

La jurisprudence de la Cour de cassation civile neuchâteloise en matière de licenciement abusif (art. 336 à 336b CO)

par Jean-Philippe Dunand, Professeur de droit du travail à l'Université de Neuchâtel *, **

** RJN 2003 page 52 **

SOMMAIRE

I.	Introduction	53
II.	La notion de licenciement abusif	53
III.	La jurisprudence de la Cour en matière de licenciement abusif (art. 336 ss CO)	55
	A. Questions procédurales	56
	1. Pouvoir de cognition de la Cour	56
	2. Fardeau de la preuve	58
	B. Jurisprudence sur l'article 336 CO	59
	1. Article 336 al. 1	60
	2. Article 336 al. 2	71
	3. Autres motifs non retenus à l'article 336 CO	74
	C. Jurisprudence sur l'article 336a CO	76
	1. Facteurs déterminants	77
	2. Fixation de l'indemnité	79
	D. Jurisprudence sur l'article 336b CO	81
	1. Arguments du travailleur	82
	2. Arguments de l'employeur	83
IV.	Conclusion	84
	Annexe	85

** RJN 2003 page 53 **

I. Introduction

Le 1er janvier 1989 sont entrés en vigueur les articles 336 à 336b du code des obligations sur la résiliation abusive du contrat de travail, adoptés par les Chambres fédérales le 18 mars 1988 ¹. Selon l'article 336CO, le congé est abusif s'il est donné pour des motifs qui ne sont pas dignes de protection. Le caractère abusif de la résiliation n'affecte pas sa validité. En revanche, en vertu de l'article 336aCO, la victime d'un tel congé a en principe droit à une indemnité dont le montant est fixé par le juge, mais correspondant au plus à six mois de salaire. L'article 336bCO précise la procédure à suivre: pour obtenir une indemnité pour licenciement abusif, la victime doit tout d'abord faire opposition au licenciement par écrit au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé (al. 1), puis, agir en paiement de l'indemnité par voie d'action dans le délai de 180 jours suivant la fin du contrat (al. 2).

Quinze ans après l'entrée en vigueur de ces dispositions légales, auxquelles la loi interdit pratiquement toute dérogation (cf. art. 361 et 362CO), il nous est apparu intéressant de tirer un premier bilan de l'application de ces normes sous l'angle de la jurisprudence de la Cour de cassation civile neuchâteloise (ci-après: la Cour). Avant de procéder à l'examen de cette jurisprudence (chapitre III), quelques remarques préalables sur la notion de licenciement abusif s'imposent (II).

II. La notion de licenciement abusif

La loi ne définit pas la notion de licenciement abusif mais énumère différentes hypothèses susceptibles de fonder un tel licenciement (art. 336CO). La notion d'abus de droit est quant à elle connue en droit suisse depuis l'adoption du code civil suisse, en 1907, dont l'article 2 al. 2 stipule: "L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi." Souvent considérée comme le "joyau" d'Eugen Huber, le rédacteur de l'avant-projet du code civil helvétique, cette disposition

** RJN 2003 page 54 **

avait été largement critiquée dans certains milieux juridiques ². D'une part, certains lui reprochaient son caractère "anti-juridique", car, selon eux, l'exercice d'un droit ne saurait être abusif. D'autre part, d'aucuns craignaient qu'il confère au juge un pouvoir d'appréciation démesuré pouvant conduire à l'arbitraire, voire à une "socialisation" dangereuse de l'ordre juridique!

La notion d'abus de droit repose sur l'idée d'une dichotomie entre droit formel et droit matériel. En particulier, l'exercice d'un droit est considéré comme abusif lorsqu'il va à l'encontre du but même de la disposition légale qui le consacre ³. Cette tension entre justice formelle et justice matérielle trouve une concrétisation éclatante dans le sujet qui nous occupe. Fondamentalement, le droit suisse des contrats est basé sur le principe de la liberté contractuelle. Les parties ont le droit de résilier librement le contrat de travail et sans motifs, sous réserve du respect des délais et termes prévus dans la loi. En cela, notre législation s'oppose aux droits de la plupart des Etats européens, liés par la Convention no 158 de l'organisation internationale du travail, dans lesquels la résiliation du contrat de travail doit obligatoirement être fondée sur un motif justifié ⁴. Et comme le rappelle souvent le Tribunal fédéral, les articles 336 ss CO ne remettent pas en cause le principe de la liberté fondamentale pour chacune des parties de mettre unilatéralement fin au contrat de travail ⁵. Les dispositions sur le congé abusif permettent cependant de considérer que certains motifs qui ont fondé le congé sont illicites. 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 résilier le contrat ⁶. Comme le précisait le Conseil fédéral, "les seuls éléments déterminants sont le motif du congé et la causalité entre ce motif et le congé lui-même" ⁷.

Les dispositions sur la résiliation abusive du contrat de travail (art. 336 à 336bCO) ont été adoptées par les Chambres fédérales en tant que "contre-projet indirect" à une initiative constitutionnelle "pour la protection des travailleurs contre

**** RJN 2003 page 55 ****

les licenciements dans le contrat de travail", déposée le 26 octobre 1981 par la Confédération des syndicats chrétiens, et retirée le 25 avril 1988 ⁸. Certes, avant l'adoption de ces normes, il était déjà possible au travailleur de se fonder sur l'article 2 al. 2 CC pour invoquer l'existence d'un congé abusif. Mais l'application de cette disposition n'était pas aisée car elle présupposait l'abus manifeste d'un droit, condition non requise dans le cadre de l'article 336CO⁹. De plus, la sanction de l'abus manifeste d'un droit devait résider, selon l'article 2 al. 2 CC, dans la nullité de l'acte. Or, la nullité d'un congé abusif impliquait la réintégration de l'employé licencié dans l'entreprise, conséquence considérée comme inopportune ¹⁰. Toujours est-il qu'en pratique, l'article 2 al. 2 du code civil n'a presque pas été appliqué en matière de résiliation du contrat de travail et qu'il n'existe, en particulier, aucun arrêt du Tribunal fédéral dans lequel un congé abusif a été admis sur la base de cette disposition légale ¹¹.

Les articles 336 ss CO sont eux très souvent invoqués en pratique en cas de litige portant sur un licenciement. Leur succès dépasse d'ailleurs le cadre des relations de travail de pur droit privé puisque plusieurs collectivités publiques les ont intégrés, selon des modalités diverses, dans leur réglementation. On peut renvoyer dans ce contexte à l'article 14 al. 3 litt. a de la loi fédérale sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers) ¹², ainsi qu'à l'article 45 al. 2 de la loi neuchâteloise sur le statut de la fonction publique du 28 juin 1995 (LSt) ¹³.

III. La jurisprudence de la Cour en matière de licenciement abusif (art. 336 ss CO)

On rappellera, qu'en principe, les articles 336 ss CO s'appliquent exclusivement aux contrats de durée indéterminée qui prennent fin par une résiliation ordinaire et qu'ils s'appliquent également pendant le temps d'essai ¹⁴.

Entre le 1er janvier 1989 et le 31 décembre 2003, la Cour a rendu vingt-trois arrêts en matière de congé abusif, dont la liste figure en annexe à la présente contribution. Parmi ces jurisprudences quatorze cas d'abus ont été admis. Nous traiterons, suivant l'ordre légal, successivement des articles 336 (section B), 336a

**** RJN 2003 page 56 ****

(section C) et 336c CO (section D). Avant cela, il conviendra de préciser quelques notions relevant de la procédure (section A).

A. Questions procédurales

Deux questions méritent d'être évoquées, à savoir le pouvoir de cognition de la Cour (sous-section 1),

d'une part, et le fardeau de la preuve (sous-section 2), d'autre part.

1. Pouvoir de cognition de la Cour

En vertu de l'article 23 al. 1 de la loi neuchâteloise sur la nomination et la juridiction des prud'hommes du 23 mai 1951 (ci-après: LJPH) ¹⁵, la Cour connaît des recours dirigés contre les jugements des tribunaux de prud'hommes. Selon l'article 8 al. 1 LJPH, ceux-ci sont notamment compétents pour trancher les litiges dont la valeur litigieuse ne dépasse pas Fr. 40 000.- (Fr. 20 000.- jusqu'au 31 décembre 1997).

Sur les vingt-trois affaires qui lui ont été soumises, la Cour n'a annulé que cinq jugements. A notre avis, cela tient aussi à la manière avec laquelle la Cour retient l'état de faits des litiges qui lui sont soumis. Tout d'abord, les témoignages devant le Tribunal de prud'hommes n'étant pas verbalisés, la Cour ne peut se baser que sur leur résumé retranscrit dans le jugement du Tribunal. Par ailleurs, la pratique de la cour relative à son pouvoir de cognition a également une incidence en la matière. On rappellera que ce pouvoir a été modifié à l'occasion de la révision de l'article 23 LJPH du 25 juin 1997, entrée en vigueur le 1er janvier 1988 ¹⁶. Selon l'article 23 al. 2 LJPH, la Cour statue avec un plein pouvoir d'examen lorsque la valeur litigieuse permet un recours en réforme au Tribunal fédéral, c'est-à-dire est égale ou supérieure à Fr. 8000.- (cf. art. 46 de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 ¹⁷). Il est intéressant d'évaluer l'impact de cette nouvelle disposition légale sur la jurisprudence de la Cour.

Jusqu'à la fin 1997, la Cour ne revoyait pas les faits sauf arbitraire. Ainsi, dans son arrêt du 25 août 1997, elle relevait: "Le motif de licenciement constitue une question de fait, et l'existence d'une présomption de fait relève par principe de l'appréciation des preuves et non de l'application du droit fédéral (TF, in SJ 1995, p. 797, cité par la recourante). A cet égard, les constatations de fait lient la Cour

**** RJN 2003 page 57 ****

de cassation civile, sauf arbitraire, c'est-à-dire sauf lorsque le juge a dépassé les limites de son large pouvoir d'appréciation des preuves, par exemple en admettant un fait dénué de toute preuve ou en rejetant un fait indubitablement établi par les pièces du dossier (art. 415 al. 1 litt. b CPC; RJN 1998, p. 41). Cette règle est valable également dans l'examen d'un recours contre le jugement d'un tribunal de prud'hommes... La Cour de céans est dès lors liée, sauf arbitraire, par l'appréciation des premiers juges qui ont statué sur la vraisemblance d'un fait. Il ne suffit donc pas que l'appréciation des preuves soit simplement discutable ou qu'une autre appréciation soit possible pour que cela donne lieu à cassation. Il faut qu'elle soit manifestement insoutenable ou contraire aux pièces du dossier (ATF 109 Ia 22, 108 Ia 195)." ¹⁸

Selon le nouvel article 23 al. 2 LJPH, lorsque la valeur litigieuse permet un recours en réforme au Tribunal fédéral, la Cour statue avec un plein pouvoir d'examen, c'est-à-dire qu'elle peut revoir librement les jugements des tribunaux de prud'hommes aussi bien sous l'angle de l'établissement des faits que sous l'angle du droit. Mais, dans les arrêts que nous avons consultés, la Cour n'a pas usé de ses nouvelles compétences. On peut, par exemple, citer les considérants de l'arrêt du 1er juillet 2002: "Compte tenu de la valeur litigieuse, supérieure à 8000 francs, le recours en réforme au Tribunal fédéral est possible. De ce fait, l'article 23 al. 2 LJPH est applicable. Il a toutefois été jugé que si cette disposition prévoit que la Cour de cassation civile statue avec plein pouvoir d'examen dans les litiges pouvant être déférés par la voie du recours en réforme au Tribunal fédéral, cela signifie certes que l'appréciation des faits ne sera plus revue sous le seul angle restreint de l'arbitraire, mais qu'il n'en découle pas pour autant que la Cour de céans substitue en toute hypothèse son appréciation à celle des juges prud'hommes. Dans la mesure où les normes applicables réservent un large pouvoir d'examen à l'autorité de première instance, la Cour de cassation civile n'interviendra qu'en cas d'excès ou d'abus du pouvoir d'appréciation (RJN 1998, p. 128, 130, et les références)." ¹⁹

La différence entre pouvoir d'examen des faits "limité à l'arbitraire", d'une part, et limité à "l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation", d'autre part, n'est pas évidente! Comme le relève Bohnet, la Cour n'a pas voulu véritablement modifier sa pratique malgré le changement de législation ²⁰. Y aurait-il eu l'amorce d'un revirement de jurisprudence dans un arrêt de la Cour du 19 août 2002 ²¹?

**** RJN 2003 page 58 ****

On peut en tous les cas expliquer la pratique de la Cour quand on sait qu'en matière de conflits de travail, et en particulier lors de l'appréciation de la nature abusive ou non d'une résiliation du contrat de travail, l'établissement des faits repose en grande partie sur l'appréciation des comportements

subjectifs des parties. Or, celle-ci ne serait guère possible sans que la Cour procède à une nouvelle instruction complète de la cause, comprenant la comparution personnelle des parties et l'audition des témoins.

