

ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes
L'organe professionnel de la fédération suisse des avocats
La rivista professionale della federazione svizzera degli avvocati

9/2006

THEMA / QUESTION DU JOUR

Jean-Philippe Dunand

Liberté de licenciement en droit suisse: la règle devient-elle l'exception?

ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU

David Rosenthal

IT-Sicherheit in der Anwaltskanzlei – Teil 2

Michael Pfeifer

Art. 321 StGB als Grundlage eines uneingeschränkten
Anwaltsgeheimnisses – mit Ausführungen zu einem Berufsgeheimnis
von Unternehmensjuristen, eine Replik auf Niggli

Jörg Schwarz

Anwendung von Art. 321 StGB auf Unternehmensjuristen –
Einige Gedanken zu einer laufenden Diskussion

FORUM

Hubert F. Kinz

DACH-Tagung vom 18. bis 20. Mai 2006 in Wien

Jean-Philippe Dunand*

Liberté de licenciement en droit suisse: la règle devient-elle l'exception?

Mots clés : Contrat de travail, liberté de la résiliation, congé abusif

I. Introduction

En droit suisse du travail prévaut la liberté de résiliation, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier¹. Notre droit se distingue en la matière des droits des Etats qui sont liés par la Convention n° 158 de l'Organisation Internationale du Travail, dans lesquels la résiliation du contrat de travail doit obligatoirement être fondée sur un motif justifié, lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur, ou alors sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise².

Dans certaines hypothèses, prévues principalement à l'article 336 CO, un congé peut cependant être considéré comme abusif lorsqu'il est donné pour un motif qui n'est pas digne de protection. 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'employeur à résilier le contrat³. Le caractère abusif du congé n'affecte pas sa validité. En revanche, en vertu de l'article 336 a CO, 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. Comme l'a précisé récemment le Tribunal fédéral, l'idée sous-jacente est avant tout d'offrir une protection sociale au salarié licencié abusivement⁴.

La jurisprudence tend à interpréter la notion de congé abusif de manière extensive. Il en résulte une réduction progressive de la portée du principe de la libre résiliation du contrat de travail. Après avoir résumé la notion de congé abusif et son développement dans l'ordre juridique suisse (*chapitre II*), nous présenterons quelques jurisprudences récentes qui nous paraissent bien illustrer son extension (*chapitre III*).

II. Congé abusif dans l'ordre juridique suisse

Les dispositions sur la résiliation abusive du contrat de travail (art. 336 à 336b CO) sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier

1989⁵. Auparavant, il était, certes, 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 336 CO⁶. De plus, la sanction de l'abus de droit réside, 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 concernée, conséquence considérée comme inopportune⁷. C'est ainsi qu'en pratique, les tribunaux n'ont guère reconnu de cas de congés abusifs sur la base de l'article 2 al. 2 CC⁸.

Au contraire, les articles 336 ss CO sont eux très souvent invoqués en cas de litige portant sur un licenciement⁹. Il faut se réjouir de leur existence, car ces articles permettent un règlement plus équitable de bon nombre de conflits de droit du travail. L'article 336 CO prévoit huit cas de congés abusifs. Dans le projet du Conseil fédéral, la liste des motifs abusifs était non limitative¹⁰. Le Parlement a toutefois décidé de restreindre les cas de congé abusif, en supprimant le terme «notamment», prévu par le Conseil fédéral¹¹. Durant les délibérations, il a cependant été précisé que l'article 2 al. 2 CC restait, le cas échéant, applicable¹².

La doctrine¹³ et la jurisprudence¹⁴ admettent que la liste des motifs abusifs énumérée à l'article 336 CO 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. Dans un premier temps, le Tribunal fédéral a semblé peu enclin à favoriser la reconnaissance de motifs non prévus. Notre Haute Cour estimait en effet qu'il restait peu de place pour l'application de l'interdiction géné-

* Avocat, docteur en droit, professeur aux Universités de Neuchâtel et de Lausanne, consultant auprès de Notter, Mégevand & Associés, Genève/Fribourg/Berne.

1 Cf. ATF 132 III 115, c. 2.1; ATF 131 III 535, c. 4.1; ATF 127 III 86, c. 2a. Voir aussi ULLRIK STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, Zurich 2006, N 2 ad art. 336 CO, p. 671.

2 Cf. MARIE-GISELE ZOSS, *La résiliation abusive du contrat de travail: étude des articles 336 à 336b CO*, Lausanne 1997, pp. 39 s. Cette Convention peut être consultée sur le site internet de l'Organisation Internationale du Travail (www.ilo.org).

