleurs dans l'entreprise (art. 10 let. c LParticipation). Ils doivent donc être appliqués simultanément aux dispositions de la LParticipation. Les art. 336 al. 2 let. c et 336a CO définissent la sanction prévue en cas de licenciement prononcé en violation des règles de consultation prévues à l'art. 335f CO, à savoir une indemnité fixée par le juge dont le montant s'élève au maximum à deux mois de salaire par travailleur concerné. L'art. 335a al. 2 CO, qui était entré en vigueur en 1989 déjà, permet de convenir de délais de congé plus brefs pour le travailleur que pour l'employeur en cas de licenciement économique (cette notion de licenciement économique englobant tous les cas de licenciements collectifs). L'art. 336 al. 2 let. b et al. 3 CO définit la protection contre les licenciements dont 5

¹ Exercice Swisslex, suivant l'exercice Eurolex ; AUBERT, Réglementation, pp. 87-89.

² RO 1994 804 ; Message 1993, pp. 829 ss.

³ ATF 132 III 406, c. 2.4, SJ 2007 I 129 (trad.) ; WYLER, p. 467.

⁴ La directive 75/129/CEE du 17 février 1975 a été modifiée et complétée par la directive 92/56/CEE du 10 juillet 1992 ; ces deux directives ont ensuite été abrogées et remplacées par la directive 98/59 CE du 20 juillet 1998. Sur la comparaison droit suisse, droit européen, voir WYLER, pp. 459 ss, CARRUZZO, Panorama II, pp. 725 ss.

bénéficient les représentants élus du personnel (qui sont appelés à jouer un rôle important en cas de licenciement collectif)⁵.

- 6 **Autres dispositions relatives aux licenciements collectifs** – Conformément à l'art. 46 al. 1 Cst, il appartient aux cantons de mettre en œuvre dans leur législation les règles de droit public contenues à l'art. 335g CO, notamment pour sanctionner les violations de cette disposition. En outre, l'art. 29 LSE (en lien avec l'art. 53 OSE) oblige tout employeur à déclarer à l'office cantonal du travail les licenciements et les fermetures d'entreprises touchant au moins dix travailleurs, les cantons pouvant abaisser ce nombre à six (art. 53 al. 2 OSE)⁶. Contrairement aux art. 335d à 335g CO, cette réglementation prévue par la LSE relève uniquement du droit public et n'a donc aucune incidence juridique directe sur les rapports entre l'employeur et les travailleurs concernés.

3. Nature de la réglementation

- 7 **Droit privé, droit public** – Les art. 335d à 335g CO contiennent à la fois des règles de droit privé et des règles de droit public. Relèvent du droit privé les règles sur les obligations de l'employeur à l'égard des travailleurs (art. 335f al. 1 à 3 CO) ; relèvent du droit public les compétences de l'office cantonal du travail (art. 335g al. 3 CO) et les obligations des employeurs à l'égard de cet office (art. 335f al. 3 et 335g al. 1 et 2 CO) ; les règles sur le champ d'application (art. 335d et 335e CO) s'appliquent quant à elles tant aux règles de droit privé qu'aux règles de droit public. En fonction de la nature de la norme violée, la sanction relèvera ainsi soit du droit privé (caractère abusif du licenciement selon l'art. 336 al. 2 let. c CO), soit du droit public (sanctions administratives ou pénales) ; en vertu de l'art. 335g al. 4 CO, la (non-) transmission de la communication du licenciement collectif à l'office cantonal du travail (qui relève du droit public) entraîne toutefois également des effets de droit privé.
- 8 **Caractère relativement impératif des art. 335d à 335g CO** – Les art. 335d à 335g CO ne figurent pas dans les catalogues de dispositions absolument et relativement impératives des art. 361 et 362 CO. Les art. 335d à 335g CO relevant de la LParticipation (art. 10 let. c LParticipation), leur caractère relativement impératif découle toutefois de l'art. 2 LParticipation. Il est ainsi possible de prévoir une définition plus large du licenciement collectif que celle prévue à l'art. 335d CO, de fixer des exigences plus étendues en matière de consultation que celles prévues à l'art. 335f CO, d'introduire une obligation de conclure un plan social ou encore de prévoir des prestations spéciales en cas de licenciement collectif ou des sanctions spécifiques en cas de violation des règles de consultation. De telles règle-

⁵ Cf. dans le présent ouvrage, N 30 55 ad art. 335f CO.

⁶ Tel est le cas du canton de Genève : art. 23 al. 1 de la loi sur le service de l'emploi et la location de services (LSELS, J 2 05).

mentations plus favorables sont fréquemment prévues par les conventions collectives⁷ ; elles existaient d'ailleurs souvent avant l'entrée en vigueur des art. 335d à 335g CO déjà.

Caractère absolument impératif des règles de droit public – Le caractère relativement impératif des art. 335d à 335g CO ne concerne que les règles de droit privé. Les règles de droit public contenues aux art. 335f al. 3 et 335g al. 1 à 3 CO, sont absolument impératives : il n'est pas possible d'étendre par accord ou convention collective les prérogatives de l'office cantonal du travail. Les règles de conventions collectives étendant la définition du licenciement collectif (notamment en abaissant les seuils prévus à l'art. 335d CO) n'ont ainsi qu'une portée de droit privé⁸.

9

II. La notion légale du licenciement collectif (art. 335d CO)

Définition du licenciement collectif en fonction de la taille de l'établissement – Le droit suisse définit le licenciement collectif selon une méthode relative qui prend en considération la taille de l'établissement⁹. Il y a ainsi licenciement collectif si le nombre de congés donnés par l'employeur pour des motifs non inhérents à la personne du travailleur est au moins :

10

- égal à 10 dans les établissements employant habituellement plus de 20 et moins de 100 travailleurs (ch. 1) ;
- de 10% du nombre des travailleurs dans les établissements employant habituellement au moins 100 et moins de 300 travailleurs (ch. 2) ;
- égal à 30 dans les établissements employant habituellement au moins 300 travailleurs (ch. 3).

Au vu de cette définition, pour déterminer s'il y a licenciement collectif, il est donc nécessaire (i) de délimiter les établissements de l'entreprise, (ii) de définir la taille de chaque établissement en fonction du nombre de travailleurs qui y sont habituellement employés et (iii) de dénombrer les congés qui ont été donnés dans chaque établissement par l'employeur dans un délai de 30 jours pour des motifs non inhérents à la personne du travailleur.

Situation dans les établissements occupant moins de 21 travailleurs – L'art. 335d CO est muet au sujet des établissements employant habituellement moins de 21 travailleurs. La jurisprudence a considéré qu'il s'agissait d'un silence qualifié du législateur et que les art. 335d à 335g CO n'étaient donc jamais applicables dans

11

⁷ Ex. art. 401 à 407 CCT pour l'industrie graphique 2009-2012, art. 6 et 12.1 CCT 2012 des industries horlogères et microtechniques suisses, art. 40 à 46 CCT dans l'industrie des machines, des équipements électriques et des métaux.

⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, p. 950 ss.

⁹ AUBERT, Réglementation, p. 95.

ces établissements¹⁰. La définition du licenciement collectif étant relativement impérative¹¹, un accord ou une convention collective peuvent toutefois valablement prévoir que des établissements de moins de 21 travailleurs entrent également dans le champ d'application de la réglementation¹².

- 12 **Etablissement** – Selon l'art. 335d CO, l'entité à prendre en considération pour déterminer l'existence d'un licenciement collectif n'est pas l'entreprise dans son ensemble, mais l'établissement. Celui-ci se définit comme une structure organisée, dotée en personnel, en moyens matériels et immatériels qui permettent d'accomplir les objectifs de travail¹³. Il existerait de bons arguments pour prendre en considération de manière globale les congés donnés dans des *établissements séparés relativement proches géographiquement*, car ceux-ci produisent les mêmes conséquences économiques et sociales que des congés donnés dans un seul établissement¹⁴. Cela étant, en fonction de la taille respective de ces divers établissements et de la répartition des congés entre ceux-ci, leur prise en compte globale peut également aboutir, dans certains cas, à l'exclusion totale de l'application des art. 335d à 335g CO¹⁵; quelle que soit la position adoptée sur cette question¹⁶ – comme sur d'autres questions relatives au champ d'application des art. 335d à 335g CO –, il existera donc de toute façon des situations où le résultat sera insatisfaisant en fonction du but visé par le législateur. S'il est nécessaire de prendre en compte séparément les différents établissements d'une même entreprise, il est *a fortiori* nécessaire de prendre en compte séparément les *différentes entreprises d'un groupe de sociétés* pour déterminer le nombre et la proportion de licenciements au sens de l'art. 335d CO¹⁷. Cette solution peut toute-

¹⁰ ATF 137 III 27, c. 3.2 = JdT 2011 II 210 = SJ 2011 I 151; la définition du licenciement collectif étant relativement impérative, un accord ou une convention collective peuvent toutefois valablement prévoir que des établissements de moins de 21 travailleurs entrent également dans le champ d'application de la réglementation, voir *supra* N 8: p.ex. l'art. 401. ch. 3 CCT pour l'industrie graphique 2009-2012 prévoit l'existence d'un licenciement collectif lorsqu'au moins 10% mais au minimum 3 travailleurs (10 dans les entreprises comptant 100 travailleurs) sont touchés.

¹¹ Voir *supra* N 8.

¹² P.ex. l'art. 401. ch. 3 CCT pour l'industrie graphique 2009-2012 prévoit l'existence d'un licenciement collectif lorsqu'au moins 10% mais au minimum 3 travailleurs (10 dans les entreprises comptant 100 travailleurs) sont touchés.

¹³ ATF 137 III 27, c. 3.2 = JdT 2011 II 210 = SJ 2011 I 151.

¹⁴ AUBERT, Réglementation, p. 97.

¹⁵ Ex. E. exploite deux établissements proches dans lesquels des congés sont envisagés: dans l'établissement A., comptant 70 travailleurs, 12 congés sont prévus et dans l'établissement B, comptant 200 travailleurs, 10 congés sont prévus; si les établissements A et B sont pris en compte séparément, il y aurait licenciement collectif dans l'établissement A, mais pas dans l'établissement B; si les établissements A et B sont pris en compte globalement, il n'y aurait pas du tout de licenciement collectif (22 congés pour 270 travailleurs, soit moins que les 10% exigés par l'art. 335d ch. 2 CO).

¹⁶ Le TF n'a pas tranché la question dans l'ATF 137 III 27 = JdT 2011 II 210 = SJ 2011 I 151.

¹⁷ ATF 137 III 27, c. 3.3 = JdT 2011 II 210 = SJ 2011 I 151.

fois aussi être insatisfaisante au vu du but visé par le législateur dans des cas similaires à celui traité à l'ATF 137 III 27¹⁸, où différentes sociétés d'un même groupe sont gérées en commun, travaillent en commun sur un même site et décident en commun de restructurations¹⁹.

Travailleurs habituellement employés – Selon l'art. 335d CO, les travailleurs d'un établissement, à dénombrer pour déterminer l'existence d'un licenciement collectif, sont ceux qui y sont habituellement employés. Cette notion n'a pas encore été définie par le Tribunal fédéral. Doit être pris en compte le nombre de travailleurs, quel que soit leur taux d'occupation, et non pas le nombre de postes de travail en équivalent plein temps²⁰. La moyenne du nombre de travailleurs sous contrat dans un établissement au cours des douze derniers mois permet de déterminer de manière adéquate le nombre de travailleurs qui y sont habituellement employés²¹; il se justifie de tenir compte dans ce calcul des personnes sous contrat de durée déterminée et des personnes en formation²². Il s'agit en revanche d'exclure du calcul les personnes engagées pour assurer un remplacement (notamment en cas de maladie ou de congé-maternité) lorsque le titulaire absent est déjà pris en compte dans le calcul de la moyenne. Les travailleurs temporaires doivent également être exclus du calcul, parce que leur employeur est le

¹⁸ = JdT 2011 II 210 = SJ 2011 I 151.

¹⁹ Voir également CARRUZZO, N 2 ad art. 335d et 335e CO, p. 502, qui considère dans certains cas qu'un travailleur lié par contrat à une société d'un groupe, mais qui déploie une activité effective au sein d'une autre société du groupe, puisse faire partie de l'effectif des deux sociétés.

²⁰ CARRUZZO, N 2 ad art. 335d et 335e CO, p. 501. WYLER, p. 470, propose toutefois d'exclure du calcul les travailleurs dont le taux d'activité est inférieur à 50% (en évoquant le cas de la femme de ménage); dans le même sens, CAPH/GE du 16 avril 1997, in : JAR 1998, p. 238 (exclusion d'une personne affectée à temps partiel à des activités accessoires); une telle exclusion ne se justifie pas au regard du texte légal (elle pourrait même constituer une discrimination indirecte prohibée par l'art. 3 LEg).

²¹ GEISER, Massenentlassung, N 3.40, p. 1418; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 ad art. 335d CO, pp. 946; GABATHULER, in : ANDERMATT et al., chap. E, N 55, pp. 144-145; dans un sens similaire : BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 335d CO (nombre de postes qu'offre l'entreprise en période normale), p. 241; SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 335d CO, pp. 532 s. (*ibid.*); d'un avis différent : CARRUZZO, N 2 ad art. 335d et 335e CO, pp. 501 s., (nombre total de postes de travail de durée indéterminée offerts au cours des 12 derniers mois : cette méthode augmente le nombre de travailleurs pris en compte en cas de changement de personnel intervenu au cours des 12 derniers mois); AUBERT, Réglementation, p. 95, (nombre des travailleurs sous contrat depuis au moins six mois au moment de l'annonce du licenciement; cette méthode diminue le nombre de travailleurs pris en compte en cas de changement de personnel intervenu au cours des six derniers mois ou en cas de diminution progressive de l'effectif).

²² GABATHULER, in : ANDERMATT et al., chap. E, N 55, pp. 144-145.

baillleur de services et que leur licenciement n'est pas non plus pris en compte dans le nombre des congés donnés par l'employeur lui-même²³.

- 14 **Congés à prendre en considération** – Selon le texte légal, les congés à prendre en considération pour le calcul des nombres minimaux prévus aux ch. 1 à 3, sont ceux donnés dans une entreprise (i) par l'employeur (ii) dans un délai de 30 jours (iii) pour des motifs non inhérents à la personne du travailleur. A la lecture du seul art. 335d CO, il semble, à première vue, que c'est au moment où les congés sont donnés qu'il sera possible de déterminer si la réglementation sur le licenciement collectif était applicable ou non. Toutefois, l'art. 335f al. 1 CO impose une obligation de consultation à l'employeur qui *envisage* de procéder à un licenciement collectif : selon cette disposition, c'est ainsi au moment du déclenchement du processus que la question de l'existence d'un licenciement collectif devrait être déterminée. En pratique, il faut admettre que les art. 335d à g CO sont en tout cas applicables lorsque les congés effectivement donnés durant une période de 30 jours atteignent les seuils fixés à l'art. 335d CO ; les art. 335d à 335g CO restent toutefois applicables si, au stade initial du processus, le nombre de congés qu'il était envisagé de donner dans une période de 30 jours atteignait les seuils prévus à l'art. 335d CO, mais que le nombre de congés finalement donnés pendant ladite période est finalement inférieur à ces seuils (du fait de démissions, de conventions de départ conclues avec certains travailleurs, d'un échelonnement des congés, etc.)²⁴.
- 15 **Calcul du nombre de congés** – Comme le calcul du nombre de travailleurs habituellement occupés, le calcul du nombre de congés donnés se fait par personnes visées et non par postes de travail à plein temps.
- 16 **Congés donnés pendant une période de 30 jours** – Pour admettre l'existence d'un licenciement collectif, il est nécessaire que le nombre minimal de congés donnés prévu à l'art. 335d CO soit atteint au cours d'une période de 30 jours²⁵. Si, dans un établissement de 200 travailleurs, il est envisagé de donner 10 congés le 20 mai, puis 10 congés le 10 juin, il y a ainsi licenciement collectif, puisque 20 congés (représentant 10% de l'effectif de 200 travailleurs) seraient donnés

²³ Leur prise en compte dans le seul calcul des travailleurs habituellement employés fausserait ainsi le calcul des proportions prévues à l'art. 335d CO. WYLER, pp. 469-470, évoque l'hypothèse d'un licenciement collectif par l'entreprise bailleuse de services. En pratique, le recours au travail temporaire, qui peut être très étendu dans certains secteurs ou entreprises (la LSE ne fixant aucune limite quant au nombre de travailleurs loués à une entreprise et quant à la durée des contrats temporaires), constitue un moyen aisé pour adapter rapidement l'effectif d'une entreprise sans devoir passer par la procédure de consultation des art. 335d à 335g CO. Les conventions collectives ou les plans sociaux permettent toutefois de prendre en considération la situation des travailleurs temporaires ; sur cette question, voir également, *supra* N 78 ad art. 356 CO.

²⁴ CARRUZZO, N 1 ad art. 335d et 335e CO, p. 500.

²⁵ Il suffit toutefois que ce nombre soit atteint au cours de n'importe quelle période de 30 jours calendaires consécutifs ; WYLER, p. 470.

durant une période de 30 jours. L'échelonnement dans le temps des congés permet toutefois à l'employeur d'échapper à la réglementation légale sur les licenciements collectifs²⁶, le cas de l'abus de droit étant réservé²⁷.

Congés donnés par l'employeur – Pour admettre l'existence d'un licenciement collectif, il faut uniquement prendre en considération les congés que *l'employeur* envisage de donner. Il y a donc lieu de faire abstraction des congés donnés spontanément par les travailleurs ou des résiliations intervenant d'un commun accord. La situation est délicate lorsque l'employeur adopte des mesures incitatives destinées à favoriser les démissions ou les départs négociés ; si le but d'un tel plan est de faire diminuer à brève échéance les effectifs d'un établissement dans les proportions prévues à l'art. 335d CO, les effets sont similaires à ceux d'un licenciement collectif et il se justifie de faire application de la procédure de licenciement collectif.

17

Congés donnés pour des motifs non inhérents à la personne du travailleur – Pour statuer sur l'existence d'un licenciement collectif, le texte légal impose de faire abstraction des congés donnés pour des motifs inhérents à la personne du travailleur. Il faut donc prendre uniquement en considération le nombre de travailleurs dont l'employeur envisage de se séparer pour des motifs économiques. L'existence d'un congé donné pour un motif non inhérent à la personne du travailleur doit être en pratique admise lorsque le travailleur licencié n'est pas remplacé à son poste ou lorsque le travailleur est licencié pour être remplacé par un travailleur acceptant des conditions plus défavorables. Du fait de cette restriction, il n'y a pas licenciement collectif, lorsque, pendant une période de 30 jours, l'employeur donne leur congé à un nombre de travailleurs dépassant les seuils prévus à l'art. 335d CO en raison de violations de leurs obligations contractuelles (p. ex. en cas de licenciement simultané de nombreux travailleurs ayant commis en commun des malversations ou ayant participé à une grève illicite²⁸) ou du fait qu'ils atteignent tous l'âge normal de la retraite à la même date²⁹. En cas de licenciements simultanés motivés par de prétendues raisons inhérentes aux travailleurs, il y a lieu de vérifier attentivement si les motifs invoqués sont réellement fondés ou si leur invocation vise à contourner la réglementation sur le licenciement collectif³⁰.

18

Motifs inhérents à la personne dans le choix des travailleurs licenciés – A l'occasion d'un licenciement collectif, des critères inhérents à la personne des travailleurs sont inévitablement pris en considération dans le choix des travail-

19

²⁶ WYLER, pp. 470-471 ; SUBILIA/DUC, N 10 ad art. 335d CO, pp. 534 s.

²⁷ CARRUZZO, Panorama II, pp. 729-730.

²⁸ AUBERT, Réglementation, p. 94 ; SUBILIA/DUC, N6 ad art. 335d CO, p. 533.

²⁹ CARRUZZO, Panorama II, p. 732 ; avec des nuances : SUBILIA/DUC, N 7, ad art. 335d CO, p. 533.

³⁰ Dans le même sens, s'agissant d'un licenciement immédiat, GEISER, Massenentlassung, N 2.8, p. 1415.

leurs visés. Lorsque, pour certains travailleurs, ces critères sont abusifs ou discriminatoires (notamment au sens de l'art. 3 LÉg ou des art. 7 let. a ALCP et 9 al. 1 Annexe I)³¹, leur licenciement, même s'il a lieu dans le cadre d'une restructuration visant à réduire les effectifs, doit être considéré comme abusif ou discriminatoire³² et donne droit aux indemnités prévues aux art. 336a CO et 5 ch. 2 LÉg.

20

Cas des congés-modifications collectifs – Les congés-modifications, lorsque leur nombre atteint les seuils prévus à l'art. 335d CO, constituent des licenciements collectifs³³. En effet, leur effet juridique, si le travailleur n'accepte pas les nouvelles conditions proposées, est de mettre un terme aux rapports de travail ; en outre, leur but est économique (ils visent à réduire les coûts liés à la main d'œuvre) et non pas inhérent à la personne des travailleurs visés. Pour le calcul des seuils de l'art. 335d CO, il y a lieu de prendre en considération le nombre de travailleurs touchés par le congé-modification collectif et non pas le nombre de travailleurs perdant effectivement leur emploi du fait du refus des nouvelles conditions. Si, dans le cadre d'un congé-modification collectif touchant un établissement de 25 travailleurs, 20 travailleurs acceptent les nouvelles conditions et 5 les refusent, il s'agit tout de même d'un licenciement collectif ; ces 5 travailleurs peuvent ainsi se prévaloir de l'éventuelle violation de la procédure de consultation prévue à l'art. 335f CO³⁴.

³¹ Voir Recommandation du Préposé fédéral à la protection des données au sujet de la liste de licenciements d'Orange : l'entreprise Orange SA avait établi une liste de ses employés devant servir de base à un licenciement collectif, cette liste contenait des appréciations, pour certaines subjectives, portant sur le comportement des employés ainsi que des données inadéquates et disproportionnées relevant de la sphère privée. Dans sa recommandation, le Préposé a invité Orange SA, si d'autres licenciements collectifs devaient être décidés à l'avenir, à garantir la protection contre la résiliation du contrat de travail, l'égalité des droits, la liberté syndicale et l'égalité entre femmes et hommes et de limiter aux catégories de données qui sont nécessaires et appropriées au déroulement correct d'un licenciement collectif (11 rapport d'activités 2003/2004 du PFPD, ch. 7.3, p. 52 ; ch. 13.10.1, pp. 182 ss [version allemande du rapport]).

³² LEMPEN, Commentaire LÉg, N 35 et 36 ad. art. 3 LÉg, pp. 58 s.

³³ WYLER, p. 442 ; GEISER, Massenentlassung, N 2.2 à 2.6, pp. 1414 s. ; MEYER, pp. 102-105.

³⁴ Selon WYLER, p. 442 et GEISER, Massenentlassung, N 2.4, si l'employeur propose d'abord à l'ensemble de son personnel une modification des conditions de travail et ne procède qu'ensuite au licenciement des travailleurs qui ont refusé ces nouvelles conditions (congé-modification au sens large), la procédure de licenciement collectif ne doit être engagée que si le nombre de travailleurs licenciés suite à ce refus atteint les seuils prévus à l'art. 335d CO ; en revanche, si l'employeur décide de procéder immédiatement à un congé-modification (au sens étroit), il devra respecter les conditions prévues aux art. 335d ss CO. Cette distinction est contestable ; en effet, en initiant une procédure de congé-modification au sens large, l'employeur envisage d'emblée le licenciement de tous les travailleurs concernés comme une issue possible de sorte que les art. 335d ss CO doivent trouver application.

Art. 335e

2. Champ d'application

¹ Les dispositions relatives au licenciement collectif s'appliquent également aux contrats de durée déterminée, lorsque les rapports de travail prennent fin avant l'expiration de la durée convenue.

² Elles ne s'appliquent pas en cas de cessation d'activité de l'entreprise intervenue sur ordre du juge.

2. Geltungsbereich

¹ Die Bestimmungen über die Massenentlassung gelten auch für befristete Arbeitsverhältnisse, wenn diese vor Ablauf der vereinbarten Dauer enden.

² Sie gelten nicht für Betriebseinstellungen infolge gerichtlicher Entscheidungen.

2. Campo d'applicazione

¹ Le disposizioni relative al licenziamento collettivo si applicano anche ai rapporti di lavoro di durata determinata, qualora essi cessino prima del decorso della durata pattuita.

² Esse non si applicano in caso di cessazione dell'attività dell'azienda a seguito di decisione giudiziaria.

Table des matières

note marginale page

I.	Généralités	1	625
II.	Contrats de durée déterminée (al. 1).....	2	625
III.	Cessation d'activité intervenue sur ordre du juge (al. 2)	4	626

Bibliographie spécifique

Voir bibliographie spécifique ad art. 335d CO.

I. Généralités

Voir ad art. 335d CO.

1

II. Contrats de durée déterminée (al. 1)

Prise en compte des travailleurs au bénéfice d'un contrat de durée déterminée dans le calcul du nombre de travailleurs habituellement employés – Voir N 13 ad art. 335d CO.

2

Expiration anticipée du contrat de durée déterminée – Un contrat de durée déterminée ne peut être résilié avant son échéance que pour de justes motifs au sens de l'art. 337 CO. L'impossibilité de résilier ordinairement le contrat de durée déterminée fait partie du risque économique que l'employeur prend lorsqu'il conclut un tel contrat ; des difficultés économiques ou une fermeture d'entreprise

3

ne constituent donc jamais de justes motifs de résiliation anticipée du contrat de travail de durée déterminée¹. Si l'employeur décide néanmoins de résilier le contrat avec effet immédiat pour ce motif, cette décision mettra un terme immédiat aux rapports de travail en fait et en droit² et le travailleur pourra réclamer les indemnités prévues en cas de licenciement immédiat injustifié (art. 337c CO)³. Par ailleurs, conformément à l'art. 335e al. 1 CO, il faudra compter ce licenciement immédiat injustifié dans le nombre des congés donnés par l'employeur pour déterminer s'il y a un licenciement collectif au sens de l'art. 335d CO. Il doit en aller de même lorsque l'employeur, plutôt que de prononcer un licenciement immédiat injustifié, conclut avec le travailleur une convention visant à mettre un terme anticipé au contrat de durée déterminée.

III. Cessation d'activité intervenue sur ordre du juge (al. 2)

- 4 **Principe** – L'art. 335e al. 2 CO prévoit que les dispositions sur le licenciement collectif ne sont pas applicables lorsque le licenciement collectif n'est pas dû à une décision de l'employeur, mais à une décision du juge ordonnant la cessation de l'activité de l'entreprise. Les cas où la cessation d'activité est réellement due à une décision du juge sont extrêmement rares.
- 5 **Faillite de l'employeur** – A proprement parler, le jugement de faillite n'est pas une décision qui à elle seule entraîne la cessation de l'activité puisque l'administration de la faillite peut décider de poursuivre l'exploitation (art. 237 al. 2 ch. 2 LP). Le Tribunal fédéral considère toutefois qu'en cas de faillite, la renonciation à l'application des art. 335d à 335g CO se justifie car, en tant que créanciers, les travailleurs disposent de possibilités d'influence qui dépassent les droits de participation prévus à l'art. 335f CO et qu'il n'apparaît pas indiqué de conduire, parallèlement à la procédure de faillite, une procédure de consultation au sens de l'art. 335f CO⁴. L'ajournement de faillite (art. 725a CO) ne tombe, en revanche, pas sous le coup de l'art. 335e al. 2 CO, car il vise à favoriser la poursuite de l'activité de l'entreprise et non pas à ordonner la cessation de l'activité⁵.

¹ L'opinion de WYLER, p. 474, selon laquelle l'art. 335e CO autoriserait l'employeur, en cas de licenciement collectif, à résilier de manière anticipée le contrat de durée déterminée pour de justes motifs (avec toutefois indemnisation équitable fondée sur l'art. 337b al. 2 CO) doit être rejetée ; en effet, l'art. 335e al. 1 CO est une disposition relative au champ d'application d'une réglementation dans le domaine de la participation et non pas une règle matérielle relative au licenciement immédiat.

² ATF 117 II 270 = JdT 1992 I 398.

³ Message 1992, p. 404.

⁴ ATF 123 III 176, c. 3a, JdT 1998 I 14 (trad.).

⁵ WYLER, p. 473.

Procédure concordataire – Dans la procédure concordataire, les dispositions sur le licenciement collectif s'appliquent aussi bien durant la période de sursis provisoire (art. 293 LP)⁶, que pendant la période consécutive à l'octroi du sursis (art. 295 LP)⁷. En effet, comme l'ajournement de faillite, la procédure concordataire a pour but de permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise. En outre, la situation des travailleurs n'est pas identique durant la procédure concordataire et après le prononcé de la faillite : en effet, durant la période du sursis provisoire, les créanciers n'ont pas voix au chapitre et, après l'octroi judiciaire du sursis, les travailleurs ne disposent – en vertu de leur privilège de collocation (art. 219 al. 4, première classe let. a LP) – que de peu de possibilités d'influence, car les voix des créanciers privilégiés ne sont pas comptées lors de la détermination des majorités requises pour l'acceptation du concordat (art. 305 al. 2 CO)⁸. A fortiori, les art. 335d ss CO sont applicables lorsque le licenciement collectif est concrètement envisagé avant l'octroi du sursis concordataire⁹. Le Tribunal fédéral n'a pas encore statué sur l'application des art. 335d ss CO en cas de *licenciement collectif intervenant après l'homologation du concordat* ; dans un tel cas, il apparaît judiciaires de faire une distinction en fonction de la nature du concordat homologué : s'il s'agit d'un concordat ordinaire (art. 314 ss LP), il se justifie d'appliquer les art. 335d ss CO, car le concordat ordinaire vise la poursuite de l'activité de l'entreprise ; en revanche, il ne se justifie pas d'appliquer les art. 335d ss CO en cas de licenciement collectif décidé après l'homologation d'un concordat par abandon d'actifs (art. 317 ss LP), car les effets de celui-ci sont semblables à ceux d'une faillite¹⁰.

⁶ ATF 130 III 102, c. 3 = JdT 2004 I 234.

⁷ La question n'a pas encore été tranchée par le Tribunal fédéral ; en faveur de l'application des art. 335d ss CO après l'octroi du sursis : AUBERT, Réglementation, p. 98 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 335e CO, p. 243 ; en défaveur de cette application : MEYER, pp. 132 s.

⁸ ATF 123 III 176, c. 3a, JdT 1998 I 14 (trad.), *obiter dictum*.

⁹ ATF 123 III 176, c. 3, JdT 1998 I 14 (trad.).

¹⁰ WYLER, p. 473.

Art. 335f

3. Consultation de la représen- tation des travailleurs

¹ L'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif est tenu de consulter la représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs.

² Il leur donne au moins la possibilité de formuler des propositions sur les moyens d'éviter les congés ou d'en limiter le nombre, ainsi que d'en atténuer les conséquences.

³ Il est tenu de fournir à la représentation des travailleurs ou, à défaut, aux travailleurs tous les renseignements utiles à cet effet et de leur communiquer en tout cas par écrit :

- a) les motifs du licenciement collectif ;
- b) le nombre des travailleurs auxquels le congé doit être signifié ;
- c) le nombre des travailleurs habituellement employés ;
- d) la période pendant laquelle il est envisagé de donner les congés.

⁴ Il transmet à l'office cantonal du travail une copie de la communication prévue à l'al. 3.

3. Konsultation der Arbeitnehmer- vertretung

¹ Beabsichtigt der Arbeitgeber, eine Massentlassung vorzunehmen, so hat er die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer zu konsultieren.

² Er gibt ihnen zumindest die Möglichkeit, Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können.

³ Er muss der Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, den Arbeitnehmern alle zweckdienlichen Auskünfte erteilen und ihnen auf jeden Fall schriftlich mitteilen :

- a) die Gründe der Massentlassung ;
- b) die Zahl der Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll ;
- c) die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer ;
- d) den Zeitraum, in dem die Kündigungen ausgesprochen werden sollen.

⁴ Er stellt dem kantonalen Arbeitsamt eine Kopie der Mitteilung nach Absatz 3 zu.

3. Consultazione dei lavoratori

¹ Il datore di lavoro che prevede di effettuare licenziamenti collettivi è tenuto a consultare la rappresentanza dei lavoratori o, in mancanza, i lavoratori medesimi.

² Egli dà loro almeno la possibilità di formulare proposte sui mezzi atti ad evitare o ridurre i licenziamenti, nonché ad attenuarne le conseguenze.

³ Egli è tenuto a fornire alla rappresentanza dei lavoratori o, in mancanza, ai lavoratori medesimi tutte le informazioni utili e a comunicar loro in ogni caso, per scritto :

- a) i motivi del licenziamento collettivo ;
- b) il numero dei lavoratori che dovranno essere licenziati ;
- c) il numero dei lavoratori abitualmente occupati ;
- d) il periodo nel corso del quale si effettueranno i licenziamenti.