2. Fardeau de la preuve

En application du principe général retenu à l'article 8CC, il appartient à la partie qui prétend à l'existence d'un congé abusif d'en apporter la preuve ²², sous réserve de l'exception prévue à l'article 336 al. 2 litt. b CO. La preuve portant en l'occurrence sur des motifs subjectifs, à savoir l'intention de la personne qui donne le congé, la jurisprudence se contente d'indices suffisants (a). La jurisprudence a également énoncé les critères à appliquer en cas de pluralité de motifs de licenciement dont certains ne sont pas considérés comme abusifs (b).

a) Présomption d'abus en cas d'indices suffisants

Le Tribunal fédéral admet qu'un faisceau d'indices ou une très grande vraisemblance résultant de l'ensemble des circonstances suffit pour admettre l'existence d'un congé abusif ²³. Ainsi, le juge est en droit de présumer l'existence d'un congé abusif lorsque le travailleur parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur ²⁴. Le motif du congé, de même que l'existence d'une présomption de fait, relèvent, par principe, de l'appréciation des preuves et non de l'application du droit fédéral ²⁵.

La Cour s'est conformée à ces principes, par exemple, dans son arrêt du 1er juillet 2002: "Sur le motif du congé, le fardeau de la preuve incombe au demandeur. La preuve ayant pour objet des éléments subjectifs - savoir le réel motif de l'employeur -, elle est difficile à apporter. Aussi le juge peut-il 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 cependant pas pour effet d'en renverser le fardeau. Elle constitue en définitive une forme de preuve par indice. De son côté, l'employeur ne peut pas non plus rester inactif: lorsque de tels indices sont apportés, il lui incombe de fournir les preuves

**** RJN 2003 page 59 ****

à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (RJN 2001, p. 97, 98; SJ 1993, p. 360 et les références)." ²⁶

b) Cas de la pluralité de motifs

Un congé donné sur la base de plusieurs motifs, dont certains seulement sont abusifs, n'est pas toujours abusif. Il incombe au travailleur de démontrer, au moins au stade de la vraisemblance, que le congé ne lui aurait pas été donné pour les seuls motifs non constitutifs d'un licenciement abusif ²⁷. L'incidence respective des divers motifs de résiliation en concours est une question qui relève de la causalité naturelle, donc des faits, et non du droit fédéral ²⁸.

La Cour a repris ces arguments dans deux décisions. Ainsi, dans son arrêt du 8 août 2000, elle affirmait: "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 tout de même été résilié; si tel est le cas, le congé n'est pas abusif (SJ 1995, p. 798 ss, spécialement 800 et la doctrine citée)." ²⁹ Puis, dans son arrêt du 21 juillet 2003, la Cour a encore affiné son argumentation: "Lorsque l'origine du congé repose sur différents motifs dont certains sont abusifs et d'autres licites, le juge doit rechercher et retenir la cause qui, très vraisemblablement, était la cause prépondérante et décisive (SJ 1995, p. 798, cons. 2c). En cas de pluralité de motifs, dont l'un au moins s'avère abusif, il incombe à l'employeur de démontrer qu'il aurait licencié le travailleur même en l'absence du motif abusif (Staehelin, Zürcher Kommentar, n. 38 ad art. 336 CO; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5e éd., n. 20 ad art. 336 CO)." ³⁰

B. Jurisprudence sur l'article 336CO

L'article 336 prévoit huit cas de congés abusifs. Les cinq motifs énumérés à l'al. 1 consacrent une protection paritaire et s'appliquent tant à la résiliation du contrat par l'employeur qu'à celle par le travailleur (sous-section 1). Par contre, les trois motifs énumérés à l'al. 2 ne s'appliquent qu'au licenciement donné par l'employeur (sous-section 2). On reconnaît en outre aux parties la possibilité d'invoquer encore d'autres motifs, la liste des motifs de l'article 336 n'étant pas considérée comme exhaustive (sous-section 3).

**** RJN 2003 page 60 ****

1. Article 336 al. 1

Selon cette disposition, le congé est abusif lorsqu'il est donné pour l'un des cinq motifs suivants:

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 (art. 336 al. 1 litt. a)

Cette disposition vise le "congé-discriminatoire", c'est-à-dire le congé donné pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie. Ce sont toutes les qualités propres à la personne, telles le sexe, l'état civil, l'origine, la race, la nationalité, l'âge, l'homosexualité, la religion, la conception du monde ou encore les antécédents judiciaires³¹. Cependant, selon les exceptions retenues dans la deuxième partie de cette disposition légale, de tels motifs de licenciement peuvent être invoqués de manière licite par l'employeur à l'appui d'un congé lorsqu'ils ont une influence directe et claire sur la qualité des prestations du travailleur ou qu'ils ont une incidence substantielle sur le climat de l'entreprise considérée, excédant ce qui peut et doit être toléré³².

Diverses questions demeurent délicates. Ainsi, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si les traits de caractère ou certains types de comportement font partie des raisons inhérentes à la personnalité³³. Mais dans une jurisprudence postérieure, il a affirmé qu'un congé signifié en raison d'un comportement, d'un défaut de caractère, ou à cause d'une absence d'entente entre les parties est en principe admissible lorsque le motif présente un lien avec le rapport de travail, en particulier avec l'obligation de travailler et le devoir de fidélité du travailleur³⁴. Par ailleurs, la prise en compte de la maladie comme élément de la personnalité du travailleur est discutée³⁵. On admet que, dans la mesure où elle porte atteinte à la capacité de travail, la maladie ne doit pas dans la règle être considérée comme une cause abusive de résiliation³⁶. En revanche, le Tribunal fédéral a précisé qu'un congé donné à cause de la maladie, à l'exemple

**** RJN 2003 page 61 ****

de la séropositivité, peut être abusif lorsque le motif du licenciement n'a pas de lien avec le rapport de travail ou ne porte pas sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise³⁷.

A Neuchâtel, la Cour a eu à se pencher sur un cas de licenciement pour inaptitude professionnelle, ainsi que sur un cas de licenciement pour maladie.

i) Licenciement pour inaptitude professionnelle

Dans un arrêt du 16 décembre 1997, la Cour a traité d'un cas dans lequel le travailleur avait été licencié en raison de son inaptitude à exercer correctement le travail qui lui était demandé: "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. Prétendre le contraire reviendrait à empêcher tout employeur qui n'est pas satisfait des prestations d'un employé de le congédier sans encourir les sanctions prévues par l'article 336aCO, ce qui à l'évidence outrepasserait le but assigné aux dispositions légales visant à la protection contre les congés abusifs."³⁸ On notera qu'un raisonnement similaire a été tenu par le Tribunal administratif dans un arrêt du 18 décembre 1989³⁹.

ii) Licenciement pour maladie ayant généré une inaptitude à travailler

On peut d'ailleurs aussi se référer dans ce contexte à l'arrêt de la Cour du 25 août 1997. Certes, le cas d'espèce a été traité sous l'angle du "congé-représailles" au sens de l'article 336 al. 1 litt. d CO. Mais il s'agissait également d'un cas de maladie d'une employée, apparemment licenciée du fait d'une inaptitude au travail causée par cette maladie: "En effet, dès l'instant où l'employeur avait constaté l'inadaptation de son employée à l'une ou l'autre des places de travail, il était en droit de résilier le contrat, sous réserve du respect des délais. En proposant encore au préalable à son employée une mesure de recyclage professionnel avec l'aide de l'assurance invalidité, il allait au-delà de ce que la loi lui imposait. Enregistrant alors le refus de l'employée d'engager une telle démarche, et n'étant pour sa part pas en droit de la lui imposer, l'employeur n'avait plus d'autre solution que de mettre un terme au contrat. C'est donc bien l'inadaptation de l'employée à l'une ou l'autre des places de travail qui est la cause de son

**** RJN 2003 page 62 ****

licenciement, et non le refus (subséquent) manifesté par la recourante d'envisager d'y remédier. En tenant pour non abusif un congé donné dans ces circonstances, les premiers juges ont fait un usage non critiquable de leur pouvoir d'appréciation des preuves, et ils ont appliqué correctement l'article 336CO. La situation en l'espèce n'est pas sans rappeler celle jugée par le Tribunal fédéral au sujet du congé donné à un travailleur malade qui ne pouvait plus remplir les services promis, congé qui n'a pas été jugé abusif au regard des articles 2CC et 336e al. 1 b du CO (avant sa révision du 18.03.1988; ATF 107 II 169 ; voir aussi Zoss, op.cit. p. 167)." ⁴⁰

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 (art. 336 al. 1 litt. b CO)

Cette disposition consacre la théorie des effets horizontaux des droits constitutionnels, laquelle postule que ces droits s'imposent non seulement face à l'Etat, mais également dans les rapports de droit privé (Drittwirkung) ⁴¹. En font partie notamment le droit à l'égalité (art. 8Cst.), la liberté personnelle (art. 10Cst.), la protection de la sphère privée (art. 13Cst.), le droit au mariage (art. 14Cst.), la liberté de conscience et de croyance (art. 15Cst.), les libertés d'opinion et d'information (art. 16Cst.), la liberté de réunion (art. 22Cst.), la liberté d'association (art. 23Cst.), la liberté économique (art. 27Cst.) et la liberté syndicale (art. 28Cst.) ⁴². Le congé n'est toutefois pas abusif si l'exercice du droit constitutionnel compromet les obligations découlant du contrat de travail ou porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise ⁴³.

Cette disposition n'est pas souvent invoquée en pratique et n'a d'ailleurs donné lieu à aucune jurisprudence de la Cour.

c) Seulement afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie, résultant du contrat de travail (art. 336 al. 1 litt. c CO)

La loi protège le salarié contre une résiliation qui aurait pour but de le priver du bénéfice d'une prestation contractuelle particulière dont l'exigibilité serait imminente, à l'exemple de gratifications, de primes de fidélité, d'augmentation du droit aux vacances ou de l'adaptation du salaire au renchérissement ⁴⁴. Selon la doctrine, le terme "seulement" n'implique pas l'existence d'un rapport de

**** RJN 2003 page 63 ****

causalité exclusif mais vise à insister sur le rapport temporel étroit qui doit lier le congé et la naissance de la prétention juridique concernée ⁴⁵.

Cette disposition légale est très peu appliquée en pratique dans notre pays. Aucun arrêt de la Cour n'en traite expressément.

d) Parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail (art. 336 al. 1 litt. d CO)

Cette disposition vise le cas du "congé-représailles" ou "congé-vengeance" donné par l'employeur parce que l'employé fait valoir des prétentions résultant du contrat de travail. Le Tribunal fédéral a précisé qu'il n'est pas nécessaire que la prétention soit bien fondée; il suffit que le travailleur soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il puisse raisonnablement penser que la prestation réclamée lui était due ⁴⁶. Les prétentions du travailleur doivent porter sur des droits existants et non sur des droits futurs ⁴⁷.

En pratique, il s'agit du cas de licenciement abusif le plus souvent invoqué. D'ailleurs, la grande majorité des jurisprudences de la Cour en ont traité. Du cas du congé-représailles, constitutif d'abus (i), il faut distinguer le cas du congé-modification (Änderungskündigung), considéré en principe comme licite (ii).

i) Le "congé-représailles" ou "congé-vengeance" (Rachekündigung)

La Cour a eu l'occasion d'examiner trois questions essentielles relatives à l'application de l'article 336 al. 1 litt. d CO, à savoir les notions de "bonne foi" et de "prétentions" au sens de cette disposition, ainsi que le problème du lien de causalité.