3 Cf. ZOSS (note 2), pp. 53 s.

4 Cf. ATF 131 III 535, c. 4.2.

5 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 FF 1984 II 574 ss.

6 Cf. STREIFF/VON KAENEL (note 1), N 4 ad art. 336 CO, p. 672 et RÉMY WYLER, *Droit du travail*, Berne 2002, p. 396.

7 Cf. ZOSS (note 2), pp. 64 ss et 106 ss.

8 Cf. STREIFF/VON KAENEL (note 1), N 2 ad art. 336 CO, p. 671 et ZOSS (note 2), pp. 113 s.

9 Cf. JEAN-PHILIPPE DUNAND, *La jurisprudence de la Cour de cassation civile neuchâtoise en matière de licenciement abusif*, RJN 2003, pp. 53 ss.

10 Cf. Message du CONSEIL FÉDÉRAL (note 5), pp. 612 et 658.

11 Cf. BO CN 1985, p. 1125 et 1987, p. 1264; BO CE 1985, p. 533 et 1987, pp. 343 s, 353 et 611 s.

12 BO CN 1985, p. 1125 et 1988, p. 2.

13 Cf. GABRIEL AUBERT, in *Commentaire romand, Code des obligations I*, Bâle 2003, N 2 ad art. 336 CO, p. 1771; STREIFF/VON KAENEL (note 1), N 3 ad art. 336 CO, p. 672 et WYLER (note 6), p. 396.

14 Cf. par exemple, ATF 123 III 246, JdT 1998 I 300 et ATF 121 III 60, JdT 1996 I 47.

rale de l'abus de droit, compte tenu de la protection contre les congés abusifs des articles 336 ss CO¹⁵. Cette époque paraît révolue. De nouveaux cas voient le jour, de manière croissante, au gré des jurisprudences¹⁶. Selon le Tribunal fédéral, le critère principal pour reconnaître de nouvelles situations constitutives de congé abusif réside dans le fait qu'elles comportent une gravité comparable aux cas expressément mentionnés à l'article 336 CO¹⁷.

Nous prendrons quatre exemples. Selon le Tribunal fédéral, l'abus de la résiliation peut découler non seulement des motifs du congé, mais également de la façon dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit¹⁸. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a indiqué qu'une résiliation notifiée *sans nécessité économique* à l'égard d'une travailleuse pour le cas où celle-ci refuserait d'accepter une détérioration injuste des conditions de travail pouvait constituer une résiliation abusive¹⁹. De même, le Tribunal fédéral a considéré 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 harcèlement subi par le travailleur. En effet, l'employeur abuse de son droit de licencier lorsqu'il donne comme motif de congé des faits dont il est responsable et qui lui sont contractuellement imputables²⁰. Enfin, le Tribunal fédéral a affirmé que le licenciement d'un employé ayant un caractère difficile pouvait également constituer un congé abusif lorsque l'employeur n'avait pas pris toutes les mesures que l'on pouvait attendre de lui pour désamorcer le conflit²¹.

Le cadre juridique de l'élargissement des cas de congés abusifs n'est cependant pas clair. Premièrement, puisque l'on applique l'article 2 al. 2 CC, on ne devrait sanctionner que les cas d'abus «manifestes». Or, les tribunaux ne paraissent guère porter une attention spécifique à cette condition. Deuxièmement, comme l'on ne souhaite généralement pas 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 cette disposition légale, son destinataire ne peut se prévaloir que des sanctions prévues à l'article 336 a CO, pour autant qu'il ait respecté la procédure décrite à l'article 336 b CO²².

III. Jurisprudences récentes (2005–2006)

Dans diverses jurisprudences récentes, le Tribunal fédéral a étendu les cas d'applications du congé abusif soit par le biais d'une interprétation extensive de l'un des cas prévus à l'article 336 CO (*partie A*), soit par la reconnaissance de nouveaux motifs abusifs qui ne sont pas prévus dans cette disposition légale (*partie B*).

15 Cf. ATF 121 III 60, JdT 1996 I 47.

16 Cf. les jurisprudences citées par STREIFF/VON KAENEL (note 1), N 4 ad art. 336 CO, pp. 673 s.

17 Cf. ATF 132 III 115; ATF 131 III 535.

18 Cf. ATF 118 II 157, c. 4 b/bb.

19 Cf. ATF 123 III 246, c. 3 b, JdT 1998 I 300.

20 Cf. ATF 125 III 70, c. 2 a.

21 Cf. TF du 23 septembre 2003, cause 4C.189/2003; c. 5.2–3.

22 Cf. MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, Berne 2002, N 329, p. 158; STREIFF/VON KAENEL (note 1), N 3 ad art. 336 CO, p. 672 et Zoss (note 2), p. 262.