⁴ Il datore di lavoro trasmette all'ufficio cantonale del lavoro copia della comunicazione prevista dal capoverso 3.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	629
II. L'obligation de consulter (al. 1 à 3)	2	629
1. Principes	2	629
2. Le moment de la consultation (al. 1).....	9	632
3. L'objet de la consultation (al. 2).....	13	633
4. Les renseignements à fournir (al. 3).....	17	634
5. Les personnes à consulter	28	637
a. Entreprises avec représentation des travailleurs	30	637
b. Entreprises sans représentation des travailleurs.....	36	641
6. La durée de la consultation	38	642
7. Le plan social.....	41	643
8. Les effets de la violation de l'obligation de consultation.....	46	644
9. Questions procédurales	51	646
III. Obligation d'informer l'office cantonal du travail (al. 4)	54	647

Bibliographie spécifique

Voir bibliographie spécifique ad art. 335d CO.

I. Généralités

Voir ad art. 335d CO.

1

II. L'obligation de consulter (al. 1 à 3)

1. Principes

Lien avec la loi sur la participation – L'obligation de consulter les travailleurs prévue à l'art. 335f CO est le cœur de la réglementation des art. 335d ss CO sur les licenciements collectifs. Les dispositions sur les licenciements collectifs constituent l'une des réglementations particulières de participation prévues par l'art. 10 de la Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (LParticipation). Cette loi, fondée sur l'art. 110 al. 1 let. b Cst., aménage une certaine « démocratie » d'entreprise, qui est toutefois limitée aux seules questions relatives aux rapports de travail – le droit suisse ne prévoit aucune participation des travailleurs dans la gestion des entreprises – et dont la portée est restreinte. Elle confère aux travailleurs, dans les entreprises occupant plus de cinquante personnes, le droit d'élire une représentation (art. 3, 5 à 7 LParticipation) pour défendre leurs intérêts com-

2

muns envers l'employeur (art. 8 LParticipation). En outre, dans toutes les entreprises – même celles qui n'ont pas de représentation (art. 4 LParticipation *a contrario*) – les travailleurs ont un droit à l'information sur les problématiques qui les concernent (art. 9 LParticipation) ainsi que des droits de participation particuliers plus étendus dans des domaines spécifiques (art. 10 LParticipation) ; outre les licenciements collectifs, ces droits de participation particuliers concernent les transferts d'entreprises, l'affiliation à une institution de prévoyance et la résiliation d'un contrat d'affiliation ainsi que de nombreuses questions relatives à l'application dans l'entreprise du droit public de protection (santé et sécurité au travail, organisation du temps de travail et aménagement des horaires de travail, mesures spécifiques en cas de travail de nuit).

- 3 **Application des dispositions générales de la Loi sur la participation** – En raison de la connexité entre les art. 335d ss CO et la LParticipation, l'art. 335f CO doit être appliqué en lien avec les dispositions de cette loi. Sont à ce titre importants les art. 11 à 14 de la LParticipation qui régissent la collaboration entre l'employeur d'une part et la représentation des travailleurs, voire les travailleurs directement en l'absence de représentation (art. 4 LParticipation), d'autre part. En particulier, est fondamentale l'exigence de bonne foi prévue à l'art. 11 al. 1 de la LParticipation, à laquelle la jurisprudence fait fréquemment référence¹.
- 4 **Notion de consultation** – L'obligation de consultation, prévue en cas de licenciement collectif, constitue un degré intermédiaire de participation, situé entre la simple information (prévue à l'art. 9 LParticipation) et la codécision qui suppose un accord entre les parties ou, en cas d'échec des négociations, le recours à un arbitrage externe². Le but de la consultation est d'accorder aux travailleurs la possibilité d'influer sur le processus décisionnel de l'employeur³. La consultation vise donc un dialogue social entre partenaires qui soit conforme aux règles de la bonne foi (art. 11 al. 1 LParticipation).
- 5 **Nécessité d'une consultation effective** – En vertu du principe de la bonne foi, la consultation doit être menée avec sérieux, de manière à permettre aux travailleurs de peser effectivement sur le processus décisionnel relatif au licenciement collectif envisagé. L'employeur ne peut donc pas se contenter de mettre en œuvre la procédure, tout en sachant d'emblée qu'il n'entrera en matière sur aucune des propositions qui pourraient lui être faites⁴. En outre, les travailleurs ou leur repré-

¹ ATF 137 III 162, c. 1.1 ; TF 4A_449/2010 du 2 décembre 2010, c. 5.2.

² La loi ne prévoit la codécision que dans le domaine de la prévoyance professionnelle (art. 11 al. 1 à 3^{bis} LPP) ; certaines conventions collectives étendent la codécision à d'autres domaines, voir *infra* N 6, s'agissant des plans sociaux en cas de licenciement collectif.

³ ATF 130 III 102, c. 4.2 = JdT 2004 I 234 ; ATF 123 III 176, c. 4a, JdT 1998 I 14 (trad.) ; TF 4A_449/2010 du 2 décembre 2010, c. 5.2.

⁴ TF 4A_449/2010 du 2 décembre 2010, c. 5.2 à 5.4 (non publiés à l'ATF 137 III 27 = JdT 2011 II 210 = SJ 2011 I 151) : cas dans lequel la procédure de consultation n'avait eu lieu que pour respecter les formes, l'employeur n'ayant d'emblée aucune volonté de prendre en

sensation doivent disposer de suffisamment de temps pour examiner et se déterminer sur la problématique qui leur est soumise, ils doivent pouvoir formuler des propositions pertinentes en connaissance de cause sur la base des renseignements nécessaires et utiles à cet effet et ils doivent, le cas échéant, recevoir une communication des motifs en raison desquels l'une ou l'autre des propositions n'aurait pas été retenue par l'employeur, ou ne l'aurait été que partiellement (voir par analogie l'art. 48 al. 2 LTr). En effet, le dialogue social serait illusoire sans le droit à une réponse motivée de la part de l'employeur, après que ce dernier a examiné sérieusement les propositions des travailleurs⁵.

Défense collective d'intérêts communs – Les droits d'information et de participation des travailleurs sont destinés à la défense collective de leurs intérêts communs. Dès lors, en cas de contestation sur le respect de la procédure de consultation des travailleurs, le juge doit évaluer les obligations qui incombent à l'employeur d'après l'intérêt commun de l'ensemble des travailleurs⁶. La situation n'est pas différente en l'absence, dans l'entreprise, de représentation des travailleurs ; dans de tels cas, la mise en œuvre des intérêts communs des travailleurs est toutefois plus délicate et suppose, en pratique, presque toujours l'intervention des syndicats⁷.

Liberté de l'employeur au terme de la consultation – Si l'employeur a l'obligation de mener avec sérieux la procédure de consultation selon les règles de la bonne foi, il reste toutefois maître de ses choix au terme de celle-ci. L'employeur a donc l'obligation d'entrer en matière sur les propositions des travailleurs et de motiver ses choix, mais il n'a aucune obligation de suivre les propositions qui lui sont soumises⁸. En particulier, le droit suisse n'impose pas d'obligation de conclure un plan social, même si le but de la consultation est d'aboutir à un tel résultat lorsque les licenciements ne peuvent pas être évités.

compte les propositions que les travailleurs auraient pu émettre, le TF a jugé qu'une telle attitude était clairement contraire aux règles de la bonne foi, la possibilité pour la représentation des travailleurs d'influer sur le processus décisionnel étant niée d'entrée de cause ; arrêt approuvé par WYLER, « Droit du travail: chronique », in: JdT 2011 II 203, p. 212. Voir également ATF 137 III 162, c. 1.1 ; PORTMANN, BaK 2011, N 10 ad art. 335f CO, p. 2059 et la référence citée.

⁵ CURCHOD, Panorama II, p. 781 et les références citées ; PORTMANN, BaK 2011, N 10 ad art. 335f CO, p. 2059 et la référence citée ; *contra* : WYLER, pp. 779 s. En pratique, il n'y a aucune différence entre une absence de réponse à une proposition et une réponse négative non motivée.

⁶ TF 4A_173/2011 du 31 mai 2011, c. 4.2.

⁷ Sur cette question, voir *infra* N 34.

⁸ ATF 137 III 162, c. 1.1 ; TF 4A_449/2010 du 2 décembre 2010, c. 5.2 (non publié à l'ATF 137 III 27 = JdT 2011 II 210 = SJ 2011 I 151) ; SUBILIA/DUC, N 2 ad art. 335f CO, p. 538.

- 8 **Réglementations plus favorables par convention collective** – L'art. 335f al. 1 à 3 CO étant de droit relativement impératif⁹, les conventions collectives de travail prévoient souvent des exigences accrues en matière de consultation des travailleurs ; elles peuvent également prévoir des droits particuliers individuels ou collectifs en cas de licenciement collectif, notamment l'obligation de conclure un plan social. L'importante Convention dans l'industrie des machines, des équipements électriques et des métaux prévoit ainsi des règles spécifiques de consultation (art. 43 à 45) de même qu'un droit de demander l'ouverture des négociations sur les conséquences du licenciement collectif (art. 46 al. 2) et, en cas d'échec de celles-ci, de soumettre le litige à un tribunal arbitral (art. 10.4) ; ce tribunal arbitral peut ainsi fixer le contenu du plan social à défaut d'accord entre les parties. De même, l'art. 407 ch. 1 du Contrat collectif de travail pour l'industrie graphique 2009-2012 prévoit que lors de la fermeture totale ou partielle de l'entreprise, l'employeur et la représentation des travailleurs élaborent un plan social avec l'assistance des parties contractantes. Peuvent également être prévues des indemnités déterminées, la prolongation des délais de congé, des mesures de formation ou d'outplacement ou encore une clause pénale sanctionnant la violation de l'obligation de consulter¹⁰.

2. Le moment de la consultation (al. 1)

- 9 **Principe** – L'employeur est tenu de consulter dès qu'il envisage de procéder à un licenciement collectif (art. 335f al. 1 CO).
- 10 **Eventualité concrète** – La loi ne règle pas précisément le moment auquel l'employeur doit mettre en œuvre la procédure de consultation. Selon la jurisprudence, l'employeur ne peut pas attendre jusqu'à ce que le licenciement collectif soit concrètement décidé, car le sens de la consultation est d'accorder aux travailleurs la possibilité d'influer sur le processus décisionnel de l'employeur. Les travailleurs doivent disposer de la possibilité d'amener l'employeur à examiner leurs propositions de mesures alternatives, avant qu'il ne se résolve définitivement à un licenciement collectif. Dès lors, la consultation doit avoir lieu avant la décision définitive sur le principe et la forme du licenciement collectif envisagé¹¹.

⁹ TF 4A_449/2010 du 2 décembre 2010, c. 2.3 et les références citées ; WYLER, p. 477 ; STAEHELIN, ZK 2006, N 6 ad art. 335f CO, p. 542 ; voir dans le présent ouvrage, N 8 ad art. 335d CO.

¹⁰ STAEHELIN, ZK 2006, N 6 ad art. 335f CO, p. 542.

¹¹ ATF 130 III 102, c. 4.2 = JdT 2004 I 234 ; ATF 123 III 176, c. 4a, JdT 1998 I 14 (trad.) et les références citées ; TF 4A_449/2010 du 2 décembre 2010, c. 5.2 (non publié à l'ATF 137 III 27 = JdT 2011 II 210 = SJ 2011 I 151) ; TF 4A_348/2010 et 4A_358/2010 du 8 octobre 2010, c. 6.2.

L'obligation d'entamer la procédure de consultation ne naît pas déjà quand l'employeur songe de loin à l'éventualité d'un licenciement collectif. En revanche, elle surgit dès que l'employeur envisage concrètement une telle mesure, le cas échéant à titre éventuel parmi d'autres solutions pour le cas où ces dernières s'avèreraient irréalisables¹².

Volonté subjective de l'employeur – Déterminer si l'employeur a respecté l'obligation prévue par l'art. 335f al. 1 CO suppose d'établir – en fait – la volonté subjective de l'employeur à un moment donné, notamment au moment où ce dernier entame la consultation ou durant celle-ci¹³. Par exemple, une circulaire communiquée deux semaines avant le début de la consultation des travailleurs et qui contient le libellé suivant : « nous serons malheureusement contraints de résilier l'ensemble des contrats pour l'enseignement professionnel, ce qui sera fait dans les formes et délais prévus », montre que la décision du licenciement collectif était déjà prise lorsque la consultation a été initiée¹⁴.

Nécessité de terminer la consultation avec les licenciements – L'employeur doit non seulement commencer la consultation dès que le licenciement collectif est concrètement envisagé (le cas échéant, parmi d'autres mesures), mais il doit aussi l'avoir terminée avant de prendre une décision définitive sur le principe et la forme du licenciement collectif envisagé. S'il prononce un licenciement avant la clôture de la consultation, il adopte une attitude contraire aux règles de la bonne foi (art. 11 al. 1 LParticipation), puisqu'il nie la possibilité pour la représentation des travailleurs ou, à défaut, pour ces derniers directement, d'influer sur le processus décisionnel¹⁵. Ainsi, l'employeur qui résilie des contrats de travail avant l'échéance du délai de consultation qu'il a prolongé viole les règles en matière de consultation des travailleurs¹⁶.

3. L'objet de la consultation (al. 2)

Triple objet de la consultation – La consultation doit permettre aux travailleurs ou à leur représentation de formuler des propositions pertinentes sur (i) les moyens d'éviter les congés ou (ii) d'en limiter le nombre, ainsi que (iii) d'en atténuer les conséquences.

¹² ATF 123 III 176, c. 4a, JdT 1998 I 14 (trad.).

¹³ ATF 130 III 102, c. 4.2 = JdT 2004 I 234 ; TF 4A_449/2010 du 2 décembre 2010, c. 4.3 (non publié à l'ATF 137 III 27 = JdT 2011 II 210 = SJ 2011 I 151).

¹⁴ TC/VD du 15 décembre 2010, c. 6a, in: JdT 2011 III 152.

¹⁵ ATF 137 III 162, c. 1.1 ; ATF 130 III 102, c. 4.3 = JdT 2004 I 234 ; ATF 123 III 176, c. 4a, JdT 1998 I 14 (trad.) ; TF 4A_348/2010 et 4A_358/2010 du 8 octobre 2010, c. 6.2.

¹⁶ TC/VD du 15 décembre 2010, c. 6a, in : JdT 2011 III 152.

- 14 **Eviter les licenciements** – Le but premier de la consultation est d’éviter les licenciements. Lorsque les licenciements sont envisagés pour des raisons conjoncturelles, le recours à l’indemnité en cas de réduction de l’horaire de travail (art. 31 ss LACI) est souvent une solution adéquate à court et moyen terme. Sont aussi envisageables des mesures visant notamment à la modification du temps de travail ou d’autres clauses contractuelles, à l’acquisition de qualifications complémentaires, à la réorganisation de l’entreprise, au développement de nouvelles activités, au déplacement des places de travail dans l’entreprise ou dans le groupe, au transfert de l’entreprise ou d’une partie de celle-ci à un tiers.
- 15 **Limiter le nombre des licenciements** – Lorsque les licenciements ne peuvent pas être évités, il se justifie en deuxième lieu d’essayer d’en limiter le nombre. Les mesures à prendre dans ce but sont similaires à celles envisageables pour éviter les licenciements.
- 16 **Atténuer les conséquences des licenciements** – Pour les personnes dont le licenciement apparaît inévitable, soit pour des raisons conjoncturelles, soit pour des raisons structurelles, il s’impose de rechercher des solutions visant à en atténuer les conséquences sociales. C’est l’objet des plans sociaux. Outre les indemnités de licenciement, sont envisageables dans ce cadre la mise à la retraite anticipée, la prolongation des délais de congé, les aides au reclassement professionnel (*outplacement*) et à la formation.

4. Les renseignements à fournir (al. 3)

- 17 **Devoir d’information** – Il ne suffit pas que l’employeur accorde aux travailleurs la possibilité de formuler des propositions ; encore faut-il que ces derniers ou leur représentation soient mis en condition d’élaborer des propositions qui soient pertinentes sur les moyens d’éviter les congés ou d’en limiter le nombre, ainsi que d’en atténuer les conséquences (art. 335f al. 2 CO)¹⁷. L’art. 335f al. 3 CO prévoit ainsi que les travailleurs ou leur représentation doivent recevoir tous les renseignements utiles pour leur permettre de formuler des propositions pertinentes sur les trois objets prévus à l’al. 2. Ce devoir d’information de l’employeur comprend une obligation de communication (*Mitteilungspflicht*) et une obligation de renseignement (*Auskunftspflicht*)¹⁸.
- 18 **Obligation de communication** – L’obligation de communication porte sur les éléments énumérés aux let. a à d de l’art. 335f al. 3 CO, à savoir les motifs du licenciement collectif (let. a), le nombre des travailleurs à licencier (let. b), le nombre des travailleurs habituellement employés (let. c) et la période pendant

¹⁷ ATF 137 III 162, c. 2.1.1 ; TF 4A_173/2011 du 31 mai 2011, c. 4.1.

¹⁸ TF 4A_449/2010 du 2 décembre 2010, c. 5.2 (non publié à l’ATF 137 III 27 = JdT 2011 II 210 = SJ 2011 I 151).

laquelle il est envisagé de donner les congés (let. d). Ces informations doivent être communiquées spontanément et par écrit par l'employeur¹⁹ ; elles doivent être complètes et véridiques²⁰. Une copie de cette communication écrite doit en outre être adressée à l'office cantonal du travail (al. 4).

Obligation de renseignement – L'obligation de renseignement de l'employeur, qui va au-delà de la communication écrite minimale exigée, porte sur tous les renseignements utiles à la représentation des travailleurs ou, à défaut, à ces derniers directement, pour formuler des propositions pertinentes, sur les moyens d'éviter les congés ou d'en limiter le nombre, ainsi que d'en atténuer les conséquences. Parmi ces renseignements, on peut notamment compter les possibilités de reclassement dans l'entreprise ou les moyens à disposition pour un plan social²¹. Les renseignements donnés doivent être complets et véridiques.

Appréciation de l'utilité – Pour déterminer si un renseignement doit être communiqué par l'employeur, il faut se référer au but de la consultation et aux objets sur lesquels elle porte. Le devoir d'information de l'employeur ne se limite pas aux renseignements utiles au regard des seules mesures qu'il a lui-même envisagées. L'employeur doit aussi fournir les renseignements qui sont pertinents pour permettre aux travailleurs de proposer des solutions additionnelles ou améliorées, qui soient dotées de chances de succès réalistes. L'utilité des renseignements demandés par les travailleurs ne doit pas être appréciée *ex ante* au plan théorique, mais concrètement, *ex post*, en fonction des chances de succès des solutions envisagées²².

Obligation de renseignement spontanée de l'employeur ? – Selon certains auteurs, l'obligation de renseignement supposerait toujours une demande de la part des travailleurs²³. Le propos mérite d'être nuancé : en vertu du principe de la bonne foi (art. 11 al. 1 LParticipation), l'employeur doit communiquer spontanément et sans tarder les renseignements qui apparaissent objectivement indispensables pour la consultation, notamment les solutions déjà examinées par l'employeur et celles en cours d'examen (par exemple, un projet de reprise) ; en effet, à défaut de communication de telles informations, la consultation serait

¹⁹ ATF 137 III 162, c. 1.3 ; TF 4A_449/2010 du 2 décembre 2010, c. 5.2 (non publié à l'ATF 137 III 27 = JdT 2011 II 210 = SJ 2011 I 151).

²⁰ TF 4A_173/2011 du 31 mai 2011, c. 4.3 : dans cette affaire, l'information transmise par l'employeur ne permettait pas de supposer que son directeur général serait lui aussi licencié, ce dernier paraissait en outre exclu du nombre des collaborateurs à licencier ainsi que de celui des collaborateurs habituellement employés. Le TF a jugé que l'information communiquée aux travailleurs ainsi qu'au directeur général, était incomplète et trompeuse, ainsi qu'inconciliable avec les exigences de l'art. 335f al. 3 let. b et c CO.

²¹ TF 4A_449/2010 du 2 décembre 2010, c. 5.2.

²² ATF 137 III 162, c. 2.1.1.

²³ PORTMANN, BaK 2011, N 4 ad art. 335f CO, p. 2058 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 335f CO, pp. 964 ss.

d'emblée biaisée. De manière générale, une information spontanée et complète donnée aux travailleurs permet à la consultation de se dérouler plus efficacement et plus rapidement,

- 22 **Forme de l'obligation de renseignement** – La loi ne soumet pas l'exécution de l'obligation de renseigner à une forme particulière. Néanmoins, il faut que la forme choisie permette aux travailleurs d'établir des propositions concrètes. Ainsi, l'employeur peut être appelé à compléter par écrit des renseignements déjà fournis oralement, afin d'atteindre le niveau d'information nécessaire pour que les travailleurs puissent élaborer des propositions en connaissance de cause²⁴.
- 23 **Dialogue entre les parties** – Puisque l'obligation de renseigner de l'employeur doit mettre les travailleurs en position d'élaborer des propositions pertinentes, il est peu vraisemblable qu'en pratique, l'employeur réussisse à accomplir son devoir par la simple distribution d'un courrier au lancement de la procédure de consultation. Si, au moment d'entamer la procédure, il peut aisément imaginer quelles seront certaines des pistes de réflexion de son personnel (reclassement, plan social, etc.), il pourra difficilement toutes les cerner au vu de leur nombre et de leur diversité. Le personnel aura alors légitimement besoin d'informations complémentaires, qu'il demandera à l'employeur. De ce fait, la relation entre les parties va s'apparenter à un échange, proche d'une négociation, puisque le personnel se concentrera, tout naturellement, sur les solutions qui apparaîtront réalisables tant dans sa perspective que dans celle de l'employeur²⁵. Ce dialogue social peut nécessiter que la durée de la consultation soit prolongée pour permettre la réalisation de solutions dotées de chances de succès²⁶.
- 24 **Devoir de discrétion** – Au moment d'exécuter son obligation de renseigner, l'employeur ne saurait retenir des informations au prétendu motif de leur caractère sensible. Le législateur fédéral a suffisamment assuré la protection des intérêts légitimes de l'employeur et des travailleurs en prévoyant une obligation de garder le secret (art. 14 LParticipation)²⁷. En particulier, un secret absolu peut être imposé par l'employeur à la représentation des travailleurs ou, à défaut, à ces derniers eux-mêmes (art. 14 al. 3 LParticipation) lorsque des intérêts légitimes l'exigent (art. 14 al. 2 let. a LParticipation)²⁸. Dans l'optique de favoriser le dialogue social, la conclusion d'un accord de confidentialité est préférable à l'imposition d'un secret absolu²⁹.
- 25 **Situation dans les groupes de société** – Dans les groupes de société – en particulier dans les multinationales – il arrive fréquemment que la restructuration entrai-

²⁴ ATF 137 III 162, c. 2.2.3.

²⁵ Dans le même sens, AUBERT, Réglementation, p. 101.

²⁶ ATF 137 III 162, c. 2.5.

²⁷ Cf. ATF 123 III 176, c. 4c, JdT 1998 I 14 (trad.).

²⁸ Cf. CURCHOD, Panorama II, pp. 782 s.

²⁹ Cf. ATF 137 III 162, c. 2.2.2.

nant un potentiel licenciement collectif soit matériellement décidée par une entité juridique différente de l'employeur lui-même, parfois sise à l'étranger. Dans une telle situation, l'employeur ne peut pas valablement se soustraire à son obligation de fournir des informations en invoquant le fait que celles-ci sont en possession d'une autre société³⁰. L'argument selon lequel une législation étrangère (notamment sur les bourses) interdit d'informer les travailleurs à l'avance ne peut pas non plus être invoqué par l'employeur³¹.

Informations individuelles exclues – Etant donné que les droits d'information et de participation des travailleurs sont destinés à la défense collective de leurs intérêts communs, chacun d'eux n'a pas le droit individuel d'être informé de son propre sort afin de sauvegarder son intérêt particulier, et cela même si les travailleurs exercent ces droits directement parce qu'ils n'ont pas de représentation³². 26

Informations à usage public exclues – Le but de l'art. 335f CO n'est pas d'informer des tiers, notamment le public, de sorte que la représentation des travailleurs ou, à défaut, ces derniers n'ont pas de droit à obtenir des informations en vue d'un tel usage³³. 27

5. Les personnes à consulter

Tous les travailleurs concernés – L'employeur doit consulter tous les travailleurs concernés par le licenciement collectif. On entend par travailleurs toutes les personnes qui apportent durablement leur activité en exécution d'un contrat de travail, dans l'entreprise ou dans le secteur d'entreprise, cela quels que soient leurs fonction ou niveau hiérarchique. Ainsi, à l'instar des travailleurs qui lui sont subordonnés, un directeur général doit être consulté si le licenciement collectif peut le concerner³⁴. 28

Alternative – En pratique, deux hypothèses doivent être distinguées. Selon l'art. 335f al. 1 CO, l'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif est tenu de consulter la représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs. 29

a. Entreprises avec représentation des travailleurs

30

³⁰ AUBERT, CR 2012, N 6 ad art. 335f CO, p. 2074. Firestone.

³¹ GABATHULER, in ANDERMATT et al., chap. E, N 61, p. 146 et la référence jurisprudentielle citée.

³² TF 4A_173/2011 du 31 mai 2011, c. 4.2.

³³ ATF 137 III 162, c. 2.2.2.

³⁴ TF 4A_173/2011 du 31 mai 2011, c. 4.2.

Représentation des travailleurs – La représentation des travailleurs visée par l'art. 335f CO est celle instituée conformément à la LParticipation. Cette loi permet de créer, dans une entreprise, des représentations distinctes pour divers secteurs de l'entreprise ou pour diverses catégories de travailleurs (art. 3 LParticipation).

31 **Qui est représenté ?** – Etant donné qu'une ou plusieurs représentations des travailleurs peuvent coexister dans une même entreprise (art. 3 LParticipation), la question du cercle des travailleurs représentés se pose. Pour y répondre, il faut s'intéresser aux circonstances du cas concret. Par exemple, une représentation des cadres d'une entreprise ne représente que ces derniers. Il est ainsi possible que, dans une entreprise, le personnel travaillant dans un certain secteur d'activité ou appartenant à une certaine catégorie de travailleurs ait élu des représentants, alors que d'autres secteurs de l'entreprise ou d'autres catégories d'employés ne connaissent pas de représentation des travailleurs. Ces derniers collaborateurs, s'ils sont aussi concernés par le licenciement collectif, doivent donc être consultés directement³⁵. A la différence du syndicat, qui ne représente directement que ses membres – les conventions collectives ne liant d'ailleurs que les membres de l'organisation³⁶ – la représentation du personnel est l'organe de l'ensemble du personnel de son « cercle électoral » ; lorsqu'il existe une représentation dans une entreprise ou un secteur d'entreprise, il n'y a donc plus de place pour une consultation directe des travailleurs.

32 **Les attributions de la représentation des travailleurs** – La représentation des travailleurs défend, envers l'employeur, les intérêts communs des travailleurs (art. 8 al. 1 LParticipation), en particulier dans l'exercice des droits de participations particuliers prévus à l'art. 10 de la LParticipation. Son activité s'inscrit dans une démarche collective de défense des intérêts communs des employés qui est caractéristique de l'exercice des droits d'information et de participation des travailleurs. Sa fonction comporte des similitudes avec celle d'une organisation de travailleurs, dont la démarche vise aussi une défense collective des intérêts communs des travailleurs. La représentation du personnel a la prérogative de conclure des accords dans ses domaines de compétences, notamment des plans sociaux³⁷. Ces accords, qui doivent être qualifiés de règlements d'entreprises conventionnels au sens de l'art. 38 al. 2 LTr, produisent un effet normatif pour l'ensemble du personnel représenté (art. 39 al. 1 LTr) ; ces accords ne doivent toutefois être contraires ni au droit impératif, ni aux conventions collectives qui lient l'entreprise (art. 38 al. 3 LTr). En outre, le principe de la clause la plus favorable trouve application (art. 357 al. 2 CO par analogie)³⁸ ; l'accord conclu entre l'employeur et la représentation du personnel ne peut ainsi pas priver les travail-

³⁵ Cf. TF 4A_173/2011 du 31 mai 2011, notamment c. 4.2.

³⁶ Voir dans le présent ouvrage, N 47 ad art. 356 CO.

³⁷ Voir *infra* N 34.

³⁸ VISCHER, Commentaire LTr, N 11 ad art. 39 LTr, p. 502.

leurs de droits dont ils disposeraient en vertu de la loi ou de leur contrat individuel. En d'autres termes, si la représentation du personnel a la prérogative de conclure des accords avec effet normatif, elle n'a en revanche pas la qualité de représentante des travailleurs au sens du droit civil (art. 32 ss CO)³⁹.

Protection des représentants élus par les travailleurs en cas de licenciement collectif – Selon l'art. 336 al. 2 let. b CO, est 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. Le but de cette disposition est de protéger la fonction de défense collective des intérêts communs des travailleurs envers l'employeur (art. 8 LParticipation), qu'assument les travailleurs qui ont été élus comme représentants du personnel. Pendant la durée de leur mandat, leur licenciement n'est ainsi possible que s'il existe un motif justifié, c'est-à-dire un motif qui, pour un employeur raisonnable et pondéré, ne permet pas d'éviter l'ultime solution que représente le licenciement. Cette protection est toutefois insuffisante puisqu'en l'absence de motif justifié, le licenciement est abusif, mais reste néanmoins valable. En outre, la jurisprudence, suivant la doctrine majoritaire, a encore affaibli la portée de cette disposition en considérant que tout motif économique pouvait constituer un motif justifié et que les représentants du personnel ne devaient pas être privilégiés par rapport aux travailleurs dans les procédures de restructuration⁴⁰. En pratique, il suffit que le licenciement d'un représentant du personnel intervienne à l'occasion d'une restructuration – qui relève du libre choix de l'employeur – pour que la présomption prévue à l'art. 336 al. 2 let. b CO soit renversée et que le travailleur doive lui-même établir que son licenciement était motivé par sa charge élective, par exem-

33

³⁹ *Contra*: WYLER, Représentation, pp. 416 ss, qui considère, qu'en matière de licenciements collectifs, il faudrait reconnaître l'existence d'un pouvoir de représentation légale en faveur de la représentation des travailleurs, par lequel cette dernière disposerait du droit de conclure des engagements au nom et pour le compte des travailleurs au sens des art. 32 ss CO. Cette opinion ne convainc pas : la représentation au sens du droit social, qui confère à un organe la défense des intérêts communs des travailleurs (art. 8 LParticipation) et la capacité de conclure des accords avec effet normatif, doit être différenciée de la représentation au sens du droit civil, qui confère le droit de conclure des actes juridiques au nom d'autrui. La représentation des travailleurs est d'ailleurs l'organe de l'ensemble du personnel, y compris des travailleurs qui ne voulaient pas d'une telle représentation (art. 5 al. 1 LParticipation), de ceux qui n'ont pas participé à l'élection et de ceux qui ont voté pour d'autres candidats (art. 6 LParticipation) ; il n'est pas envisageable qu'un tel organe puisse conclure des engagements contractuels (et donc également renoncer à des droits) au nom de l'ensemble des travailleurs. Un pouvoir de représentation au sens des art. 32 ss CO n'est envisageable que dans le cadre d'un mandat (révocable en tout temps) donné par le travailleur à un syndicat, à un avocat voire à un (ou plusieurs) autre(s) travailleur(s).

⁴⁰ ATF 133 III 512, c. 6.2 et 6.3, JdT 2008 I 29 (trad.), confirmé récemment : ATF 138 III 359, c. 4 ss.

ple par la démonstration que les motifs économiques invoqués par l'employeur ne constituent qu'un simple prétexte pour se débarrasser d'un représentant élu des travailleurs ou que le congé est directement lié à la perte de rendement engendrée par l'activité de représentant élu des travailleurs⁴¹. Cette jurisprudence prive les représentants du personnel de protection lors des procédures de restructuration, c'est-à-dire durant des périodes où ils sont appelés à exercer un rôle important ; en voulant mettre sur un pied d'égalité tous les travailleurs, le Tribunal fédéral fragilise ainsi la représentation du personnel elle-même et porte atteinte au rôle institutionnel que lui a confié le législateur. Cette solution jurisprudentielle insatisfaisante ne repose en outre pas sur une volonté claire du législateur, puisque, dans son message, ce dernier faisait uniquement référence, s'agissant de la notion de motif justifié, à l'art. 340c al. 2 hypothèse 1 CO relatif à la clause de non-concurrence, sans indiquer qu'un motif économique pourrait constituer un motif justifié⁴². Même sans modification du texte légal et sans introduction d'un contrôle judiciaire des licenciements économiques, une interprétation différente de la notion de motif justifié serait donc possible pour mieux tenir compte des intérêts en présence et du rôle institutionnel des représentants du personnel. En l'état actuel du droit suisse et de la jurisprudence, la protection des représentants élus par les travailleurs n'est en tout cas pas conforme à la Convention OIT n° 98 du 1^{er} juillet 1949 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective que la Suisse a ratifiée⁴³.

34 **Rôle des syndicats dans la consultation** – Comme les moyens des représentations du personnel sont très limités (art. 11 al. 2 et 13 LParticipation), les organisations syndicales sont, en pratique, presque toujours appelées à intervenir dans les procédures de licenciement collectif⁴⁴ et les plans sociaux se négocient le plus souvent avec le concours de ces dernières⁴⁵. Plusieurs conventions collectives prévoient expressément l'intervention des syndicats dans les procédures de licenciement collectif⁴⁶. Même si l'art. 335f CO n'oblige pas l'employeur à consulter

⁴¹ ATF 133 III 512, c. 6.3, JdT 2008 I 29 (trad.) ; étant donné que le droit suisse ne prévoit pas de contrôle de la justification économique des restructurations et des licenciements – ce que le TF rappelle dans l'ATF 138 III 359, c. 4 ss – cette preuve est quasi-impossible.