-- Notion de "bonne foi"

En un peu moins de dix années d'intervalle, la Cour s'est penchée à deux reprises sur la notion de "bonne foi" au sens de l'article 336 al. 1 litt. d CO. Ainsi, dans un arrêt du 18 juin 1993, elle indiquait: "Ce qui est essentiel dans l'application de l'article 336, ce n'est pas que la prétention existe

vraiment mais plutôt que la partie croit qu'elle existe (Pedergnana, Die neuen Kündigungsbestimmungen im Arbeitsvertragsrecht, Recht 1989, p. 39). La partie qui a seulement de bonnes raisons pour faire valoir une prétention est protégée par cet article (Streiff/von Kaenel, op.cit. ad art. 336 n. 11; Fritz, op.cit., p. 27; Brunner/Bühler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, p. 64)." ⁴⁸

**** RJN 2003 page 64 ****

Puis, dans sa jurisprudence du 1er juillet 2002, la Cour a encore précisé la notion: "En premier lieu, il convient de rappeler que, selon la jurisprudence, l'exigence de la bonne foi au sens de l'article 336 al. 1 litt. d CO présente un double aspect, protégeant à la fois l'employeur et le travailleur: d'une part, la réclamation ne doit être ni chicanière ni téméraire, car la protection ne s'étend pas au travailleur qui cherche à bloquer un congé en soi admissible ou qui fait valoir des prétentions totalement injustifiées; d'autre part, la prétention exercée ne doit pas nécessairement être fondée en droit puisqu'il suffit que le travailleur soit légitimé, de bonne foi, à penser qu'elle l'est (...) (ATF non publié du 22 décembre 1999 dans la cause G. contre M.; voir aussi SJ 1995, p. 797; SJ 1993, p. 360; ATF 115 II 484)." ⁴⁹

-- Notion de "prétentions"

Dans un arrêt du 7 août 2000, la Cour a examiné de manière détaillée la notion de "prétentions" au sens de l'article 336 al. 1 litt. d CO: "Pour sa part, la Cour de céans a précisé que c'est dans un sens large qu'il fallait entendre l'exercice d'une prétention au sens de l'article 336 al. 1 litt. d CO. Il peut s'agir d'une intervention directe, orale ou écrite, auprès de l'autre partie ou de l'ouverture d'une procédure, en ce sens que l'intéressé a saisi de l'affaire un tribunal, une autorité administrative ou une instance arbitrale compétente pour trancher un conflit issu d'une convention collective de travail. La notion de prétentions résultant du contrat de travail doit être interprétée largement. Il peut s'agir de prétentions déduites de la prévoyance professionnelle. Ces prétentions peuvent se rapporter également à des promesses d'avancement ou d'intéressement, voire aux modalités de la fin des rapports de travail (RJN 1993 p. 89 ss). (...) En l'espèce, il ne ressort pas du dossier que le licenciement de l'intimé ferait suite à une prétention émise par celui-ci à l'égard de son employeur sous quelque forme que ce soit. Certes le tribunal de première instance a retenu des témoignages entendus que l'intimé avait souvent exprimé son mécontentement quant aux conditions de travail ou de salaire offertes par le home médicalisé X., manifestant ainsi ouvertement ce que certains de ses collègues se contentaient de penser. Cet élément n'équivaut cependant pas à une revendication concrète de l'intimé formulée en son nom personnel ou à titre collectif. On ignore d'ailleurs quand l'intimé aurait émis de telles critiques et si celles-ci auraient précédé de peu son licenciement. En retenant une résiliation abusive du contrat de travail de l'intimé selon l'article 336 al. 1 litt. d CO en l'absence de prétentions concrètes formulées par celui-ci à l'encontre de son employeur, les juges de première instance ont fait une fausse application de cette disposition légale. Admettre une interprétation aussi extensive de la disposition précitée conduirait à réduire

**** RJN 2003 page 65 ****

la liberté contractuelle de l'employeur d'une manière non voulue par le législateur." ⁵⁰

-- Question du lien de causalité ("parce que")

La jurisprudence portant sur la causalité du motif illicite du licenciement, élément essentiel pour juger de son éventuel caractère abusif, est extrêmement abondante. Nous avons choisi de citer deux arrêts portant sur des éléments théoriques, trois arrêts admettant le lien de causalité, et enfin, deux arrêts rejetant un tel lien.

Éléments théoriques

Arrêt du 21 mars 1996: "Le motif doit avoir été déterminant et à l'origine de la résiliation, c'est-à-dire qu'il a essentiellement influencé la décision de l'employeur de licencier; il faut ainsi un rapport de causalité entre le motif et le licenciement (Fritz, Le droit du contrat de travail, p. 23; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, no 8 ad. art. 336). La preuve du congé abusif ayant pour objet des éléments subjectifs, la jurisprudence et la doctrine ont admis qu'on peut présumer en fait l'existence d'un abus lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants démontrant que le congé a été donné après qu'il avait fait valoir une prétention découlant du contrat de travail ou de la loi (JU - TRAV 1995, 55; SJ 1993, 360 avec les références citées)." ⁵¹

Arrêt du 1er juillet 2002: "Enfin, 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 exercé

une influence essentielle sur la décision de l'employeur de licencier; il faut ainsi un rapport de causalité entre les prétentions émises et le licenciement. En outre, les motifs de la résiliation relèvent du fait (ATF non publié du 22 décembre 1999 dans la cause G. contre M.; voir aussi SJ 1995, p. 797; SJ 1993, p. 360; ATF 115 II 484)." ⁵²

Lien de causalité admis

Arrêt du 20 septembre 1995: "C'est bien principalement parce que les employées ont fait valoir des prétentions qu'elles pensaient légitimement avoir, que le congé leur a été donné, de sorte que celui-ci était abusif (JAR 1994 p. 205)." ⁵³

**** RJN 2003 page 66 ****

Arrêt du 12 février 2001: "En l'espèce, la recourante soutient à tort que le congé s'inscrit dans des mesures d'abord de restructuration de la société, puis dans la cessation des activités. En effet, un faisceau d'indices tend à démontrer qu'il s'agit effectivement d'un congé-représailles au sens de l'article 336CO. L'immédiateté de la réaction de la recourante aux revendications de l'intimé est significative. (...) Quant aux mesures de restructuration découlant des difficultés financières auxquelles était confrontée l'entreprise, elles n'ont pas empêché la recourante de prendre et ceci ultérieurement des mesures différentes à l'égard des autres salariés du garage, lesquels s'ils ont vu leur contrat résilié ont été immédiatement réengagés par son successeur." ⁵⁴

Arrêt du 7 mai 2001: "Il n'est dès lors pas arbitraire de considérer, comme l'ont fait les premiers juges, que l'employé s'était senti attaqué dans sa personnalité et sa dignité par les termes utilisés par l'employeur et qu'il avait des motifs de le penser. Il s'agit dès lors de trancher la question de savoir si c'est en raison du courrier du 28 juin 1999 (du travailleur) que le recourant l'a licencié. Un certain nombre d'indices permet de considérer avec un haut degré de vraisemblance que tel est le cas (...). Dans ces conditions, il n'était pas arbitraire de la part des premiers juges de considérer, notamment en raison de la chronologie des faits, qu'il existait un rapport de causalité entre la demande de respect de l'article 328CO émanant de l'employé et le congé donné par l'employeur." ⁵⁵

Lien de causalité rejeté

Arrêt du 20 octobre 1999: "Dans ces conditions, on ne saurait admettre le lien de causalité entre le fait que le recourant se soit adressé à son syndicat et le licenciement dont il a fait l'objet. Le rapprochement dans le temps entre ces deux événements ne suffit pas à établir ce lien de causalité. Par ailleurs, le recourant s'était renseigné auprès du syndicat au sujet de questions qui concernaient non seulement lui-même mais l'ensemble du personnel de l'entreprise X. Il ressort des déclarations (du représentant de la FTMH) (...) que d'autres travailleurs de l'entreprise X. se sont également adressés au syndicat. Il n'apparaît pas qu'ils aient été licenciés par la suite. On ne saurait donc en l'absence d'autres éléments admettre que le licenciement ait été exercé - sous couvert de motifs inexacts - en représailles contre le recourant. Le moyen tiré du licenciement abusif doit être écarté et le jugement entrepris confirmé sur ce sujet." ⁵⁶

Arrêt du 1er juillet 2002: "Or, sur ce dernier point, force est d'admettre que l'atmosphère était devenue invivable, au point de provoquer très vraisemblablement le départ précipité de l'une des collaboratrices de l'intimée, réintégré"

**** RJN 2003 page 67 ****

dans ses fonctions par la suite. Ayant l'obligation de préserver la personnalité de ses collaborateurs, la recourante était objectivement fondée à mettre un terme à sa collaboration avec l'intimée, ne serait-ce que pour éviter une hémorragie supplémentaire de ses employés et rétablir une ambiance de travail moins délétère. La recourante a d'ailleurs motivé son avertissement du 20 octobre 2000 par le fait que la communication devenait détestable et préjudiciable au bon fonctionnement de l'entreprise malgré de nombreuses séances et entretiens relatifs aux exigences des uns et des autres, et par le fait que l'intimée remettait systématiquement en question les décisions prises par la direction. Quant au licenciement, il paraît avoir été provoqué par le départ abrupt (d'une collaboratrice), si l'on en croit le courrier du 31 octobre 2000 de la recourante. En résumé, le Tribunal des prud'hommes de Boudry a abusé de son pouvoir d'appréciation en retenant que le congé était abusif au sens de l'article 336 litt. d CO." ⁵⁷

ii) Le "congé-modification" ou "sous réserve de modification" (Änderungskündigung)

Le congé sous réserve de modification ou "congé-modification" vise une résiliation prononcée à la

suite du refus du salarié d'accepter une modification de ses conditions de travail. Un tel congé n'est pas en soi abusif ⁵⁸. En revanche, la jurisprudence considère comme abusive la résiliation notifiée parce que le travailleur s'oppose à une modification du contrat qui devrait prendre effet avant l'échéance du délai de congé ⁵⁹. Doit également être qualifié de congé-représailles le licenciement notifié à l'employé parce que celui-ci refuse de conclure un nouveau contrat de travail qui viole la loi ou une convention collective de travail applicable ⁶⁰.

Dans deux litiges qui lui ont été soumis, la Cour a reconnu l'existence d'un "congé-modification" abusif, en se fondant largement sur des jurisprudences du Tribunal fédéral. Par ailleurs, nous examinerons également un cas dans lequel la Cour a rejeté toute idée de licenciement abusif, en nous demandant s'il ne constituait pas, en réalité, un cas de "congé-modification" illicite.

-- Deux cas reconnus par la Cour comme constitutifs de "congés-modification" abusifs

Arrêt du 8 février 1994: "En principe, la résiliation entraînée par le refus de la modification n'est pas abusive, car la liberté contractuelle autorise l'employeur

**** RJN 2003 page 68 ****

à résilier le contrat en tout temps en respectant les délais de congé ou à subordonner la poursuite des rapports de travail à l'acceptation de modifier ce dernier. Elle peut toutefois l'être si l'on est en présence d'une fraude à la loi, c'est-à-dire que l'employeur procède uniquement pour détourner une convention collective de travail qui contient notamment des clauses effectives en vertu desquelles les augmentations doivent se calculer sur la base du salaire effectivement touché jusqu'alors (v. ATF 104 II 204). Dans ce cas-là on peut estimer en effet que l'Änderungskündigung a pour seul but d'éluder de manière illicite une réglementation impérative sur des allocations de renchérissement et la naissance des prétentions juridiques du travailleur y relatives. En l'occurrence, les premiers juges ont retenu que tel était le cas. Ce point non attaqué doit être tenu pour constant." ⁶¹

Dans son arrêt du 22 février 2002, la Cour a distingué les notions de "congé-modification" au sens large et au sens étroit: "Selon la jurisprudence rappelée par le recourant (ATF 123 III 246 , JT 1998 I 300 , 303; SJ 2001, p. 49, auxquels s'ajoute un arrêt non publié du 6 mars 2000, X. SA c. A., réf. 4C.385/1999), on parle de congé-modification lorsque la résiliation du contrat est liée au refus, par le travailleur, d'accepter une modification des conditions de travail. Au sens étroit, le procédé tient dans une résiliation accompagnée d'une offre de poursuivre les rapports de travail à des conditions modifiées. Au sens large, les deux actes ne sont pas immédiatement liés, mais la proposition de modification est suivie, en cas de refus, d'une résiliation. Dans le premier arrêt précité, le Tribunal fédéral a posé le principe qu'un congé-modification n'est pas nécessairement abusif, mais qu'il le devient "lorsqu'il est utilisé pour obtenir un avantage immédiat ou matériellement injustifié" (arrêt du 6.3.2000, cons. 5b/aa, où l'on souligne par ailleurs "que l'abus du droit de résilier le contrat de travail peut affecter aussi bien le congé-modification au sens large que le congé-modification au sens étroit". En l'espèce, la résiliation fait très précisément suite au refus du recourant d'accepter, avec effet immédiat, une péjoration de ses conditions de rémunération. (...) Vu ce qui précède, le licenciement litigieux est tout à fait comparable à celui examiné dans le premier arrêt précité du Tribunal fédéral. Il doit être reconnu abusif, au sens de l'article 336CO, ce qui conduit à la cassation du jugement entrepris, pour erreur de droit." ⁶²

-- Un autre cas de "congé-modification" abusif?

Dans l'arrêt du 17 octobre 1989, son premier arrêt rendu en application des articles 336 ss CO, la Cour s'est penchée sur le cas d'un technicien de 63 ans, travaillant depuis 26 ans dans l'entreprise, licencié parce qu'il avait refusé un

**** RJN 2003 page 69 ****

changement d'affectation devant prendre effet à court terme. Plus précisément, le changement d'affectation lui avait été proposé le 29 novembre 1988 oralement, puis le 8 décembre suivant par écrit, avec effet à mi-décembre 1988. Le travailleur avait retourné le courrier à son employeur en indiquant qu'il acceptait le transfert proposé à condition d'obtenir une augmentation salariale de Fr. 400.- par mois dès le jour du transfert. Par courrier du 24 février 1989, l'employeur avait alors résilié le contrat de travail en question pour le 31 mai 1989, en raison du refus de l'employé d'être transféré au "réglage des oscillateurs" puisqu'il n'y avait plus de travail dans le domaine où il était occupé.