A. Interprétation de l'article 336 CO

1. «Congé discriminatoire» (art. 336 al. 1 let. a CO) – Licenciement parce que le travailleur a fait l'objet d'une condamnation pénale (TF du 31 janvier 2006, cause 4C.431/2005)

Un employé de la succursale fribourgeoise d'une société active sur le marché des espaces publicitaires dans la presse a été licencié avec effet immédiat après que le directeur de cette succursale eut appris de manière fortuite qu'il venait de faire l'objet d'une condamnation pénale relative à des actes d'ordres sexuels avec des enfants.

Selon l'article 336 al. 1 let. a CO, une résiliation est abusive lorsque ce congé est donné en raison d'un fait inhérent à la personnalité de l'autre partie, quand ce fait n'a pas de lien avec le rapport de travail et qu'il ne porte pas non plus, sur un point essentiel, un préjudice grave à l'accomplissement du travail dans l'entreprise. Il est admis que les antécédents pénaux d'un travailleur, de même que sa mise en prévention ou son inculpation dans une cause pénale sont des éléments de sa personnalité²³.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a relevé que la condamnation pénale de l'employé portait sur des infractions qui n'avaient aucun rapport avec l'activité exercée au service de l'employeur et qui ne constituaient donc pas, en elles-mêmes, un manquement aux devoirs contractuels. Elles constituaient un fait inhérent à la personnalité du travailleur et ce fait, du point de vue de l'article 336 al. 1 let. a CO, n'avait pas non plus de lien avec le rapport de travail. Ainsi, le congé donné à l'employé devait être considéré comme abusif à moins qu'il fût établi que ce même fait était de nature à porter, sur un point essentiel, un préjudice grave à l'accomplissement du travail dans l'entreprise²⁴.

Il n'est pas contesté que les antécédents pénaux d'un employé peuvent nuire, s'ils sont connus, à la réputation de l'entreprise. Comme l'a relevé le Tribunal fédéral, «les infractions contre l'intégrité sexuelle des enfants suscitent généralement, dans le public, une réprobation particulièrement aiguë»²⁵.

Selon le Tribunal fédéral, n'importe quelle perturbation dans l'entreprise ne suffit toutefois pas à justifier le licenciement d'un travailleur en raison d'un fait inhérent à sa personnalité: l'employeur «ne peut adopter cette solution extrême qu'en présence d'une perturbation grave»²⁶. Certes, un client pouvait apprendre la condamnation pénale de l'employé et décider, pour ce motif, de traiter avec une entreprise concurrente. Pour le Tribunal fédéral, «cette éventualité n'était pas suffisamment redoutable pour justifier un licenciement» dans le cas d'espèce, s'agissant d'une société importante dotée d'une vaste clientèle répartie dans une grande partie du pays²⁷. Par ailleurs, le fait que des collègues de travail puissent être réticents à collaborer à l'avenir avec l'em-

23 Cf. CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER/CHRISTIAN BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2004, p. 251; WYLER (note 6), p. 401 et Zoss (note 2), p. 171.

24 Cf. TF du 31 janvier 2006, cause 4C.431/2005, c. 3.

25 Cf. TF du 31 janvier 2006, cause 4C.431/2005, c. 3.

26 Cf. TF du 31 janvier 2006, cause 4C.431/2005, c. 3.

27 Cf. TF du 31 janvier 2006, cause 4C.431/2005, c. 3.

ployé n'était pas déterminant, car nul ne peut exiger, selon le Tribunal fédéral, de ne collaborer qu'avec des individus qui lui conviennent personnellement²⁸.

2. «Congé repréailles» (art. 336 al. 1 let. d CO) –
*Licenciement d'une employée ayant dénoncé
illégitimement un dirigeant de l'entreprise auprès
du Procureur général (TF du 22 mai 2006,
cause 4C.60/2006)*

Employée, secrétaire auprès d'une société active dans le domaine de la gestion de fortune ayant son siège à Genève, licenciée de manière ordinaire après qu'elle s'était plainte de harcèlement sexuel. Dans un premier temps, l'employée avait déposé une lettre de dénonciation auprès du Procureur général du canton de Genève se plaignant des propos tenus par l'un des dirigeants de la société et l'accusant d'attouchements sexuels. Le lendemain, elle s'était plainte auprès de l'employeur d'être victime de harcèlement sexuel et lui demandait de prendre les mesures nécessaires.