⁴² Le Tribunal fédéral a récemment rejeté ce parallélisme avec l'art. 340 al. 2 CO, 1^{re} hypothèse dans un arrêt dont la publication est prévue : ATF 138 III 359, notamment c. 5.3.

⁴³ Sur cette question, voir MOLO, in ANDERMATT et al., chap. C, N 21 ss, pp. 94 ss.

⁴⁴ Voir notamment les états de fait des ATF 137 III 27 = JdT 2011 II 210 = SJ 2011 I 151 et ATF 137 III 162.

⁴⁵ AUBERT, CR 2012, N 1 ad art. 335f CO, p. 2074.

⁴⁶ La CCT de l'industrie des machines prévoit qu'en cas de fermeture d'entreprise ou de licenciements d'un nombre important de personnes, la représentation des travailleurs a le droit de faire appel immédiatement aux parties contractantes, sans négociations internes préalables, pour négocier les conséquences de telles mesures pour le personnel (art. 10.2 ch. 2) ; la CCT de l'horlogerie prévoit une négociation préalable entre l'employeur et les

les syndicats, l'employeur n'a pas le droit de faire obstacle à leur intervention si elle est sollicitée par la représentation des travailleurs (art. 14 al. 1 LParticipation *a contrario*).

Droit de recourir aux moyens de combat – Dans la procédure de consultation, le recours aux moyens de combat, et en particulier à la grève, peut se justifier, en dernier ressort, si les négociations n'aboutissent pas, puisqu'aucune autorité ne peut, dans une telle situation, imposer un plan social à l'employeur. La solution n'est différente que s'il existe, dans une branche, une convention collective qui permet le recours à un arbitrage contraignant pour déterminer le plan social en cas d'échec des négociations. Si une convention collective de travail contient une clause de paix du travail absolue sans prévoir une telle solution d'arbitrage, il faut admettre, en vertu de la théorie de l'imprévision, que la clause de paix absolue est inopérante dans une entreprise en cas de restructuration entraînant un licenciement collectif. 35

b. Entreprises sans représentation des travailleurs

Consultation directe – Dans les entreprises ou secteurs d'entreprise sans représentation des travailleurs, ceux-ci doivent être consultés directement, puisqu'ils exercent eux-mêmes leurs droits d'information et de participation, notamment lorsque l'employeur envisage un licenciement collectif (art. 4, 9 al. 1 et 10 let. c LParticipation). 36

Représentation *ad hoc* ? – Etant donné que la consultation a une portée collective, les travailleurs concernés auront naturellement tendance à s'organiser lors de l'ouverture d'une procédure de licenciement collectif et à désigner une représentation *ad hoc*. Si la désignation de cette représentation *ad hoc* n'intervient pas selon la procédure complexe, en plusieurs étapes, prévue par les art. 5 et 6 de la LParticipation, celle-ci n'a pas la qualité de représentation des travailleurs au sens de la loi sur la représentation ; elle peut uniquement représenter (au sens des art. 32 ss CO) les travailleurs qui lui confient un mandat exprès. A l'égard des travailleurs représentés, l'employeur a l'obligation de prendre en compte ce mandat et doit traiter avec la représentation *ad hoc*. Il en va de même lorsque des travailleurs donnent mandat à un syndicat de les représenter, ce qui est fréquent en pratique⁴⁷. 37

parties contractantes en cas de licenciements pour des motifs économiques (chap. 6, politique de l'emploi).

⁴⁷ Voir *supra* N 34.

6. La durée de la consultation

38 **Absence de règle légale** – La loi ne règle pas précisément la durée dont doivent disposer les travailleurs ou leur représentation pour formuler leurs propositions⁴⁸.

39 **Critère de la bonne foi** – En conformité avec le principe de la bonne foi (art. 11 al. 1 LParticipation), puisque le but de la consultation est d'accorder aux travailleurs la possibilité d'influer sur le processus décisionnel de l'employeur, il faut que les travailleurs disposent du temps nécessaire pour étudier les renseignements fournis par ce dernier, élaborer des propositions concrètes et les porter à la connaissance de l'employeur, sachant que les deux parties ont un intérêt concordant à ce que les propositions soient rapidement formulées⁴⁹.

40 **Importance des circonstances** – Avec raison, la jurisprudence n'a pas fixé schématiquement un délai minimal de consultation, mais a précisé que celui-ci dépend des circonstances, en particulier de la complexité des questions à résoudre et de l'urgence du licenciement collectif envisagé. Toutefois, si le licenciement collectif est devenu urgent parce que l'employeur a entamé la procédure de consultation trop tard, cette urgence ne saurait justifier un raccourcissement du délai de consultation⁵⁰. Il s'agit également de prendre en compte le temps nécessaire à l'organisation des travailleurs, en particulier dans les entreprises sans représentation. Un autre élément important pour apprécier la durée nécessaire d'une procédure de consultation est la célérité avec laquelle l'employeur a exécuté son obligation de renseignement ; il serait, en tout cas, contraire aux règles de la bonne foi que l'employeur puisse empêcher une consultation efficace, en tardant à fournir les renseignements dus. Enfin, la consultation doit pouvoir réellement porter, en premier lieu, sur les alternatives au licenciement lui-même (art. 335f al. 2 CO) avant qu'un plan social ne soit négocié. Pour atteindre les objectifs fixés par le législateur, il apparaît ainsi difficile, dans des circonstances normales, de prévoir une période de consultation inférieure à 20 jours⁵¹ ; le cas échéant, si des alternatives sérieuses au licenciement se dessinent, il peut en outre être nécessaire de prolonger la durée de la consultation initialement prévue.

⁴⁸ ATF 130 III 102, c. 4.1 = JdT 2004 I 234.

⁴⁹ ATF 137 III 162, c. 1.2 ; ATF 130 III 102, c. 4.3 = JdT 2004 I 234.

⁵⁰ ATF 137 III 162, c. 1.2 ; ATF 130 III 102, c. 4.3 = JdT 2004 I 234 ; TF 4A_348/2010 et 4A_358/2010 du 8 octobre 2010, c. 6.2.

⁵¹ Les cas récents des procédures de licenciements collectifs chez Novartis à Nyon et chez Merck Serono à Genève ont nécessité des procédures de consultation dépassant largement cette durée.

7. Le plan social

Notion – Le terme de plan social est utilisé pour désigner les mesures prises lors d’une restructuration pour atténuer les conséquences sociales de celle-ci pour les travailleurs concernés. Il désigne également le document dans lequel ces mesures sont fixées. Du point de vue de son contenu, le plan social ne connaît guère de limites. Outre des indemnités de toutes sortes et des solutions de retraite anticipée, on peut mentionner l’assistance à la recherche d’un nouvel emploi ou la reconversion professionnelle, qui tendent à favoriser la réintégration du travailleur licencié dans la vie active.

41

Absence d’obligation légale – En droit suisse, il n’existe pas d’obligation légale d’adopter un plan social en cas de restructuration. L’absence d’une telle obligation ne signifie nullement que la société civile ne s’attend pas à cette négociation, mais uniquement que la plus grande latitude est laissée aux partenaires sociaux à ce sujet. Ainsi, l’élaboration d’un plan social correspond à une pratique largement suivie dans notre pays ; l’institution du plan social est d’ailleurs mentionnée dans plusieurs dispositions de la LFus (art. 14 al. 3 let. i, 39 al. 3 let. g, 74 al. 2 let. d LFus). Si cette pratique devait s’affaiblir et que l’absence d’obligation légale était comprise comme le droit de refuser tout plan social, sans égard aux conséquences des suppressions d’emploi des salariés, on finirait par ignorer le prix de la paix du travail et par ébranler les fondements mêmes des relations collectives de travail dans notre pays⁵².

42

Nature juridique – En droit suisse, le plan social et ses effets juridiques ne sont pas directement réglés par la loi. Comme son nom l’indique, le plan social procède d’une démarche planifiée et il est toujours destiné à une pluralité de travailleurs. S’il est conclu avec un syndicat, il doit être qualifié de convention collective au sens des art. 356 ss CO. S’il est conclu avec la représentation du personnel, il doit être qualifié de règlement conventionnel d’entreprise au sens de l’art. 38 al. 2 LTr⁵³. Dans les deux hypothèses, le plan social produit un effet normatif (art. 357 CO et 39 al. 1 LTr)⁵⁴. S’il s’agit d’un règlement d’entreprise, cet effet normatif se produit pour tous les travailleurs de l’entreprise (art. 39 al. 1 LTr). En revanche, selon les règles applicables aux conventions collectives, l’effet normatif ne se produit que pour les travailleurs membres du syndicat signataire ; comme le but du plan social est de s’appliquer à l’ensemble des travailleurs de l’entreprise, il faut toutefois considérer qu’un plan social conclu sous forme de convention collective contient une stipulation pour autrui parfaite de l’employeur en faveur des travailleurs dissidents et que ceux-ci peuvent aussi se prévaloir

43

⁵² AUBERT, CR 2012, N 11 ad art. 335f CO, pp. 2075 ss.

⁵³ Voir *supra* N 32.

⁵⁴ ATF 133 III 213, JdT 2010 I 231 (trad.).

directement du plan social à son égard⁵⁵. Le plan social peut toutefois aussi résulter d'une démarche unilatérale de l'employeur, qui l'élabore de son propre chef. Dans ce cas, il s'agit uniquement d'une offre adressée par l'employeur à chacun des travailleurs concernés. Si un employé déclare vouloir accepter les mesures qui y figurent, le plan social devient partie intégrante de son contrat individuel de travail. L'acceptation peut être tacite si les dispositions du plan social ne sont qu'à l'avantage du collaborateur, par application de l'art. 6 CO. Dans cette dernière hypothèse, le plan social n'a donc pas de portée normative⁵⁶.

44 **Interprétation** – La question de savoir comment un plan social doit être interprété dépend de sa nature juridique. S'il est conclu avec un syndicat ou avec la représentation des travailleurs, il a une portée normative et doit donc être interprété comme une loi ; sur cette question, voir dans le présent ouvrage, N 54 ss ad art. 356 CO relatifs à l'interprétation des conventions collectives. En revanche, si le plan social est adopté unilatéralement par l'employeur, il peut uniquement entraîner l'adaptation de contrats de travail individuels, de sorte que les principes qui régissent l'interprétation des contrats sont applicables⁵⁷. En pratique, lorsqu'un plan social est adopté unilatéralement par l'employeur, il y a peu de place pour la recherche de la réelle et commune intention des parties, de sorte qu'il y aura, en principe, lieu de recourir à une interprétation objective (ou normative) selon le principe de la confiance.

45 **Lacunes** – Si les clauses d'un plan social se révèlent lacunaires, la question de leur comblement dépend de la nature de celui-ci, à l'instar de ce qui vaut en matière d'interprétation. Si le plan social a une portée normative, il convient d'appliquer les mêmes règles qu'en ce qui concerne les lacunes de la loi⁵⁸. Si le plan social a une portée contractuelle, il convient d'appliquer l'art. 2 al. 2 CO sur le complètement du contrat.

8. Les effets de la violation de l'obligation de consultation

46 **Prétentions en exécution réelle** – L'existence d'un licenciement collectif fait notamment naître en faveur des travailleurs ou de leur représentation un droit à l'information (art. 335f al. 3 CO). Les travailleurs ont donc (théoriquement) le

⁵⁵ BRUCHEZ, in ANDERMATT et al., chap. F, N 76 ad art. 356 CO, pp. 180 s. On pourrait aboutir à un résultat similaire en appliquant de manière analogique l'art. 39 al. 1 LTr lorsque le plan social est conclu par un syndicat.

⁵⁶ ATF 133 III 213, c. 4.3.3, JdT 2010 I 231 (trad.) et les références citées ; ATF 132 III 32, c. 6.1 et les références citées = JdT 2006 I 257 = SJ 2006 I ; TF 4A_138/2008 du 30 mai 2008, c. 2.1 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 ad art. 335f CO, pp. 973 ss.

⁵⁷ ATF 133 III 213, c. 5.4, JdT 2010 I 231 (trad.)

⁵⁸ ATF 133 III 213, c. 5.2, JdT 2010 I 231 (trad.) ; sur cette question, voir dans le présent ouvrage, N 57 ad art. 356 CO.

droit de réclamer par la voie judiciaire les informations demandées ; toutefois, le prononcé des licenciements priverait rapidement les travailleurs de leur intérêt à agir (art. 29 al. 2 let. a CPC), de sorte que de telles procédures sont pas envisageables en pratique.

Prétentions en indemnisation – Lorsque l’employeur procède à un licenciement collectif sans avoir respecté la procédure de consultation des travailleurs ou de leur représentation prévue par l’art. 335f CO, les licenciements qu’il prononce sont abusifs au sens de l’art. 336 al. 2 let. c CO. Ce cas de résiliation abusive est évidemment réalisé lorsque l’employeur omet entièrement la consultation ; il l’est aussi lorsque la consultation intervient mais qu’elle n’est pas conforme à l’une ou à l’autre des exigences découlant de l’art. 335f CO⁵⁹. Selon la loi, le montant maximum de l’indemnité est de deux mois de salaire⁶⁰ (art. 336a al. 3 CO) par travailleur ; des sanctions supérieures peuvent toutefois être prévues par convention collective⁶¹. Même en cas de licenciement collectif, la réclamation de l’indemnité pour licenciement abusif ne peut se faire qu’au travers de procédures individuelles – qui peuvent être jointes en application de l’art. 71 CPC – et suppose le respect par chaque travailleur des exigences de l’art. 336b CO. Cette indemnité ne peut toutefois pas être réclamée lorsque l’employeur retire les congés et que les travailleurs acceptent de poursuivre les rapports de travail⁶².

Fixation de l’indemnité – Dans le contexte juridique spécifique de la violation de l’obligation de consultation de l’art. 335f CO, il faut surtout prendre en considération la gravité de la faute que l’employeur a commise au préjudice de l’ensemble des travailleurs pour fixer le montant de l’indemnité. Outre le montant du salaire mensuel, la gravité de l’atteinte subie personnellement par le travailleur qui prétend à l’indemnité doit également être prise en compte, pour autant que sa situation individuelle présente quelque particularité⁶³. En raison du plafond peu élevé de l’indemnité, il se justifie de fixer une indemnité proche de deux mois de salaire pour éviter que l’obligation de consultation prévue par l’art. 335f CO soit éludée ou vidée de sa substance ; une exception ne se justifie que dans les cas où la violation est de faible gravité ou s’agissant de la situation de travailleurs réali-

⁵⁹ TF 4A_173/2011 du 31 mai 2011, c. 4.1.

⁶⁰ Sur les modalités de calcul des mois de salaire, voir dans le présent ouvrage, N 11 ad art. 336a CO.

⁶¹ Voir dans le présent ouvrage, N 8 ad art. 335d CO et N 12 ad art. 358 CO.

⁶² ATF 134 III 67, c. 5 = SJ 2008 I 235. Il en va différemment lorsqu’un travailleur n’accepte pas l’offre qui lui est faite de poursuivre les rapports de travail (par exemple, parce qu’il s’est déjà engagé vis-à-vis d’un autre employeur), raison pour laquelle les rapports de travail se terminent effectivement à la date prévue par le licenciement. Dans un tel cas, le travailleur doit alors pouvoir réclamer l’indemnité même si l’employeur était disposé à le reprendre à son service.

⁶³ TF 4A_173/2011 du 31 mai 2011, c. 5, in : DTA 2011, pp. 207 et 210 et les références citées.

sant des salaires très élevés. Dans la pratique, les juges admettent d'ailleurs souvent l'indemnité maximale ou une indemnité proche de celle-ci⁶⁴. Par ailleurs, l'indemnité prévue par un plan social élaboré unilatéralement par l'employeur ne saurait être imputée sur l'indemnité pour licenciement abusif due, car cela reviendrait à supprimer toute sanction du défaut de consultation dès que les indemnités prévues par de tels plans sociaux unilatéraux dépassent deux mois de salaire.

49 **Action en constatation des organisations** – L'art. 15 al. 2 de la LParticipation accorde aux associations d'employeurs et de travailleurs la qualité pour agir en constatation d'une violation découlant de la réglementation conventionnelle ou légale en matière de participation, en particulier ceux prévus aux art. 9 à 14 de la LParticipation. Les syndicats peuvent donc agir en constatation de la violation des droits de participation des travailleurs ou de leur représentation dans les procédures de licenciement. Cette action, fréquente en pratique⁶⁵, permet de résoudre la question de principe dans une procédure unique. L'ouverture d'une telle action par une organisation ne suffit toutefois pas à préserver les droits procéduraux des travailleurs concernés⁶⁶; même en présence d'une action en constatation d'une organisation, les travailleurs doivent donc respecter individuellement les exigences procédurales de l'art. 336b CO⁶⁷.

50 **Prolongation des rapports de travail** – Dans le cas où, en raison de l'omission de la procédure de consultation, la notification du licenciement collectif à l'office cantonal du travail prévue à l'art. 335g CO n'a pas été faite, les congés donnés peuvent être inefficaces et les rapports de travail peuvent être prolongés en application de l'art. 335g al. 4 CO. Sur cette question, voir dans le présent ouvrage, N 6 ad art. 335g CO.

9. Questions procédurales

51 **Compétence à raison du lieu** – Le for de l'action individuelle du travailleur est déterminé par l'art. 34 CPC. Ce for est aussi applicable à l'action en constatation des organisations prévue à l'art. 15 al. 2 LParticipation, car celle-ci ne

⁶⁴ TF 4A_344/2010 du 8 octobre 2010, c. 7.5; décision de la Cour cantonale qui a donné lieu à l'arrêt du Tribunal fédéral TF 4D_65/2009 du 13 juillet 2009 et qui est mentionnée dans le résumé des faits par le Tribunal fédéral.

⁶⁵ Voir les cas des ATF 137 III 162, ATF 137 III 27 = JdT 2011 II 210 = SJ 2011 I 151, ATF 130 III 102 = JdT 2004 I 234 et ATF 123 III 176, c. 4a, JdT 1998 I 14 (trad.).

⁶⁶ Voir par analogie ATF 138 II 1 (concernant une action d'une organisation en vertu de l'art. 7 LEg).

⁶⁷ En pratique, les travailleurs devront faire individuellement opposition à leur licenciement durant le délai de congé et ouvrir action dans les 180 jours suivant la fin des rapports de travail. Ces procédures individuelles devront ensuite être suspendues en vertu de l'art. 126 CPC jusqu'à droit jugé dans l'action ouverte par l'organisation.

concerne pas les droits propres de l'organisation à l'égard de l'employeur, mais les droits de participation des travailleurs de l'entreprise.

Compétence à raison de la matière – Selon l'art. 15 al. 1 LParticipation, la compétence à raison de la matière appartient aux autorités compétentes pour connaître des litiges de droit du travail. Cette compétence est déterminée par le droit cantonal (art. 4 CPC) et peut notamment être fonction de la valeur litigieuse. La même autorité est également compétente pour connaître de l'action en constatation des organisations prévue à l'art. 15 al. 2 de la LParticipation.

Règles procédurales – Les litiges en matière de licenciements collectifs relèvent de la LParticipation et sont donc soumis aux règles spécifiques du CPC en la matière. Ces règles spécifiques s'appliquent tant dans les litiges résultant des art. 335d ss CO (en lien avec l'art. 336 al. 2 let. c CO), que dans les litiges résultant de l'application de réglementations conventionnelles plus favorables ; elles s'appliquent en outre aux actions individuelles des travailleurs et aux actions en constatation de droit des organisations au sens de l'art. 15 al. 2 de la LParticipation. Dans ces litiges, quelle que soit la valeur litigieuse, il ne peut pas être perçu de frais judiciaires que ce soit pour la procédure de conciliation (art. 113 al. 2 let. e CPC), ou pour la procédure au fond (art. 114 CPC) ; en outre, la procédure simplifiée (art. 243 al. 2 let. e CPC) et la maxime inquisitoire (art. 247 al. 2 let. a CPC) sont toujours applicables, quelle que soit la valeur litigieuse. Pour les procédures devant le Tribunal fédéral, la LTF ne prévoit pas de règles spécifiques pour ce type de litiges relevant de la LParticipation : il faut donc appliquer les règles relatives au droit du travail (art. 65 al. 4 let. c LTF relatif aux frais judiciaires et art. 74 al. 1 let. a LTF relatif à la valeur litigieuse minimale pour le recours) s'agissant des litiges individuels et les règles générales s'agissant des actions des organisations⁶⁸.

III. Obligation d'informer l'office cantonal du travail (al. 4)

Voir commentaire ad art. 335g CO.

⁶⁸ TF 4A_449/2010 du 2 décembre 2010, c. 1.2 et 7 (non publiés à l'ATF 137 III 27 = JdT 2011 II 210 = SJ 2011 I 151)

Art. 335g

4. Procédure

¹ L'employeur est tenu de notifier par écrit à l'office cantonal du travail tout projet de licenciement collectif et de transmettre à la représentation des travailleurs ou, à défaut, aux travailleurs une copie de cette notification.

² La notification doit contenir les résultats de consultation de la représentation des travailleurs (art. 335f) ainsi que tous les renseignements utiles concernant le projet de licenciement collectif.

³ L'office cantonal du travail tente de trouver des solutions aux problèmes posés par le licenciement collectif projeté. La représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs peuvent lui communiquer leurs observations.

⁴ Si le contrat de travail est résilié dans le cadre d'un licenciement collectif, les rapports de travail prennent fin 30 jours après la notification du projet de licenciement collectif à l'office cantonal du travail, à moins que, selon les dispositions contractuelles ou légales, le congé ne produise effet à un terme ultérieur.

4. Verfahren

¹ Der Arbeitgeber hat dem kantonalen Arbeitsamt jede beabsichtigte Massenentlassung schriftlich anzuzeigen und der Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, den Arbeitnehmern eine Kopie dieser Anzeige zuzustellen.

² Die Anzeige muss die Ergebnisse der Konsultation der Arbeitnehmervertretung (Art. 335f) und alle zweckdienlichen Angaben über die beabsichtigte Massenentlassung enthalten.

³ Das kantonale Arbeitsamt sucht nach Lösungen für die Probleme, welche die beabsichtigte Massenentlassung aufwirft. Die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer können ihm ihre Bemerkungen einreichen.

⁴ Ist das Arbeitsverhältnis im Rahmen einer Massenentlassung gekündigt worden, so endet es 30 Tage nach der Anzeige der beabsichtigten Massenentlassung an das kantonale Arbeitsamt, ausser wenn die Kündigung nach den vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen auf einen späteren Termin wirksam wird.

4. Procedura

¹ Il datore di lavoro è tenuto a notificare per scritto all'ufficio cantonale del lavoro ogni progetto di licenziamento collettivo e a trasmettere alla rappresentanza dei lavoratori o, in mancanza, ai lavoratori medesimi copia di detta notifica.

² La notifica deve contenere i risultati della consultazione giusta l'articolo 335f nonché tutte le informazioni utili concernenti il progetto di licenziamento collettivo.

³ L'ufficio cantonale del lavoro cerca di trovare soluzioni ai problemi posti dal licenziamento collettivo prospettato. La rappresentanza dei lavoratori o, in mancanza, i lavoratori medesimi possono presentargli proprie osservazioni.

⁴ Se il rapporto di lavoro è stato disdetto nel quadro di un licenziamento collettivo, esso cessa 30 giorni dopo la notifica all'ufficio cantonale del lavoro del progetto di licenziamento collettivo, a meno che, secondo le disposizioni contrattuali o legali, la disdetta non abbia effetto a una data successiva.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	649
II. L'intervention de l'office cantonal du travail (al. 1 à 3).....	2	649
III. Échéance des rapports de travail en cas de licenciement collectif (al. 4)..	5	651

Bibliographie spécifique

Voir bibliographie spécifique ad art. 335d CO.

I. Généralités

Voir ad art. 335d CO.

1

II. L'intervention de l'office cantonal du travail (al. 1 à 3)

Rôle de l'office cantonal du travail dans les procédures de licenciement collectif – L'office cantonal du travail est l'autorité administrative chargée du service public de l'emploi ; sa mission est de placer les demandeurs d'emploi et d'aider les employeurs à pourvoir les places vacantes (art. 24 LSE). Au vu de cette mission, les offices cantonaux du travail ont vocation à intervenir en cas de licenciement collectif, puisque de nombreux travailleurs risquent de se retrouver à bref délai sans emploi. C'est pourquoi tant la législation sur le service de l'emploi (art. 29 LSE), que l'article 335g CO obligent les employeurs à annoncer à cette autorité les licenciements collectifs projetés. Selon l'article 335g al. 2 CO, le rôle de l'office est aussi de tenter de trouver des solutions aux problèmes posés par le licenciement collectif projeté ; le législateur lui donne ainsi un rôle qui va au-delà de sa mission générale prévue par l'article 24 LSE¹. Il lui appartient en effet d'intervenir, comme conseiller des parties et médiateur, dans la procédure de consultation déjà (le texte légal parlant de licenciement *projeté*) ; il doit donc rechercher avec les parties des solutions qui permettent d'éviter les congés, d'en réduire le nombre ou, à défaut, d'en atténuer les conséquences et, en particulier, soumettre des propositions s'agissant des indemnités et des mesures d'accom-

2

¹ AUBERT, Réglementation, pp. 90 ss et 103 ss.

payement². En cas de conflit lié à un licenciement collectif, les *offices de conciliation* ont également vocation à intervenir pour favoriser des solutions négociées (art. 30 et 31 LTrF) et/ou, si les parties l'acceptent, à statuer en tant que tribunal arbitral public sur le plan social (art. 34 LTrF)³.

- 3 **Obligations de l'employeur à l'égard de l'office cantonal du travail** – L'employeur est tenu de notifier à l'office cantonal le projet de licenciement collectif (al. 1). Cette notification doit intervenir par écrit (al. 1). Elle doit contenir les résultats de la consultation des travailleurs prévue à l'article 335f CO ainsi que tous les renseignements utiles concernant le projet de licenciement collectif (al. 2) ; l'employeur doit en particulier transmettre à l'office une copie de la communication écrite aux travailleurs prévue à l'article 335f al. 3 CO (art. 335f al. 4 CO). Pour déterminer les autres renseignements que l'office du travail est en droit d'exiger de l'employeur, il faut prendre en compte la mission générale de cet office en tant service public de l'emploi (qui nécessite de connaître de manière détaillée les profils des travailleurs qui risquent de se retrouver sans emploi⁴) ainsi que sa mission spécifique prévue à l'article 335g al. 3 CO (qui nécessite de connaître la situation économique de l'employeur et ses moyens d'éviter les congés, d'en limiter le nombre et d'en atténuer les conséquences⁵). Au vu de sa mission, il faut reconnaître un droit de l'office d'exiger la comparution personnelle de l'employeur ou de ses organes pour discuter des problèmes posés par le licenciement collectif projeté⁶ ; selon les circonstances, il peut se justifier que l'autorité politique cantonale dont dépend l'office cantonal du travail, en vertu de son pouvoir d'évocation, se charge de cette tâche.

- 4 **Droits des travailleurs à l'égard de l'office cantonal du travail** – L'article 335g al. 3 prévoit que la représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs peuvent communiquer des observations à l'office cantonal du travail. Ce droit de communiquer des observations implique une obligation pour l'autorité cantonale de les examiner et de rendre compte aux travailleurs des mesures pri-

² ATF 132 III 406, c. 2.4, SJ 2007 I 129 (trad.), *obiter dictum* ; AUBERT, Réglementation, p. 106 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 335g, p. 248.

³ AUBERT, Réglementation, pp. 103 s.

⁴ Dans ce sens : GE, art. 24A al. 1 de la loi sur le service de l'emploi et la location de services (LSELS ; RS J 2 05) : « L'autorité compétente, afin de trouver des solutions aux problèmes posés par les licenciements collectifs peut [...] exiger notamment les renseignements utiles suivants : (a) le nombre total des employés de l'entreprise, le nombre et la liste nominative des travailleurs concernés, avec des renseignements d'état civil complets, la fonction exercée, le nombre d'années de service ainsi que le dernier salaire réalisé dans l'entreprise. ».

⁵ Sur cette question, voir dans le présent ouvrage, N ad art. 335f CO.

⁶ Dans ce sens : GE, art. 24A al. 2 de la loi sur le service de l'emploi et la location de services (LSELS ; RS J 2 05) : « Elle [L'autorité compétente] peut également convoquer l'employeur ou toute personne dont elle juge la présence nécessaire en vue de trouver des solutions. ».

ses ; de manière générale, il se justifie de reconnaître aux travailleurs la qualité de partie dans la procédure administrative menée par l'office cantonal du travail.

III. Échéance des rapports de travail en cas de licenciement collectif (al. 4)

Cas normal – L'article 335g al. 4 CO prévoit que les rapports de travail prennent fin 30 jours après la notification du projet de licenciement à l'office cantonal du travail à moins que, selon les dispositions contractuelles ou légales, le congé ne produise effet à un terme ultérieur. Il découle de cette disposition qu'un licenciement collectif ne peut jamais avoir pour effet de raccourcir les délais de congés contractuels ou légaux ; il ne peut pas non plus priver un travailleur de la protection contre la résiliation en temps inopportun (art. 336c CO)⁷. La fin des rapports de travail intervient toutefois au plus tôt 30 jours après la notification du projet de licenciement collectif à l'office cantonal du travail, ce qui permet, dans tous les cas, à l'office cantonal du travail de disposer de 30 jours pour remplir le mandat que lui confie le législateur. En pratique, si le congé est donné après la notification à l'office cantonal du travail, la fin des rapports de travail en application du délai de congé ordinaire (légal ou contractuel) intervient presque toujours à une date postérieure à l'échéance de ce délai de 30 jours prévu à l'article 335g al. 4 CO ; en effet, à l'exception du temps d'essai et d'éventuelles dispositions de conventions collectives relatives à la première année de service, le délai de congé est toujours d'un mois au minimum (art. 335c al. 2 CO). En dehors de ces deux dernières hypothèses, l'article 335g al. 4 CO peut néanmoins avoir une portée pratique dans les cas où la notification du licenciement à l'office cantonal de l'emploi intervient tardivement, soit après le prononcé des congés⁸. Dans un tel cas, le déroulement normal de la procédure de consultation n'est toutefois pas respecté, puisque l'article 335g al. 1 CO prévoit que la notification à l'office cantonal du travail a lieu alors que le licenciement collectif est encore au stade du projet ; il est donc probable que le licenciement soit également abusif au sens de l'article 336 al. 2 let. c CO en raison du non-respect de la procédure de consultation⁹.

⁷ CARRUZZO, N 3 ad art. 335f et 335g CO, p. 515 ; WYLER, p. 487.

⁸ Message 1992, p. 407, cite l'exemple suivant : le 30 juin un travailleur reçoit son congé pour le 31 juillet ; l'office cantonal du travail est informé du projet de licenciement collectif le 15 juillet seulement, dans ce cas le congé demeurera valable, mais ne produira effet qu'au 15 août (*recte* : au 14 août).

⁹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 art. 335g, p. 248.

- 6 **Résiliation prononcée en violation des prescriptions en matière de licenciement collectif** – Une résiliation prononcée en violation des prescriptions légales (matérielles ou formelles) en matière de licenciement collectif est valable¹⁰. Si les exigences matérielles de la consultation prévues à l'art. 335f CO ne sont pas respectées, le licenciement est abusif en vertu de l'article 336 al. 2 let. c CO. Si la notification à l'office cantonal du travail prévue à l'article 335g al. 1 CO – qui a pour but de permettre à cet office de remplir les missions que lui confie le législateur en cas de licenciement collectif – est omise, le délai de 30 jours de l'article 335g al. 4 CO ne peut pas commencer à courir ; il faut donc admettre, selon le Tribunal fédéral, que le contrat – valablement résilié – se poursuit jusqu'au moment où une intervention de l'office cantonal du travail ne pourrait plus se faire utilement¹¹. Dans une telle situation, pour avoir droit au salaire pendant la période de prolongation du contrat de travail découlant de l'application de l'article 335g al. 4 CO, le travailleur doit avoir travaillé ou mis son employeur en demeure en offrant ses services (art. 324 CO) ; en outre, la prise d'un nouvel emploi équivaut à l'admission, par acte concluant, de l'extinction des rapports de travail existants¹².

¹⁰ La réglementation des art. 335d à 335g CO étant relativement impérative, un accord ou une convention collective peut toutefois valablement prévoir la nullité de licenciements donnés en violation des règles de consultation fixées ; voir dans le présent ouvrage, N 8 ad art. 335d CO.

¹¹ ATF 132 III 406, SJ 2007 I 129 (trad.).

¹² ATF 132 III 406, c. 2.6, SJ 2007 I 129 (trad.).

Art. 336

III. Protection contre les congés

1. Résiliation abusive

a. Principe

¹ Le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie :

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

² Est également abusif le congé donné par l'employeur :

- a) en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance du travailleur à une organisation de travailleurs ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale ;
- b) pendant que le travailleur, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise et que l'employeur ne peut prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation.
- c) sans respecter la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs (art. 335f).