Nous n'avons sans doute pas tous les éléments pour apprécier ce cas de manière complète. En particulier, l'arrêt ne précise pas si la nouvelle affectation impliquait un changement notable des

prestations demandées à l'employé, ni d'ailleurs si cette nouvelle activité était généralement mieux rémunérée que l'activité menée jusque-là par le travailleur. De même, l'arrêt ne contient pas d'informations précises sur la santé financière et économique de l'entreprise. On peut tout de même se poser quelques questions sur les considérants et les conclusions de cet arrêt.

Ce qui paraît discutable dans la manière de procéder de l'employeur est d'avoir exigé de son employé, alors proche de son âge de retraite, de changer d'affectation dans un délai de quinze jours. S'agissait-il, en l'espèce, d'une simple concrétisation du droit de l'employeur de donner des instructions à son employé, au sens de l'article 321dCO? Dans la règle, un employé est en droit d'exiger le respect des conditions et modalités de travail jusqu'à la fin du délai de congé. En principe, l'employeur ne peut imposer d'autres tâches que celles prévues dans le contrat individuel de travail ⁶³. Dès lors, on peut se demander si le congé qui a été signifié dans le cas d'espèce n'était pas abusif, selon deux points de vue d'ailleurs. Tout d'abord, selon l'article 336 al. 1 litt. d CO ("congé-représailles"), car le travailleur était peut-être en droit d'exiger de continuer le même travail sans modifications ⁶⁴. Comme vient de le rappeler le Tribunal fédéral, le congé est en principe abusif au sens de l'article 336 al. 1 litt. d CO lorsque l'employeur propose des modifications qui doivent entrer en vigueur avant l'expiration du délai de congé et qu'il congédie ensuite le salarié qui n'a pas accepté. En effet, en refusant une modification du contrat avant l'échéance, l'employé fait valoir de bonne foi une prétention découlant de son contrat de travail et c'est son refus qui est à l'origine du licenciement ⁶⁵. Ensuite, le congé pouvait éventuellement être abusif selon l'article 336 al. 1 litt. b CO, car en demandant une augmentation de salaire pour un nouveau poste, le travailleur avait exercé sa

**** RJN 2003 page 70 ****

liberté économique, au sens de l'article 27 de la Constitution fédérale, sans violer ses obligations ⁶⁶.

Or, il est piquant de constater que dans ce cas pour le moins discutable, la Cour a estimé que le recours de l'employé était téméraire et que "la témérité (...) était si évidente qu'elle pourrait justifier, si elle devait se répéter dans des recours ultérieurs, des sanctions contre l'avocat qui l'a rédigé" ⁶⁷! Particulièrement en verve dans cette affaire, la Cour a considéré que ce n'était pas le licenciement qui était abusif mais l'attitude du demandeur qui avait osé alléguer l'existence d'un tel abus: "C'est au contraire la prétention du travailleur à avoir le droit d'être maintenu à un poste supprimé, contre vents, marées et restructuration qui est abusive. (...) Pour un salarié à moins de deux ans de l'âge normal de la retraite, lorsque son employeur a des difficultés et restructure son entreprise, le risque est grand d'être mis à la porte. Si l'employeur offre un autre poste convenable, avec le même salaire, la raison veut qu'on accepte avec reconnaissance. Il est en revanche déraisonnable (sinon abusif) de subordonner son accord en pareil cas à une sérieuse hausse de salaire. Si l'employeur vous prend au mot et donne le congé, il est parfaitement téméraire d'en déduire en justice, non point une indemnité pour longs rapports de service, due et allouée ici sous la forme de l'article 339 al. 2 CO, mais le droit à une indemnité pour congé abusif. Il l'est d'autant plus de recourir contre un jugement qui rejette avec raison une telle demande."! ⁶⁸

e) Parce que l'autre partie accomplit un service obligatoire 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 (art. 336 al. 1 litt. e CO)

Accomplit, par exemple, une obligation légale la personne qui témoigne en justice ⁶⁹. D'ailleurs, sous l'ancien droit, la Chambre d'appel genevoise en matière de prud'hommes avait considéré que le congé donné à l'employé auteur d'un témoignage défavorable à son employeur était abusif au sens de l'article 2CC⁷⁰. La Cour s'est inscrite dans cette logique dans son arrêt du 25 octobre 1996: après avoir rappelé que, selon la doctrine, entre dans le champ d'application de cette disposition le fait de déposer en qualité de témoin dans un procès civil ou pénal, la Cour a déclaré qu'il n'était pas arbitraire de considérer que le travailleur avait été licencié parce qu'il avait témoigné dans le procès opposant son employeur

**** RJN 2003 page 71 ****

à un ancien employé de l'entreprise et de retenir en conséquence que le licenciement était abusif ⁷¹.

2. Article 336 al. 2

Selon cette disposition, 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 (art. 336 al. 2 litt. a

CO)

Cette disposition protège la liberté d'association positive ou négative des travailleurs ⁷². Elle constitue une protection spéciale de la liberté syndicale ⁷³. Elle protège également toutes les actions entreprises par les travailleurs qui visent le maintien ou l'amélioration des conditions de travail ⁷⁴. L'activité syndicale comporte notamment 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 travail ⁷⁵.

Dans son arrêt du 8 août 2000, la Cour a eu l'occasion d'appliquer cette disposition légale: "Pour que le congé soit considéré comme abusif, l'existence d'un lien de causalité entre l'appartenance à une organisation de travailleurs ou l'exercice d'une activité syndicale et le licenciement est nécessaire (Bersier, La résiliation abusive du contrat de travail, in RSJ 89 (1993) no 19, p. 318). Il en va d'ailleurs de même pour tous les motifs illicites de congé (SJ 1995, p. 798 ss). (...) En l'espèce, les premiers juges ont considéré que l'appartenance syndicale des intimées et l'intervention du SSP au sein du home avaient constitué un motif déterminant, quoique non exclusif, dans la décision du directeur de procéder à leurs licenciements. (...) les premiers juges ont considéré avec raison, en se fondant sur de nombreux documents déposés au dossier et plusieurs témoignages convergents, que le recourant était hostile à une intervention du syndicat dans les relations entre son personnel et lui-même. (...) Le tribunal de première instance a également considéré avec raison comme plaidant en faveur de congés signifiés pour un motif illicite, le fait que les trois licenciements contestés étaient intervenus dans un très court laps de temps et dans une période où les relations particulièrement tendues entre le personnel et le directeur du home avaient conduit à une intervention du SSP, qui avait alerté le Service de la santé publique. (...)

**** RJN 2003 page 72 ****

Les prétendus manquements professionnels invoqués par le recourant à charge des trois intimées apparaissaient plus comme des prétextes, parfois futiles, que comme de réelles fautes (...)." ⁷⁶

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 (art. 336 al. 2 litt. b CO)

Selon cette disposition, un congé donné à un travailleur pendant la durée de son mandat au sein d'une commission d'entreprise est présumé être abusif, à moins que l'employeur ne prouve qu'il avait un motif justifié de mettre fin aux rapports de travail et que ce motif a bien été la cause du congé litigieux ⁷⁷. La notion de "motif justifié", connue en droit du travail dans le cadre de l'article 340c al. 2 CO, est plus large que celle de "juste motif" au sens de l'article 337CO: il s'agit de tout motif qu'un observateur de bonne foi considérerait comme objectivement fondé pour les besoins de l'entreprise ⁷⁸. Selon le Tribunal fédéral, il est sans importance que la commission n'ait jamais siégé ou que le travailleur concerné n'ait déployé aucune activité en vertu de son mandat ⁷⁹. En principe, la protection cesse lorsque le travailleur perd le statut énoncé dans cette disposition légale. Cependant, en vertu de l'article 336 al. 3 CO, s'il le perd en raison d'un transfert d'entreprise au sens de l'article 333CO, il est protégé jusqu'au moment où son mandat aurait expiré si le transfert n'avait pas eu lieu.

Certains des critères énoncés ci-dessus ont été pris en compte, non dans un arrêt de la Cour, mais dans un jugement de la Cour civile du 28 janvier 1991, que nous nous voudrions de ne pas citer dans ce contexte. Il s'agissait du cas d'un travailleur, président de la commission d'entreprise, licencié aux motifs de n'avoir pas travaillé un demi-jour (le matin du 1er mai) alors qu'il n'était plus malade et d'avoir pris des vacances dès le lendemain sans l'accord de l'employeur: "Il y a lieu de retenir, ainsi que cela ressort du texte clair de la disposition susmentionnée, que dans ce cas la protection contre les licenciements nécessite uniquement un rapport de temps et nullement que le congé soit causé par une des circonstances énumérées dans cet article (Brunner/Bühler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, Berne, 1989, ad art. 336, p. 165; Travaux préparatoires dans le Bull. stén. CN 1985, p. 1129 ss, notamment 1133 et 1134; Pedernana, Die neuen Kündigungsbestimmungen im Arbeitsvertragsrecht, Recht

**** RJN 2003 page 73 ****

1989, no 2, p. 40 ss; (...). En l'espèce, cette condition de temps est de toute évidence réalisée, C. étant président de la commission d'entreprise lorsqu'il a reçu son congé, si bien que l'on se trouve dans l'un des cas de protection accrue applicables aux représentants des travailleurs. b) Il incombe dès lors à l'employeur qui désire se séparer d'un travailleur d'apporter la preuve de l'existence d'un motif justifié de résiliation. A cet égard constitue un motif justifié tout motif qui, pour un employeur

raisonnable et pondéré, ne permet pas d'éviter l'ultime solution que représente le licenciement, sans pour autant qu'il suffise à fonder une résiliation immédiate (ATF 92 II 31, JT 1967 I 155 relatif à l'art. 340cCO; JAR 1988 p. 370, 1987, p. 167, p. 270; Brunner/Bühler/Waeber, op.cit., p. 165). Il doit s'agir de motifs inhérents à la personne du travailleur (Fritz, op.cit., p. 30). Selon Kuhn (...), le motif justifié, également mentionné à l'article 340c al. 2 CO est un comportement du travailleur qui porte sérieusement atteinte à la "morale du travail" ou qui viole les prescriptions d'une entreprise ou les dispositions contractuelles de telle manière qu'une collaboration fructueuse ne semble dorénavant plus possible. Ainsi doivent être considérés comme motifs justifiés des absences répétées et non excusées au travail, la non-observation continuelle des instructions, un comportement répréhensible sous l'angle du droit pénal, des voies de fait dans l'entreprise ou une inaptitude évidente. Dans le cas particulier, il n'existe aucun motif justifié de résiliation. (...) Dans ces conditions, en congédiant le demandeur (...), la société défenderesse a agi abusivement." ⁸⁰

c) Sans respecter la procédure de consultation prévue à l'article 335fCO pour les licenciements collectifs (art. 336 al. 2 litt. c CO)

Adoptée le 17 décembre 1993, et entrée en vigueur le 1er mai 1994, cette disposition complète la liste des différentes catégories de résiliations abusives de l'article 336CO. Selon le Tribunal fédéral, la procédure de consultation en cas de licenciement collectif (art. 335fCO) doit être entamée et achevée avant le licenciement ⁸¹. En outre, la doctrine estime que le non-respect par l'employeur d'une seule des conditions prévues à l'article 335fCO devrait suffire pour fonder un licenciement abusif ⁸².

Cette disposition a été appliquée par la Cour dans un arrêt du 25 novembre 1998: "Vu ce qui précède, c'est à juste titre que les premiers juges ont retenu que les articles 335d ss CO étaient applicables en l'espèce. Le recours doit dès lors être écarté sur ce point. (...) Il ressort du dossier que la recourante a une vision

**** RJN 2003 page 74 ****

toute personnelle de son obligation légale de consultation découlant de l'article 335fCO: les conditions posées aux al. 3 et 4, à tout le moins, n'ont absolument pas été respectées, pas plus que celle découlant de l'article 335g al. 1 CO (ATF 123 III 176 cons. 4 , JdT 1998 I 14). Il s'ensuit que c'est bien à juste titre que les premiers juges ont retenu à charge de la recourante une violation grossière de ses obligations justifiant l'octroi, à chaque travailleur en ayant fait la demande, d'une indemnité pour congé abusif en cas de licenciement collectif (art. 336 al. 2 litt. c CO) s'élevant à deux mois de salaire (art. 336a al. 3 CO)." ⁸³

3. Autres motifs non retenus à l'article 336CO

Dans le projet du Conseil fédéral, la liste des motifs abusifs était non limitative ⁸⁴. Le Parlement a toutefois décidé de restreindre les cas de congé abusif, en supprimant le terme "notamment", prévu par le Conseil fédéral ⁸⁵. Durant les délibérations, il a cependant été précisé que l'article 2 al. 2 CC restait, le cas échéant, applicable ⁸⁶. La doctrine ⁸⁷ et la jurisprudence ⁸⁸ admettent que la liste des motifs abusifs énumérée à l'article 336CO n'est pas exhaustive, les parties étant libres de solliciter l'application de l'article 2 al. 2 CC pour les cas non expressément prévus. Mais comme personne ne souhaite qu'un congé abusif soit déclaré nul, conséquence logique de l'application de l'article 2 al. 2 CC, on indique que si le congé est abusif au sens de l'article 2 al. 2 CC, son destinataire doit se prévaloir des sanctions prévues par le droit du travail à l'article 336bCO⁸⁹. Il nous paraît quant à nous quelque peu artificiel de baser le cas d'abus sur l'article 2 al. 2 CC, pour ensuite ne pas tenir compte des conséquences usuelles, et appliquer les règles du CO sur le licenciement abusif. Il serait sans doute plus logique d'admettre que la liste énumérée à l'article 336CO n'est qu'exemplative et que l'on peut invoquer d'autres motifs non expressément prévus, sans détour par l'article 2 al. 2 CC.