La dénonciation auprès du Procureur est restée sans suite. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a estimé que les faits de la cause ne permettaient pas de retenir l'existence d'un harcèlement sexuel au détriment de l'employée.

Selon l'article 336 al. 1 let. d CO, un congé est abusif lorsqu'il est donné parce que le travailleur fait valoir de bonne foi des prétentions résultant de son contrat de travail. On admet cependant que lorsqu'il découle de deux motifs, dont l'un est abusif et l'autre non, le congé ne viole l'article 336 CO que si le motif abusif revêt un caractère causal. En revanche, si le motif non abusif aurait de toute manière provoqué la résiliation, celle-ci est parfaitement licite²⁹.

Dans le cas d'espèce, il semble bien que cela soit la dénonciation au Procureur, considérée par l'employeur comme totalement infondée, qui a constitué la cause prépondérante et décisive du licenciement de l'employée. Or, l'on peut légitimement se demander si le fait de dénoncer auprès du Procureur général l'un des dirigeants de l'employeur, sans fondements apparemment, ne constituait pas une atteinte grave au devoir de fidélité et de loyauté incombant à la travailleuse (cf. art. 321 a CO). Selon ce raisonnement, le licenciement notifié à celle-ci pouvait être considéré comme licite.

Le Tribunal fédéral en a décidé autrement. Il a, en effet, considéré que l'employée avait été victime d'un congé abusif, car la résiliation de son contrat était intervenue après qu'elle eut fait valoir une prétention issue de son contrat de travail puisqu'elle exigeait que l'employeur fasse application de son devoir d'assistance. Selon le Tribunal fédéral, le fait que le grief de harcèlement sexuel n'ait pas abouti ne signifiait pas que cette critique ait été soulevée en violation du devoir de fidélité de l'employée,

28 Cf. TF du 31 janvier 2006, cause 4C.431/2005; c. 3.

29 Cf. TF du 11 novembre 1993, in SJ 1995 798. Voir aussi AUBERT (note 13), N 15 ad art. 336 CO, p. 1774; WOLFGANG PORTMANN, Individualarbeitsrecht, Zurich 2000, N 1077, p. 227 et STREIFF/VON KAENEL (note 1), N 20 ad art. 336 CO, pp. 697s.

voire du principe de la bonne foi. Avant d'envisager de lui notifier un congé, l'employeur aurait-il ainsi dû essayer de «comprendre les motifs» soulevés par l'employée³⁰.

B. Reconnaissance de nouveaux motifs de congé abusif

1. *Licenciement pour simple motif de convenance personnelle*

a. Licenciement d'un cadre en qualité de «fusible» (ATF 131 III 535)

Un employé, directeur général adjoint de la succursale genevoise d'une banque anglaise, dont les rapports de performance avaient toujours été élogieux, a été licencié de manière ordinaire, suite à la découverte de graves activités illicites commises par un de ses subordonnés. L'enquête interne menée par la banque n'avait signalé aucune faute ou manquement imputable au directeur adjoint.

Il résultait des constatations des juridictions cantonales que ce dernier avait été licencié eu égard à sa position hiérarchique supérieure, pour sauvegarder l'image de la banque, parce qu'il fallait un responsable, un «fusible». Selon le Tribunal fédéral, la banque a agi «par pure convenance personnelle, faisant abstraction de l'intérêt légitime du demandeur [soit, l'employé licencié] à conserver un emploi qu'il occupait depuis plus de 26 ans à l'entière satisfaction de la banque, sans hésiter à ternir de manière imméritée la réputation personnelle et professionnelle de ce cadre auprès d'autres employeurs potentiels. Un congé donné dans ce contexte ne saurait être couvert par la liberté de licenciement»³¹.