³ Dans les cas prévus à l'al. 2, let. b, la protection du représentant des travailleurs dont le mandat a pris fin en raison d'un transfert des rapports de travail (art. 333) est maintenue jusqu'au moment où ce mandat aurait expiré si le transfert n'avait pas eu lieu.

III. Kündigungs- schutz

1. Missbräuchliche Kündigung

a. Grundsatz

¹ Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht :

- a) wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb ;
- b) weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt, es sei denn, die Rechtsausübung verletze eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb ;
- c) ausschliesslich um die Entstehung von Ansprüchen der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln ;
- d) weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht ;

- e) weil die andere Partei schweizerischen obligatorischen Militär- oder Schutzdienst oder schweizerischen Zivildienst leistet oder eine nicht freiwillig übernommene gesetzliche Pflicht erfüllt.

² Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist im Weiteren missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird :

- a) weil der Arbeitnehmer einem Arbeitnehmerverband angehört oder nicht angehört oder weil er eine gewerkschaftliche Tätigkeit rechtmässig ausübt ;
- b) während der Arbeitnehmer gewählter Arbeitnehmervertreter in einer betrieblichen oder in einer dem Unternehmen angeschlossenen Einrichtung ist, und der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass er einen begründeten Anlass zur Kündigung hatte ;
- c) im Rahmen einer Massenentlassung, ohne dass die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer, konsultiert worden sind (Art. 335f).

³ Der Schutz eines Arbeitnehmervertreters nach Absatz 2 Buchstabe b, dessen Mandat infolge Übergangs des Arbeitsverhältnisses endet (Art. 333), besteht so lange weiter, als das Mandat gedauert hätte, falls das Arbeitsverhältnis nicht übertragen worden wäre.

III. Protezione dalla disdetta

1. Disdetta abusiva

a. Principio

¹ La disdetta è abusiva se data :

- a) per una ragione intrinseca alla personalità del destinatario, salvo che tale ragione sia connessa con il rapporto di lavoro o pregiudichi in modo essenziale la collaborazione nell'azienda ;
- b) perché il destinatario esercita un diritto costituzionale, salvo che tale esercizio leda un obbligo derivante dal rapporto di lavoro o pregiudichi in modo essenziale la collaborazione nell'azienda ;
- c) soltanto per vanificare l'insorgere di pretese del destinatario derivanti dal rapporto di lavoro ;
- d) perché il destinatario fa valere in buona fede pretese derivanti dal rapporto di lavoro ;
- e) perché il destinatario presta servizio obbligatorio svizzero, militare o di protezione civile, oppure servizio civile svizzero o adempie un obbligo legale non assunto volontariamente.

² La disdetta da parte del datore di lavoro è abusiva segnatamente se data :

- a) per l'appartenenza o la non appartenenza del lavoratore a un'associazione di lavoratori o per il legittimo esercizio di un'attività sindacale da parte del lavoratore ;
- b) durante il periodo nel quale il lavoratore è nominato rappresentante dei salariati in una commissione aziendale o in un'istituzione legata all'impresa e il datore di lavoro non può provare che aveva un motivo giustificato di disdetta.
- c) nel quadro di un licenziamento collettivo, qualora non siano stati consultati la rappresentanza dei lavoratori o, in mancanza, i lavoratori medesimi (art. 335f).

³ Nei casi previsti dal capoverso 2 lettera b, la tutela dei rappresentanti dei lavoratori il cui mandato sia cessato in seguito al trasferimento del rapporto di lavoro (art. 333) continua fino al momento in cui il mandato sarebbe cessato se non fosse sopravvenuto il trasferimento del rapporto di lavoro.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	656
II. Notion de congé abusif.....	7	658
1. Principes	7	658
2. Délimitations	12	659
3. Fardeau de la preuve.....	16	661
III. Cas de résiliation abusive expressément prévus dans la loi (art. 336 al. 1 et 2 CO).....	23	662
1. Congé donné pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (art. 336 al. 1 let. a CO).....	25	663
2. Congé donné en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel, à moins que l'exercice de ce droit ne viole une obligation résultant du contrat de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (art. 336 al. 1 let. b CO).....	34	667
3. Congé donné seulement afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie, résultant du contrat de travail (art. 336 al. 1 let. c CO).....	39	669
4. Congé donné parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail (art. 336 al. 1 let. d CO).....	43	670
5. Congé donné parce que l'autre partie accomplit un service obligatoire ou un service civil, en vertu de la législation fédérale, ou parce qu'elle accomplit une obligation légale lui incombant sans qu'elle ait demandé de l'assumer (art. 336 al. 1 let. e CO).....	51	673
6. Congé donné en raison de l'appartenance ou de la non-apparte- nance de l'employé à une organisation de travailleurs ou de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale (art. 336 al. 2 let. a CO).....	55	674
7. Congé donné pendant que l'employé, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission de l'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise et que l'employeur ne peut prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation (art. 336 al. 2 let. b CO).....	60	676
8. Congé donné sans respecter la procédure de consultation prévues pour les licenciements collectifs (art. 336 al. 2 let. c CO).....	67	678
9. Nouveau cas légal ?	69	679
IV. Cas de résiliation abusive consacrés par la jurisprudence	70	679
1. Cadre général.....	71	680
2. Critères	75	681
3. Congé abusif admis	79	682
V. Motifs légitimes de licenciement.....	87	683
1. Cadre général.....	87	683
2. Critères	88	684

Bibliographie spécifique

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Licenciement abusif et jurisprudence récente, in : SJ 2007 II, pp. 51 ss ; BARBEY RICHARD, Les congés abusifs selon l'art. 336 al. 1 CO, in : Journée 1993 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1994, pp. 71 ss (cité : Congés) ; BARBEY RICHARD, La procédure relative aux résiliations abusives du contrat de travail, in : Journée 1993 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1994, pp. 97 ss (cité : Procédure) ; BERSIER ROLAND, La résiliation abusive du contrat de travail (art. 336 à 336b CO), in : RSJ 89 (1993), pp. 313 ss ; CHANSON ESTELLE, Le licenciement « pour motifs économiques » ou « pour défaut de caractère », in : WYLER, Panorama II, pp. 67 ss ; DUNAND JEAN-PHILIPPE, Liberté de licenciement en droit suisse : la règle devient-elle l'exception ?, in : Revue de l'avocat 2006, pp. 319 ss (cité : Liberté) ; DUNAND JEAN-PHILIPPE, La jurisprudence de la Cour de cassation civile neuchâteloise en matière de licenciement abusif, in : RJN 2003, pp. 51 ss (cité : Jurisprudence) ; GABATHULER THOMAS, Die Kündigungsfreiheit kommt ins Wanken, in : plaidoyer 5/2008, pp. 32 ss ; GLOOR WERNER, Kopftuch an der Kasse – Religionsfreiheit im privaten Arbeitsverhältnis, in : DTA 2006, pp. 1 ss (cité : Kopftuch) ; GLOOR WERNER, Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive, in : DTA 2004, pp. 249 ss (cité : Congé-modification) ; GLOOR WERNER, Le congé-soupçon, in : DTA 2003, pp. 133 ss (cité : Congé-soupçon) ; MOESCH PASCAL, La protection internationale contre les mesures antisyndicales prises par l'employeur, in : WYLER, Panorama I, pp. 539 ss ; MURER ERWIN, Diskriminierung wegen Religion in der Arbeitswelt ?, in : Religion und Integration aus der Sicht des Rechts, Zurich/Bâle/Genève 2010, pp. 173 ss ; PARLI KURT, Die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität, in : PJA 2010, pp. 715 ss ; RUDOLPH ROGER, Konflikte am Arbeitsplatz und Kündigung, in : DTA 2011, pp. 77 ss ; SATTIVA SPRING CHRISTINE, Le licenciement abusif pour des motifs non énumérés à l'article 336 CO, in : WYLER, Panorama I, pp. 275 ss ; SCHWAAB JEAN-CHRISTOPHE, La protection contre le licenciement abusif, in : DTA 2010, pp. 153 ss ; ZOISS MARIE-GISELE, La résiliation abusive du contrat de travail, Lausanne 1997.

I. Généralités

- 1 **Objet et but** – L'article 336 CO contient une liste de huit différents cas dans lesquels il y a lieu de considérer qu'une résiliation du contrat de travail est abusive. Cette énumération, qui n'est pas exhaustive, concrétise l'interdiction générale de l'abus de droit (cf. art. 2 al. 2 CC)¹.
- 2 **Systématique** – La résiliation abusive est régie par trois dispositions, les articles 336 à 336b CO, qui font partie de la section G (fin des rapports de travail) du chapitre premier sur le contrat individuel de travail. 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.
- 3 **Loi sur l'égalité** – La Loi sur l'égalité protège les salariées contre deux types de licenciement qui constituent des cas spécifiques de congé abusif : le congé discriminatoire (cf. art. 336 al. 1 let. a CO) et le congé repréailles (cf. art. 336 al. 1

¹ ATF 132 III 115, c. 2.1, JdT 2006 I 152 (trad.).

let. d CO). Il y a licenciement discriminatoire lorsqu'une employée est licenciée pour une raison liée à son sexe (cf. art. 3 al. 2 LEG), par exemple parce qu'elle est mariée (cf. art. 3 al. 1 LEG)². La personne lésée peut prétendre au versement d'une indemnité par l'employeur, fixée compte tenu de toutes les circonstances, et qui n'excédera pas le montant correspondant à six mois de salaire (cf. art. 5 al. 2 et 4 LEG)³. Il y a congé repréaillies lorsqu'une employée est licenciée parce qu'elle s'est plainte sur son lieu de travail, devant un office de conciliation ou un tribunal, d'avoir subi une discrimination interdite par la loi sur l'égalité (cf. art. 10 al. 1 LEG), par exemple parce qu'elle a demandé à son employeur de mettre fin à une discrimination salariale⁴. La personne licenciée peut demander l'annulation du congé et sa réintégration dans l'entreprise (cf. 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 (cf. art. 10 al. 4 LEG)⁵.

Nature – L'art. 336 al. 1 CO constitue une disposition absolument impérative, c'est-à-dire à laquelle il ne peut pas être dérogé ni au détriment de l'employeur ni au détriment du travailleur (cf. art. 361 al. 1 CO). En revanche, l'art. 336 al. 2 CO est de nature relativement impérative, c'est-à-dire, à laquelle il ne peut pas être dérogé au détriment du travailleur (cf. art. 362 al. 1 CO). La question de savoir si l'ordre juridique suisse permet ou non d'améliorer par la voie conventionnelle la protection légale des art. 336 ss CO n'a pas encore été tranchée par le Tribunal fédéral⁶.

Origine et évolution – Les dispositions sur le congé abusif (art. 336 à 336b CO) ont été introduites dans le Code des obligations par la loi fédérale du 18 mars 1988, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1989⁷. Le législateur a ainsi concrétisé de manière générale le principe de la résiliation abusive du contrat de travail et étendu la protection à d'autres cas que celui du congé prononcé en raison d'un service militaire ou dans la protection civile (art. 336g aCO⁸)⁹. L'art. 336 CO a été révisé plusieurs fois. D'une part, la lettre e de l'alinéa 1^{er} a été modifiée à deux reprises :

² LEMPEN, Commentaire LEG, N 35 ad art. 3 LEG, p. 58.

³ PORTMANN, BaK 2011, N 35 ss ad art. 336 CO, p. 2079.

⁴ LEMPEN, Commentaire LEG, N 34 ad art. 3 LEG, p. 56, note 140.

⁵ AUBERT, Commentaire LEG, N 33 ss ad art. 10 LEG, pp. 230 ss ; PORTMANN, BaK 2011, N 39 ss ad art. 336 CO, p. 2080.

⁶ Cf. TF 4A_248/2010 du 12 juillet 2010, c. 5. La seconde chambre civile du Tribunal d'appel tessinois a quant à elle considéré que les parties avaient la possibilité de subordonner, par voie conventionnelle, le droit de donner le congé à l'existence de motifs particuliers (TAppello/TI du 4 février 2000, c. 3, in : Rep 2000, p. 207).

⁷ Message 1984, p. 622 ; RO 1988 1472. Pour une présentation du projet du Conseil fédéral et des travaux parlementaires, cf. ZOISS, pp. 123 ss.

⁸ L'art. 336g aCO était entré en vigueur le 1^{er} janvier 1972, à l'occasion de la révision des règles du Code des obligations sur le contrat de travail de 1971 (Cf. Message 1967, p. 394 ; RO 1971 1461). Pour un commentaire de l'art. 336g aCO, cf. ZOISS, pp. 95 ss.

⁹ ZOISS, p. 12 et pp. 91 ss.

par la Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire du 3 février 1995, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1996¹⁰ et par la Loi fédérale sur le service civil du 6 octobre 1995, en vigueur depuis le 1^{er} octobre 1996¹¹. D'autre part, la lettre c de l'alinéa 2 et l'alinéa 3 ont été introduits par La loi fédérale modifiant le Code des obligations du 17 décembre 1993, en vigueur le 1^{er} mai 1994, dans le cadre de la reprise du projet Eurolex qui avait notamment pour but de rendre le droit suisse compatible avec le droit européen en matière de licenciements collectifs¹².

- 6 **Réforme** – En date du 1^{er} octobre 2010, le Conseil fédéral a mis en consultation un rapport explicatif et un avant-projet du Département fédéral de justice et police relatif à une « révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) »¹³. L'avant-projet prévoit notamment une réforme substantielle de l'art. 336 CO. Premièrement, l'art. 336 al. 2 let. b CO serait modifié dans le sens que seuls des motifs inhérents à la personne du travailleur seraient admis comme motifs justifiés de licenciement des représentants des travailleurs. Deuxièmement, l'art. 336 al. 1 CO serait biffé de la liste des dispositions absolument impérative : selon un nouvel alinéa 4, il pourrait être dérogé aux al. 1 à 3 de l'art. 336 CO de manière également favorable à l'employeur et au travailleur ou en faveur du travailleur par accord, contrat-type de travail ou convention collective. À l'issue de la procédure de consultation, le Conseil fédéral a souhaité prendre le temps d'une réflexion globale sur la problématique du régime juridique du licenciement abusif. Sa position devrait être connue courant 2012.

II. Notion de congé abusif

1. Principes

- 7 **Motif du congé** – Le congé est abusif s'il est donné pour un motif qui n'est pas digne de protection¹⁴. Ce n'est pas le but du congé, celui de mettre fin 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 contrat¹⁵. Ainsi que le relevait le Conseil fédéral, « les seuls éléments déterminants sont le motif du congé et la causalité entre ce motif et le congé lui-même : le congé ne peut et ne doit être considéré comme abusif que parce qu'il a été prononcé pour un motif qui n'est

¹⁰ Message 1993, p. 757 ; RO 1994 804 807. Voir aussi ZOSS, pp. 249 s.

¹¹ RO 1996 1445.

¹² Message 1993, p. 757 ; RO 1994 804 807. Voir aussi ZOSS, pp. 249 s.

¹³ Voir Département fédéral de justice et de police, « Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié), Rapport explicatif et avant-projet », Berne, septembre 2010. Voir aussi *infra*, N 69.

¹⁴ TERCIER/FAVRE, N 3691, p. 549.

¹⁵ ZOSS, p. 53.

pas digne de protection »¹⁶. Ce rapport de causalité entre le motif et la résiliation est clairement exprimé dans la loi par les termes « en raison de », « seulement » ou encore « parce que »¹⁷.

Pluralité de motifs – En pratique, le congé n'est pas toujours fondé sur une seule raison. Lorsque plusieurs motifs de congé entrent en jeu et que l'un d'entre eux n'est pas digne de protection, il convient de déterminer si, sans le motif illicite, le contrat aurait été tout de même résilié : si tel est le cas, le congé n'est pas abusif¹⁸. En effet, la loi ne connaît pas la notion de congé partiellement abusif¹⁹.

Validité du congé – Les dispositions sur le congé abusif ne remettent pas en cause le principe de la liberté fondamentale pour chacune des parties de mettre fin unilatéralement au contrat de travail²⁰. D'ailleurs, le caractère abusif du congé n'affecte pas sa validité et il n'y a pas, sous le régime du Code des obligations, de droit à la réintégration²¹. En revanche, la victime d'un tel congé peut solliciter le paiement d'une indemnité dont le montant sera 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).

Rapport avec l'art. 41 CO – Le caractère abusif du congé ne permet pas de qualifier ce dernier ipso facto d'acte illicite. En effet, ainsi que l'a rappelé le Tribunal fédéral, « sauf cas tout à fait exceptionnels, l'art. 2 CC n'est pas considéré comme une norme de protection fondamentale dont la violation est propre à entraîner une responsabilité fondée sur l'art. 41 CO »²².

Caractère non exhaustif de l'énumération – L'art. 336 CO énumère huit cas de congé abusif. Cette liste n'est pas exhaustive. Selon le Tribunal fédéral, l'ordre juridique peut reconnaître d'autres cas pour autant qu'ils aient une gravité similaire²³.

2. Délimitations

Existence d'une résiliation – La protection contre les congés abusifs présuppose par définition une résiliation des rapports de travail²⁴. Il en résulte

¹⁶ Message 1984, p. 622.

¹⁷ ZOSS, p. 263.

¹⁸ TF du 11 novembre 1993, c. 1c, in : SJ 1995 798.

¹⁹ SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 336 CO, p. 550 ; ZOSS, p. 267.

²⁰ ATF 132 III 115, c. 2.1, JdT 2006 I 152 (trad.).

²¹ TF du 12 mars 1992, c. 3, in : SJ 1993 361.

²² TF 4A_564/2008 du 26 mai 2009, c. 3.1.

²³ ATF 132 III 115, c. 2.1, JdT 2006 I 152 (trad.). Pour une présentation des cas de résiliation abusive consacrés par la jurisprudence, cf. *infra* N 70.

²⁴ CCC/NE du 21 juillet 2003, c. 4, in : RJN 2003, p. 181.

qu'elle ne s'applique ni à un contrat de durée déterminée qui prend fin par l'écoulement du temps, ni dans l'hypothèse d'une résiliation du contrat de travail d'un commun accord, pour autant évidemment que les conditions de validité d'un tel accord aient été respectées²⁵.

- 13 **Rapports avec les articles 335 ss, 336c et 337 ss CO** – Lorsque l'employeur se trompe dans l'échéance du contrat, ne respecte pas le délai de congé ou résilie le contrat de travail pendant que l'employé est protégé contre un licenciement en temps inopportun, le congé n'est en principe pas abusif. En effet, la sanction consiste dans le report de l'échéance du congé, voire dans la nullité de la résiliation (cf. art. 336c al. 2 CO)²⁶. Par ailleurs, lorsqu'un licenciement immédiat injustifié (cf. art. 337 et 337c CO) présente également le caractère d'un congé abusif (art. 336 CO), il n'y a pas de cumul possible entre l'indemnité pour congé abusif (art. 336a CO) et l'indemnité pour licenciement immédiat injustifié (art. 337c al. 3 CO)²⁷. Le juge n'allouera qu'une indemnité fondée sur l'art. 337c al. 3 CO²⁸.
- 14 **Accord sur les modalités de la fin des rapports** – Lorsque l'employeur résilie unilatéralement le contrat de travail et que les parties passent simultanément ou postérieurement un accord régissant uniquement les modalités de la fin des rapports de travail, les art. 336 ss CO restent applicables. En effet, selon la jurisprudence, l'acceptation de la résiliation par l'employé ne suffit pas à elle seule pour déduire l'existence d'une résiliation conventionnelle et par-là même une volonté implicite de celui-ci à renoncer à la protection prévue par les art. 336 ss CO²⁹.
- 15 **Temps d'essai** – Dans un arrêt de principe assez récent, le Tribunal fédéral a admis la possibilité d'invoquer les dispositions sur le congé abusif pendant le temps d'essai. Dans la mesure cependant où le temps d'essai comporte nécessairement une part d'arbitraire, l'application des articles 336 ss CO doit rester exceptionnelle. Dans le cas tranché par notre Haute Cour, l'employé, médecin-anesthésiste, avait clairement annoncé, lors des pourparlers précontractuels, qu'il ne serait pas en mesure de travailler à plus de 80% pour l'employeur. En résiliant son contrat parce qu'il n'acceptait pas d'augmenter son temps de travail au-delà de 80%, l'employeur avait adopté une attitude contradictoire par rapport à la confiance qu'il avait éveillée en acceptant de conclure le contrat de travail, en toute connaissance de cause des exigences du travailleur³⁰.

²⁵ WYLER, pp. 530 s.

²⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 14 ad art. 336 CO, p. 1036 ; WYLER, p. 533.

²⁷ TF 4C.431/2005 du 31 janvier 2006, c. 5 ; AUBRY GIRARDIN, p. 72 ; PORTMANN, BaK 2011, N 9 ad art. 336a CO, p. 2084 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 15 ad art. 336 CO, pp. 1036 s.

²⁸ ATF 121 III 64, c. 2 = JdT 1996 I 60 ; TF 4C.177/2000 du 24 avril 2001, c. 4.

²⁹ TF 4C.37/2005 du 17 juin 2005, c. 2.2 ; TF du 19 avril 2002, c. 2, in : SJ 2003 I 220 ; TAppello/TI du 28 juillet 2006, c. 3.2, in : JAR 2007, p. 481 ; CCC/NE du 21 juillet 2003, c. 4, in : RJN 2003, p. 181.

³⁰ ATF 134 III 108, c. 7, JdT 2009 I 51 (trad.), SJ 2008 I 298 (trad.).

3. Fardeau de la preuve

Principes – Le travailleur qui prétend que le congé qui lui a été notifié est abusif doit en apporter la preuve (cf. art. 8 CC), sauf dans l'hypothèse visée à l'art. 336 al. 2 let. b CO³¹. Il doit établir non seulement le motif abusif, mais aussi l'existence d'un lien de causalité entre l'état de fait fondant le caractère abusif du congé et la résiliation du contrat de travail³². L'appréciation du caractère abusif d'un licenciement suppose l'examen de toutes les circonstances du cas d'espèce afin de déterminer quel est le motif réel du congé³³. Les motifs de la résiliation relèvent du fait. De même, l'incidence respective des divers motifs de résiliation en concours est une question qui relève de la causalité naturelle et, par conséquent, du fait³⁴. 16

Preuve par indices – Selon le Tribunal fédéral, il y a lieu de tenir compte des difficultés liées à la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui a résilié le contrat. Le juge peut ainsi présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de « preuve par indices ». 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 du congé (cf. art. 160 CPC)³⁵. 17

Connexité temporelle – En pratique, la chronologie des événements joue un rôle important³⁶. Plus court est le laps de temps entre le motif abusif supposé (par exemple, la formulation de prétentions juridiques, de bonne foi, par le travailleur) et la notification du licenciement, et plus l'indice de l'existence d'un congé abusif sera élevé³⁷. Il peut cependant exister des situations particulières. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que le fait que le comportement critiquable de l'employeur ait lieu près d'une année avant le licenciement n'interdisait pas de qualifier la résiliation d'abusive lorsqu'elle s'inscrivait dans un processus que l'on pouvait considérer comme un tout³⁸. 18

³¹ DIETSCHY, N 682, p. 323.

³² DIETSCHY, N 682, p. 324.

³³ TF 4A_408/2011 du 15 novembre 2011, c. 5.2 ; TF 4A_564/2008 du 26 mai 2009, c. 2.1.

³⁴ ATF 130 III 699, c. 4.1 = JdT 2006 I 193 = SJ 2005 I 152 ; TF 4A_564/2008 du 26 mai 2009, c. 2.1.

³⁵ ATF 130 III 699, c. 4.1 = JdT 2006 I 193 = SJ 2005 I 152 ; TF 4A_408/2011 du 15 novembre 2011, c. 5.2 ; TF 4A_407/2008 du 18 décembre 2008, c. 3.1 ; DIETSCHY, N 683, pp. 324 ss.

³⁶ ZOISS, p. 273.

³⁷ TC/JU du 2 février 1996, c. 3a, in : RJJ 1996, p. 253 ; BARBEY, Congés, p. 95.

³⁸ TF 4A_564/2008 du 26 mai 2009, c. 2.2.

- 19 **Pluralité de causes** – La preuve du congé abusif peut s'avérer délicate lorsque plusieurs causes sont envisageables dont seules certaines ou une seule sont abusives : il conviendra d'établir leur influence respective sur le congé³⁹. En cas de pluralité de motifs, lorsque l'employé est parvenu à démontrer l'existence d'un motif abusif, il incombe alors à l'employeur de prouver qu'il aurait licencié le travailleur même en l'absence du motif abusif⁴⁰.
- 20 **Motivation du congé** – Selon l'art. 335 al. 2 CO, la partie qui donne le congé doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande. Il n'existe toutefois aucune présomption légale selon laquelle le congé serait abusif lorsque l'employeur ne le motive pas, le motive faussement ou incomplètement. Une violation de l'obligation de motiver pourra toutefois mener à des sanctions indirectes dans le procès portant sur le caractère abusif du congé, que ce soit au niveau de l'appréciation des preuves ou de la répartition des frais et dépens⁴¹.
- 21 **Preuve des motifs justificatifs** – Lorsque l'employé a fondé le motif abusif sur l'art. 336 al. 1 let. a ou let. b CO, l'employeur peut démontrer que le congé est en réalité justifié par l'un des motifs justificatifs prévus dans la loi. Dans l'hypothèse visée à la lettre a, l'employeur devra apporter la preuve que la raison inhérente à la personnalité du travailleur avait un lien avec le rapport de travail ou portait sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise. Dans l'hypothèse visée à lettre b, l'employeur devra prouver que l'exercice du droit constitutionnel revendiqué par l'employé violait une obligation du contrat de travail ou portait sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise⁴².
- 22 **Renversement du fardeau** – Lorsque l'employeur licencie un représentant du personnel, le fardeau de la preuve est inversé (cf. art. 336 al. 2 let. b CO). C'est, en effet, à l'employeur qu'il incombe d'apporter la preuve d'un motif justifié de résiliation. À défaut, le congé sera considéré comme abusif⁴³.

III. Cas de résiliation abusive expressément prévus dans la loi (art. 336 al. 1 et 2 CO)

- 23 **Vue d'ensemble** – L'art. 336 CO ne contient pas de définition générale, mais énumère huit cas de congés abusifs. Le législateur a souhaité répartir les motifs sur deux alinéas selon un critère qui peut paraître largement théorique.

³⁹ AUBRY GIRARDIN, pp. 68 s.

⁴⁰ TF 4A_430/2010 du 15 novembre 2010, c. 2.1.3, TF 4P.205/2000 du 6 mars 2001, c. 3a ; DIETSCHY, N 683, p. 326.

⁴¹ ATF 121 III 60, c. 3b, JdT 1996 I 47 (trad.) ; CAPH/GE du 14 mars 2007, c. 4.1, in : JAR 2008, p. 386.

⁴² DIETSCHY, N 683, p. 325.

⁴³ TF du 12 août 1997, c. 2, in : JAR 1998, p. 199 ; DIETSCHY, N 599, p. 286.

Ainsi, alors que les cinq motifs de l'alinéa 1^{er} consacrent une protection paritaire et s'appliquent tant à la résiliation du contrat par l'employeur qu'à celle donnée par le travailleur⁴⁴, les trois motifs énumérés à l'al. 2 ne s'appliquent qu'au licenciement donné par l'employeur. En pratique, nous n'avons toutefois pas connaissance d'un cas dans lequel un employeur se serait plaint du caractère abusif d'une résiliation du contrat de travail qui lui aurait été notifiée par un employé.

Large pouvoir d'appréciation – La loi accorde une grande liberté aux juges, lesquels se fondent sur l'ensemble des circonstances pour déterminer si un congé est abusif ou non⁴⁵. Il peut arriver que des cas relativement similaires soient tranchés de manière différente en fonction des paramètres singuliers des cas d'espèce. La jurisprudence est extrêmement abondante⁴⁶.

24

1. Congé donné pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (art. 336 al. 1 let. a CO)

Congé discriminatoire – La personnalité englobe toutes les caractéristiques qui servent à individualiser une personne et qui sont dignes d'être protégées par l'ordre juridique⁴⁷. Constituent, par exemple, des raisons inhérentes à la personnalité, la race, la nationalité, l'âge, l'homosexualité, les antécédents judiciaires ou encore la maladie, la séropositivité, ainsi que la religion⁴⁸. Le trait propre à la personnalité peut ainsi être indépendant de la volonté de la personne concernée ou dépendant en tout ou partie de son libre arbitre⁴⁹. Rappelons que la loi sur l'égalité sanctionne un cas spécifique de congé discriminatoire⁵⁰.

25

Motifs justificatifs – Un congé donné pour une raison inhérente à la personnalité du travailleur n'est pas abusif lorsque l'employeur parvient à prouver que cette raison avait un lien avec le rapport de travail ou qu'elle portait sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise. Alors que la première hypothèse vise principalement la correcte exécution de la prestation de travail et le

26

⁴⁴ Message 1984, p. 611 ; ZOISS, p. 156.

⁴⁵ TF 4A_564/2008 du 26 mai 2009, c. 2.1 ; Message 1984, p. 612.

⁴⁶ FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.23 ss ad art. 336 CO, pp. 271 ss ; STREIFF/VON KAE-NEL/RUDOLPH, N 5 ss ad art. 336 CO, pp. 1009 ss.

⁴⁷ TF 4C.72/2002 du 22 avril 2002, c. 1a.

⁴⁸ ATF 130 III 699, c. 4.1 = JdT 2006 I 193 = SJ 2005 I 152 ; ATF 127 III 86, c. 2a = JdT 2001 I 160 = SJ 2001 I 320 ; TF du 11 novembre 1993, c. 1a, in : SJ 1995 798 ; CAPH/GE du 14 mars 2007, c. 4.3, in : JAR 2008, p. 386.

⁴⁹ BARBEY, Congés, p. 80 ; TC/FR du 29 avril 2005, c. 4a, in : RFJ 2005, p. 348.

⁵⁰ Cf. *supra* N 3.

respect du devoir de fidélité par l'employé, la seconde hypothèse vise avant tout la préservation d'un climat de travail agréable dans l'entreprise⁵¹.

- 27 **Age de l'employé** – Le licenciement d'un employé en raison de son âge est en principe abusif⁵². Il faut cependant nuancer. En pratique, l'âge du travailleur constitue rarement le (seul) motif du licenciement. Dans un arrêt publié aux ATF, le Tribunal fédéral a considéré que le licenciement d'un employé après quarante-quatre ans de bons et loyaux services dans l'entreprise, quelques mois avant sa retraite, était abusif⁵³. Par la suite, notre Haute Cour a toutefois limité la portée de cet arrêt en jugeant qu'il s'agissait d'un arrêt « extrême »⁵⁴ : les principes retenus dans l'ATF 132 III 115, JdT 2006 I 152 (trad.), « ne sauraient faire systématiquement obstacle au licenciement d'un collaborateur d'un certain âge et ayant œuvré de longues années au service du même employeur, lorsque le rendement du travailleur diminue à tel point qu'il n'est plus en mesure d'exécuter à satisfaction les tâches qui lui sont confiées, ni d'assumer une autre occupation compatible avec ses ressources »⁵⁵. Enfin, le licenciement d'un employé qui a atteint l'âge de la retraite n'est en principe pas abusif⁵⁶.

- 28 **Antécédents judiciaires** – Par antécédents, il faut comprendre non seulement l'existence d'une peine antérieure, mais aussi une inculpation ou l'ouverture d'une enquête pénale⁵⁷. On y inclura également les soupçons de commission d'une infraction pénale⁵⁸. Le licenciement d'un employé en raison de ses antécédents judiciaires est en principe abusif, sauf s'ils ont un lien avec le rapport de travail ou qu'ils perturbent gravement le travail dans l'entreprise⁵⁹. Dans une affaire délicate, un employeur, actif sur le marché des espaces publicitaires dans la presse, avait découvert que l'un de ses employés, conseiller à la clientèle, avait été reconnu coupable d'actes d'ordre sexuel avec des enfants. Le Tribunal fédéral a jugé que le licenciement de l'employé en raison de sa condamnation pénale était abusif, car les antécédents pénaux étaient des éléments de la personnalité du travailleur, d'une part, et que le motif n'avait pas de lien avec le rapport de travail ni ne portait un préjudice grave à l'accomplissement du travail dans l'entreprise

⁵¹ ATF 127 III 86, c. 2c = JdT 2001 I 160 = SJ 2001 I 320 ; TF 4C.72/2002 du 22 avril 2002, c. 1a ; AUBERT, CR 2012, N 6 ad art. 336 CO, p. 2081 ; GLOOR, Kopftuch, p. 13 ; SUBILIA/DUC, N 17 s. ad art. 336 CO, p. 557 ; ZOISS, pp. 173 ss.

⁵² CAPH/GE du 10 novembre 2005, c. 3, in : JAR 2006, p. 469.

⁵³ ATF 132 III 115, c. 5, JdT 2006 I 152 (trad.).

⁵⁴ TF 4A_419/2007 du 29 janvier 2008, c. 2.5.

⁵⁵ TF 4A_419/2007 du 29 janvier 2008, c. 2.6. Voir aussi TF 4A_60/2009 du 3 avril 2009, c. 3.2 ; TF 4A_72/2008 du 2 avril 2008, c. 3 et 4.