**** RJN 2003 page 75 ****

La Cour a traité deux affaires relatives à des motifs non énumérés, à savoir les cas des conséquences graves d'un licenciement, d'une part (a), et du licenciement d'une personne harcelée, d'autre part (b).

a) Conséquences d'un licenciement

Dans un arrêt du 7 novembre 1997, la Cour a estimé avec raison que les conséquences financières et psychologiques d'un licenciement pour le travailleur ne pouvaient constituer un motif de licenciement abusif: "D'autre part, le recourant se prévaut en vain des conséquences, même graves sur un plan financier voire psychologique, du licenciement; par définition, une conséquence ne peut pas être un motif (c'est-à-dire une cause) pouvant révéler un abus de résiliation au sens de l'article 336CO. Il est

vrai en revanche que, si un congé est reconnu abusif, la sanction financière qui en découle (art. 336aCO) prendra en compte les conséquences économiques du licenciement. Le Tribunal fédéral l'a rappelé dans un récent arrêt du 30 avril 1997. En l'espèce toutefois, le licenciement n'était pas abusif, en sorte que le recourant ne saurait faire annuler le jugement pour le motif que le congé entraîne pour lui des conséquences graves." ⁹⁰

b) Licenciement d'une personne harcelée

Le Tribunal fédéral a estimé qu'un licenciement motivé par une baisse de la qualité du travail de l'employé pouvait être abusif, selon les circonstances, lorsque cette baisse était consécutive au "mobbing" subi par le travailleur ⁹¹.

Reprenant certains aspects de cette jurisprudence, la Cour a décidé, dans un arrêt du 31 janvier 2000, que constituait un licenciement abusif au sens de l'article 336CO le licenciement donné à une personne victime d'un "mobbing" au sein de l'entreprise: "En l'espèce, il a été admis par les premiers juges que la recourante avait été atteinte dans sa personnalité par l'attitude de la gérante, auxiliaire de l'employeur. Selon le jugement toujours, le harcèlement reproché à la gérante est manifestement illicite puisqu'il viole très clairement l'obligation de protection découlant de l'article 328CO. Dès lors que l'article 328CO n'a pas été respecté, l'employeur en répond conformément à l'article 101CO. La seule preuve libératoire que permet cette disposition est celle où l'employeur peut prouver qu'on n'aurait pas pu lui reprocher une carence quelconque s'il avait agi lui-même de façon identique. En l'occurrence, les actes reprochés à son auxiliaire auraient tout autant violé l'obligation de protection de l'employé s'ils avaient été le fait de l'employeur; partant, ils sont imputables à ce dernier comme les siens propres. Les litiges et l'incompatibilité d'humeur entre la recourante

**** RJN 2003 page 76 ****

et l'auxiliaire de l'intimée ont servi à motiver le licenciement. Dès l'instant où ce licenciement était intervenu en raison de litiges et d'une incompatibilité d'humeur qui sont en réalité - selon ce qu'a établi la procédure - le fait de l'employeur lui-même, ce dernier abuse de son droit en donnant comme motif de congé des faits dont il est responsable et qui lui sont donc imputables, serait-ce par l'effet de l'article 101CO. (...) L'énumération de l'article 336CO n'est pas exhaustive (ATF 125 III 70 , 72). Le mobbing entre dans les cas d'abus possibles lorsque l'employeur, qui devrait empêcher sa survenance, au contraire s'en prévaut pour motiver un congé à l'employée victime du mobbing (même arrêt). Le cas d'espèce illustre cette situation." ⁹²

C. Jurisprudence sur l'article 336aCO

En droit suisse, la sanction du licenciement abusif n'est pas la nullité du licenciement mais l'obligation, à la charge de l'employeur, de payer une indemnité. En effet, selon l'article 336a al. 1 CO, la partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité. Selon l'article 336a al. 2 CO, l'indemnité est fixée par le juge, compte tenu de toutes les circonstances. Elle ne peut dépasser toutefois le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur, étant entendu que sont réservés les dommages-intérêts qui pourraient être dus à un autre titre. Le congé abusif donné sans avoir respecté la procédure de consultation, selon l'article 336 al. 2 litt. c CO, donne quant à lui lieu à une indemnité qui ne peut être supérieure à deux mois de salaire (art. 336a al. 3 CO).

On admet que le salarié ne peut pas obtenir en plus de l'indemnité un montant compensant le tort moral subi à raison du congé, car ce montant est inclus dans l'indemnité. Le Tribunal fédéral a néanmoins réservé le cas particulier dans lequel la gravité de l'atteinte serait telle qu'une indemnité correspondant à six mois de salaire ne suffirait pas à réparer le dommage ⁹³. Les dommages-intérêts réservés par l'article 336a al. 2 in fine CO visent la réparation du préjudice résultant d'une autre cause que le caractère abusif du congé. Il peut s'agir du tort moral résultant d'un harcèlement antérieur au congé abusif ⁹⁴. Par ailleurs, lorsqu'une résiliation immédiate injustifiée au sens de l'article 337CO est donnée dans des conditions qui correspondent également à une résiliation abusive au sens de l'article 336CO, le cumul des indemnités prévues par les articles 336a et 337c

**** RJN 2003 page 77 ****

al. 3 CO est exclu. Le cas doit être traité dans le cadre de l'application de l'article 337c al. 3 CO. Le motif sera pris en compte lors de la fixation de l'indemnité due selon cette disposition, mais l'indemnité totale ne pourra dépasser six mois de salaire ⁹⁵.

La nature de l'indemnité prévue à l'article 336bCO n'a pas toujours été bien cernée. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer à diverses reprises sur cette question. Il a précisé que cette

indemnité revêt une double fonction, punitive et réparatrice. Elle ne correspond pas aux dommages-intérêts au sens classique, car elle est due même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage. Elle revêt ainsi un caractère sui generis, qui l'apparente à une peine conventionnelle. Le juge doit la fixer en équité (art. 4CC) ⁹⁶. Avec le temps, le Tribunal fédéral a élargi les critères à prendre en considération. Le juge doit surtout tenir compte de la gravité de l'atteinte et du manquement de l'employeur, de même que de la situation sociale et économique des parties, de la durée des relations de travail, ou encore du fait que l'employé a retrouvé un emploi ⁹⁷.

De nombreux arrêts de la Cour se penchent sur la liste des facteurs à prendre en considération pour évaluer le montant de l'indemnité (sous-section 1). La Cour a également essayé d'établir des critères pour fixer la quotité de cette indemnité (sous-section 2).

1. Facteurs déterminants

Complétant l'arrêt rendu le 23 septembre 1996, celui du 21 juillet 2003, le dernier arrêt rendu par la Cour en matière de licenciement abusif, nous paraît énumérer de la manière la plus complète les divers facteurs à prendre en considération (a). Cette jurisprudence a mis fin à plusieurs années d'hésitations (b).

Relevons à titre liminaire que, selon la jurisprudence développée dans son arrêt du 20 septembre 1995, "à l'instar du Tribunal fédéral, la Cour de cassation ne substitue pas sa propre appréciation à celle de la juridiction inférieure. Elle se borne à examiner si celle-ci s'est écartée sans fondement des critères d'appréciation dégagés par la doctrine et la jurisprudence ou si elle a tenu compte d'éléments qui n'auraient dû jouer aucun rôle dans l'estimation du montant de l'indemnité ou, au contraire, si elle a omis de retenir des circonstances qui auraient absolument dû être prises en considération (ATF 119 II 157 - JT 1994 I 296)." ⁹⁸

**** RJN 2003 page 78 ****

a) Critères déterminants

Dans son arrêt du 23 septembre 1996, la Cour a énoncé le critère fondamental: le "Tribunal fédéral a défini un seul critère fondamental de fixation de l'indemnité, qui est celui de la gravité de la faute, elle-même étant surtout déterminée par les motifs du congé, une éventuelle faute concurrente du travailleur, la manière dont s'est déroulé le licenciement, ainsi que la nature des relations de travail, ce critère étant ensuite modulé - par application analogique de l'article 63CP - en prenant en compte la situation économique de l'employeur (ATF 119 II 157). (...) A cet égard, on observera que l'attitude des parties après la résiliation est irrelevante pour qualifier la faute commise au moment de la résiliation elle-même (TF, in SJ 1995 p. 802, au sujet des articles 337 et 337cCO)." ⁹⁹

Il faudra toutefois attendre l'arrêt du 21 juillet 2003 pour que la Cour dresse une liste complète des critères pertinents: "L'indemnité prévue à l'article 336aCO a une double finalité, punitive et réparatrice, quand bien même elle ne consiste pas en des dommages civils au sens classique, car elle est due même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage; revêtant un caractère sui generis, elle s'apparente à la peine conventionnelle et le juge la fixe en équité en fonction de toutes les circonstances (art. 4CC); il doit notamment tenir compte:

- de la gravité de la faute de l'employeur,
- d'une éventuelle faute concomitante du travailleur,
- de la manière dont s'est déroulée la résiliation,
- de la gravité de l'atteinte à la personnalité du travailleur licencié,
- de la durée des rapports de travail, et de leur étroitesse,
- des effets économiques du licenciement,
- de l'âge du travailleur,
- d'éventuelles difficultés de réinsertion dans la vie économique
- et de la situation économique des parties (ATF 123 III 246 cons. 6a p. 255, 391 cons. 3 et les arrêts cités)." ¹⁰⁰

b) Hésitations jurisprudentielles

Suivant sans doute en cela certaines hésitations du Tribunal fédéral ¹⁰¹, la Cour a modifié sa jurisprudence sur la prise en compte de trois facteurs: les conséquences économiques du licenciement pour le travailleur, l'âge du travailleur et la durée des rapports de service.

**** RJN 2003 page 79 ****

Ainsi dans son arrêt du 17 juillet 1991, la Cour affirmait que le "fait que le travailleur ait retrouvé ou non rapidement un emploi reste sans incidence et ne permet pas de diminuer l'indemnité" ¹⁰². De même, dans son arrêt du 20 septembre 1995, elle indiquait: "Les critères d'appréciation se déterminent en fonction du but de l'indemnité, celle-ci devant en premier lieu sanctionner l'employeur pour le tort causé aux travailleurs du fait du licenciement abusif. Cette indemnité ne correspond pas à des dommages-intérêts, l'allocation de ceux-ci étant expressément réservée par l'article 336a al. 2 CO. En conséquence, le Tribunal fédéral a jugé que le montant de l'indemnité ne doit pas tenir compte de la perte financière que subit le travailleur concerné et que les conséquences économiques du licenciement abusif qui résulte de la durée des rapports de travail, de l'âge et du niveau du travailleur licencié, de sa position sociale et des conditions existantes sur le marché du travail ne sont pas des éléments qui doivent être retenus dans le calcul de l'indemnité (ATF 119 II 157 - JT 1994 I 297)." ¹⁰³ Cette jurisprudence fut maintenue encore jusqu'en 2001, puisque, dans son arrêt du 12 février 2001, la Cour décidait: "En aucun cas il ne sera tenu compte de la situation sociale, économique et professionnelle du travailleur après la fin des rapports de travail. Ainsi, le fait que le travailleur a retrouvé tout de suite un emploi reste sans incidence et ne permet pas de diminuer l'indemnité (Brunner/Bühler/Waeber, n. 4 ad art. 336a CO)." ¹⁰⁴

Il fallut donc attendre l'arrêt du 21 juillet 2003, que nous avons cité ci-dessus, pour que la Cour élargisse les critères pertinents en y incluant les conséquences économiques du licenciement. Pourtant, le Tribunal fédéral avait déjà confirmé dès son arrêt du 30 juillet 1997 la nécessité de prendre en compte lesdits critères ¹⁰⁵.

2. Fixation de l'indemnité

On trouve dans la jurisprudence de la Cour aussi bien la recherche de critères théoriques de fixation de l'indemnité (a), que la détermination de facteurs aggravants et de facteurs atténuants (b).

a) Critères théoriques

Dans les diverses jurisprudences de la Cour en matière de congé abusif, les indemnités fixées ont été de un mois à six mois de salaire. Il n'est guère possible de présenter un tableau qui exposerait, de manière schématique et en relation avec

**** RJN 2003 page 80 ****

des critères précis, le nombre de mois de salaire ayant été alloués aux travailleurs victimes d'un congé abusif. Chaque cas a nécessairement été évalué en fonction de ses caractéristiques propres.