⁵⁶ TF 4C.388/2006 du 30 janvier 2007, c. 4.2.

⁵⁷ TF 4C.431/2005 du 31 janvier 2006, c. 2.2 ; TF du 13 janvier 1992, c. 1, in : SJ 1993 357.

⁵⁸ AUBRY GIRARDIN, p. 54 ; GLOOR, Congé-soupçon, p. 142.

⁵⁹ TF 4C.431/2005 du 31 janvier 2006, c. 2.2.

d'autre part⁶⁰. En revanche, dans une autre affaire, le Tribunal fédéral a considéré que le congé notifié à une employée de banque qui avait été inculpée d'escroquerie et de faux dans les titres n'était pas abusif. Selon le Tribunal fédéral, l'inculpation pour des délits contre le patrimoine présentait un lien avec le rapport de travail du moment que l'employée travaillait en qualité de secrétaire du directeur responsable d'un service de gestion de la banque. Ce lien résidait dans l'atteinte possible au rapport de confiance liant nécessairement la banque avec son personnel de gestion, fût-il subalterne. En l'occurrence, le rapport était d'autant plus évident que l'inculpation de l'employée était en corrélation étroite avec un ensemble de faits ayant conduit à la fin des rapports de travail avec son employeur précédent⁶¹.

Inaptitude professionnelle – L'employeur est en droit de licencier un employé en raison de son inaptitude professionnelle. Ainsi que l'a relevé la Cour de cassation civile neuchâteloise, il « est vrai qu'un congé donné exclusivement en raison des compétences professionnelles jugées insuffisantes par l'employeur est fondé sur une cause inhérente à la personnalité du travailleur (dans une acception au sens large du terme). Il s'agit là toutefois typiquement d'une raison en relation étroite avec les rapports de travail, qui exclut qu'on qualifie d'abusif un tel congé »⁶².

Maladie – Est en principe abusif le licenciement notifié en raison d'une maladie, à moins qu'elle présente un lien avec le rapport de travail⁶³. Dès lors, l'employeur est en droit, suivant les circonstances, de résilier le contrat de travail d'un employé malade, après l'écoulement du délai de protection contre le congé donné en temps inopportun (cf. art. 336c CO), lorsque la maladie porte atteinte à la capacité de travail de l'employé⁶⁴. On réservera toutefois les cas dans lesquels l'employeur est juridiquement responsable de l'empêchement du travailleur. Ainsi, la résiliation du contrat de travail d'un employé qui a été harcelé sera considérée comme abusive lorsque le mobbing a provoqué chez le travailleur une baisse de rendement ou une période de maladie dont l'employeur se prévaut lors de la résiliation⁶⁵.

Race – Il va de soi que le licenciement d'un employé en raison de sa race ou de la couleur de sa peau est abusif. Dans une affaire dans laquelle des magasiniers d'origine africaine avaient été licenciés après que l'employeur les soupçonnés de

⁶⁰ TF 4C.431/2005 du 31 janvier 2006, c. 3.

⁶¹ TF du 13 janvier 1992, c. 2, in : SJ 1993 357.

⁶² CCC/NE du 16 décembre 1997, cité par DUNAND, Jurisprudence, in : RJN 2003, p. 61.

⁶³ WYLER, pp. 540 s. ; ZOISS, p. 169.

⁶⁴ ATF 123 III 246, c. 5, JdT 1998 I 300 (trad.) ; TF 4C.174/2004 du 5 août 2004, c. 2.2.2 ; KG/SG du 3 janvier 2008, c. III.2, in : JAR 2009, p. 565 ; TC/VD du 21 décembre 2007, c. IV.c, in : JAR 2009, p. 631.

⁶⁵ TF 4C.320/2005 du 20 mars 2006, c. 3.2.

vol en raison de la couleur de leur peau, le Tribunal fédéral a précisé ce qui suit : « Que l'employeur se sépare d'un travailleur « parce qu'il est noir » ou « parce qu'il le soupçonne de vol parce qu'il est noir » revient strictement au même. Il n'y a pas de distinction à opérer selon que le licenciement est fondé directement ou indirectement sur des motifs raciaux ; il est dans tous les cas abusif »⁶⁶.

32 **Statut familial, cohabitation, relation affective** – Le licenciement d'un employé en raison de son statut familial ou de ses relations personnelles est en principe abusif, sauf s'ils ont un lien avec le rapport de travail ou qu'ils perturbent gravement le travail dans l'entreprise⁶⁷. Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte de savoir si la cohabitation ou la relation affective qu'un employé entretient avec un tiers constituait ou non un élément inhérent à sa personnalité. Dans le même arrêt, notre Haute Cour a jugé que le licenciement d'une employée ayant accès à des informations confidentielles parce qu'elle faisait ménage commun avec un employé étant passé à la concurrence n'était pas abusif puisque sa relation affective présentait un lien direct avec son obligation de fidélité envers son employeur⁶⁸. En revanche, une instance cantonale a considéré, à juste titre, que le licenciement d'une travailleuse parce qu'elle était l'épouse d'une personne qui venait d'être condamnée pénalement était abusif⁶⁹.

33 **Traits de caractère** – Selon une instance cantonale, peut être qualifié d'abusif le licenciement d'une employée en raison des traits de sa personnalité, sans que ceux-ci n'aient un quelconque lien avec le rapport de travail ou ne portent un préjudice grave à l'accomplissement de celui-ci⁷⁰. Le Tribunal fédéral n'a jamais eu à trancher la question controversée de savoir si les traits de caractère sont compris dans les raisons inhérentes à la personnalité, car il a toujours été établi que le caractère difficile de l'employé congédié avait un lien avec le rapport de travail ou portait sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise⁷¹. La jurisprudence s'est concentrée sur les conséquences de ces comportements⁷². Le licenciement n'est en principe pas abusif lorsque le travailleur présente des manquements ou des défauts de caractère (par exemple : forte personnalité ; troubles de la mémoire ; caractère brouillon ; incapacité de déci-

⁶⁶ TF du 11 novembre 1993, c. 1d, in : SJ 1995 798.

⁶⁷ CAPH/GE du 9 août 2010, c. 2.2.5, in : JAR 2011, p. 475 ; OG/BE du 22 octobre 2009, c. 6, in : JAR 2010, p. 442 ; CAPH/GE du 29 novembre 2001, c. 3, in : JAR 2002, p. 242.

⁶⁸ TF 4C.72/2002 du 22 avril 2002, c. 1b.

⁶⁹ TC/FR du 29 avril 2005, c. 5, in : RFJ 2005, p. 348.

⁷⁰ TC/FR du 1^{er} mai 2009, c. 4e, in : JAR 2010, p. 462.

⁷¹ ATF 136 III 513, c. 2.5 = JdT 2011 II 215 = SJ 2011 I 24 ; ATF 127 III 86, c. 2b = JdT 2001 I 160 = SJ 2001 I 320.

⁷² CHANSON, Panorama II, pp. 80 ss ; RUDOLPH, pp. 81 ss.

sion) qui nuisent au travail en commun⁷³. De même, il a été jugé que le congé n'était pas abusif lorsqu'il était donné au travailleur qui, en raison de son caractère difficile, avait créé une situation conflictuelle qui nuisait notablement au travail en commun⁷⁴. Il n'y a cependant pas de solution schématique. En effet, le devoir d'assistance de l'employeur, déduit de l'art. 328 CO, lui impose généralement de prendre toutes les mesures que l'on peut attendre de lui pour désamorcer le conflit avant d'en arriver à la résiliation⁷⁵. L'employeur sera donc avisé de ne recourir au licenciement qu'après avoir cherché en vain d'autres solutions et constaté qu'il n'était raisonnablement pas possible de poursuivre les relations de travail⁷⁶.

2. Congé donné en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel, à moins que l'exercice de ce droit ne viole une obligation résultant du contrat de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (art. 336 al. 1 let. b CO)

Exercice d'un droit constitutionnel – Cette disposition constitue une consécration de l'effet horizontal des droits fondamentaux dans les rapports de travail⁷⁷. Appartiennent aux droits constitutionnels tous les droits fondamentaux garantis par les constitutions cantonales, la Constitution fédérale et la Convention européenne des droits de l'homme⁷⁸. Il s'agit notamment de la liberté d'association, de la liberté de conscience et de croyance, de la liberté économique, ainsi que de la liberté personnelle, qui inclut le droit d'organiser librement son temps libre⁷⁹. Le Tribunal fédéral a toutefois précisé que la notion d'exercice d'un droit constitutionnel doit être interprétée de manière restrictive. En effet, une interprétation trop large rendrait la plupart des licenciements abusifs puisque les droits constitutionnels couvrent presque tous les aspects de la vie professionnelle et privée d'un individu⁸⁰.

34

⁷³ TF 4A_309/2010 du 6 octobre 2010, c. 2.4-6 ; TF 8C_826/2009 du 1^{er} juillet 2010, c. 4.4 ; TF 4C.189/2003 du 23 septembre 2003, c. 4.2 ; CAPH/GE du 4 février 2010, c. 2.6, in : JAR 2011, p. 451.

⁷⁴ ATF 136 III 513, c. 2.5 = JdT 2011 II 215 = SJ 2011 I 24.

⁷⁵ TF 8C_826/2009 du 1^{er} juillet 2010, c. 4 ; TF 4A_158/2010 du 22 juin 2010, c. 3.2 ; TF 4C.189/2003 du 23 septembre 2003, c. 5 ; KG/GR du 24 novembre 2008, c. 4, in : JAR 2009, p. 545 ; TC/FR du 1^{er} mai 2009, c. 4, in : JAR 2010, p. 462.

⁷⁶ CHANSON, Panorama II, pp. 81 ss ; PORTMANN, BaK 2011, N 8 ad art. 328 CO, p. 1923 ; RUDOLPH, pp. 90 s. ; WYLER, p. 303 et pp. 536 s.

⁷⁷ BARBEY, Congés, p. 84 ; TERCIER/FAVRE, N 3695, p. 550 ; ZOISS, pp. 184 s.

⁷⁸ TF 4C.72/2002 du 22 avril 2002, c. 2a.

⁷⁹ TF 4A_408/2011 du 15 novembre 2011, c. 5.4.1.

⁸⁰ TF 4C.72/2002 du 22 avril 2002, c. 2a.

- 35 **Motifs justificatifs** – Le congé donné en raison de l'exercice d'un droit constitutionnel peut être licite lorsque l'exercice de ce droit compromet les obligations découlant du contrat de travail ou porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise. L'obligation de fidélité à laquelle est soumis le travailleur (cf. art. 321a CO) restreint notablement l'exercice des droits constitutionnels par le travailleur, car celui-ci doit notamment s'abstenir de tout acte pouvant nuire économiquement à son employeur⁸¹. Les parties peuvent en outre définir le devoir de fidélité de façon plus stricte que ne le fait l'art. 321a CO. La restriction aux droits constitutionnels doit toutefois se faire dans les limites de la liberté contractuelle, notamment de l'art. 27 al. 2 CC. On peut se demander si toute violation contractuelle, même minime (par exemple, une absence de courte durée), est de nature à supprimer le caractère abusif du congé. Selon le Tribunal fédéral, il faut, en principe, déterminer si, dans un cas normal, la violation aurait été tolérée, et si l'employeur n'a pas réagi par un congé que parce que la violation en question était liée à l'exercice d'un droit constitutionnel⁸².
- 36 **Droit de grève** – Le droit de grève ne paraît pas entrer dans l'exercice des droits constitutionnels visé par l'art. 336 al. 1 let. b CO dans la mesure où il ne constitue pas un droit constitutionnel individuel, mais un droit de coalition (cf. art. 28 al. 3 Cst.)⁸³. On réservera toutefois l'application de l'interdiction générale de l'abus de droit, le licenciement d'un travailleur parce qu'il a participé à une grève licite étant en principe reconnu comme un cas de congé abusif non prévu expressément à l'article 336 CO⁸⁴.
- 37 **Liberté d'opinion** – Un employé a la possibilité de formuler certaines critiques envers son employeur, même publiquement, car il exerce sa liberté d'opinion, pour autant qu'il le fasse de manière objective, sans tomber dans la polémique⁸⁵. Il faut cependant peser dans chaque cas les intérêts en présence. Ainsi, le Tribunal fédéral a relevé qu'un travailleur n'est en principe pas en droit de faire prévaloir, en cas de divergence d'opinions, sa propre vision du but social et des mesures à adopter. Par conséquent, l'employeur n'abuse pas de son droit de résiliation quand il licencie ce travailleur au motif qu'il a critiqué la stratégie ou l'organisation imposées par l'organe compétent⁸⁶. De même, un cadre n'a pas à communiquer à ses subordonnés des informations relatives à des dissensions importantes qui l'opposent à la direction de l'entreprise⁸⁷. Viole, enfin, également son devoir

⁸¹ ZOSS, p. 191.

⁸² TF 4A_408/2011 du 15 novembre 2011, c. 5.4.1.

⁸³ AUBRY GIRARDIN, p. 56. Voir aussi, dans le présent commentaire, N 75 ss ad art. 321a CO.

⁸⁴ ATF 125 III 277, c. 3c, JdT 2000 I 240 (trad.).

⁸⁵ TF 4C.91/2002 du 23 novembre 2001, c. 3a ; AUBRY GIRARDIN, pp. 55 s.

⁸⁶ TF 4A_325/2008 du 6 octobre 2008, c. 3.

⁸⁷ TF 4C.400/2004 du 14 février 2005, c. 3.

de fidélité l'employée qui s'engage dans une diatribe virulente et déclenche une polémique injurieuse envers son employeur et ses collègues de travail⁸⁸.

Liberté de conscience et de croyance – Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se pencher sur une affaire singulière dans laquelle un syndicat, agissant en qualité d'employeur, avait résilié le contrat de travail de l'un de ses employés, juriste et adjoint à la direction de la caisse de chômage du syndicat, en raison de son appartenance à une secte, ainsi que de ses sympathies avec des partis politiques de droite, tenues pour inconciliables avec les activités du syndicat. Le congé avait manifestement été donné en raison de l'exercice par l'employé de sa liberté de conscience et de croyance (cf. art. 15 Cst.), de sa liberté d'opinion (cf. art. 16 Cst.) et de sa liberté d'association (cf. art. 23 Cst.). La question était de déterminer si l'employeur pouvait se prévaloir de motifs justificatifs pertinents. Il fallait tenir compte du fait que le syndicat constituait une entreprise à but idéal envers laquelle l'employé était soumis à un devoir de fidélité plus exigeant⁸⁹. Le Tribunal fédéral est parvenu à la conclusion que le congé n'était pas abusif dans la mesure où l'employeur pouvait se fonder sur des motifs justificatifs légitimes. En effet, le fait pour un secrétaire syndical d'assumer parallèlement des responsabilités au sein d'une secte favorable aux idées capitalistes pouvait être tenu pour incompatible avec les orientations du syndicat⁹⁰.

38

3. Congé donné seulement afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie, résultant du contrat de travail (art. 336 al. 1 let. c CO)

Empêcher la naissance de prétentions juridiques – En soi, toute résiliation empêche la naissance de prétentions juridiques relevant du contrat de travail. Toutefois, comme l'a précisé le Tribunal fédéral, l'intention du législateur n'était certainement pas de rendre abusif n'importe quel congé : « il faut admettre que l'art. 336 al. 1 let. c CO protège le travailleur contre une résiliation qui tend à le priver d'une prestation contractuelle particulière dont l'exécution est liée à un moment déterminé des rapports de travail »⁹¹. La prétention peut reposer sur le contrat ou sur la loi. Il s'agira, par exemple, d'une gratification, d'une indemnité à raison de longs rapports de travail, d'une prime de fidélité ou encore du versement rétroactif du renchérissement⁹².

39

Prévoyance professionnelle – Selon le Tribunal fédéral, l'art. 336 al. 1 let. c CO peut également concerner des prétentions en rapport avec la prévoyance profes-

40

⁸⁸ TF 4C.91/2002 du 23 novembre 2001, c. 3a.

⁸⁹ Cf. dans le présent ouvrage, N 18 ad art. 321a CO.

⁹⁰ ATF 130 III 699, c. 4.2 = JdT 2006 I 193 = SJ 2005 I 152.

⁹¹ TF 4C.388/2006 du 30 janvier 2007, c. 3.1.

⁹² *Ibid.*

sionnelle lorsque la résiliation a pour but d'éviter une augmentation importante des charges de prévoyance professionnelle de l'employeur, liées par exemple à un changement de classe d'âge du travailleur et à l'augmentation du taux de cotisation correspondant⁹³.

41 **Plan social** – Le Tribunal fédéral a considéré que la résiliation du contrat de travail d'un employé destinée en réalité, sous un motif fallacieux, à éviter de devoir lui verser les prestations d'un plan social était abusive⁹⁴.

42 **Interprétation du mot « seulement »** – L'interprétation littérale ou non de l'adverbe « seulement » est controversée⁹⁵. Selon certains auteurs, le mot « seulement » signifie que seul le congé fondé uniquement sur ce motif à l'exclusion de tout autre serait abusif (nécessité d'un lien de causalité exclusif). Pour d'autres auteurs, auxquels nous nous rallions, le terme « seulement » n'impose pas un lien de causalité exclusif, mais vise à exclure les prétentions à long terme : un rapport temporel étroit entre le congé et la naissance de la prétention juridique concernée pouvant suivant les cas être suffisant pour l'admission du caractère abusif du congé. Le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé sur la question⁹⁶.

4. **Congé donné parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail (art. 336 al. 1 let. d CO)**

43 **Congé représailles** – La loi tend à empêcher que le licenciement soit utilisé pour punir l'employé d'avoir fait valoir des prétentions juridiques résultant du contrat de travail, en supposant de bonne foi que les droits dont il soutenait être le titulaire lui étaient acquis⁹⁷. La disposition vise ici le « congé représailles » ou « congé vengeance »⁹⁸. C'est dans un sens large qu'il faut entendre l'exercice de ces prétentions : il peut s'agir d'une intervention directe, orale ou écrite, auprès de l'employeur ou de l'ouverture d'une procédure, en ce sens que l'intéressé a saisi de l'affaire un tribunal, une autorité compétente ou une instance arbitrale compétente pour trancher un conflit issu d'une convention collective⁹⁹.

44 **Prétentions résultant du contrat de travail** – Le Tribunal fédéral a précisé que la notion de « prétentions résultant du contrat de travail » doit être interprétée de manière large et qu'elle comprend la loi, les conventions collectives de travail, les

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ TF 4A_140/2008 du 30 mai 2008, c. 3.

⁹⁵ SUBILIA/DUC, N 28 s. ad art. 336 CO, pp. 560 s. ; ZOISS, pp. 198 s.

⁹⁶ TF 4C.388/2006 du 30 janvier 2007, c. 4.1.

⁹⁷ TF 4A_407/2008 du 18 décembre 2008, c. 4.1 ; TF 4C.84/2005 du 16 juin 2005, c. 3.1 ; TC/JU du 2 février 1996, c. 2, in : RJJ 1996, p. 253.

⁹⁸ Rappelons que la loi fédérale sur l'égalité sanctionne également le congé-représailles (cf. *supra* N 3).

⁹⁹ CCC/NE du 18 juin 1993, c. 2, in : RJN 1993, p. 89.

règlements d'entreprise, voire la pratique¹⁰⁰. L'application de l'art. 336 al. 1 let. d CO implique que la partie qui reçoit le congé a eu la volonté d'exercer un droit. Contrairement au cas prévu à la lettre c de la même disposition, il doit s'agir de prétentions existantes et non de prétentions futures, que le congé aurait justement pour but d'empêcher de naître¹⁰¹. Selon le Tribunal fédéral, entrent, par exemple, dans la catégorie des prétentions existantes : l'augmentation de salaire reçue de manière systématique les années précédentes ; l'exercice du droit aux vacances ; ou encore, une réclamation tendant à ce que le salaire soit adapté conformément aux promesses orales que l'employeur a faites¹⁰². Lorsque l'employé se plaint d'une atteinte à sa personnalité ou à sa santé et sollicite la protection de l'employeur, il fait également valoir des prétentions résultant du contrat de travail (cf. art. 328 CO)¹⁰³.

Bonne foi du travailleur – Pour que le congé soit considéré comme abusif, il faut que les prétentions aient été formulées de bonne foi. La bonne foi protège autant l'employeur que le travailleur¹⁰⁴. D'une part, la réclamation ne doit pas permettre à un travailleur de bloquer un congé en soi admissible ou de faire valoir des prétentions totalement injustifiées (protection de l'employeur)¹⁰⁵ ; d'autre part, il importe peu que les prétentions invoquées de bonne foi soient réellement fondées : il suffit que le travailleur soit légitimé, de bonne foi, à penser qu'elles l'étaient (protection de l'employé)¹⁰⁶. En principe, la bonne foi du travailleur est présumée (cf. art. 3 al. 1 CC)¹⁰⁷. Elle doit être d'autant plus facilement admise que la législation est complexe¹⁰⁸.

Lien de causalité – Selon la jurisprudence, s'il n'est pas nécessaire que les prétentions émises par le travailleur aient été seules à l'origine de la résiliation, il doit s'agir néanmoins du motif déterminant qui a essentiellement influencé la décision de l'employeur de licencier¹⁰⁹. Il faut ainsi un rapport de causalité entre les prétentions émises et le congé notifié à l'employé¹¹⁰. Plus les deux événements seront rapprochés dans le temps et plus facilement l'on pourra y inférer un

45

46

¹⁰⁰ TF 4A_407/2008 du 18 décembre 2008, c. 4.2.

¹⁰¹ TF 4C.237/2005 du 27 octobre 2005, c. 2.3.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2003, c. 7.

¹⁰⁴ WYLER, p. 546.

¹⁰⁵ ATF 136 III 513, c. 2.4 = JdT 2011 II 215 = SJ 2011 I 24 ; TF 4A_407/2008 du 18 décembre 2008, c. 4.1.

¹⁰⁶ ATF 136 III 513, c. 2.4 = JdT 2011 II 215 = SJ 2011 I 24 ; TF 4C.84/2005 du 16 juin 2005, c. 3.1.

¹⁰⁷ TF 4A_407/2008 du 18 décembre 2008, c. 4.1 ; TF 4C.317/2006 du 4 janvier 2007, c. 3.1.

¹⁰⁸ AUBRY GIRARDIN, p. 60.

¹⁰⁹ TF 4C.97/2006 du 6 juin 2006, c. 3.1.

¹¹⁰ TF 4C.84/2005 du 16 juin 2005, c. 3.1.

indice du caractère abusif du congé¹¹¹. En conséquence, la résiliation n'est pas abusive lorsque l'employé a fait valoir des prétentions qui n'ont joué aucun rôle causal dans la décision de le licencier¹¹².

- 47 **Pratique** – En pratique, l'art. 336 al. 1 let. d CO constitue le cas de licenciement abusif le plus souvent invoqué en justice. Nous citerons deux exemples parmi une vaste casuistique¹¹³. Le Tribunal fédéral a traité du cas du licenciement d'une employée qui s'était plainte auprès du Procureur général du canton de Genève d'attouchements sexuels par l'un des deux dirigeants de la société et qui avait parallèlement demandé à son employeur de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser un prétendu harcèlement sexuel. Notre Haute Cour a considéré que le licenciement était abusif, car la résiliation du contrat était survenue après que l'employée avait fait valoir une prétention issue de son contrat de travail (cf. art. 328 CO). Le fait que le grief de harcèlement n'ait pas été retenu ne signifiait pas que l'employée avait soulevé sa critique en violation du devoir de fidélité, voire du principe de la bonne foi : avant d'envisager de lui notifier un congé, l'employeur aurait-il dû essayer de comprendre les motifs soulevés par l'employée¹¹⁴. Dans un autre cas, le Tribunal fédéral a jugé que le licenciement d'un employé qui refusait de reprendre une activité à temps complet en raison de son état de santé médicalement attesté constituait également un congé repréailles prohibé par l'art. 336 al. 1 let. d CO¹¹⁵.

- 48 **Congé modification** – La jurisprudence admet la validité de principe du congé modification (*Anderungskündigung*)¹¹⁶, car le contrat de travail n'est pas immuable comme tout contrat¹¹⁷. Toutefois, dans certaines circonstances un congé modification peut constituer un licenciement abusif. Il faut distinguer suivant que les modifications devaient entrer en vigueur avant ou après l'échéance du délai de congé¹¹⁸.

- 49 **Modifications devant entrer en vigueur avant la fin du délai de congé** – Un congé est abusif lorsqu'il est notifié au travailleur du fait qu'il a refusé une modification de son contrat de travail devant prendre effet avant l'échéance du délai de résiliation¹¹⁹. La pratique considère que le licenciement est abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO, car, en refusant une modification du contrat avant

¹¹¹ TC/JU du 2 février 1996, c. 3a, in : RJJ 1996, p. 253.

¹¹² ATF 136 III 513, c. 2.4-6 = JdT 2011 II 215 = SJ 2011 I 24.

¹¹³ FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.48 ss ad art. 336 CO, pp. 280 ss ; STREIFF/VON KAE-NEL/RUDOLPH, N 8 ad art. 336 CO, pp. 1023 ss.

¹¹⁴ TF 4C.60/2006 du 22 mai 2006, c. 7.

¹¹⁵ TF 4A_102/2008 du 27 mai 2008, c. 2.

¹¹⁶ Sur la notion de congé modification, voir dans le présent ouvrage, N 17 ss ad art. 335 CO.

¹¹⁷ ATF 130 III 19, c. 3.1.2.2. ; ATF 123 III 246, c. 3b, JdT 1998 I 300 (trad.) ; TF 4C.317/2006 du 4 janvier 2007, c. 3.3.

¹¹⁸ AUBRY GIRARDIN, pp. 61 s.

¹¹⁹ TF 4C.282/2006 du 1^{er} mars 2007, c. 4.2.

l'échéance, l'employé fait valoir de bonne foi une prétention découlant de son contrat de travail et c'est ce refus qui est à l'origine du licenciement¹²⁰. Est ainsi abusif le congé donné à un employé parce qu'il s'oppose à une réduction immédiate de son salaire¹²¹.

Modifications devant entrer en vigueur au terme du délai de congé – Un congé notifié au travailleur du fait qu'il n'accepte pas une modification de son contrat de travail devant entrer en vigueur au terme du délai de congé est en principe licite. Un tel congé pourra cependant être considéré comme abusif lorsqu'il avait pour but de servir de moyen de pression pour imposer au travailleur une modification défavorable à ses intérêts, sans justification matérielle objective¹²². Il en va ainsi, en particulier, lorsque la modification du contrat est clairement dépourvue de justification économique qui reposerait sur l'exploitation de l'entreprise ou les conditions du marché¹²³. Comme l'a relevé Aubry-Girardin, ce raisonnement revient à modifier la conception suisse de la liberté du licenciement en introduisant l'exigence d'une justification matérielle du congé¹²⁴. Enfin, il va de soi qu'un licenciement motivé par le refus du travailleur de conclure un nouveau contrat qui viole la loi, une convention collective ou un contrat-type applicables constitue également un congé modification abusif¹²⁵.

50

5. Congé donné parce que l'autre partie accomplit un service obligatoire ou un service civil, en vertu de la législation fédérale, ou parce qu'elle accomplit une obligation légale lui incombant sans qu'elle ait demandé de l'assumer (art. 336 al. 1 let. e CO)

Obligation légale – La loi vise le cas de l'employé qui est licencié parce qu'il accomplit un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, ou un service civil, en vertu de la législation fédérale, ou parce qu'il accomplit une obligation légale sans qu'il ait demandé de l'assumer (tuteur, curateur, juré, scrutateur, témoin dans une procédure judiciaire, certains mandats politiques obliga-

51

¹²⁰ TF 4C.317/2006 du 4 janvier 2007, c. 3.3.

¹²¹ TF 4C.177/2003 du 21 octobre 2003, c. 3.2.

¹²² ATF 123 III 246, c. 3b, JdT 1998 I 300 (trad.) ; TAppello/TI du 6 avril 2006, c. 11.2, in : JAR 2007, p. 467.

¹²³ TF 4C.282/2006 du 1^{er} mars 2007, c. 4.4 ; TF 4C.317/2006 du 4 janvier 2007, c. 3.5 ; GLOOR, Congé-modification, pp. 258 s.

¹²⁴ AUBRY GIRARDIN, p. 62.

¹²⁵ TF 4C.282/2006 du 1^{er} mars 2007, c. 4.2, TF du 13 juillet 2000, c. 3, in : SJ 2001 I 49 ; GLOOR, Congé-modification, p. 260.

toires suivant les cantons)¹²⁶. L'atteinte aux intérêts de l'employeur ne constitue pas une condition d'application de l'art. 336 al. 1 let. e CO¹²⁷.

52 **Témoignage en justice** – Le cas type est celui du travailleur qui est licencié parce qu'il a témoigné dans un procès opposant son employeur à un ancien employé de l'entreprise¹²⁸.

53 **Interrogatoire de la police** – Le Tribunal fédéral a traité du cas suivant. A la suite d'un vol commis dans un des bureaux d'une société, plusieurs travailleurs ont été entendus par la police. Lors de cette audition, une employée, entendue à titre de renseignement, a émis des soupçons sur un collègue qui a été totalement innocenté par la suite. L'employeur s'est fondé sur cette disposition pour résilier le contrat de travail de l'employée dans la mesure où elle aurait tenu des propos diffamatoires. Notre Haute Cour a considéré que le licenciement de l'employée parce qu'elle avait participé à un interrogatoire et répondu, de bonne foi, à des questions précises de la police devait être considéré comme abusif¹²⁹.

54 **Obligations militaires** – Lorsqu'un employé est licencié pendant une période de service militaire, le congé est nul en vertu de l'art. 336c al. 1 let. a CO. En revanche, lorsqu'un employé est licencié en dehors d'une période de protection de l'art. 336c al. 1 CO, mais parce qu'il accomplit du service militaire, le congé est valable, mais abusif, au sens de l'art. 336 al. 1 let. e CO¹³⁰.

6. **Congé donné en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance de l'employé à une organisation de travailleurs ou de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale (art. 336 al. 2 let. a CO)**

55 **Appartenance à une organisation de travailleurs** – L'art. 336 al. 2 let. a CO constitue une protection spéciale de la liberté syndicale garantie à l'art. 28 Cst. La disposition protège la liberté d'association positive, soit le fait de fonder, d'adhérer ou de rester membre d'un syndicat, aussi bien que la liberté d'association négative, soit le droit de ne pas faire partie ou de démissionner d'un syndicat. Pour que le congé soit considéré comme abusif, il ne suffit pas que le travailleur soit syndiqué ou non, il faut que le congé lui ait été donné en raison de cette situation¹³¹.

¹²⁶ ZOISS, pp. 222 ss.

¹²⁷ TF 4A_422/2008 du 21 novembre 2008, c. 2.2.

¹²⁸ CCC/NE du 25 octobre 1996, cité par DUNAND, Jurisprudence, in : RJN 2003, p. 70 ; CAPH/GE du 6 novembre 1987, in : SJ 1988 586 (décision rendue avant l'entrée en vigueur des art. 336 ss CO, sur la base de l'art. 2 al. 2 CC).

¹²⁹ TF 4A_422/2008 du 21 novembre 2008, c. 2.

¹³⁰ TERCIER/FAVRE, N 3699, p. 550 ; ZOISS, pp. 226 s.

¹³¹ TC/FR du 19 janvier 1998, c. 4, in : RFJ 1998, p. 68.

Exercice d'une activité syndicale – La disposition protège également l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale, c'est-à-dire la possibilité d'informer l'ensemble des travailleurs sur le rôle et l'organisation des syndicats, la défense des droits des travailleurs et le renforcement de l'organisation syndicale sur le lieu de travail¹³². Est, par exemple, abusif le licenciement d'un employé parce qu'il a régulièrement fait valoir ses droits, ainsi que ceux de ses collègues, en sa qualité de membre d'un syndicat¹³³.

56

Activité conforme au droit – Pour que l'activité syndicale soit protégée, il faut qu'elle soit exercée conformément à la loi et au contrat de travail (respectivement, à une convention collective ou un contrat-type). Il faut donc tenir compte du fait que l'employeur a en principe le droit de limiter l'exercice de l'activité syndicale par contrat (avec l'accord de l'employé), règlement ou directives (cf. art. 321d CO) pour autant que cette limitation repose sur des motifs objectifs, tels le souci de la bonne marche de l'entreprise ou les rapports avec la clientèle¹³⁴. Selon une instance cantonale, l'intervention d'un syndicat pour appuyer un affilié ou l'exercice d'une activité syndicale par le travailleur lui-même sont inévitablement la source potentielle d'une certaine tension au sein de l'entreprise qui doit être tolérée par l'employeur¹³⁵. Devraient, par exemple, être considérées comme des activités conformes au droit, la distribution d'un journal syndical pendant les pauses ou l'utilisation d'un local de l'entreprise mis à disposition par l'employeur pour une séance d'information en dehors des heures de travail¹³⁶. Le licenciement d'un employé en raison de tels actes sera donc considéré, en principe, comme abusif.

57

Délimitation avec l'art. 336 al. 1 let. b CO – Comme nous l'avons vu, le licenciement d'un employé en raison de l'exercice d'un droit constitutionnel est en principe abusif. L'employeur peut toutefois se prévaloir de deux motifs justificatifs (cf. art. 336 al. 1 let. b CO). La liberté syndicale jouit d'une position privilégiée. En effet, l'art. 336 al. 2 let. a CO ne connaît pas le deuxième motif justificatif dont est assorti l'art. 336 al. 1 let. b CO. Il en résulte qu'un congé donné en raison de l'appartenance syndicale reste abusif même si l'exercice de la liberté syndicale a porté sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise¹³⁷.

58

Plainte de l'USS – En date du 14 mai 2003, l'Union syndicale suisse a déposé une plainte contre la Suisse auprès de l'Organisation internationale du travail

59

¹³² TC/FR du 19 janvier 1998, c. 4, in : RFJ 1998, p. 68.

¹³³ TF 4C.86/2001 du 28 mars 2002.

¹³⁴ CAPH/GE du 18 avril 2002, c. 30, in : JAR 2003, p. 281.

¹³⁵ CCC/NE du 8 août 2000, c. 2, in : RJN 2000, p. 124.

¹³⁶ ZOSS, p. 234. Voir cependant TF 6B_758/2011 du 24 septembre 2012, c. 1.3 (violation de domicile).

¹³⁷ CAPH/GE du 18 avril 2002, c. 26 et 27, in : JAR 2003, p. 281 ; ZOSS, pp. 235 s.

(OIT) en violation de la liberté syndicale (cf. art. 1 Convention n° 98 OIT sur le droit d'organisation et de négociation collective)¹³⁸. Dans une recommandation intérimaire du 15 novembre 2006, le Conseil d'administration du Bureau international du travail a prié le Conseil fédéral de prévoir une révision du droit suisse permettant de réintégrer les représentants syndicaux victimes d'un licenciement antisyndical, à l'instar de ce qui est prévu en matière d'égalité entre femmes et hommes (cf. art. 10 al. 1 LEg)¹³⁹. L'examen de la plainte a été suspendu d'entente entre les parties dans l'attente de la finalisation des projets de révision du droit suisse du licenciement.

7. Congé donné pendant que l'employé, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission de l'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise et que l'employeur ne peut prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation (art. 336 al. 2 let. b CO)

60 Représentant élu des travailleurs – La disposition a pour but d'assurer aux représentants élus des travailleurs la protection nécessaire, afin qu'ils puissent défendre effectivement les intérêts de ceux-ci sans craindre des sanctions de leur employeur¹⁴⁰. Elle vise toute commission au sein de laquelle, seuls ou à plusieurs, des travailleurs accomplissent une activité de représentation de leurs collègues, par exemple : commission de négociation ou de travail ; comité de sécurité ; conseil de fondation de prévoyance ; commission paritaire ; commission d'entreprise ; institution liée à l'entreprise, représentation des travailleurs (cf. art. 5 à 7 LParticipation), etc¹⁴¹.

61 Moment du licenciement – Ainsi que cela ressort du texte clair de la disposition, la protection du travailleur nécessite uniquement un rapport de temps et nullement que le congé soit causé par une des circonstances énumérées dans cet article¹⁴². Le Tribunal fédéral a retenu qu'il était sans importance que la commission n'ait jamais siégé ou que le travailleur concerné n'ait déployé aucune activité en vertu de son mandat. Il suffit, pour que le caractère abusif du congé soit présumé, que celui-ci ait été notifié à l'employé pendant la durée de son mandat¹⁴³. Notons que, selon une jurisprudence cantonale, un licenciement prononcé juste avant l'élection du travailleur ou juste après la fin du mandat, en raison de l'activité exercée antérieurement dans le cadre de la représentation des travailleurs, devrait

¹³⁸ MOESCH, Panorama I, pp. 547 s.

¹³⁹ MOESCH, Panorama I, pp. 553 s.

¹⁴⁰ TF 4C.459/1996 du 12 août 1997, c. 2, in : JAR 1998, p. 199.

¹⁴¹ CAPH/GE du 3 octobre 2007, c. 3.2, in : JAR 2008, p. 409.

¹⁴² CCC/NE du 28 janvier 1991, c. 2a, in : RJN 1991, p. 46.

¹⁴³ TF 4C.459/1996 du 12 août 1997, c. 2, in : JAR 1998, p. 199.

également être considéré comme abusif, par application du principe général de l'interdiction de l'abus de droit (cf. art. 2 al. 2 CC)¹⁴⁴.

Transfert des rapports de travail – Selon l'art. 336 al. 3 CO, la protection du représentant des travailleurs dont le mandat a pris fin en raison d'un transfert des rapports de travail au sens de l'art. 333 CO est maintenue jusqu'au moment où ce mandat aurait expiré si le transfert n'avait pas eu lieu¹⁴⁵.

Renversement du fardeau de la preuve – 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. Il s'agit d'un renversement du fardeau de la preuve¹⁴⁶. L'employeur ne doit pas seulement établir qu'il avait, ou aurait pu avoir un motif justifiant la non-reconduction du contrat de travail en cause. Il lui faut encore prouver que le congé litigieux a effectivement été donné au travailleur pour ce motif-là¹⁴⁷.

Motif justifié – La notion de « motif justifié », que l'on trouve aussi à l'art. 340c al. 2 CO, ainsi qu'à l'art. 10 al. 1 LEg, est plus large que celle de « juste motif » au sens de l'art. 337 CO : elle vise tout motif qui, pour un employeur raisonnable et pondéré ne permet pas d'éviter un licenciement, sans pour autant qu'il suffise à justifier une résiliation immédiate¹⁴⁸. Il peut s'agir, premièrement, de motifs inhérents à la personne du travailleur : comportement qui viole 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 continue des instructions, travail effectué avec retard ou entaché d'erreurs)¹⁴⁹. Il peut s'agir aussi, deuxièmement, de faits objectifs, notamment économiques¹⁵⁰.

Motif d'ordre économique – Certains auteurs sont d'avis qu'un motif d'ordre purement économique ne saurait constituer un « motif justifié » au sens de l'art. 336 al. 2 let. b CO, car c'est justement en cas de difficultés économiques que la représentation des travailleurs doit pouvoir jouer efficacement son rôle de défense des intérêts des travailleurs¹⁵¹. Le Tribunal fédéral a cependant rejeté ce

¹⁴⁴ CAPH/GE du 3 octobre 2007, c. 3.1, in : JAR 2008, p. 409.

¹⁴⁵ SUBILIA/DUC, N 51 ad art. 336 CO, pp. 568 s. ; ZOSS, p. 240.

¹⁴⁶ TF du 12 août 1997, c. 2, in : JAR 1998, p. 199 ; DIETSCHY, N 599, p. 286.

¹⁴⁷ TF 4C.459/1996 du 12 août 1997, c. 3b, in : JAR 1998, p. 199 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 9 ad art. 336 CO, p. 255.

¹⁴⁸ CAPH/GE du 3 octobre 2007, c. 3.4, in : JAR 2008, p. 409 ; TC/VD du 4 avril 1995, c. 4b, in : JAR 1997, p. 172 ; CCC/NE du 28 janvier 1991, c. 2b, in : RJN 1991, p. 46 ; WYLER, p. 549, note 2069.

¹⁴⁹ TC/VD du 4 avril 1995, c. 4b-c, in : JAR 1997, p. 172 ; CC/NE du 28 janvier 1991, in : RJN 1991, p. 46.

¹⁵⁰ ATF 133 III 512, c. 6.1, JdT 2008 I 29 (trad.) ; ATF 138 III 359, c. 6.2.3.

¹⁵¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 10 ad art. 336 CO, p. 256.

raisonnement en considérant qu'une restructuration d'entreprise justifiée par des motifs économiques objectifs, tenant par exemple à la prévention de difficultés envisageables dans la marche future des affaires, pouvait constituer un motif justifié propre à renverser la présomption selon laquelle le congé est abusif¹⁵². Il est clair que les motifs invoqués par l'employeur ne doivent cependant pas constituer un simple prétexte pour licencier un représentant élu des travailleurs¹⁵³. Notons que dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a confirmé l'ATF 133 III 512, en considérant que l'interprétation littérale, historique et téléologique de l'art. 336 al. 2 let. b CO n'excluait pas qu'un motif économique puisse constituer un « motif justifié »¹⁵⁴.

- 66 **Projet de révision** – Rappelons que l'avant-projet du Département fédéral de justice et police relatif à une « révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) », mis en consultation par le Conseil fédéral en date du 1^{er} octobre 2010, prévoit une modification de l'art. 336 al. 2 let. b CO. Selon l'avant-projet, seuls des motifs inhérents à la personne du travailleur, et non des motifs économiques, seraient admis comme motifs justifiés de licenciement des représentants des travailleurs¹⁵⁵.

8. Congé donné sans respecter la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs (art. 336 al. 2 let. c CO)

- 67 **Procédure de consultation** – Dans le cadre de la réglementation concernant les licenciements collectifs (cf. art. 335d à 335g CO), il est prévu que l'employeur qui envisage de procéder à un tel licenciement doit consulter la représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs (cf. art. 335f CO). Un licenciement donné sans respecter cette procédure de consultation est abusif (art. 336 al. 2 let. c CO)¹⁵⁶. En principe, l'article 335f CO est violé non seulement si la procédure de consultation est inexistante, mais aussi lorsqu'elle est insuffisante, par exemple parce que le délai octroyé aux travailleurs pour présenter leurs propositions est trop bref ou si la consultation a lieu après la décision définitive de procéder à des licenciements collectifs¹⁵⁷. Ce motif de licenciement donne lieu au paiement d'une indemnité ne pouvant dépasser deux mois de salaire du travailleur (cf. art. 336a al. 3 CO).

¹⁵² ATF 133 III 512, c. 6.2-4, JdT 2008 I 29 (trad.).

¹⁵³ ATF 133 III 512, c. 6.3, JdT 2008 I 29 (trad.).

¹⁵⁴ ATF 138 III 359, c. 6.

¹⁵⁵ Cf. *supra* N 6.

¹⁵⁶ ATF 132 III 406, c. 2, SJ 2007 I 129 (trad.). Voir aussi ZOSS, pp. 247 ss.

¹⁵⁷ AUBRY-GIRARDIN, p. 64 ; ATF 123 III 176, c. 4, JdT 1998 I 14 (trad.) ; TF 4A_173/2011 du 31 mai 2011, c. 4.3.

Renvoi – Vu la connexité importante du sujet avec l’art. 335f CO, il est renvoyé au commentaire de cette disposition pour des explications plus détaillées¹⁵⁸. 68

9. Nouveau cas légal ?

Whistleblowing – Au mois de décembre 2008, le Conseil fédéral a ouvert une procédure de consultation relative à une modification partielle du code des obligations, ayant pour but de protéger le travailleur signalant des faits répréhensibles¹⁵⁹. L’avant-projet comporte un nouvel article 321a bis CO selon lequel le signalement de bonne foi de faits répréhensibles à l’employeur serait conforme au devoir de fidélité de l’employeur ; il détaille aussi la procédure de dénonciation. Selon l’avant-projet, le congé donné au travailleur en raison d’un signalement conforme à l’art. 321a bis CO deviendrait un nouveau cas de congé abusif (nouvel art. 336 al. 2 let. d CO). Il résulte du rapport sur les résultats de la consultation, établi en décembre 2009 par le département, que l’avant-projet a été fortement critiqué, pour les raisons les plus diverses. Il faut cependant tenir compte du fait qu’en date du 1^{er} octobre 2010, le Conseil fédéral a mis en consultation un second avant-projet relatif à une « révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) »¹⁶⁰. Il semblerait que le Conseil fédéral souhaite prendre le temps d’une réflexion globale sur la problématique du régime juridique du licenciement abusif. Sa position devrait être connue courant 2012. 69

IV. Cas de résiliation abusive consacrés par la jurisprudence

Principe – Il est admis que la liste des motifs abusifs énumérés à l’art. 336 CO n’est pas exhaustive. L’ordre juridique peut reconnaître d’autres cas pour autant qu’ils aient une gravité similaire¹⁶¹. La jurisprudence en la matière est abondante¹⁶². L’appréciation du caractère abusif d’un licenciement suppose l’examen de toutes les circonstances du cas d’espèce¹⁶³. 70

¹⁵⁸ Cf. dans le présent ouvrage, commentaire ad art. 335f CO.

¹⁵⁹ FF 2008, p. 8229.

¹⁶⁰ Cf. *supra* N 6.

¹⁶¹ ATF 132 III 115, c. 2.1, JdT 2006 I 152 (trad.) ; TF 4A_564/2008 du 26 mai 2009, c. 2.1.

¹⁶² FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.4 ss ad art. 336 CO, pp. 265 ss ; PORTMANN, BaK 2011, N 23 ss ad art. 336 CO, pp. 2074 ss.

¹⁶³ TF 4A_564/2008 du 26 mai 2009, c. 2.1.

1. Cadre général

- 71 **Historique** – Dans le projet du Conseil fédéral de 1984, la liste des motifs abusifs était non limitative. Le Parlement a toutefois souhaité restreindre les cas de congé abusif en supprimant le terme « notamment » prévu par le Conseil fédéral. Durant les délibérations, il a été précisé que l'art. 2 al. 2 CC restait applicable¹⁶⁴.
- 72 **Évolution de la jurisprudence** – Dans un premier temps, le Tribunal fédéral n'a reconnu que de manière restrictive l'existence de motifs non prévus dans la loi. 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 abusifs¹⁶⁵. 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 abusifs¹⁶⁶.
- 73 **Perspectives nouvelles** – Le Tribunal fédéral a reconnu à plusieurs reprises le caractère abusif d'un licenciement notifié par l'employeur en violation de ses propres obligations au regard de la protection de la personnalité du travailleur¹⁶⁷. Cette conception a ouvert des perspectives nouvelles pour le droit suisse du licenciement¹⁶⁸. Elle est, dans le même temps, source d'insécurité juridique puisqu'elle revient, pour déterminer si un congé est abusif, à s'appuyer sur une notion aussi indéterminée et évolutive que celle des droits de la personnalité du travailleur (cf. art. 328 CO)¹⁶⁹.
- 74 **Abus de droit** – Selon la jurisprudence, l'art. 336 CO constitue une consécration en droit du travail du principe général de l'interdiction de l'abus de droit¹⁷⁰. Le régime du licenciement abusif (art. 336 ss CO) semble toutefois se distinguer de l'art. 2 al. 2 CC à plusieurs égards¹⁷¹ : premièrement, la nécessité d'un « abus manifeste » n'est pas toujours prise en compte ; deuxièmement, la loi prévoit une procédure spécifique (cf. art. 336b CO) ; troisièmement, enfin, la sanction de l'abus ne réside pas dans la nullité de l'acte, mais dans le versement d'une indemnité (cf. art. 336a CO). Il est clair, en tous les cas, que les articles 336a et

¹⁶⁴ AUBERT, CR 2012, N 3 ad art. 336 CO, p. 2080 ; BARBEY, Procédure, pp. 97 s. et références citées ; DUNAND, Jurisprudence, p. 74, et références citées.

¹⁶⁵ ATF 121 III 60, c. 3d, JdT 1996 I 47 (trad.) ;

¹⁶⁶ DUNAND, Liberté, pp. 319 ss ; PÄRLI, pp. 723 s. ; SATTIVA SPRING, Panorama I, pp. 292 ss ; TERCIER/FAVRE, N 3705, p. 551 ; WYLER, pp. 531 ss.

¹⁶⁷ WYLER, p. 532.

¹⁶⁸ PÄRLI, pp. 715 ss.

¹⁶⁹ Cf., dans le présent ouvrage, N 3 ad art. 328 CO.

¹⁷⁰ ATF 132 III 115, c. 2.1, JdT 2006 I 152 (trad.).

¹⁷¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 336 CO, p. 250 ; STAEHELIN, ZK 1996, N 2 ad art. 336 CO, pp. 552 s.

336b CO s'appliquent également aux cas de congé abusif non expressément prévus à l'art. 336 CO¹⁷².

2. Critères

Problématique – Il n'existe pas de « *numerus clausus* » des motifs abusifs de congé. Comme nous l'avons vu, le critère principal réside dans l'existence d'une « *gravité comparable* » aux motifs énumérés à l'art. 336 CO¹⁷³. On peut cependant déduire de la jurisprudence du Tribunal fédéral trois catégories principales de congés abusifs innommés.

75

L'employeur n'a pas d'intérêt digne de protection – Selon le Tribunal fédéral, l'idée au premier plan de la protection contre un congé abusif est d'offrir une protection sociale au salarié licencié abusivement, dès lors que la protection du congé n'a pas de portée pratique pour l'employeur¹⁷⁴. En raison de la finalité du droit de résiliation, d'une part, et de la disproportion des intérêts en présence, d'autre part, le licenciement peut être tenu pour abusif lorsqu'il répond à un motif de pure convenance personnelle de l'employeur¹⁷⁵. En définitive, pour contrecarrer l'intérêt évident de l'employé au maintien du contrat, l'employeur doit être en mesure de démontrer qu'il peut se prévaloir d'un intérêt digne de protection au licenciement du travailleur concerné¹⁷⁶.

76

L'employeur exploite les conséquences de sa propre violation du contrat – Selon l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur doit protéger et respecter, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur. Lorsqu'il se fonde sur un motif de congé, dont il apparaît qu'il en est la cause ou du moins le responsable, l'employeur exploite les conséquences de sa propre violation du contrat de travail pour justifier la résiliation des rapports de travail. Il s'agit typiquement d'un cas de congé abusif. Le devoir d'assistance de l'employeur, déduit de l'art. 328 CO, lui impose de chercher des solutions alternatives au congé ou de s'efforcer d'adoucir les conséquences de celui-ci¹⁷⁷. L'employeur est, par exemple, tenu de prendre les mesures nécessaires pour désamorcer le conflit avant d'en arriver à la résiliation¹⁷⁸. Ainsi, lorsque le caractère difficile d'un travailleur engendre une situation

77

¹⁷² PORTMANN, BaK 2011, N 21 ad art. 336 CO, p. 2074 ; STAEHELIN, ZK 1996, N 7 ad art. 336 CO, p. 554 ; SUBILIA/DUC, N 3 ad art. 336 CO, p. 550 ; ZOISS, p. 262.

¹⁷³ ATF 132 III 115, c. 2.1, JdT 2006 I 152 (trad.).

¹⁷⁴ ATF 132 III 115, c. 2.4, JdT 2006 I 152 (trad.) ; TF 4A_190/2011 du 6 juin 2011, c. 2.4.

¹⁷⁵ ATF 131 III 535, c. 4.2 = JdT 2006 I 194 = SJ 2006 I 29 ; TF 4A_325/2008 du 6 octobre 2008, c. 2.2.

¹⁷⁶ ATF 132 III 115, c. 5.5, JdT 2006 I 152 (trad.).

¹⁷⁷ ATF 133 III 512, c. 6.6, JdT 2008 I 29 (trad.).

¹⁷⁸ TF 8C_826/2009 du 1^{er} juillet 2010, c. 4 ; TF 4A_158/2010 du 22 juin 2010, c. 3.2 ; TF 4C.189/2003 du 23 septembre 2003, c. 5.

conflictuelle dans l'entreprise, l'employeur ne peut licencier ce travailleur qu'après avoir introduit sans succès les mesures que l'on pouvait attendre de lui en vue d'améliorer la situation. Si l'employeur omet ces mesures ou se contente de démarches insuffisantes et qu'il procède au licenciement, il viole son obligation de protéger la personnalité du travailleur concerné et le licenciement est alors abusif¹⁷⁹. De même, un licenciement motivé par une baisse de la qualité du travail de l'employé peut s'avérer abusif, lorsque cette baisse de rendement est consécutive au harcèlement subi par le travailleur¹⁸⁰.

- 78 **L'employeur agit sans égards** – Selon la jurisprudence, le caractère abusif d'une résiliation peut découler non seulement de ses motifs, mais également de la façon dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit. En effet, même lorsqu'elle résilie un contrat de manière légitime, la partie doit exercer son droit avec des égards. En particulier, elle ne peut se livrer à un double jeu, contrevenant de manière caractéristique au principe de la bonne foi. Ainsi, une violation grossière du contrat, telle une atteinte grave au droit de la personnalité dans le contexte d'une résiliation, peut faire apparaître le congé comme abusif¹⁸¹. Accuser, par exemple, à la légère un travailleur d'une faute lourde, portant atteinte à son honneur personnel et professionnel, constitue une violation flagrante de l'obligation de l'employeur de respecter la personnalité du travailleur. Intervenant à l'occasion de la résiliation, cette manière de procéder rend le licenciement abusif¹⁸². En revanche, un comportement qui ne serait simplement pas convenable ou indigne des relations commerciales établies ne suffit pas. Il n'appartient pas à l'ordre juridique de sanctionner une attitude seulement incorrecte¹⁸³.

3. Congé abusif admis

- 79 **Jurisprudence du Tribunal fédéral** – Nous évoquerons ici quelques cas de résiliation abusive admis par le Tribunal fédéral sur la base des critères que nous venons de rappeler.
- 80 **Dénonciateur** – Est abusif le licenciement d'un employé de banque qui a signalé à un avocat de son employeur qu'il soupçonnait le directeur d'actes délictueux et

¹⁷⁹ ATF 132 III 115, c. 2.2, JdT 2006 I 152 (trad.) ; TF 4C.25/2006 du 21 mars 2006, c. 2.

¹⁸⁰ ATF 125 III 70, c. 2a-b ; TF 8C_18/2011 du 7 février 2012, c. 6.2 ; CCC/NE du 31 janvier 2000, c. 3b, in : RJN 2000, p. 122.

¹⁸¹ ATF 132 III 115, c. 2.2, JdT 2006 I 152 (trad.) ; ATF 131 III 535, c. 4.2 = JdT 2006 I 194 = SJ 2006 I 29 ; TF 4A_564/2008 du 26 mai 2009, c. 2.1.

¹⁸² TF 4A_99/2012 du 30 avril 2012, c. 2.2.2.

¹⁸³ ATF 132 III 115, c. 2.3, JdT 2006 I 152 (trad.) ; TF 4A_663/2010 du 28 février 2011, c. 3.2.1 ; CAPH/GE du 4 février 2010, c. 6.1.3, in : JAR 2011, p. 451.

qui est notifié sans aucune explication avec l'obligation de quitter immédiatement les locaux¹⁸⁴.

Employé exclu d'un plan social – Est abusif le licenciement d'un employé suite à un procédé destiné à lui faire perdre des prétentions conférées par un plan social¹⁸⁵. 81

Employé proche de l'âge de la retraite – Est abusif le congé donné à un employé ayant travaillé quarante-quatre ans dans l'entreprise, quatorze mois avant qu'il n'atteigne l'âge de la retraite, sans aucun entretien préalable, sans la moindre tentative de solution et en le libérant immédiatement de l'obligation de travailler¹⁸⁶. 82

Employée venant de s'établir en Suisse – Procède à un licenciement abusif l'employeur qui ne retient pas une employée de quitter son domicile aux États-Unis et de s'établir en Suisse, alors qu'il sait qu'il va supprimer le poste, et qui lui notifie le congé lorsqu'elle se présente pour la première fois sur son lieu de travail en Suisse¹⁸⁷. 83

Employé victime d'un processus d'exclusion – Est abusif le licenciement d'un collaborateur que l'employeur a cherché à déstabiliser et à pousser à la démission, avant d'utiliser le fait qu'il était malade pendant une longue durée pour lui signifier son licenciement¹⁸⁸. 84

« **Fusible** » – Est abusif le licenciement d'un cadre, pour sauvegarder l'image d'une banque ternie par les détournements commis par l'un des employés, parce qu'il fallait un responsable, un « fusible »¹⁸⁹. 85

Participation à une grève licite – Est abusif le congé qui a été notifié à un travailleur ayant participé à une grève licite¹⁹⁰. 86

V. Motifs légitimes de licenciement

1. Cadre général

Liberté de résiliation – Selon la jurisprudence, en droit suisse, la liberté de résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de 87

¹⁸⁴ TF 4A_2/2008 du 8 juillet 2008, c. 7.

¹⁸⁵ TF 4A_138/2008 du 30 mai 2008, c. 3.

¹⁸⁶ ATF 132 III 115, c. 5, JdT 2006 I 152 (trad.).

¹⁸⁷ TF 4A_69/2010 du 6 avril 2010, c. 4.

¹⁸⁸ TF 4A_564/2008 du 26 mai 2009, c. 2.2.

¹⁸⁹ ATF 131 III 535, c. 4.3 = JdT 2006 I 194 = SJ 2006 I 29.

¹⁹⁰ ATF 125 III 277, c. 3c, JdT 2000 I 240.

mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif¹⁹¹. Il nous semble toutefois que la conception actuelle du congé abusif dans notre ordre juridique a sensiblement modifié le régime du droit du licenciement¹⁹². Selon la lecture que nous faisons de la jurisprudence actuelle, un licenciement doit en réalité reposer sur une justification matérielle (motif légitime) et avoir été notifié avec égards pour ne pas être considéré comme abusif.

2. Critères

88 **Problématique** – Nous l'avons vu, pour pouvoir notifier une résiliation du contrat de travail de manière non abusive, l'employeur doit se fonder sur un intérêt digne de protection, ne pas chercher à exploiter les conséquences de sa propre violation du contrat et exercer son droit de résiliation avec des égards. Selon la jurisprudence, une mauvaise exécution du contrat de travail, ainsi que des motifs économiques constituent le plus souvent un intérêt digne de protection de l'employeur. On réservera évidemment les situations dans lesquelles l'allégation de tels motifs ne constitue qu'un simple prétexte destiné à dissimuler un autre motif, qui serait par hypothèse abusif. Comme toujours, le juge examinera l'ensemble des circonstances du cas d'espèce.

89 **Mauvaise exécution du contrat de travail** – En principe, une exécution insatisfaisante de la prestation de travail est reconnue comme valant un motif légitime de licenciement¹⁹³. N'est, par exemple, pas abusif le licenciement d'un employé en raison de ses mauvaises prestations de travail, dues notamment à des abus d'alcool au cours des pauses de midi et de la circonstance qu'il n'effectuait pas le nombre d'heures quotidiennes que requéraient les tâches qui lui étaient dévolues¹⁹⁴. N'est, de même, pas abusif le licenciement d'une collaboratrice responsable des ressources humaines et directrice-adjointe, aux motifs qu'elle a délégué de manière excessive ses tâches opérationnelles et ses responsabilités, qu'elle ne s'est pas impliquée suffisamment dans la gestion courante du service et qu'elle a réparti de manière peu satisfaisante le travail entre les différents collaborateurs¹⁹⁵. Enfin, le Tribunal fédéral a considéré que l'on ne pouvait attendre d'un employeur, même faisant partie d'un important groupe économique, qu'il garde à son service un collaborateur dont les prestations ne satisfont plus aux exigences

¹⁹¹ ATF 132 III 115, c. 2.1, JdT 2006 I 152 ; ATF 131 III 535, c. 4.1 = JdT 2006 I 194 = SJ 2006 I 29 ; TF 4A_564/2008 du 26 mai 2009, c. 2.1.

¹⁹² DUNAND, Liberté, p. 322.

¹⁹³ TAppello/TI du 27 novembre 2000, c. 3, in : JAR 2001, p. 157.

¹⁹⁴ TF 4A_60/2009 du 3 avril 2009, c. 3.2.

¹⁹⁵ TF 4A_139/2008 du 20 juin 2008, c. 4.

requis, que ce soit tant pour le poste pour lequel il avait été spécifiquement engagé que pour celui auquel il avait été déplacé à sa demande¹⁹⁶.

Raisons économiques – Un « motif économique » constitue un intérêt digne de protection qui exclut généralement de considérer que le congé est abusif¹⁹⁷. Des motifs économiques peuvent se définir comme des motifs non inhérents à la personne du salarié, c'est-à-dire des raisons liées à la situation économique de l'entreprise, comme sa fermeture totale ou partielle, sa restructuration ou sa rationalisation, qui rendent nécessaires la suppression ou la modification de postes de travail¹⁹⁸. Pour être digne de protection, le motif économique doit dépendre d'une certaine gêne de l'employeur, ce qui exclut la seule volonté d'augmenter les profits¹⁹⁹. En principe, la mauvaise marche des affaires, le manque de travail ou des impératifs stratégiques commerciaux constituent des motifs économiques admissibles²⁰⁰. Ainsi en va-t-il lorsque l'entreprise se trouve dans une situation financière difficile, en raison d'un recul des commandes, et qu'elle ne peut plus assumer le paiement des salaires convenus²⁰¹. L'employeur a le droit d'anticiper des difficultés prévisibles dans la marche des affaires ; il n'a pas besoin d'attendre d'être dans des difficultés économiques pour prendre les mesures de restructuration qui s'imposent²⁰². Dans le même ordre d'idées, le Tribunal fédéral a récemment considéré qu'un licenciement intervenant à l'occasion d'un transfert d'entreprise ne constituait pas nécessairement une fraude à la loi (cf. art. 333 al. 1 CO) ni un congé abusif s'il était justifié par des raisons économiques, telle la nécessité d'améliorer la situation financière de l'entreprise²⁰³.

Examen des motifs économiques par le juge – Selon une décision genevoise, il n'incombe, en principe, pas « au juge prud'homal de substituer sa propre appréciation d'une situation économique de l'entreprise, ou de ses besoins, à celle de l'employeur [...] ». Sous l'angle de l'art. 336 CO, il lui incombe toutefois d'examiner si un licenciement, présenté comme licenciement économique, repose en effet sur un tel motif ou s'il ne s'agit que d'un motif prétexte. [...] Ainsi, pour échapper au grief d'arbitraire, le but poursuivi par la mesure du licenciement doit s'insérer dans un discours économique raisonnable et cohérent »²⁰⁴.

¹⁹⁶ TF 4A_419/2007 du 29 janvier 2008, c. 2.7.

¹⁹⁷ CHANSON, Panorama II, pp. 76 ss.

¹⁹⁸ CAPH/GE du 14 mars 2007, c. 3.3.3, in : JAR 2008, p. 386.

¹⁹⁹ CHANSON, Panorama II, p. 79.

²⁰⁰ ATF 133 III 512, c. 6.2, JdT 2008 I 29 (trad.) ; TF 4A_190/2011 du 6 juin 2011, c. 2.4.

²⁰¹ TF 4A_555/2011 du 23 février 2012, c. 2.3.3.

²⁰² ATF 133 III 512, c. 6.3, JdT 2008 I 29 (trad.) ; CAPH/GE du 9 août 2010, c. 2.3.4.4, in : JAR 2011, p. 475.

²⁰³ ATF 136 III 552, c. 3 et 5.2 = SJ 2011 I 34 ; CHANSON, Panorama II, pp. 77 s.

²⁰⁴ CAPH/GE du 9 août 2010, c. 2.3.4.1-2, in : JAR 2011, p. 475.

92

Entretien préalable – Il n'existe, certes, pas de droit formel d'être entendu dans les relations de droit privé²⁰⁵. On peut toutefois se demander si l'employé n'est pas en mesure de déduire de l'art. 328 CO (protection de la personnalité des travailleurs) un certain droit d'être informé, lors d'un entretien préalable, de l'intention de l'employeur de le licencier. Ainsi, dans l'ATF 132 III 115, le Tribunal fédéral a considéré que l'employeur avait gravement violé le principe voulant qu'il fasse un usage modéré de son droit en licenciant l'employé sans aucun entretien préalable, sans la moindre tentative de solution et en le libérant immédiatement de son obligation de travailler²⁰⁶. De même, dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a jugé qu'on ne saurait considérer que l'employeur a exercé son droit de résilier sans égard vis-à-vis de son employé puisque le président du conseil d'administration du groupe avait même pris la peine de rencontrer personnellement son employé avant la résiliation formelle du contrat²⁰⁷. Il va, en revanche, de soi que la loi ne prévoit pas l'obligation, à charge de l'employeur, de faire précéder la résiliation du contrat d'un avertissement écrit avec menace de licenciement²⁰⁸. Par ailleurs, l'on ne saurait reprocher à l'employeur de se faire conseiller par un avocat, lors de l'entretien de licenciement, afin de se prémunir contre les risques juridiques auxquels il s'expose²⁰⁹.

²⁰⁵ TF 4C.174/2004 du 5 août 2004, c. 2.4 ; *contra* : OG/BE du 7 avril 2010, c. B.9, in : JAR 2011, p. 413.

²⁰⁶ ATF 132 III 115, c. 5.4, JdT 2006 I 152 (trad.).

²⁰⁷ TF 4A_190/2011 du 6 juin 2011, c. 2.3.

²⁰⁸ TF 4A_419/2007 du 29 janvier 2008, c. 2.6.

²⁰⁹ TF 4A_28/2009 du 26 mars 2009, c. 3.3.