La Cour a cependant parfois cherché à définir des critères théoriques plus généraux. Il semblerait que, dans les tous premiers temps, la Cour ait penché pour une certaine sévérité à l'égard de l'employeur. Ainsi, dans son arrêt du 17 juillet 1991, elle citait sans la contester une opinion doctrinale allant dans ce sens: "Pour Ronald Pedergnana (Recht, 1990, p. 40 ss), le fait notamment que l'indemnité prévue ait passé au cours des travaux préparatoires de 12 mois à 9 puis à 6 mois conduit à penser que l'employeur doit s'attendre à une "peine" proche du maximum, afin notamment que celle-ci conserve son rôle." ¹⁰⁶ Cet avis a toutefois été fortement relativisé dans l'arrêt du 8 février 1994: "Le Tribunal fédéral a d'ailleurs déclaré que l'opinion de certains auteurs, selon lesquels l'indemnité devrait s'approcher toujours de 6 mois de salaire, est contraire à la loi qui ne prévoit qu'un maximum que le juge ne peut dépasser (ATF 119 II 161); mais jusque-là il conserve son plein pouvoir d'appréciation." ¹⁰⁷ Enfin, dans un arrêt du 23 septembre 1996, la Cour a tenu à relever qu'on ne devait pas, par principe, limiter l'indemnité à un montant inférieur ou égal à trois mois de salaire: "S'il apparaît que la pratique se limite généralement aux indemnités entre 1 et 3 mois au maximum (selon la citation faite par la recourante de Staehelin et Vischer), il apparaît que le Tribunal fédéral lui-même, toujours dans son arrêt du 23 mars 1993 précité, a considéré comme soutenable une indemnité fixée à quatre mois de salaire, compte tenu d'une faute concurrente du travailleur (inexistante en l'espèce)." ¹⁰⁸

b) Facteurs retenus concrètement par la Cour

D'une manière générale, on peut tirer de la jurisprudence de la Cour des facteurs aggravants (i) et des facteurs atténuants (ii).

i) Facteurs aggravants

Ont notamment été considérés par la Cour comme des facteurs aggravants, qui favorisent l'octroi d'une indemnité plus élevée:

-- la faute "grossière" de l'employeur, s'agissant d'un congé à titre de représailles notifié à des employées qui ont pourtant été toutes mises au bénéfice d'un certificat de travail qualifié d'élogieux¹⁰⁹;

**** RJN 2003 page 81 ****

-- un mépris peu commun à l'encontre du travailleur, âgé de 61 ans, qui a consacré la quasi-totalité de sa vie professionnelle à l'entreprise¹¹⁰;

-- l'absence de faute du travailleur¹¹¹.

On peut également citer ici quatre facteurs aggravants énumérés dans un jugement de la Cour civile du 28 janvier 1991:

-- la longue durée des rapports de service (près de treize ans en l'espèce);

-- le fait que la résiliation ait été ressentie comme injuste par un grand nombre de collègues;

-- le fait qu'aucun avertissement préalable n'ait été donné;

-- le non-respect de la procédure prévue par la Convention collective de travail

-- et l'attitude intransigeante de l'employeur après la notification du congé¹¹².

ii) Facteurs atténuants

Ont, au contraire, été considérés par la Cour comme des facteurs atténuants, qui favorisent l'octroi d'une indemnité plus réduite:

-- la durée limitée des rapports de travail (moins de trois ans), la jeunesse du travailleur, qui a retrouvé un nouvel emploi dans la même branche et le fait qu'il ait refusé les propositions de prolonger le contrat de travail ou de sous-traitance¹¹³;

-- l'apparente obstination du travailleur, alors que l'employeur était prêt à le réengager¹¹⁴

-- et la mauvaise situation économique de l'employeur¹¹⁵.

D. Jurisprudence sur l'article 336bCO

Selon l'article 336b al. 1 CO, la partie qui entend demander une indemnité en raison du caractère abusif du congé doit faire opposition à celui-ci, par écrit, auprès de l'autre partie, au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé. Selon la doctrine majoritaire, il faut que l'opposition parvienne à son destinataire avant la fin du délai de congé¹¹⁶. Elle considère comme opposition au sens de cette disposition, toute manifestation écrite de volonté par laquelle le travailleur conteste le congé¹¹⁷. Il n'est pas nécessaire que l'opposition soit motivée¹¹⁸.

**** RJN 2003 page 82 ****

Dans son arrêt du 25 octobre 1996, la Cour a suivi ces principes (p. 4): "En effet, l'opposition n'a pas besoin d'être motivée, il suffit que son auteur manifeste son désaccord sur le congé qui lui a été notifié."

Selon l'article 336b al. 2 CO, 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 alors agir en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, sous peine de péremption.

La procédure retenue par le législateur est marquée par deux étapes: tout d'abord, une opposition au congé, et ensuite le dépôt d'une action en justice. Entre ces deux étapes, une conciliation est toujours possible. On peut se poser la question de savoir quelle est l'influence sur la procédure du refus de l'autre partie de se soumettre à la moindre tentative de conciliation. La Cour a eu à se pencher sur

cette question dans une cause opposant deux travailleurs licenciés par leur employeur. L'élément piquant de cette affaire était que l'un des travailleurs (sous-section 1) et l'employeur (sous-section 2) avaient invoqué une argumentation assez similaire, le refus de la partie opposée à toute conciliation, mais à des fins évidemment contraires. Dans son arrêt du 21 juillet 2003, la Cour a rejeté ces argumentations pour des motifs de sécurité juridique et de séparation des pouvoirs. Il vaut la peine de citer les considérants de l'arrêt qui nous paraissent bien argumentés et bien fondés.

1. Arguments du travailleur

Un des deux travailleurs n'avait pas formé opposition dans le délai légal. Il faisait cependant valoir qu'une opposition n'était pas obligatoire lorsque l'attitude de l'autre partie, en l'occurrence l'employeur, rendait illusoire toute tentative de conciliation. La Cour a longuement contesté cette argumentation: "En l'espèce, le contrat a pris fin le 15 janvier 2001 puisque (le travailleur) a demandé à son employeur de pouvoir le quitter à cette date, ayant trouvé un nouvel emploi, ce que celui-ci a accepté. L'opposition au congé intervenue le 23 janvier 2001 n'a donc pas été faite pendant le délai de congé. Même si le non-respect de cette règle de forme prévue à l'article 336b al. 1 CO a indiscutablement des conséquences très rigoureuses pour le recourant, le jugement de première instance ne relève pas de la fausse application du droit matériel sur ce point. (...) S'il est vrai que l'opposition a notamment pour but d'encourager les parties à une éventuelle conciliation et de les inciter à conclure une transaction extrajudiciaire (Zoss, op.cit., p. 311) et qu'une telle perspective paraissait illusoire en l'espèce, compte tenu de l'attitude adoptée par l'employeur, le recourant n'en était pas pour autant dispensé de respecter les règles de forme prévues par l'article 336b al. 1 CO. En effet lorsque le législateur adopte de telles règles, on ne peut se demander, de cas en cas, si leur observation était nécessaire pour atteindre le but visé, en

**** RJN 2003 page 83 ****

ce sens que l'on écarterait la sanction de l'invalidité si la violation de la règle de forme n'a pas eu la conséquence que craignait le législateur. Le système des formes est en quelque sorte absolutisé: il n'est pas permis d'opérer avec des considérations de finalité, ni même de moralité, pour en atténuer la rigueur, du moins au niveau de l'interprétation selon les règles de la bonne foi (SJ 1996 p. 330 ss, spéc. p. 332). Par ailleurs, si certains auteurs de doctrine critiquent la nécessité des prescriptions de forme mentionnées à l'article 336b al. 1 CO et si on peut en effet se demander si elles n'ont pas, dans certains cas, des conséquences inéquitables pour le travailleur, ces règles ne sauraient cependant être supprimées ou modifiées par voie judiciaire." ¹¹⁹

2. Arguments de l'employeur

Toujours dans la même affaire, tranchée dans l'arrêt du 21 juillet 2003, l'employeur contestait sa condamnation par le Tribunal des prud'hommes à payer à l'autre employé, qui, lui, avait valablement fait opposition, une indemnité pour congé abusif. L'employeur soutenait que, pour obtenir une indemnité, le travailleur, une fois l'opposition formulée, devait examiner avec son employeur la possibilité de maintenir les rapports de travail, alors qu'en l'espèce il avait demandé à résilier prématurément son contrat, au motif qu'il avait retrouvé un emploi. En cela, l'employeur a fait valoir une argumentation qui rejoignait les conclusions prises dans un arrêt rendu par la Chambre d'appel des prud'hommes du canton de Genève, selon lesquelles le travailleur s'expose à une déchéance du droit à l'indemnité de l'article 336aCO s'il se contente de s'opposer au congé abusif et omet par la suite, sans motif, d'entreprendre des négociations avec l'employeur en vue de maintenir les rapports de travail ¹²⁰.

La Cour a cependant rejeté ces motifs: "A l'inverse de l'opinion de Troxler (Der sachliche Kündigungsschutz nach Schweizer Arbeitsvertragsrecht, p. 144), qui soutient que, lorsque le destinataire du congé n'essaie pas d'engager des pourparlers et de donner l'occasion à l'auteur de la résiliation de "corriger" son acte, il perd son droit à l'indemnité, la plupart des auteurs soulignent qu'une telle manière de voir va beaucoup trop loin et qu'en mentionnant l'éventualité d'un accord sur le maintien des rapports de travail à l'article 336b al. 2 CO, le législateur n'avait pas l'intention d'édicter une condition supplémentaire à l'exercice du droit à l'indemnité, mais voulait indiquer aux parties qu'elles ont la possibilité de s'arranger sans entamer une procédure judiciaire et surtout sans qu'il soit mis fin aux rapports de travail (Zoss, La résiliation abusive du contrat de travail, étude des articles 336a à 336bCO, thèse, Lausanne, 1997, p. 312-313;

**** RJN 2003 page 84 ****

Bersier, La résiliation abusive du contrat de travail, art. 336 à 336 b CO, RSJ 89, p. 321; Wyler, Droit du travail, p. 412-413). Cette opinion ne peut qu'être partagée. Au surplus, en l'occurrence, tout

espoir de maintien des rapports de travail apparaissait d'emblée illusoire au vu de la position exprimée par l'employeur dans ses lettres précitées à la commission paritaire." ¹²¹

IV. Conclusion

Bien qu'elles ne puissent aboutir, dans un cas d'espèce, à la remise en cause de la validité du congé, les règles du code des obligations sur la résiliation abusive constituent un instrument essentiel permettant de vérifier le caractère licite d'un licenciement et, le cas échéant, de condamner l'employeur à verser une indemnité punitive et réparatrice à l'employé injustement licencié. Elles peuvent aussi avoir un effet dissuasif sur l'employeur qui hésite à donner le congé.

Comme le relève Barbey, les "articles 336 et 336aCO reposent sur l'idée qu'il faut punir la personne qui met fin aux rapports de travail en étant animée d'un dessein immoral" ¹²². La spécificité du congé abusif résulte non du résultat (le licenciement, qui reste valable), mais du motif intérieur pour lequel il a été donné. Relevant d'un élément subjectif difficile à évaluer, l'appréciation de l'existence d'un congé abusif est un exercice subtil et délicat.

En quinze ans, la Cour a rendu vingt-trois arrêts concernant des litiges pour congé abusif au sens des articles 336 à 336bCO, soit en moyenne un et demi par année. Quatorze cas d'abus ont été reconnus. Dans la plupart des cas, la Cour a confirmé les décisions rendues en première instance par les tribunaux de prud'hommes. La jurisprudence de la Cour est variée dans la mesure où presque toutes les hypothèses visées par les articles 336 à 336bCO ont été traitées.

Finalement, dans un système attaché à une procédure simple, rapide, gratuite et soumise à la maxime inquisitoire (cf. art. 343CO), le travailleur qui a été licencié n'a sur le plan judiciaire pas grand-chose à perdre à faire valoir une prétention à une indemnité pour licenciement abusif au sens de l'article 336b al. 2 CO. On peut donc s'attendre à ce que de nouveaux cas soient soumis à l'appréciation de la Cour dans les années à venir!

**** RJN 2003 page 85 ****

ANNEXE

Liste des arrêts rendus par la Cour de cassation civile neuchâteloise en matière de licenciement abusif (art. 336 à 336bCO) du 1er janvier 1989 au 31 décembre 2003 (15 ans de jurisprudence)

1. Arrêt du 17 octobre 1989 en la cause G. c/ O. SA (CCC.5934)

Art. 336 al. 1 litt. d CO

TP: NON (caractère abusif rejeté par le Tribunal des prud'hommes)

CCC: NON (caractère abusif rejeté par la Cour de cassation civile)

Travailleur au service de l'employeur depuis vingt-six ans en qualité de technicien. Ayant décidé de supprimer le groupe de travail dont il faisait partie, l'employeur lui offre de continuer à travailler, jusqu'à sa retraite devant intervenir dans moins de deux ans, dans un autre groupe de travail "réglage des oscillateurs", avec effet dans les 15 jours. Travailleur licencié suite à son refus d'accepter ce transfert sans une augmentation de salaire mensuelle de Fr. 400.-.

2. Arrêt du 20 juin 1991 en la cause P. c/ M. (CCC.6133)

Art. 336 al. 1 litt. a, c, d et 336 al. 2 litt. a CO

TP: NON

CCC: NON

Mécanicien fraiseur, syndiqué, ayant un important conflit relationnel avec son employeur, licencié suite à une discussion "orangeuse" avec celui-ci.

3. Arrêt du 17 juillet 1991 en la cause P. SA c/ R.A. (CCC.6175)

Art. 336 al. 1 litt. d CO

Art. 336a al. 2 CO

TP: OUI

CCC: OUI

IND: 2 mois (indemnité correspondant à deux mois de salaire)

Manoeuvre-peintre qui a fait exploser une cheminée d'agrément neuve alors qu'il participait à la réfection d'un immeuble. Dommages de Fr. 1286.- non pris en charge par son assurance responsabilité civile. Employeur ayant manifesté son intention de compenser le dommage par plusieurs retenues sur salaires. Travailleur licencié après que son avocat ait contesté l'obligation de son client de réparer le dommage causé.

**** RJN 2003 page 86 ****

4. Arrêt du 18 juin 1993 en la cause P. c/ A. SA (CCC.6489),

publié in RJN 1993, p. 89

Art. 336 al. 1 litt. d CO

TP: NON

CCC: OUI

IND: 1 1/4 mois

Physicien acousticien licencié après avoir demandé des éclaircissements sur l'évolution de la société qui l'employait, aux motifs, d'une part, que le conseil d'administration avait mal accueilli ses doléances et, d'autre part, des mauvaises conjoncture économique et situation financière de la société.

5. Arrêt du 8 février 1994 en la cause H. c/ N. SA (CCC.6633)

Art. 336 al. 1 litt. d CO ("congé-modification")

TP: OUI

CCC: OUI

IND: 2 mois

Résiliation des contrats de travail des 62 employés d'une imprimerie avec proposition de réengagement à de nouvelles conditions salariales, lesquelles, fixées ultérieurement, impliquaient le non-paiement de l'allocation de renchérissement prévue par le Contrat collectif de travail pour travailleurs de l'imprimerie suisse.

6. Arrêt du 20 septembre 1995 en les causes A. c/ SNC S. et SNC S.

c/ D.C., P., A., N. et D.C. (CCC.6976-6979)

Art. 336 al. 1 litt. d CO

Art. 336a al. 2 CO

TP: OUI

CCC: OUI

IND: renvoi au TP

Employées de maison dans un home pour personnes âgées licenciées après avoir demandé l'établissement d'un contrat de travail écrit fixant les conditions de travail du personnel et exigé la suppression de l'obligation de prendre les repas dans l'établissement, laquelle impliquait une déduction sur le salaire de Fr. 396.- par mois.

7. Arrêt du 21 mars 1996 en la cause C.C. SA c/ F. (CCC.7051)

Art. 336 al. 1 litt. d CO

Art. 336a al. 2 CO

TP: OUI

CCC: OUI

IND: 1 1/2 mois

Employée de commerce licenciée une semaine après l'audience de conciliation qui a suivi le dépôt d'une demande en paiement d'heures supplémentaires.

**** RJN 2003 page 87 ****

8. Arrêt du 23 septembre 1996 en la cause SNC S. c/ D.C., P., A., N., D.C. et M. (CCC.7110). Recours en réforme de l'employeur au Tribunal fédéral rejeté par arrêt du 30 juillet 1997 (4C.497/1996)

Art. 336a al. 2 CO

Caractère abusif déjà retenu

IND: 5 et 5 1/2 mois

Employées de maison dans un home pour personnes âgées licenciées après avoir demandé l'établissement d'un contrat de travail écrit fixant les conditions de travail du personnel et exigé la suppression de l'obligation de prendre les repas dans l'établissement, laquelle impliquait une déduction sur le salaire de Fr. 396.- par mois (même état de faits que le litige ayant donné lieu à l'arrêt du 20 septembre 1995).

9. Arrêt du 25 octobre 1996 en la cause S. SA c/ O. (CCC.7199)

Art. 336 al. 1 litt. e CO

TP: OUI

CCC: OUI

IND: 2 1/2 mois

Electricien licencié quatre jours après avoir témoigné devant le Tribunal des prud'hommes de La Chaux-de-Fonds dans un litige opposant l'employeur à un ancien employé.

10. Arrêt du 11 mars 1997 en la cause N. c/ C. SA (CCC.7250)

Art. 336 al. 2 litt. b CO

Art. 336b al. 1 CO

Travailleur, membre de la commission du personnel de l'entreprise, licencié au motif d'une restructuration de celle-ci. Le travailleur n'a pas fait opposition au congé dans le délai prévu à l'article 336b al. 1. CO.

11. Arrêt du 25 août 1997 en la cause S. c/ M. (CCC.7278)

Art. 336 al. 1 litt. d CO

Art. 343 al. 4 CO

TP: NON

CCC: NON

Travailleuse employée comme vendeuse-auxiliaire, vendeuse à temps complet, puis aide de bureau, qui, suite à un problème de santé, a été mise au bénéfice d'une demi-rente de l'assurance invalidité et a poursuivi son emploi à 50%. Travailleuse licenciée au motif de la suppression de son poste suite à une restructuration, après qu'elle ait refusé de solliciter de nouvelles prestations AI, contrairement aux vœux de son employeur.

**** RJN 2003 page 88 ****

12. Arrêt du 7 novembre 1997 en la cause V. c/ E. SA (CCC. 7334)

Art. 336 al. 1 litt. a CO

TP: NON

CCC: NON

Mécanicien mouliste licencié au motif de prestations jugées insuffisantes tant sur le plan qualitatif que quantitatif.

13. Arrêt du 16 décembre 1997 en la cause A. c/ I. SA (CCC.7351)

Art. 336 al. 1 litt. a et d CO

TP: NON

CCC: NON

Mécanicien monteur metteur au point licencié au motif que ses prestations ne correspondaient pas aux attentes, après qu'il se soit plaint de ne pas avoir été occupé au travail pour lequel il avait été engagé, et qu'il ait également réclamé une augmentation de salaire à laquelle il estimait avoir droit.

14. Arrêt du 25 novembre 1998 en la cause P. SA c/ 15 employés (CCC. 7499),

publié in RJN 1998, p. 89

Art. 336 al. 2 litt. c

Art. 336a al. 3 CO

TP: OUI

CCC: OUI

IND: 2 mois (maximum)

Entreprise active dans la fabrication d'outillage qui a licencié quinze employés en raison de difficultés économiques.

15. Arrêt du 20 octobre 1999 en la cause S. c/ A. et D. (CCC. 7611). Affaire portée devant le Tribunal fédéral sur la question du licenciement immédiat pour justes motifs (ATF 127 III 351 , cf. RJN 2002, p. 123)

Art. 336 al. 1 litt. d CO

TP: NON

CCC: NON

Polisseur licencié avec effet immédiat suite à une altercation avec un collègue de travail, peu de temps après avoir signalé au syndicat FTMH que l'employeur ne respectait pas les horaires de travail et avoir provoqué une enquête dans l'entreprise par le Service cantonal de l'inspection et de la santé au travail.

16. Arrêt du 31 janvier 2000 en la cause G. c/ P. SA (CCC.1999.7617),

publié in RJN 2000, p. 121

Art. 336CO (motif spécifique)

TP: NON

CCC: OUI

IND: renvoi au TP

Vendeuse licenciée au motif d'une incompatibilité d'humeur entre celle-ci et la gérante du magasin.

17. Arrêt du 7 août 2000 en la cause H. c/ P. (CCC.2000.72)

Art. 336 al. 1 litt. d CO

TP: OUI

CCC: NON

Aide-soignant dans un home médicalisé, qui s'est plaint à plusieurs reprises des mauvaises conditions de travail, licencié une semaine après avoir oublié sur les w.-c. une résidente impotente, après l'y avoir conduite en compagnie d'une infirmière.

18. Arrêt du 8 août 2000 en la cause M. c/ S., A. et R. (CCC.2000.49),

publié in RJN 2000, p. 124

Art. 336 al. 2 litt. a CO

TP: OUI

CCC: OUI

IND: 1 mois et 2 mois

Aides-infirmières travaillant dans un home médicalisé pour personnes âgées, membres du Syndicat suisse des services publics (SSP), licenciées suite à un long conflit avec le directeur et l'infirmière cheffe, amie de ce dernier.

19. Arrêt du 12 février 2001 en la cause A. SA c/ N. (CCC.2000.121),

publié in RJN 2001, p. 94.

Art. 336 al. 1 litt. d CO

Art. 336a al. 2 CO

TP: OUI

CCC: OUI

IND: 6 mois

Travailleur au service de l'entreprise depuis près de quarante ans, en qualité de mécanicien, chef de garage, responsable des locaux et installations, fondé de pouvoir, puis encore responsable de la logistique et de la maintenance, licencié après avoir réclamé le versement du salaire convenu.

20. Arrêt du 7 mai 2001 en la cause L. c/ S. (CCC.2001.15),

publié in RJN 2001, p. 89

Art. 336 al. 1 litt. d CO

TP: OUI

CCC: OUI

IND: 2 mois

Opérateur polyvalent en ébauches ayant obtenu un certificat de travail très favorable. Moins de deux semaines plus tard, il reçoit une lettre de résiliation, le lendemain d'une altercation avec son employeur qui fut suivie le jour même d'une lettre du travailleur demandant à son employeur de respecter à l'avenir sa personnalité et la dignité "à laquelle tout être humain a droit".

21. Arrêt du 22 février 2002 en la cause F. c/ P. SA (CCC.2001.96),

publié in RJN 2002, p. 120

Art. 336 al. 1 litt. d CO ("congé-modification")

TP: NON

CCC: OUI

IND: renvoi au TP

Vendeur de foires commerciales licencié après qu'il ait refusé d'accepter, avec effet immédiat, une péjoration de ses conditions de rémunération.

22. Arrêt du 1er juillet 2002 en la cause S. SA c/ M. (CCC.2002.23). Recours de droit public au Tribunal fédéral rejeté par arrêt du 5 novembre 2002 (4P.186/2002)

Art. 336 al. 1 litt. d CO

TP: OUI

CCC: NON

Ouvrière licenciée suite à une détérioration sensible de ses relations, d'une part, avec son supérieur hiérarchique et, d'autre part, avec ses propres collègues et subordonnés, et après qu'elle ait reçu un avertissement dans lequel il lui était reproché de toujours remettre en question les décisions prises par la direction et son refus d'essayer de reprendre une relation normale et professionnelle avec son supérieur.

23. Arrêt du 21 juillet 2003 en la cause A. Sàrl c/ S. et C. (CCC.2003.34-35)

Art. 336 al. 1 litt. d CO

Art. 336b al. 1 et 2

S:

TP: OUI

CCC: OUI

IND: 4 mois

C:

TP: opposition tardive

CCC: opposition tardive

Deux travailleurs, l'un maçon, l'autre menuisier, aide-charpentier et aide-maçon, licenciés suite à l'intervention de la Commission professionnelle paritaire neuchâteloise de la menuiserie, charpenterie et techniverrerie visant à exiger et à encaisser divers postes de salaire dus selon la Convention applicable.

* La présente contribution reprend le thème traité lors d'un cours de formation continue donné à l'Université de Neuchâtel en date du 18 novembre 2003.

** L'auteur remercie chaleureusement Mme Geneviève Fiala, présidente de la Cour de cassation civile neuchâteloise, Mme Corinne Jeanprêtre, juriste-rédactrice au Tribunal cantonal neuchâtelois, ainsi que M. Christian Flückiger, assistant à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, pour l'aide apportée à l'identification et à la mise à disposition des arrêts pertinents.

¹ Cf. RO 1988, 1472. Voir le "Message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire "pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail" et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations du 9 mai 1984", in Feuille fédérale 1984 II pp. 574 ss.

² Cf. Isabelle Augsburg-Bucheli, "Genèse de l'article 2 du code civil suisse", in Abus de droit et bonne foi, Fribourg, 1994, pp. 29 à 33; Jean-Philippe Dunand, "Le code civil de Eugen Huber: une loi conçue dans l'esprit de la démocratie?", in La démocratie comme idée directrice de l'ordre juridique suisse, Zurich, à paraître, et Bruno Huwiler, "La genèse de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC)", in Abus de droit et bonne foi, Fribourg, 1994, pp. 40 à 47.

³ Cf. Marie-Gisèle Zoss, La résiliation abusive du contrat de travail, Lausanne, 1997, p. 50.

⁴ Selon l'article 4 de la Convention no 158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, adoptée en 1982 par l'Organisation internationale du travail, le licenciement doit être fondé sur un motif valable de licenciement, lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur, ou alors sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise. Cf. le "Rapport sur la 68e session de la Conférence internationale du travail", in Feuille fédérale 1983 II 1138 ss, spéc. 1155 ss. Voir aussi, Conseil fédéral (n. 1), pp. 596 ss.