Art. 336a

- b. Sanction**
- ¹ La partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité.
- ² L'indemnité est fixée par le juge, compte tenu de toutes les circonstances ; toutefois, elle ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur. Sont réservés les dommages-intérêts qui pourraient être dus à un autre titre.
- ³ En cas de congé abusif au sens de l'art. 336, al. 2, let. c, l'indemnité ne peut s'élever au maximum qu'au montant correspondant à deux mois de salaire du travailleur.
- b. Sanktionen**
- ¹ Die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, hat der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten.
- ² Die Entschädigung wird vom Richter unter Würdigung aller Umstände festgesetzt, darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspricht. Schadenersatzansprüche aus einem anderen Rechtstitel sind vorbehalten.
- ³ Ist die Kündigung nach Artikel 336 Absatz 2 Buchstabe c missbräuchlich, so darf die Entschädigung nicht mehr als den Lohn des Arbeitnehmers für zwei Monate betragen.
- b. Sanzione**
- ¹ La parte che disdice abusivamente il rapporto di lavoro deve all'altra un'indennità.
- ² L'indennità è stabilita dal giudice, tenuto conto di tutte le circostanze, ma non può superare l'equivalente di sei mesi di salario del lavoratore. Sono salvi i diritti al risarcimento del danno per altri titoli giuridici.
- ³ Se la disdetta è abusiva perché data nel quadro di un licenziamento collettivo (art. 336 cpv. 2 lett. c), l'indennità non può superare l'equivalente di due mesi di salario del lavoratore.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	688
II. Nature de l'indemnité (art. 336a al. 1 CO)	7	689
III. Montant de l'indemnité (art. 336a al. 2 et 3 CO).....	10	690
1. Principes	10	690
2. Pouvoir d'appréciation du juge.....	13	691
3. Casuistique	18	693
IV. Autres prétentions découlant du congé.....	26	697
V. Dommages-intérêts dus à un autre titre (art. 336a al. 2 in fine CO).....	31	699

Bibliographie spécifique

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Licenciement abusif et jurisprudence récente, in : SJ 2007 II, pp. 51 ss ; BARBEY RICHARD, La procédure relative aux résiliations abusives du contrat de travail,

in : Journée 1993 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1994, pp. 97 ss ; DUNAND JEAN-PHILIPPE, La jurisprudence de la Cour de cassation civile neuchâteloise en matière de licenciement abusif, in : RJN 2003, pp. 51 ss ; ZOISS MARIE-GISÈLE, La résiliation abusive du contrat de travail, Lausanne 1997.

I. Généralités

- 1 **Objet et but** – L’art. 336a CO prescrit que la sanction d’un congé abusif réside dans le versement d’une indemnité par la partie qui a résilié le contrat de travail à la partie victime du congé (al. 1). L’indemnité, qui est fixée par le juge, compte tenu de toutes les circonstances, ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur (al. 2), respectivement à deux mois de salaire du travailleur, dans le cas du congé donné en violation de la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs (al. 3). Sont réservés les dommages-intérêts qui pourraient être dus à un autre titre (al. 2, in fine).
- 2 **Systématique** – La résiliation abusive est régie par trois dispositions, les articles 336 à 336b CO, qui font partie de la section G (fin des rapports de travail) du chapitre premier sur le contrat individuel de travail. L’art. 336a CO traite plus particulièrement de la sanction d’un congé abusif, dont le principe est prévu à l’art. 336 CO. La procédure est quant à elle réglée à l’art. 336b CO.
- 3 **Loi sur l’égalité** – Lorsque les conditions d’un congé représailles au sens de l’art. 10 al. 1 LEg sont réalisées, la personne licenciée peut demander l’annulation du congé et sa réintégration dans l’entreprise (cf. 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 (cf. art. 10 al. 4 LEg)¹.
- 4 **Nature** – L’art. 336a CO constitue une disposition absolument impérative, c’est-à-dire à laquelle il ne peut être dérogé ni au détriment de l’employeur ni au détriment du travailleur (cf. art. 361 al. 1 CO)². Il en résulte que, pendant la durée des rapports de travail et le mois qui suit la fin de ces derniers, l’employé ne peut pas valablement renoncer à l’indemnité prévue en cas de congé abusif (cf. art. 341 al. 1 CO)³. La question de savoir si l’ordre juridique suisse permet ou non d’améliorer par la voie conventionnelle la protection légale des art. 336 ss CO n’a pas encore été tranchée⁴.

¹ AUBERT, Commentaire LEg, N 33 ss ad art. 10 LEg, pp. 230 ss ; PORTMANN, BaK 2011, N 39 ss ad art. 336 CO, p. 2080.

² ZOISS, p. 279.

³ TF 4A_571/2008 du 5 mars 2009, c. 4.4.

⁴ Cf. TF 4A_248/2010 du 12 juillet 2010, c. 5.

Origine et évolution – Les dispositions sur le congé abusif, dont l'article 336a CO, ont été introduites dans le Code des obligations par la Loi fédérale du 18 mars 1988, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1989⁵. Le projet du Conseil fédéral a été remanié par les Chambres fédérales. En particulier, le Parlement a réduit de douze à six mois de salaire l'indemnité maximale prévue en cas de congé abusif⁶. Lors de son entrée en vigueur, en 1989, l'art. 336a CO ne contenait que deux alinéas. Le troisième alinéa a été ajouté par la Loi fédérale du 17 décembre 1993, en vigueur depuis le 1^{er} mai 1994, dans le cadre de la reprise du projet Eurolex qui avait notamment pour but de rendre le droit suisse compatible avec le droit européen en matière de licenciements collectifs⁷.

Réforme en cours – En date du 1^{er} octobre 2010, le Conseil fédéral a mis en consultation un rapport explicatif et un avant-projet du Département fédéral de justice et police relatif à une « révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) »⁸. L'avant-projet prévoit notamment des modifications substantielles de l'art. 336a CO. Premièrement, l'alinéa 2 de cette disposition serait modifié dans le sens que le montant maximum de l'indemnité passerait de six à douze mois. Deuxièmement, l'art. 336a CO serait biffé de la liste des dispositions absolument impérative : selon un nouvel alinéa 4, il pourrait être dérogé aux al. 1 à 3 de l'art. 336a CO de manière également favorable à l'employeur et au travailleur ou en faveur du travailleur par accord, contrat-type de travail ou convention collective. A l'issue de la procédure de consultation, le Conseil fédéral a souhaité prendre le temps d'une réflexion globale sur la problématique du régime juridique du licenciement abusif. Sa position devrait être connue courant 2012.

II. Nature de l'indemnité (art. 336a al. 1 CO)

Droit à l'indemnité – Selon la loi, la « partie qui résilie abusivement le contrat [de travail] doit verser à l'autre une indemnité » (art. 336a al. 1 CO) qui sera fixée par le juge (art. 336a al. 2 CO). Il en résulte que l'employé licencié de manière abusive a, en principe, droit au versement d'une indemnité, fût-elle d'un montant symbolique, qui s'ajoutera au salaire dû jusqu'à la fin des rapports de travail⁹. La jurisprudence a toutefois admis des exceptions. Tout d'abord, le Tribunal fédéral a jugé que l'indemnité prévue par l'art. 336a CO n'est pas due lors-

⁵ Message 1984, p. 622 ; RO 1988 1472.

⁶ STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 6 ad art. 336a CO, pp. 576 s. ; ZOISS, pp. 130 et 284.

⁷ Message 1993, p. 757 ; RO 1994 804 807.

⁸ Voir Département fédéral de justice et de police, « Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié), Rapport explicatif et avant-projet », Berne, septembre 2010.

⁹ BARBEY, p. 100.

que l'employeur retire le congé (abusif) après que le travailleur fait opposition¹⁰. Par ailleurs, dans la même affaire, le Tribunal cantonal vaudois avait quant à lui considéré auparavant que, s'agissant du cas de congé abusif résultant du non-respect par l'employeur de la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs (cf. art. 336 al. 2 let. c CO), en « cas de violation minime de la loi, on ne saurait exclure de manière définitive que le juge ne puisse renoncer à infliger une indemnité eu égard à des circonstances particulières »¹¹.

- 8 **Indemnité *sui generis*** – L'indemnité en raison du congé abusif a une double finalité, punitive et réparatrice¹². Par sa fonction punitive, elle devrait exercer un effet préventif, alors que par sa fonction réparatrice, elle devrait atténuer pour le travailleur l'impact de la résiliation¹³. L'indemnité n'a pas le caractère de dommages-intérêts, car elle est due même si le travailleur n'a subi ou prouvé aucun dommage. Elle revêt ainsi un caractère *sui generis* et s'apparente à une peine conventionnelle¹⁴.
- 9 **Nature non salariale** – L'indemnité ne pouvant être considérée comme un revenu tiré d'une activité lucrative, elle ne fait pas partie du salaire déterminant au sens de la LAVS et ne donne donc pas lieu à la perception des cotisations sociales¹⁵. Constituant néanmoins une prétention résultant des rapports de travail, elle sera colloquée en première classe, en cas de faillite de l'employeur (cf. art. 219 al. 4 LP)¹⁶.

III. Montant de l'indemnité (art. 336a al. 2 et 3 CO)

1. Principes

- 10 **Six mois de salaire** – Le travailleur licencié de manière abusive a droit à une indemnité dont le montant sera déterminé par le juge, mais correspondant au

¹⁰ ATF 134 III 67, c. 5 = JdT 2009 I 51 = SJ 2008 I 235.

¹¹ TC/VD du 31 janvier 2007, c. III/a, in : JAR 2008, p. 485.

¹² ATF 132 III 115, c. 5.6, JdT 2006 I 152 (trad.) ; TF 4C.370/2006 du 27 février 2007, c. 3.1.1.

¹³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 336a CO, p. 258.

¹⁴ ATF 123 III 391, c. 3 = JdT 1998 I 126 = SJ 1998 91 ; TF 4C.370/2006 du 27 février 2007, c. 3.1.1.

¹⁵ ATF 123 V 5 ; TF 4C.155/2005 du 6 juillet 2005, c. 5.2.1 (arrêt concernant l'indemnité prévue à l'art. 337c al. 3 CO) ; CCiv/TI du 30 octobre 1991, c. 8, in : Rep 1993, p. 193 ; CC/NE du 28 janvier 1991, c. 3a, in : RJN 1991, p. 46.

¹⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 336a CO, p. 259 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 7 ad art. 336a CO, p. 1056. SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 336a CO, p. 572 ; ZOISS, pp. 281 s.

plus à six mois de salaire (art. 336a al. 2 CO), soit six douzièmes de son salaire annuel total¹⁷.

Licenciement collectif – Lorsque le congé est abusif en raison du non-respect de la procédure de consultation prévue lors de licenciements collectifs (cf. art. 336 al. 2 let. c CO), l'indemnité allouée ne peut être supérieure à un montant correspondant à deux mois de salaire (art. 336a al. 3 CO). Lorsqu'un licenciement est abusif non seulement en application de l'art. 336 al. 2 let. c CO, mais aussi en raison de l'un des autres motifs énumérés à l'art. 336 CO, l'employé pourra logiquement prétendre à une indemnité correspondant au plus à six mois de salaire, conformément à l'art. 336a al. 2 CO¹⁸. 11

Notion de salaire – Par mois de salaire, on entend le salaire brut (cf. art. 322 CO), augmenté de toutes les prestations qui ont un caractère salarial, comme la part proportionnelle du 13^e salaire, les provisions ou encore le remboursement forfaitaire des frais ayant un caractère salarial¹⁹. On se fondera, en principe, sur le salaire perçu le dernier mois ou alors sur la moyenne des salaires de la dernière année²⁰. 12

2. Pouvoir d'appréciation du juge

Fixation de l'indemnité – Selon la loi, l'indemnité est fixée par le juge, « compte tenu de toutes les circonstances » (art. 336a al. 2 CO). Le juge jouit ainsi d'un large pouvoir d'appréciation (cf. art. 4 CC) qui n'est limité que dans la mesure où il ne peut allouer au maximum qu'un montant correspondant à six mois de salaire²¹. Le Conseil fédéral a expliqué vouloir « renoncer à une énumération légale de circonstances particulières que le juge devrait prendre en considération, afin de lui garantir un pouvoir d'appréciation aussi large que possible »²². Le pouvoir d'appréciation qui est reconnu de la sorte à l'autorité cantonale conduit le Tribunal fédéral à ne pas substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité inférieure. Il intervient toutefois lorsque la décision s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, ou lorsqu'elle s'appuie sur des faits qui, dans un cas particulier, ne devraient jouer aucun rôle, ou encore lorsqu'elle ignore des éléments qui auraient absolument dû être pris en considération. Par ailleurs, le Tribunal fédéral redresse les 13

¹⁷ CARRUZZO, N 3 ad art. 336a CO, p. 534.

¹⁸ SUBILIA/DUC, N 50 ad art. 336 CO, p. 568.

¹⁹ TF 4A_571/2008 du 5 mars 2009, c. 5.1 ; CCiv/TI du 30 octobre 1997, c. 4.1, in : Rep 1997, p. 179 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 336a CO, pp. 1045 s.

²⁰ TF 4A_571/2008 du 5 mars 2009, c. 5.1.

²¹ ATF 119 II 157, c. 2a, JdT 1994 I 293 (trad.).

²² Message 1984, p. 624.

décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante²³.

- 14 **Critères** – Vu son caractère hybride, les circonstances devant être prises en compte pour fixer l'indemnité sont très diverses²⁴. Selon la jurisprudence²⁵, il y a lieu de tenir compte :

- de la gravité de la faute de l'employeur ;
- de la gravité de l'atteinte à la personnalité du travailleur ;
- de l'intensité et de la durée des rapports de travail ;
- des effets économiques du licenciement ;
- de l'âge et de la situation personnelle du travailleur ;
- des conditions existantes sur le marché du travail ;
- de la situation économique des parties ;
- d'une éventuelle faute concomitante du travailleur licencié.

- 15 **Durée courte des rapports de travail** – Selon la jurisprudence, une durée de contrat particulièrement courte ne saurait servir d'argument pour réduire l'indemnité²⁶. Le Tribunal fédéral a toutefois précisé que la durée peut être prise en compte dès lors qu'elle constitue l'un des éléments permettant de mesurer l'intensité du lien contractuel²⁷. Lorsqu'un employé est licencié de manière abusive durant le temps d'essai, l'indemnité sera généralement réduite. Il y aura, en effet, lieu de tenir compte, d'une part, du but particulier du temps d'essai, et d'autre part, du critère de l'intensité et de la durée (brèves) des rapports de travail²⁸.

- 16 **Libération de l'obligation de travailler** – Selon le Tribunal fédéral, le temps libre obtenu suite à la dispense de devoir offrir ses services, après réception de la résiliation, ne concerne pas directement le congé. Il n'a donc pas à être imputé sur l'indemnité due pour cause de licenciement abusif, en tout cas pas, lorsqu'il n'est pas établi que l'employé licencié a occupé un emploi équivalent durant cette période ou aurait pu le faire²⁹.

²³ ATF 130 III 213, c. 3.1, JdT 2004 I 223 (trad.) ; TF 4C.370/2006 du 27 février 2007, c. 3.1.2.

²⁴ AUBRY GIRARDIN, pp. 69 s.

²⁵ ATF 123 III 391, c. 3 = JdT 1998 I 126 = SJ 1998 91 ; ATF 123 III 246, c. 6a, JdT 1998 I 300 (trad.) ; ATF 119 II 157, c. 2b, JdT 1994 I 293 (trad.) ; TF 4A_279/2008 du 12 septembre 2008, c. 4.1. Voir aussi STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 336a CO, pp. 1046 ss, ainsi que WYLER, pp. 551 s.

²⁶ ATF 123 III 246, c. 6a, JdT 1998 I 300 (trad.).

²⁷ TF 4A_194/2011 du 5 juillet 2011, c. 7.3.

²⁸ WYLER, pp. 530 s.

²⁹ TF 4A_69/2010 du 6 avril 2010, c. 5.

Licenciement collectif – Dans le contexte d'un licenciement collectif, le Tribunal fédéral a précisé qu'il fallait surtout prendre en compte la gravité de la faute que l'employeur avait commise au préjudice de l'ensemble des travailleurs, et aussi, outre le montant du salaire mensuel, la gravité de l'atteinte subie personnellement par le travailleur qui prétendait à une indemnité, pour autant que sa situation individuelle présente quelque particularité³⁰. Selon une décision cantonale, il n'est en principe pas justifié d'allouer la même indemnité à tous les travailleurs concernés (cf. art. 336a al. 3 CO). Il faut, au contraire, moduler le montant de l'indemnité en tenant notamment compte de l'ancienneté et des conséquences économiques du licenciement pour chacun d'entre eux³¹.

3. Casuistique

Pratique – Dans la mesure où le juge fixe l'indemnité en tenant compte « de toutes les circonstances », et notamment de la dizaine de critères mentionnés ci-dessus, il n'est guère possible de déterminer de manière schématique le montant de l'indemnité qui devrait être fixé dans chaque cas d'espèce. Il y a toutefois lieu de tenir compte de deux paramètres. Premièrement, l'indemnité, qui s'élève au maximum à six mois de salaire (cf. art. 336a al. 2 CO), ne doit pas nécessairement correspondre au montant précis d'un ou de plusieurs mois de salaire : elle peut être déterminée librement par le juge, dans les limites de l'art. 336a CO³². Deuxièmement, il va de soi qu'il ne saurait être question de fixer systématiquement l'indemnité au montant maximum de six mois de salaire³³. En pratique, les montants alloués par les tribunaux sont donc d'une grande variété³⁴. Des comparaisons entre les divers cas peuvent constituer des éléments utiles d'orientation³⁵. Nous citerons, à titre exemplatif, les considérants de quelques arrêts évocateurs.

Un mois de salaire – Employé licencié suite à sa participation à une grève licite : « Le juge de première instance a alloué une indemnité correspondant à un salaire mensuel [...]. Il a considéré que la faute imputable à la défenderesse n'était pas grave, car, confrontée à des difficultés économiques, elle souhaitait fermer l'établissement et aurait de toute façon été amenée à résilier les rapports de travail. Le seul grief à retenir à l'encontre de la demanderesse serait de s'être laissée provoquer par la grève d'avertissement et d'avoir, de ce fait, prononcé le licen-

³⁰ TF 4A_173/2011 du 31 mai 2011, c. 5.

³¹ CAPH/GE du 19 juillet 2000, c. 7c, in : JAR 2001, p. 294.

³² CARRUZZO, N 3 ad art. 336a CO, p. 534.

³³ ATF 119 II 157, c. 2a, JdT 1994 I 293 (trad.).

³⁴ Cf. les jurisprudences citées in : DUNAND, pp. 85 ss ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 2.8 ss ad art. 336a CO, pp. 292 ss, ainsi que in STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 336a CO, pp. 1049 ss.

³⁵ Cf. par exemple, l'arrêt du TF 4C.86/2001 du 28 mars 2002, c. 1d, dans lequel notre Haute Cour procède à la comparaison de plusieurs jurisprudences.

ciement plus tôt. [...]. Compte tenu de toutes les circonstances [...], l'allocation d'une indemnité correspondant à un mois de salaire s'avère appropriée » (traduction JdT)³⁶.

- 20 **Deux mois de salaire** – Employés licenciés parce qu'ils ont refusé des modifications importantes de leur contrat de travail devant entrer en vigueur avant l'échéance du délai de congé : « Quoi qu'il en soit, la Chambre des recours a confirmé les indemnités allouées par le Tribunal des prud'hommes, lequel a relevé que la durée des rapports de travail avait été relativement brève et que les conséquences économiques du congé n'avaient pas été importantes dès lors que l'intimé [soit, l'employé] avait notamment rapidement trouvé un autre emploi, mais que la manière dont le congé avait été signifié était assurément inélégante, le recourant [soit, l'employeur] jouant sur le tableau du droit du travail (délai) et du droit des sociétés (absence du droit à une protection sociale). Il n'apparaît pas que les juges cantonaux aient tenu compte de critères incongrus. Selon la jurisprudence, une durée de contrat particulièrement courte ne saurait servir d'argument pour réduire l'indemnité (ATF 123 III 246 consid. 6a, p. 256) ; il n'en demeure pas moins que la durée peut être prise en compte, comme l'ont fait les juges cantonaux, dès lors qu'elle constitue l'un des éléments permettant de mesurer l'intensité du lien contractuel. La recourante souligne l'absence de conséquences économiques du congé, mais les juges n'ont pas ignoré cet élément. Elle insiste aussi sur le fait que le congé n'est pas une sanction mais un constat de rupture réciproque des liens de confiance. Il peut tout au plus lui être donné acte que les intimés ont commencé à travailler pour le recourant dans la perspective d'une association future, que le congé abusif est intervenu dans un contexte d'échec des négociations sur ce projet commun sans que cette issue paraisse imputable à l'une ou l'autre des parties et que cet élément pouvait avoir une incidence sur la question de maintenir telles quelles les relations de travail. Au regard des éléments qui précèdent et plus généralement des circonstances d'espèce, la cour cantonale n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en fixant le montant de l'indemnité à deux mois de salaire, soit 15'000 fr., pour chaque intimé »³⁷.

- 21 **Trois mois de salaire** – Employé licencié après avoir fait valoir, de bonne foi, des prétentions résultant du contrat de travail : « Pour fixer l'indemnité allouée au recourant [soit, le travailleur], l'autorité cantonale s'est référée aux circonstances du cas d'espèce, en soulignant que le contrat a été résilié parce que A. et B. n'appréciaient pas l'employé et après que celui-ci a fait valoir des prétentions à l'endroit de son employeur, que les rapports de travail n'ont duré que trois ans, que les pressions subies par l'employé n'ont eu lieu que durant les derniers mois, qu'au moment du licenciement, l'employé était âgé de 57 ans et n'avait pas de charge de famille et qu'enfin, après seulement deux mois de chômage, il a retrou-

³⁶ ATF 125 III 277, c. 4c (non publié), JdT 2000 I 240 (trad.).

³⁷ TF 4A_194/2011 du 5 juillet 2011, c. 7.3.

vé un emploi. Quoi qu'en dise le recourant, l'autorité cantonale n'a pas omis de prendre en considération certains faits à même de justifier l'octroi d'une indemnité supérieure à celle octroyée. Elle n'avait notamment pas à tenir compte de l'atteinte consécutive au comportement de l'employeur contraire à l'art. 328 CO, dans la mesure où cette atteinte ne résulte pas du caractère abusif du congé. Il en va de même de la situation de monopole de l'employeur invoquée par le recourant, à supposer qu'elle soit établie. Cet élément est dénué de pertinence, dès lors que le recourant a retrouvé un emploi, après deux mois de chômage, et que ce fait a été dûment pris en compte »³⁸.

Un peu plus de trois mois de salaire – Employée licenciée pour avoir subitement pris congé pour rendre visite à sa mère qui venait d'être hospitalisée : « En l'occurrence, l'employeur a licencié la demanderesse alors qu'elle se trouvait dans une situation personnelle difficile, en raison de l'hospitalisation subite de sa mère. [...]. Au reste, comme on l'a vu, au moment où la demanderesse a annoncé son absence à sa supérieure hiérarchique, cette dernière ne lui a pas interdit de partir. Il faut relever, en outre, que la demanderesse se trouvait depuis plus de douze ans au service de la défenderesse. Son ancienne supérieure hiérarchique l'a considérée comme une très bonne travailleuse, qui lui a donné satisfaction en tout point. Ni le dossier ni la décision cantonale ne font apparaître que l'intéressée aurait commis des manquements sérieux durant son emploi. Quant aux inconvénients provoqués par l'absence de la demanderesse, quoique certains, ils n'étaient pas considérables. Compte tenu de cette situation, l'employeur s'est montré inutilement blessant en reprochant à la demanderesse une absence totale de respect envers l'institution où elle travaillait ou envers ses collègues. Il faut considérer, enfin, que l'employeur a agi par ignorance : il ne savait visiblement pas que la travailleuse avait le droit de prendre congé. On peut encore reprocher à la demanderesse de n'avoir pas appelé le directeur [...] dès son arrivée en Italie et d'avoir attendu le surlendemain pour discuter avec lui de la date de son retour. Au surplus, après s'être entendu dire par sa supérieure hiérarchique [...] qu'elle était licenciée, la recourante a réagi trop vivement en annonçant qu'elle ne reviendrait plus travailler, quand bien même ce licenciement, abusif, a pu lui paraître choquant. Tout bien pesé, il se justifie d'allouer à la demanderesse une indemnité [...] équivalant à un peu plus de trois mois de salaire brut »³⁹.

Quatre mois de salaire – Employée licenciée en raison de ses revendications quant à son rôle de directrice de l'établissement : « La Cour cantonale a pris en compte la durée des rapports de travail, la formation dont l'intimée [soit, l'employée] n'a pas pu tirer profit en continuant son emploi auprès de la recourante [soit, l'employeuse], les circonstances dans lesquelles la résiliation a eu lieu, ainsi que l'âge de l'employée. Ce faisant, elle s'est appuyée sur des éléments

³⁸ TF 4A_279/2008 du 12 septembre 2008, c. 4.2.2.

³⁹ TF du 7 avril 1998, c. 5b, in : JAR 1999, p. 232.

pertinents au sens de la jurisprudence [...]. Par ailleurs, la conclusion qu'elle en a tirée, soit la fixation d'une indemnité représentant les deux tiers du montant maximal, ne procède pas d'un abus du pouvoir d'appréciation. L'intimée est restée plus de quatre ans au service de la recourante. Elle a été formée comme directrice aux frais de l'employeur, ce qui lui offrait sans conteste la perspective d'un emploi de longue durée. En outre, on ne saurait qualifier de légère la faute de la recourante, qui a adopté une attitude ambivalente par rapport au statut de directrice de l'intimée et n'a jamais clarifié les compétences que son employée devait exercer. Même si l'âge de l'intimée au moment du licenciement (34 ans [...]) est un facteur qui plaide plutôt pour une réduction de l'indemnité, il ne fait pas apparaître le montant alloué comme manifestement injustifié »⁴⁰.

- 24 **Cinq mois de salaire** – Employée licenciée en raison de la condamnation pénale de son mari pour des actes d'ordre sexuel sur des enfants⁴¹ : « Concrètement, il y a lieu de prendre en considération que l'âge de la demanderesse, née en 1949, rend plus difficile la recherche d'un nouvel emploi et que le marché de l'emploi, au moment du licenciement comme maintenant, n'était pas favorable. Dans la situation de la demanderesse, il faut aussi tenir compte du fait qu'elle devait déjà supporter des moments familiaux douloureux en raison des actes commis par son mari et subis par ses enfants et qu'elle devait en outre pâtir de la perte d'emploi du mari. Du côté de la défenderesse, sa situation est celle d'une grande entreprise. Quant à l'aspect fautif, il n'est pas négligeable. En revanche, une certaine compréhension peut découler du fait que, pour une entreprise à la clientèle grand public, en période économique délicate, les craintes des responsables, particulièrement dans les succursales, sont vite exacerbées et elles poussent à des décisions peu réfléchies. Il en va de même du fait que l'employeur, une vingtaine de jours plus tôt, venait de mettre un terme à un incident, causé par la demanderesse, avec un client dont le numéro de téléphone avait été placé par erreur dans une annonce publicitaire érotique. Si la Cour a écarté la possibilité d'un préjudice grave pour l'employeur, elle tient comme probable, vu les amalgames vite faits de la clientèle, la survenance d'un léger préjudice. Il n'y a en revanche pas à tenir compte de la dispense de travailler jusqu'à la fin du contrat, car l'aspect «cadeau» est compensé par l'impression de suspicion suscitée dans l'entourage. Au vu de ces éléments, une indemnité correspondant à cinq mois de salaire, [...], paraît adéquate »⁴².

- 25 **Six mois de salaire** – L'employé « travaillait depuis plus de quinze ans pour la défenderesse lorsqu'elle l'a licencié en raison de son engagement de longue date pour le respect de ses droits et de ceux de ses collègues ; or il a été retenu que les chefs de service de la défenderesse avaient tendance à ne pas respecter le règle-

⁴⁰ TF 4A_407/2008 du 18 décembre 2008, c. 5.2.

⁴¹ Notons que le licenciement du mari a fait l'objet d'un litige tranché par le Tribunal fédéral, en la cause 4C.431/2005 du 31 janvier 2006.

⁴² TC/FR du 29 avril 2005, c. 6c, in : RFJ 2005, p. 348.

ment sur les rapports de service et les prescriptions concernant la durée du travail ou la sécurité dans l'exploitation ; c'était donc à juste titre que le demandeur faisait valoir le non-respect de ces prescriptions, sans avoir eu au demeurant d'attitude querulente ou procédurière. Les chefs de service de la défenderesse l'ont rapidement considéré comme un élément perturbateur et il a fait l'objet de toute sorte de reproches dont certains se sont avérés discutables, voire mal fondés. En outre, le licenciement s'est déroulé de manière relativement humiliante ; la défenderesse a pris pour prétexte la plainte d'un usager pour licencier le demandeur, sans lui permettre de s'exprimer ; elle n'a offert aucun espace de discussion, se contentant de rejeter sa proposition de reprendre les relations contractuelles. La gravité de la faute de la défenderesse et sa capacité financière importante justifiaient, sous l'angle punitif de l'indemnité, de fixer celle-ci au maximum légal. Par ailleurs, le licenciement a eu de sérieuses répercussions sur la santé du demandeur qui a souffert [...] d'un état anxio-dépressif important et inquiétant à l'annonce de son futur licenciement. Il a aussi eu de lourdes conséquences économiques puisque le demandeur s'est retrouvé au chômage [...]. Étant donné la grave atteinte à la personnalité du demandeur, la finalité réparatrice de l'indemnité imposait également de fixer celle-ci au maximum légal »⁴³.

IV. Autres prétentions découlant du congé

Principe – Vu sa fonction large, punitive et réparatrice, l'indemnité prévue à l'art. 336a CO englobe en principe toutes les prétentions que pourrait formuler le travailleur en raison du congé. Il s'agit cependant de distinguer plusieurs cas de figure qui ont comme point commun de ne pas permettre un cumul d'indemnités pour compenser la même atteinte.

Indemnité pour tort moral (art. 49 CO) – Lorsque le salarié subit une atteinte à sa personnalité qui découle de son licenciement abusif, l'indemnité de l'art. 336a CO comprend en principe la réparation du tort moral. En effet, vu sa finalité réparatrice, cette indemnité embrasse toutes les atteintes du travailleur qui découlent de la résiliation abusive du contrat et ne laisse donc pas de place à l'application cumulative de l'art. 49 CO. Seule est réservée l'hypothèse dans laquelle l'atteinte serait à ce point grave qu'un montant correspondant à six mois de salaire du travailleur ne suffirait pas à la réparer⁴⁴.

Indemnité pour licenciement immédiat injustifié (art. 337c al. 3 CO) – Il peut arriver qu'un licenciement immédiat injustifié (cf. art. 337 et 337c CO) présente également le caractère d'un congé abusif (art. 336 CO), ou alors que deux résiliations se succèdent, la première étant ordinaire et abusive et la seconde étant im-

⁴³ TF 4C.86/2001 du 28 mars 2002, c. 1e.

⁴⁴ TF 4C.84/2005 du 16 juin 2005, c. 5.1 ; TF 4C.177/2003 du 21 octobre 2003, c. 4.1.

médiate et injustifiée⁴⁵. Dans les deux cas, il n'y a pas de cumul possible entre l'indemnité pour congé abusif (art. 336a CO) et l'indemnité pour licenciement immédiat injustifié (art. 337c al. 3 CO)⁴⁶. Le juge n'allouera qu'une indemnité fondée sur l'art. 337c al. 3 CO, la résiliation abusive pouvant cependant être prise en considération au nombre de « toutes les circonstances » dont le juge doit tenir compte pour fixer le montant de l'indemnité⁴⁷.

- 29 **Indemnité pour congé discriminatoire (art. 5 LEg)** – Un congé discriminatoire au sens de l'art. 5 al. 2 et 5 al. 4 LEg constitue nécessairement un congé abusif au sens de l'art. 336 CO. Selon le principe général reconnu par le Tribunal fédéral, dans la mesure où la LEg constitue une loi spéciale par rapport aux dispositions du Code des obligations et où la réparation du même préjudice est prévue dans deux lois, l'employée n'aura droit qu'à une seule indemnité pour la même atteinte⁴⁸. En cas de congé discriminatoire et abusif, le juge n'allouera ainsi qu'une indemnité dont le montant maximum sera de six mois de salaire et qui sera fixée en fonction de toutes les circonstances⁴⁹.
- 30 **Indemnités prévues dans un plan social** – On doit se demander si l'indemnité prévue en cas de congé abusif (art. 336a CO) peut se cumuler avec des indemnités prévues dans un plan social. Les circonstances du cas d'espèce seront déterminantes. Il semblerait que le cumul soit possible dans la mesure où l'allocation d'une indemnité en application du plan social n'est pas fondée sur le caractère abusif du licenciement⁵⁰. Inversement, les deux indemnités ne peuvent, en principe, se cumuler lorsque « la violation de l'interdiction de l'abus de droit est déjà sanctionnée et réparée » par l'admission du travailleur aux prestations résultant du plan social et que la « double finalité, punitive et réparatrice de l'art. 336a CO a donc déjà été atteinte par un autre biais »⁵¹.

⁴⁵ Cf., par exemple, ATF 121 III 64 = JdT 1996 I 60.

⁴⁶ TF 4C.431/2005 du 31 janvier 2006, c. 5 ; AUBRY GIRARDIN, p. 72 ; PORTMANN, BaK 2011, N 9 ad art. 336a CO, p. 2084.

⁴⁷ ATF 121 III 64, c. 2 = JdT 1996 I 160 ; TF 4C.177/2000 du 24 avril 2001, c. 4.

⁴⁸ TF 4C.289/2006 du 5 février 2007, c. 6.1 ; AUBERT, Commentaire LEg, N 165 ad art. 5 LEg, p. 141.