⁵ Cf. ATF 127 III 86 et arrêt du Tribunal fédéral du 13 janvier 1992, in SJ 1993 p. 357.

⁶ Cf. Zoss (n. 3) pp. 53 s.

⁷ Conseil fédéral (n. 1), p. 622.

⁸ Sur l'historique de l'adoption des normes sur la résiliation abusive du contrat de travail, cf. Conseil fédéral (n. 1), pp. 579 ss et Zoss (n. 3), pp. 117 ss.

⁹ Cf. Rémy Wyler, *Droit du travail*, Berne, 2002, p. 396.

¹⁰ Cf. Zoss (n. 3), pp. 64 ss et 106 ss.

¹¹ Cf. Roland Bersier, "La résiliation abusive du contrat de travail (art. 336 à 336bCO)", in *RSJ* 89 (1993), pp. 313 s. et Zoss (n. 3), pp. 113 s et 137 s.

¹² RS 172.220.1.

¹³ RSN 152.510.

¹⁴ Cf. Wyler (n. 9), p. 396 et Zoss (n. 3), pp. 149 ss.

¹⁵ RSN 162.221.

¹⁶ FO 1997 no 50.

¹⁷ RS 173.110.

¹⁸ Arrêt du 25 août 1997 (CCC.7278), pp. 4 s.

¹⁹ Arrêt du 1er juillet 2002 (CCC.2002.23), p. 4.

²⁰ Cf. François Bohnet, "Prud'hommes: un plein pouvoir d'examen en trop", in *plaidoyer* 6/99, pp. 47 ss.

²¹ Cf. arrêt du 19 août 2002 (CCC.2002.68), cité par François Bohnet, *Code de procédure civile neuchâteloise commenté*, Bâle, 2003, p. 606.

²² Cf. ATF 123 III 246, JdT 1998 I 300.

²³ Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 30 juin 1992, in *SJ* 1993, 360. Voir aussi Zoss (n. 3), pp. 270 s.

²⁴ Cf. ATF 115 II 484.

²⁵ Cf. ATF 117 II 258.

²⁶ Arrêt du 1er juillet 2002 (CCC.2002.23), pp. 4 s.

²⁷ Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 11 novembre 1993, in *SJ* 1995, 798, ainsi que Gabriel Aubert, *Code des obligations I (Commentaire romand)*, Genève - Bâle - Munich, 2003, ad art. 336 CO, no 15, et Pierre Tercier, *Les contrats spéciaux*, Zurich - Bâle - Genève, 2003, no 3361.

²⁸ Cf. Wyler (n. 9), p. 398.

²⁹ Arrêt du 8 août 2000 (CCC.2000.49), p. 6, in *RJN* 2000, pp. 124, 126.

³⁰ Arrêt du 21 juillet 2003 (CCC.2003.34-35), p. 5.

³¹ Cf. Wyler (n. 9), p. 399 et Zoss (n. 3), pp. 160 s.

³² Cf. Bersier (n. 11), pp. 315 s. et Zoss (n. 3), pp. 173 ss.

³³ Cf. ATF 125 III 70.

³⁴ Cf. ATF 127 III 86.

³⁵ Cf. Richard Barbey, "Les congés abusifs selon l'art. 336 alinéa 1 CO", in *Journée 1993 de droit du travail et de la sécurité sociale*, Zurich, 1994, p. 82; Jean-Louis Duc et Olivier Subilia, *Commentaire du contrat individuel de travail*, Lausanne, 1998, pp. 402 s.; Philippe Nordmann, *Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1998, pp. 88 ss et Zoss (n. 3), pp. 166 ss.

³⁶ Cf. Wyler (n. 9), p. 400.

³⁷ Cf. Arrêt du Tribunal fédéral du 11 novembre 1993, in *SJ* 1995 p. 798.

³⁸ Arrêt du 16 décembre 1997 (CCC.7351), pp. 4 s.

³⁹ Arrêt du Tribunal administratif du 18 décembre 1989 en la cause B. c/ Conseil d'Etat, in *RJN* 1989 143.

⁴⁰ Arrêt du 25 août 1997 (CCC.7278), p. 6.

⁴¹ Cf. Aubert (n. 27), no 5; Barbey (n. 35), p. 84 et Zoss (n. 3), pp. 184 ss.

- 42 Cf. Wyler (n. 9), pp. 402 s.
- 43 Cf. Tercier (n. 27), no 3355; Wyler (n. 9), p. 403 et Zoss (n. 3), pp. 189 ss.
- 44 Cf. Bersier (n. 11), p. 316 s.; Wyler (n. 9), p. 404 et Zoss (n. 3), pp. 196 ss.
- 45 Cf. Zoss (n. 3), p. 199.
- 46 Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 13 octobre 1993, in SJ 1995 797.
- 47 Cf. Wyler (n. 9), p. 405.
- 48 Arrêt du 18 juin 1993 (CCC.6489), p. 5, in RJN 1993, pp. 89, 90.
- 49 Arrêt du 1er juillet 2002 (CCC.2002.23), p. 4.
- 50 Arrêt du 7 août 2000 (CCC.2000.72), pp. 3 s.
- 51 Arrêt du 21 mars 1996 (CCC.7051), pp. 4 s.
- 52 Arrêt du 1er juillet 2002 (CCC.2002.23), p. 4.
- 53 Arrêt du 20 septembre 1995 (CCC.6976-6979), p. 7.
- 54 Arrêt du 12 février 2001 (CCC.2000.121), p. 6, in RJN 2001, pp. 94, 98.
- 55 Arrêt du 7 mai 2001 (CCC.2001.15), pp. 5 s, in RJN 2001, pp. 89, 93.
- 56 Arrêt du 20 octobre 1999 (CCC.7611), pp. 7 s.
- 57 Arrêt du 1er juillet 2002 (CCC.2002.23), pp. 8 s.
- 58 Sur les critères de délimitation entre "congé-modification" abusif et non abusif, cf. Thomas Geiser, "Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht", in PJA 1/99, pp. 60 ss; Nordmann (n. 35), pp. 119 ss et Zoss (n. 3), pp. 207 ss.
- 59 Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 13 juin 2000, in SJ 2001 I 49 et ATF 123 III 246 , JdT 1998 I 300 .
- 60 Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 13 juin 2000, in SJ 2001 I 49.
- 61 Arrêt du 8 février 1994 (CCC.6633), pp. 3 s.
- 62 Arrêt du 22 février 2002 (CCC.2001.96), pp. 3 s, in RJN 2002, pp. 120, 121 s.
- 63 Cf. Wyler (n. 9), p. 98.
- 64 Sur ces questions complexes, cf. Geiser (n. 58), pp. 60 ss.
- 65 Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 21 octobre 2003 en la cause 4C. 177/2003.
- 66 Cf. Aubert (n. 27), no 8.
- 67 Arrêt du 17 octobre 1989 (CCC.5934), p. 5.
- 68 Arrêt du 17 octobre 1989 (CCC.5934), pp. 3 ss.
- 69 Cf. Barbey (n. 35), p. 90 et ZOSS (n. 3), p. 222.
- 70 Cf. arrêt de la Chambre d'appel du 6 novembre 1987, in SJ 1988, p. 586.
- 71 Cf. arrêt du 25 octobre 1996 (CCC.7199), pp. 3 ss.
- 72 Cf. Aubert (n. 27), no 11 et ZOSS (n. 3), pp. 230 s.
- 73 Cf. Wyler (n. 9), p. 407.
- 74 Cf. Zoss (n. 3), p. 232.
- 75 Cf. arrêt du Tribunal cantonal du canton de Fribourg du 19 janvier 1998, in RFJ 1998 p. 68, ainsi que Christiane Brunner, Jean-Michel Bühler et Jean-Bernard Waeber, Commentaire du contrat de travail, Lausanne, 1996, p. 203.
- 76 Arrêt du 8 août 2000 (CCC.2000.49), pp. 6 s, in RJN 2000, pp. 124, 125 s.
- 77 Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 12 août 1997, in JAR 1998 p. 199, ainsi que Brunner/Bühler/Waeber (n. 75), p. 204 et Wyler (n. 9), p. 407.
- 78 Cf. Zoss (n. 3), pp. 244 ss.

- 79 Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 12 août 1997, in JAR 1998 p. 199.
- 80 Jugement de la Cour civile du 28 janvier 1991 (cause 9764), in RJN 1991 46, pp. 47 s.
- 81 Cf. ATF 123 III 176 , ainsi que l'arrêt du Tribunal fédéral du 16 décembre 2003 en la cause 4C.263.2003.
- 82 Cf. Wyler (n. 9), p. 408.
- 83 Arrêt du 25 novembre 1998 (CCC.7499), pp. 5 s, in RJN 1998, pp. 89, 92.
- 84 Cf. Conseil fédéral (n. 1), pp. 612 et 658.
- 85 Cf. Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national, 1985 1125 et 1987 1264; Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats, 1985 533, et 1987 343 s, 353 et 611 s.
- 86 Cf. Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national, 1985 1125 et 1988 2.
- 87 Cf. Aubert (n. 27), no 2; Richard Barbey, "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. 98 s; Alexandre Berenstein, "La nouvelle loi suisse sur la résiliation du contrat de travail", in Mélanges à la mémoire du Professeur Halük Tandogan, Ankara, 1990, pp. 489 s; Bersier (n. 11), p. 318; Tercier (n. 27), no 3366 et Wyler (n. 9), p. 396.
- 88 Cf. ATF 123 III 246 , JdT 1998 I 300 et ATF 121 III 60 , JdT 1996 I 47.
- 89 Cf. Duc/Subilia (n. 35), pp. 399 ss; Tercier (n. 27), no 3367 et Zoss (n. 3), p. 262.
- 90 Arrêt du 7 novembre 1997 (CCC.7334), p. 7.
- 91 Cf. ATF 125 III 70 .
- 92 Arrêt du 31 janvier 2000 (CCC.1999.7617), pp. 3 s, in RJN 2000, pp. 121, 122 s.
- 93 Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 8 janvier 1999, in SJ 1999 I 277 et ATF 123 III 391 , JdT 1998 I 126 .
- 94 Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 8 janvier 1999, in SJ 1999 I 277.
- 95 Cf. ATF 121 III 64 , JdT 1996 I 60.
- 96 Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 8 janvier 1999, in SJ 1999 I 277.
- 97 Cf. ATF 119 II 157 , JdT 1994 I 293 et ATF 123 III 391 , JdT 1998 I 126 .
- 98 Arrêt du 20 septembre 1995 (CCC.6976-6979), p. 7.
- 99 Arrêt du 23 septembre 1996 (CCC.7110), p. 5.
- 100 Arrêt du 21 juillet 2003 (CCC.2003.34-35), p. 7.
- 101 Cf. ATF 123 III 391 , JdT 1998 I 126 .
- 102 Arrêt du 17 juillet 1991 (CCC.6175), p. 4.
- 103 Arrêt du 20 septembre 1995 (CCC.6976-6979), p. 7.
- 104 Arrêt du 12 février 2001 (CCC.2000.121), p. 7, in RJN 2001, pp. 94, 99.
- 105 Cf. ATF 123 III 391 .
- 106 Arrêt du 17 juillet 1991 (CCC.6175), p. 4.
- 107 Arrêt du 8 février 1994 (CCC.6633), p. 4.
- 108 Arrêt du 23 septembre 1996 (CCC.7110), p. 8.
- 109 Cf. arrêt du 23 septembre 1996 (CCC.7110), p. 5.
- 110 Cf. arrêt du 12 février 2001 (CCC.2000.121), p. 7, in RJN 2001, pp. 98, 99.
- 111 Cf. arrêt du 21 juillet 2003 (CCC.2003.34-35), p. 7.
- 112 Cf. jugement de la Cour civile du 28 janvier 1991 en la cause C. c/ Fp., in RJN 1991 46, 49 s.
- 113 Cf. arrêt du 18 juin 1993 (CCC.6489), pp. 5 s.
- 114 Cf. arrêt du 22 février 2002 (CCC.2001.96), p. 4, in RJN 2002, pp. 120, 122.
- 115 Cf. arrêt du 21 juillet 2003 (CCC.2003.34-35), pp. 7 s.

116 Cf. Wyler (n. 9), p. 412 et Zoss (n. 3), p. 309.

117 Cf. Barbey (n. 87), pp. 105 s. et Wyler (n. 9), p. 412.

118 Cf. Aubert (n. 27), no 1.

119 Arrêt du 21 juillet 2003 (CCC.2003.34-35), pp. 8 s.

120 Cf. arrêt de la Chambre d'appel des prud'hommes du 25 juin 1998, in SARB 1999 p. 699. Pour une critique de cette jurisprudence, cf. Wyler (n. 9), pp. 412 s.

121 Arrêt du 21 juillet 2003 (CCC.2003.34-35), pp. 6 s.

122 Barbey (n. 35), p. 92.