⁴⁹ WYLER, p. 723.

⁵⁰ TF 4A_225/2008 du 12 août 2008, c. 6.2.

⁵¹ CAPH/GE du 14 mars 2007, c. 4.4, in : JAR 2008, p. 386. Voir aussi TF 4A_225/2008 du 12 août 2008, c. 6.1.

V. Dommages-intérêts dus à un autre titre (art. 336a al. 2 in fine CO)

Principe – Selon la loi, le travailleur licencié de manière abusive est en droit de réclamer, en sus d’une indemnité pour licenciement abusif, des « dommages-intérêts qui pourraient être dus à un autre titre » (art. 336a al. 2 in fine CO). Il s’agit donc de réparer un préjudice résultant d’une autre cause que celle liée au caractère abusif du congé⁵². Comme l’a précisé le Tribunal fédéral, « le congé abusif ne fonde, en lui-même, aucune prétention supplémentaire à des dommages-intérêts, liés par exemple à une baisse de revenu lors d’une période de chômage subséquente au licenciement ; la réserve de l’art. 336a al. 2 2^{ème} phrase CO ne concerne pas les dommages-intérêts dus sur la base d’une autre disposition – singulièrement l’art. 97 CO – mais ceux découlant d’une autre cause »⁵³. 31

Jurisprudence – Il a, par exemple, été jugé qu’un travailleur licencié de manière abusive pouvait solliciter, en plus de l’indemnité prévue à l’art. 336a CO, le versement d’une indemnité destinée à réparer le tort moral (cf. art. 49 CO) résultant d’un harcèlement sexuel antérieur au congé⁵⁴ ou de conditions de travail inacceptables qui ont influé sur sa santé⁵⁵. 32

Licenciement collectif – L’art. 336a al. 3 CO, relatif aux licenciements collectifs, ne réserve pas expressément les dommages-intérêts qui pourraient être dus à un autre titre. Il va cependant de soi qu’un travailleur dont le licenciement est abusif en raison du non-respect de la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs (cf. art. 336 al. 2 let. c CO) peut aussi faire valoir des dommages-intérêts ne résultant pas du licenciement⁵⁶. 33

⁵² ATF 123 III 391, c. 3c = JdT 1998 I 126 = SJ 1998 91 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 ad art. 336a CO, pp. 1056 s.

⁵³ ATF 135 III 405, c. 3.1.

⁵⁴ TF 4C.310/1998 du 8 janvier 1999, c. 4, in : SJ 1999 I 277.

⁵⁵ TF 4A_279/2008 du 12 septembre 2008, c. 4.2.1.

⁵⁶ WYLER, pp. 552 s.

Art. 336b

- c. Procédure** ¹ La partie qui entend demander l'indemnité fondée sur les art. 336 et 336a doit faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé.
- ² Si l'opposition est valable et que les parties ne s'entendent pas pour maintenir le rapport de travail, la partie qui a reçu le congé peut faire valoir sa prétention à une indemnité. Elle doit agir par voie d'action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, sous peine de péremption.
- c. Verfahren** ¹ Wer gestützt auf Artikel 336 und 336a eine Entschädigung geltend machen will, muss gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache erheben.
- ² Ist die Einsprache gültig erfolgt und einigen sich die Parteien nicht über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, so kann die Partei, der gekündigt worden ist, ihren Anspruch auf Entschädigung geltend machen. Wird nicht innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Klage anhängig gemacht, ist der Anspruch verwirkt.
- c. Procedura** ¹ La parte che intende chiedere un'indennità in virtù degli articoli 336 e 336a deve fare opposizione per scritto alla disdetta presso l'altra, il più tardi alla scadenza del termine di disdetta.
- ² Se l'opposizione è fatta validamente e le parti non si accordano per la continuazione del rapporto di lavoro, il destinatario della disdetta può far valere il diritto all'indennità. Il diritto decade se non è fatto valere mediante azione entro 180 giorni dalla cessazione del rapporto di lavoro.

Table des matières	note marginale	page
I. Généralités	1	701
II. Opposition au congé par écrit (art. 336b al. 1 CO).....	6	702
1. Opposition au congé	10	703
2. Acte écrit	15	704
3. Au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé.....	18	705
4. Péremption de l'action.....	25	707
III. Action en justice (art. 336b al. 2 CO).....	28	707
1. Pas d'entente pour maintenir le rapport de travail	29	708
2. Calcul du délai.....	31	708
3. Péremption de l'action.....	37	709

Bibliographie spécifique

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Licenciement abusif et jurisprudence récente, in : SJ 2007 II, pp. 51 ss ; BARBEY RICHARD, La procédure relative aux résiliations abusives du contrat de travail, in : Journée 1993 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1994, pp. 97 ss ; RIEMER-KAFKA GABRIELA et UEBERSCHLAG JAKOB, Commentaire ad art. 9 LEg, in : KAUFMANN C. et STEIGER-SACKMANN S. (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Bâle 2009, pp. 291 ss ; ZOISS MARIE-GISÈLE, La résiliation abusive du contrat de travail, Lausanne 1997.

I. Généralités

Objet et but – L’art. 336b CO décrit la procédure à suivre par la partie victime d’un congé abusif qui entend demander l’indemnité fondée sur les art. 336 et 336a CO. Cette partie doit principalement faire opposition par écrit auprès de l’autre partie, au plus tard jusqu’à la fin du délai de congé (al. 1), puis agir par voie d’action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat (al. 2). ¹

Systématique – La résiliation abusive est régie par trois dispositions, les articles 336 à 336b CO, qui font partie de la section G (fin des rapports de travail) du chapitre premier sur le contrat individuel de travail. L’art. 336b CO traite plus particulièrement de la procédure à suivre par la partie qui est victime d’un congé abusif, dont le principe est décrit à l’art. 336 CO, et qui entend réclamer l’indemnité prévue à l’art. 336a CO. ²

Loi sur l’égalité – Selon l’art. 9 LEg, l’art. 336b CO est applicable lors de discrimination dans la résiliation du contrat de travail au sens de la loi sur l’égalité (cf. art. 3 al. 2 et 5 al. 2 et 4 LEg). Pour déterminer le sens et la portée de l’art. 336b CO, on peut donc également prendre en compte la doctrine et la pratique relatives à l’art. 9 LEg (et vice-versa)¹. ³

Nature – L’art. 336b CO constitue une disposition absolument impérative, c’est-à-dire à laquelle il ne peut être dérogé ni au détriment de l’employeur ni au détriment du travailleur (cf. art. 361 al. 1 CO). Il en résulte que le travailleur ne peut pas valablement renoncer à son droit de faire opposition au congé². La question de savoir si l’ordre juridique suisse permet ou non d’améliorer par la voie conventionnelle la protection légale des art. 336 CO n’a pas encore été tranchée³. ⁴

Origine et évolution – Les dispositions sur le congé abusif, dont l’article 336b CO, ont été introduites dans le Code des obligations par la Loi fédérale du ⁵

¹ Voir notamment, les contributions de DUNAND, Commentaire LEg, ad art. 9 LEg et de RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG.

² TF 4A_571/2008 du 5 mars 2009, c. 4.4.

³ Cf. TF 4A_248/2010 du 12 juillet 2010, c. 5.

18 mars 1988, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1989⁴. Il faut noter que le projet du Conseil fédéral ne prévoyait pas de règles de procédure concernant le congé abusif : celles-ci ont été ajoutées par le Parlement⁵.

II. Opposition au congé par écrit (art. 336b al. 1 CO)

- 6 **Principe** – Selon l’art. 336b al. 1 CO, la « partie qui entend demander l’indemnité fondée sur les articles 336 et 336a doit faire opposition par écrit auprès de l’autre partie au plus tard jusqu’à la fin du délai de congé ».
- 7 **Exigences mesurées** – L’art. 336b al. 1 CO posant des conditions très formalistes, à charge de la personne qui estime avoir été licenciée pour un motif abusif, il ne faut pas avoir des exigences excessives pour admettre la validité formelle de l’opposition⁶.
- 8 **Renonciation à l’opposition par le travailleur** – Le Tribunal fédéral a eu l’occasion de préciser qu’une renonciation par le travailleur, pendant le délai fixé par l’art. 341 al. 1 CO, à former opposition au sens de l’art. 336b al. 1 CO, était en principe nulle de plein droit. En conséquence, sauf abus de droit du travailleur, l’employeur ne saurait se fonder sur une telle renonciation⁷.
- 9 **Licenciement immédiat injustifié** – Il peut arriver qu’un licenciement immédiat (cf. art. 337 CO) soit considéré à la fois comme injustifié (au sens des art. 337 ss CO) et abusif (au sens des art. 336 ss CO). Le juge ne pourra allouer qu’une seule indemnité dont le montant s’élèvera au maximum à six mois de salaire⁸. Sur le plan procédural, la personne licenciée dans de telles circonstances est dispensée d’observer les règles de l’art. 336b CO, puisque l’on applique l’art. 337c CO, qui ne contient pas de règles de procédure spécifiques⁹. Une opposition jusqu’à la fin du délai de congé serait de toute manière impossible dans la mesure où le contrat prend fin immédiatement, en droit, que la résiliation immédiate soit justifiée ou non¹⁰.

⁴ Message 1984, p. 574 ; RO 1988 1472.

⁵ ZOSS, pp. 130 s., ainsi que pp. 299 s.

⁶ ATF 123 III 246, c. 4c, JdT 1998 I 300 (trad.) ; CAPH/GE du 19 juillet 2000, c. 3, in : JAR 2001, p. 294 ; BARBEY, p. 105 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 336b CO, p. 263 ; RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 8 ad art. 9 LEg, p. 295 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 336b CO, pp. 1062 s. ; ZOSS, p. 305.

⁷ TF 4A_571/2008 du 5 mars 2009, c. 4.4.

⁸ Cf. dans le présent ouvrage, N 28 ad art. 336a CO.

⁹ BARBEY, p. 108 ; RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 26 ad art. 9 LEg, p. 300.

¹⁰ ATF 117 II 270, c. 3b = JdT 1992 I 398.

1. Opposition au congé

Manifestation du désaccord – Selon le Tribunal fédéral, on doit considérer comme opposition au congé « toute manifestation de volonté par laquelle une partie fait connaître son désaccord avec le congé qui lui a été notifié »¹¹. En cas de doute, le juge doit rechercher le sens que l'employeur pouvait et devait raisonnablement prêter à la manifestation de volonté de la personne licenciée, en tenant compte des termes utilisés dans l'opposition, ainsi que du contexte et de l'ensemble des circonstances¹².

Formulations admises – Le travailleur ne doit pas nécessairement utiliser le terme « opposition », ni motiver son opposition, ou mentionner expressément qu'il considère le congé comme abusif¹³. Il suffit que l'employeur puisse comprendre, à la lecture du document, que l'employé s'oppose au congé¹⁴. Des formulations telles « n'est pas d'accord », « n'accepte pas », ou indiquant que le congé est « totalement arbitraire » devraient donc être admises¹⁵.

Formulations insuffisantes – Dans plusieurs jurisprudences, les tribunaux ont considéré que les formulations utilisées par l'employé ne remplissaient pas les conditions requises. Ne constitue, ainsi, en principe pas une opposition valable le fait de :

- s'étonner du licenciement et de faire part de sa disponibilité pour continuer le travail¹⁶ ;
- contester les motifs du licenciement¹⁷ ;
- ou encore, de demander la motivation du congé¹⁸.

Cas particulier – Selon le Tribunal fédéral, lorsque le travailleur ne conteste dans un premier temps que les motifs du congé, puis, dans un second temps, toujours pendant le délai de congé, manifeste son opposition par écrit, l'on doit considérer qu'il a valablement formé opposition au sens de l'art. 336b al. 1 CO¹⁹.

¹¹ TF 4A_571/2008 du 5 mars 2009, c. 4.1.2 ; TF 4C.233/2006 du 25 octobre 2006, c. 3.

¹² TF 4C.39/2004 du 8 avril 2004, c. 2.1.

¹³ TF 4A_571/2008 du 5 mars 2009, c. 4.1.2 ; TAppello/TI du 19 février 1997, c. 3.3, in : JAR 1998, p. 194.

¹⁴ ATF 123 III 246, c. 4c, JdT 1998 I 300 (trad.) ; TAppello/TI du 19 février 1997, c. 3.3, in : JAR 1998, p. 194.

¹⁵ DUNAND, Commentaire LEg, N 21 ad art. 9 LEg, p. 216 et référence citée ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 336b CO, p. 1064.

¹⁶ TF 4C.233/2006 du 25 octobre 2006, c. 3.1.

¹⁷ TF 4A_571/2008 du 5 mars 2009, c. 4.1.2.

¹⁸ KG/SZ du 30 janvier 2001, c. 2c, in : JAR 2003, p. 290. Voir aussi WYLER, p. 554.

¹⁹ TF 4A_571/2008 du 5 mars 2009, c. 4.4.

- 14 **Opposition préventive ?** – Par définition, une opposition doit être manifestée contre un congé. En conséquence, il ne semble pas qu'un employé puisse valablement notifier à son employeur une opposition purement préventive à un éventuel licenciement. On réservera le cas dans lequel l'employeur lui a clairement fait part de sa volonté de le licencier²⁰.

2. Acte écrit

- 15 **Forme écrite** – La loi exige que l'opposition soit formulée « par écrit ». Ainsi, une simple protestation verbale n'est pas suffisante, même si elle est prouvée par des témoins²¹. La déclaration écrite prendra généralement la forme d'un courrier qui sera adressé à l'employeur par voie postale. Le travailleur licencié a intérêt, pour des raisons évidentes de sécurité juridique et de preuve, d'utiliser la forme du courrier recommandé²². Il est également admis que l'opposition puisse prendre la forme de la notification d'un commandement de payer à l'employeur indiquant une créance à titre d'indemnité pour licenciement abusif, ainsi que du dépôt d'une action en justice pour licenciement abusif²³.
- 16 **Signature de l'employé ?** – Selon l'art. 13 al. 1 CO, le « contrat pour lequel la loi exige la forme écrite doit être signé par toutes les personnes auxquelles il impose des obligations ». La signature électronique qualifiée est assimilée à la signature manuscrite (cf. art. 14 al. 2^{bis} CO). La question de savoir si l'employé doit signer l'opposition, sous peine de nullité, est sujette à interprétation. Selon la jurisprudence sur l'art. 13 al. 1 CO, l'exigence de la signature a pour but d'identifier la personne qui s'oblige et de constater qu'elle reconnaît le contenu de sa déclaration²⁴. Dans la mesure où l'opposition prévue à l'art. 336b al. 1 CO a avant tout un but informatif, on peut se demander si l'exigence d'une signature de l'opposant n'est pas superflue²⁵.

²⁰ WYLER, p. 554.

²¹ TC/FR du 8 octobre 2007, c. 3, in : RFJ 2007, p. 171 ; TERCIER/FAVRE, N 3717, p. 553 ; ZOSS, p. 304.

²² RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 10 ad art. 9 LEg, p. 296 ; SUBILIA/DUC, N 6 ad art. 336b CO, p. 579 ; ZOSS, p. 306.

²³ WYLER, p. 554.

²⁴ TF 4A_601/2011 du 21 décembre 2011, c. 2.4.1.

²⁵ Dans ce sens : CAPH/GE du 12 octobre 1999, in : Assistalex 1999 n° 5783 ; BARBEY, p. 106 ; PORTMANN, BaK 2011, N 1a ad art. 336b CO, pp. 2085 s. *Contra* : ArbG/ZH du 20 septembre 2010, in : JAR 2011, p. 630, dans lequel l'instance cantonale considère que l'opposition formulée dans un courriel qui ne contient pas la signature électronique du travailleur (au sens de l'art. 14 al. 2^{bis} CO) n'est pas valable. Voir aussi STREIFF/VON KAE-NEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 336b CO, p. 1063.

Jurisprudences cantonales – A plusieurs reprises, les tribunaux cantonaux ont fait preuve d’une certaine souplesse dans l’interprétation des règles sur la forme écrite. Il a, par exemple, été jugé qu’une opposition notifiée par télécopie (fax)²⁶ ou par courrier électronique²⁷ était admissible. Il a même été admis qu’un travailleur avait valablement formé opposition en ramenant la lettre de congé à la secrétaire de l’entreprise, dans un contexte particulier où des pourparlers avaient été entamés entre les parties²⁸.

17

3. Au plus tard jusqu’à la fin du délai de congé

Terme du contrat – L’opposition doit être formée au plus tard jusqu’à la fin du délai de congé. Le terme du contrat se calcule selon les règles légales habituelles (cf. art. 335a à 335c et 336c CO), y compris d’éventuelles règles spécifiques pouvant résulter de l’application d’un accord écrit entre les parties, d’un contrat-type ou d’une convention collective. Lorsque l’employeur indique dans sa déclaration de résiliation un délai de congé supérieur au délai contractuel ou légal, l’opposition doit pouvoir être valablement formée dans ce délai plus long²⁹.

18

Temps d’essai – En pratique, le délai pour faire opposition peut être extrêmement bref lorsque la personne est licenciée durant le temps d’essai. Le Tribunal fédéral a même considéré qu’un délai de congé de trois jours, fixé conventionnellement entre les parties, impose à la personne qui souhaite invoquer le caractère abusif de son licenciement de faire opposition au plus tard jusqu’à la fin de ce délai très court, dans la mesure toutefois où cela est possible et raisonnablement exigible³⁰.

19

Congé abusif suivi d’un congé immédiat – Dans un cas où une employée avait été licenciée de manière abusive (art. 336 CO), puis licenciée cinq jours plus tard de manière justifiée avec effet immédiat (art. 337 CO), le Tribunal fédéral a jugé que l’on ne pouvait attendre de l’employée qu’elle fasse opposition dans le délai de congé. Notre Haute Cour a dès lors admis la validité de l’opposition écrite parvenue à l’employeur avant la date à laquelle le contrat aurait pris fin en l’absence de congé abrupt³¹.

20

²⁶ ArbG/ZH du 28 février 2000, in : JAR 2002, p. 319.

²⁷ ArbG/ZH du 12 novembre 1998, in : ZR 99 (2000), N 88, p. 218.

²⁸ CAPH/GE du 10 janvier 1995, in : plaidoyer 4/1995, p. 62. Sur recours, le Tribunal fédéral a considéré que l’employeur commettait un abus de droit en invoquant le non respect de la procédure par l’employée puisqu’il l’avait dissuadée de former opposition (cf. TF du 5 décembre 1995, c. 2a-b, in : SJ 1996 330).

²⁹ BARBEY, p. 106 ; RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 12 ad art. 9 LÉg, p. 297 ; ZOISS, pp. 307 s.

³⁰ ATF 136 III 96, c. 3.4.

³¹ TF du 7 avril 1998, c. 5c, in : JAR 1999, p. 232.

- 21 **Motivation du congé** – Selon l’art. 335 al. 2 CO, la « partie qui donne le congé doit motiver sa décision si l’autre partie le demande ». L’obligation de motivation a pour but de permettre à la personne congédiée de connaître les motifs de la décision de l’employeur et d’évaluer l’opportunité d’une action en justice³². Les règles sur la motivation du congé sont toutefois indépendantes des exigences de forme posées à l’art. 336b CO³³. Tout d’abord, l’employé licencié n’est pas tenu de solliciter une motivation écrite³⁴. Ensuite, le défaut de motivation écrite, son caractère incomplet ou erroné n’ont pas d’incidence sur la validité du congé, ni n’impliquent une présomption légale du caractère abusif de la résiliation³⁵. Enfin, l’absence de motivation du congé n’entraîne aucune prolongation du délai d’opposition³⁶.
- 22 **Acte soumis à réception ?** – Selon la doctrine dominante, l’opposition est un acte soumis à réception qui doit parvenir dans la sphère d’influence de l’employeur au plus tard le dernier jour du délai de congé³⁷. Curieusement, dans un considérant non publié de l’ATF 136 III 96, le Tribunal fédéral a toutefois laissé la question ouverte de savoir si le dépôt de l’opposition écrite auprès d’un guichet de poste le dernier jour du délai était suffisant³⁸.
- 23 **Sphère d’influence de l’employeur** – Dans une jurisprudence récente relative à la notification d’une résiliation du contrat de travail qui nous semble pouvoir s’appliquer par analogie à la notification de l’opposition au congé abusif, le Tribunal fédéral a rappelé que la résiliation est une déclaration de volonté soumise à réception, qui produit ses effets seulement lorsqu’elle parvient à l’autre partie. Notre Haute Cour a précisé qu’une déclaration de volonté émise sous forme de lettre parvient à son destinataire au moment où elle entre dans la sphère d’influence de celui-ci, d’une manière telle que l’on peut prévoir, selon les usages, qu’il en prendra connaissance. Un éventuel refus de recevoir la lettre et d’en lire le contenu n’est pas opposable à l’auteur de cet écrit³⁹.
- 24 **Action en justice** – Lorsque l’opposition prend la forme d’une action en justice, l’employeur doit avoir eu connaissance de l’ouverture de l’action avant l’expiration du délai de résiliation, puisque le texte légal prescrit que l’opposition doit être faite « auprès de l’autre partie », au plus tard jusqu’à la fin du délai de

³² WYLER, p. 553.

³³ ZOSS, p. 303.

³⁴ BARBEY, pp. 101 s.

³⁵ ATF 121 III 60, c. 3, JdT 1996 I 47 (trad.) ; TF 4C.121/2001 du 16 octobre 2001, c. 3a.

³⁶ BARBEY, p. 104 ; CARRUZZO, ad art. 336b CO, p. 537 ; SUBILIA/DUC, N 7 ad art. 336b CO, p. 579 ; WYLER, p. 555 ; ZOSS, pp. 303 et 310. *Contra* : PORTMANN, BaK 2011, N 1 ad art. 336b CO, p. 2085.

³⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 336b CO, p. 1062 ; WYLER, p. 555 ; ZOSS, p. 309. Voir aussi ArbG/ZU du 28 octobre 1994, in : ZR 96 (1997) N° 85, p. 175.

³⁸ ATF 136 III 96 = TF 4A_347 du 16 novembre 2009, c. 4.1.

³⁹ TF 4A_89/2011 du 27 avril 2011, c. 3.

congé (cf. art. 336b al. 1 CO)⁴⁰. Cette règle vaut aussi pour la notification d'un commandement de payer⁴¹.

4. Péremption de l'action

Vérification d'office par le juge – Le délai prévu à l'art. 336b al. 1 CO pour former opposition est un délai de péremption⁴². Le travailleur qui ne forme pas opposition en temps utile et dans la forme prévue perd tout droit à une indemnité prévue à l'art. 336a CO⁴³. Le respect de ces prescriptions de forme doit être vérifié d'office par le juge⁴⁴.

Abus de droit de l'employeur – Selon le Tribunal fédéral, dans certaines circonstances, le fait d'invoquer l'absence d'opposition écrite peut constituer un abus de droit, par exemple lorsque l'employeur dissuade l'employé de faire opposition. Le Tribunal fédéral contrôle d'office et avec plein pouvoir d'examen l'appréciation juridique des faits constitutifs de l'abus de droit⁴⁵.

Double résiliation du contrat de travail – Lorsqu'un travailleur fait opposition à un premier congé, nul de plein droit (cf. art. 336c al. 2 CO), on peut se demander s'il est tenu de former une nouvelle opposition à l'encontre d'un second congé, qui serait quant à lui valable, bien qu'abusif. Une instance cantonale a jugé que l'opposition écrite formée à l'encontre du premier congé était sans effet et que, par conséquent, l'employé n'était pas libéré de l'obligation de faire opposition, dans les délais, à l'encontre du second congé⁴⁶.

III. Action en justice (art. 336b al. 2 CO)

Principe – L'article 336b al. 2 CO prescrit que si « l'opposition est valable et que les parties ne s'entendent pas pour maintenir le rapport de travail, la partie qui a reçu le congé peut faire valoir sa prétention en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat sous peine de péremption ». Ce délai de

⁴⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 2 ad art. 336b CO, p. 263 ; WYLER, p. 554.

⁴¹ CARRUZZO, ad art. 336b CO, p. 538.

⁴² CAPH/GE du 19 juillet 2000, c. 3, in : JAR 2001, p. 294 ; BARBEY, p. 105.

⁴³ AUBERT, CR 2012, N 2 ad art. 336b CO, p. 2087 ; ZOISS, p. 311.

⁴⁴ TC/VD du 21 décembre 2007, c. IV/b, in : JAR 2009, p. 631 ; TC/FR du 8 octobre 2007, c. 3, in : RFJ 2007 171 ; KG/SZ du 30 janvier 2001, c. 2b, in : JAR 2003, p. 290 ; DIET-SCHY, N 239, pp. 116 s.

⁴⁵ TF du 5 décembre 1995, c. 2a-b, in : SJ 1996 330. Notons que les juges cantonaux avaient admis que la personne licenciée avait valablement formé opposition en rapportant sa lettre de congé à l'employeur (cf. CAPH/GE du 10 janvier 1995, in : plaidoyer 4/1995, p. 62).

⁴⁶ TC/VD du 21 décembre 2007, c. IV/b, in : JAR 2009, p. 631.

péremption a pour but de limiter le laps d'insécurité pendant lequel l'employeur ignore si le travailleur licencié agira ou non⁴⁷.

1. Pas d'entente pour maintenir le rapport de travail

29 **Portée de la règle** – La procédure tend à encourager les parties à engager des pourparlers et à examiner si les rapports de travail peuvent être maintenus. Ainsi, l'employé licencié reste tenu d'examiner sérieusement d'éventuelles propositions en ce sens de son employeur⁴⁸. En revanche, en mentionnant l'éventualité d'un accord sur le maintien des rapports de travail, le législateur n'avait pas l'intention d'édicter une condition supplémentaire à l'exercice du droit à l'indemnité. Il en résulte que le travailleur n'est pas obligé, sous peine de perdre son droit à l'indemnité, d'engager des pourparlers avec l'employeur pour lui donner l'occasion de « corriger » son acte⁴⁹.

30 **Offre de retrait du congé** – Selon la jurisprudence, le travailleur licencié qui rejette une offre de l'employeur de retirer le congé perd son droit à une indemnité pour congé abusif⁵⁰. Tel n'est toutefois pas le cas lorsqu'il est proposé au travailleur de conclure un nouveau contrat de travail comportant des conditions moins favorables⁵¹.

2. Calcul du délai

31 **Terminologie** – La notion de « fin du contrat » de l'art. 336b al. 2 CO est la même que celle de « fin du délai de congé » de l'art. 336b al. 1 CO.

32 **Délai** – Le délai pour ouvrir action est de 180 jours de calendrier et non de six mois⁵². Il ne peut être ni interrompu ni prolongé⁵³.

33 **Computation** – A défaut de précisions ou d'indications contraires dans la loi, nous sommes d'avis que le calcul du délai doit s'opérer selon les règles générales relatives à la computation des délais en matière d'exécution des obligations (cf. art. 132 al. 1 et 2 CO ; art. 77 et 78 CO). Le délai viendra à échéance le 180^e jour,

⁴⁷ TF 4A_278/2007 du 4 octobre 2007, c. 5.

⁴⁸ ATF 123 III 246, c. 4d, JdT 1998 I 300 (trad.).

⁴⁹ CCC/NE du 21 juillet 2003, c. 3, in : RJN 2003, p. 181 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 336b CO, p. 1064.

⁵⁰ ATF 134 III 67, c. 5 = JdT 2009 I 51 = SJ 2008 I 235 ; CAPH/GE du 25 juin 1998, c. 11 et 12, in : SARB 1999, N° 108, p. 699.

⁵¹ ATF 123 III 246, c. 4c, JdT 1998 I 300 (trad.).

⁵² ArbG/BS du 22 août 1994, c. 2, in : BJM 1996, p. 263 ; RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 19 ad art. 9 LEg, p. 298 ; WYLER, p. 556.

⁵³ TERCIER/FAVRE, N 3719, p. 554.

à minuit, qui suit la fin du contrat. Le jour du point de départ du délai, c'est-à-dire le dernier jour de validité du contrat, n'est pas compté : le premier jour est celui qui suit (cf. art. 77 al. 1 ch. 1 CO)⁵⁴.

Samedis, dimanches et jours fériés – Lorsque le dernier jour tombe sur un dimanche ou un jour férié, le délai ne prend fin que le premier jour ouvrable qui suit (cf. art. 78 al. 1 CO). L'art. 20a al. 1 LTr prescrit que le jour de la fête nationale, soit le 1^{er} août, est assimilée au dimanche et que les cantons peuvent assimiler au dimanche huit autres jours fériés par an. La détermination des jours fériés suppose donc la prise en compte des droits cantonaux. Par ailleurs, selon l'art. 1^{er} de la loi fédérale sur la supputation des délais comprenant un samedi⁵⁵, dans le calcul des délais légaux du droit fédéral, le samedi est assimilé à un jour férié reconnu officiellement. 34

Dernier jour du délai – Il suffit que la demande en justice soit déposée auprès de l'autorité compétente le dernier jour du délai ou qu'il soit remis à un guichet de la poste suisse à l'adresse de l'autorité compétente le dernier jour du délai au plus tard à minuit (date du cachet postal)⁵⁶. En revanche, la notification d'un commandement de payer n'est pas suffisante⁵⁷. 35

Autorité incompétente – Selon l'art. 63 al. 1 CPC, si l'acte introductif d'instance retiré ou déclaré irrecevable pour cause d'incompétence est réintroduit dans le mois qui suit le retrait ou la déclaration d'irrecevabilité devant le tribunal ou l'autorité de conciliation compétente, l'instance est réputée introduite à la date du premier dépôt de l'acte. Il en va de même lorsque la demande n'a pas été introduite selon la procédure prescrite (art. 63 al. 2 CPC)⁵⁸. 36

3. Péremption de l'action

Extinction du droit – Comme le précise expressément la loi, le délai de 180 jours pour ouvrir l'action en justice est un délai de péremption (cf. art. 336b al. 2, dernière phrase, CO). Selon les règles générales, la péremption entraîne l'extinction du droit et le juge doit la relever d'office⁵⁹. En l'absence d'action en 37

⁵⁴ RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 22 ad art. 9 LEG, p. 299 ; ZOSS, p. 315.

⁵⁵ Loi fédérale sur la supputation des délais comprenant un samedi du 21 juin 1963, RS 173.110.3.

⁵⁶ CARRUZZO, ad art. 336b CO, p. 538 ; STAEHELIN/VISCHER, ZK 1996, N 7 ad art. 336b CO, p. 585 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 336b CO, p. 1065 ; WYLER, p. 556 ; ZOSS, p. 315.

⁵⁷ WYLER, p. 556 ; ZOSS, p. 314.

⁵⁸ DIETSCHY, N 207, pp. 102 s.

⁵⁹ TC/VD du 21 décembre 2007, c. IV/b, in : JAR 2009, p. 631 ; TC/FR du 8 octobre 2007, c. 3, in : RFJ 2007, p. 171 ; AppG/BS du 22 août 1994, c. 2, in : BJM 1996, p. 263.

justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, le droit à l'indemnité se périe définitivement⁶⁰.

38 **Responsabilité de l'avocat** – L'avocat mandaté par un travailleur, qui omet d'ouvrir action dans le délai prévu à l'art. 336b al. 2 CO, en violation fautive du devoir de diligence du mandataire, engage sa responsabilité contractuelle (cf. art. 398 CO), en tous les cas lorsqu'il peut être admis avec une vraisemblance prépondérante qu'une indemnité pour licenciement abusif aurait été accordée à son mandant⁶¹.

39 **Action en réparation du tort moral ?** – Selon les juges genevois, le travailleur licencié qui a omis d'agir en justice dans le délai péremptoire prévu à l'art. 336 al. 2 CO ne peut guère réclamer une indemnité pour tort moral en raison du caractère abusif du licenciement : il « n'est pas admissible de vouloir contourner cette barrière procédurale en plaçant l'abus subi sous rubrique tort moral »⁶². Tout en laissant la question ouverte, le Tribunal fédéral a pour sa part indiqué qu'il était « douteux » que le travailleur licencié de manière abusive puisse encore élever une prétention sur la base des articles 49 al. 1 et 328 al. 1 CO, lorsqu'il a laissé périmer son droit à l'indemnité spécifique prévue à l'article 336a al. 1 et 2 CO⁶³.

40 **Action en constatation de droit** – La jurisprudence considère que le travailleur dont l'action en indemnité est périmée peut tout de même agir en constatation de droit du caractère abusif du congé lorsqu'il peut se prévaloir d'un intérêt juridique, comme celui résultant de la protection de sa personnalité et de son avenir économique⁶⁴.

⁶⁰ AUBERT, CR 2012, N 2 ad art. 336b CO, p. 2087 ; WYLER, p. 556.

⁶¹ TF 4A_69/2010 du 6 avril 2010, c. 4-6.

⁶² CAPH/GE du 12 décembre 2007, c. 3.5, in : JAR 2008, p. 418. Dans le même sens, WYLER, p. 556.

⁶³ TF 4A_607/2011 du 10 novembre 2011, c. 3.

⁶⁴ ATF 136 III 96, c. 2.2 ; TC/SZ du 30 janvier 2001, c. 3c, in : JAR 2003, p. 290. Cf. également DIETSCHY, N 433, p. 214 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 ad art. 336a CO, p. 1066.