De l'avis du Tribunal fédéral, «l'intérêt légitime du salarié au maintien du contrat doit donc être pris en compte lors de l'examen du caractère abusif du congé donné par l'employeur. Ainsi, un licenciement pour simple motif de convenance personnelle peut être qualifié d'abusif»³². Selon cette jurisprudence, le tribunal appelé à juger de la licéité d'un congé doit donc effectuer une pesée des intérêts. Si ce raisonnement était généralisé, on devrait exiger de tout employeur qu'il allègue un motif spécifique suffisamment pertinent pour fonder un licenciement malgré l'intérêt personnel de l'employé à conserver son emploi.

b. Licenciement d'un employé ayant travaillé 44 ans dans l'entreprise 14 mois avant qu'il atteigne l'âge de la retraite (ATF 132 III 115)

Un employé, monteur en chauffage, travaillant depuis 44 ans dans la même entreprise sise dans le canton de Berne, a été licencié de manière ordinaire 14 mois avant d'atteindre l'âge de la retraite. Il a été libéré avec effet immédiat de sa prestation de travail. L'employeur invoquait notamment le comportement né-

30 Cf. TF du 22 mai 2006, cause 4C.60/2006, c. 7.3.

31 Cf. ATF 131 III 535, c. 4.3.

32 Cf. ATF 131 III 535, c. 4.2.

gatif et critique de l'employé dans l'application de nouvelles directives et méthodes de travail.

Le Tribunal fédéral a considéré que le licenciement notifié à l'employé était abusif pour plusieurs raisons. On pouvait tout d'abord le considérer comme un «congé repréailles» au sens de l'article 336 al. 1 let. d CO. Par ailleurs, en congédiant l'employé sans avoir cherché à désamorcer le conflit avec des collègues de travail, l'employeur avait violé son devoir de protéger la personnalité de ses employés. Enfin, l'employeur n'avait pas de véritable motif à opposer à l'intérêt prépondérant de l'employé à conserver son emploi: «Dem eminenten Interesse an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages des Klägers [soit l'employé], dem es angesichts seines Alters kaum gelingen dürfte, eine andere Anstellung zu finden, und der mit Einbussen bei den Einkommensersatzleistungen zu rechnen haben wird, steht nach dem Gesagten kein schützenswertes Interesse der Beklagten [soit l'employeur] gegenüber»³³.

On trouve dans cette dernière argumentation le même principe de pesée des intérêts affirmé dans l'ATF 131 III 535: face à l'intérêt du travailleur à conserver son emploi, particulièrement élevé en l'espèce, vu son âge avancé, l'employeur devait fonder le licenciement sur des motifs sérieux.

L'ATF 132 III 115 est intéressant à un autre titre également. Le Tribunal fédéral y affirme que le fait d'avoir licencié l'employé sans entretien préalable et sans avoir cherché à trouver une solution socialement plus acceptable était également constitutif, en soi, d'un congé abusif: «Darüber hinaus hat die Beklagte das Gebot schonender Rechtsausübung krass verletzt, indem sie den Kläger ohne jegliches Vorgespräch und ohne auch nur den Versuch einer sozial verträglicheren Lösung zu unternehmen unter sofortiger Freistellung entliess»³⁴.

Comme le relève à juste titre le Tribunal fédéral, la longueur exceptionnelle des relations de travail entre les parties était de nature à augmenter le devoir de l'employeur de protéger la personnalité de son employé. Cela impliquait une attention particulière lors de la communication d'un licenciement. Il n'est en revanche guère possible de déduire de ce considérant un droit général de l'employé d'être entendu ou informé oralement avant d'être licencié. En effet, le Tribunal fédéral a expressément nié l'existence d'un tel droit dans une jurisprudence datant d'août 2004³⁵.

2. Licenciement d'une personne ayant des conflits et problèmes relationnels dans l'entreprise (TF du 21 mars 2006, cause 4C.25/2006)

Une employée, vendeuse manutentionnaire auprès d'un magasin de chaussures et d'articles de sport à Genève, a été licenciée de manière ordinaire suite à un conflit avec ses supérieurs hiérarchiques.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsque le caractère difficile d'un travailleur engendre une situation conflictuelle dans l'entreprise, préjudiciable à l'accomplissement du travail,

l'employeur ne peut licencier ce travailleur qu'après avoir introduit sans succès les autres mesures que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui en vue d'améliorer la situation, telles les modifications de son organisation ou des instructions adressées aux autres travailleurs. Si l'employeur omet ces mesures ou s'il se contente de démarches insuffisantes et qu'il procède néanmoins au licenciement, il viole l'obligation de protéger la personnalité du travailleur concerné et le licenciement est alors abusif³⁶. Le Tribunal fédéral a récemment qualifié ce devoir de l'employeur d'obligation «d'aide et d'assistance»³⁷.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a estimé que les supérieurs hiérarchiques de l'employée avaient, par leur attitude, excité «sa propension à l'emportement» et l'avaient «induite à surajouter de nouvelles impolitesses ou insubordinations». Dès lors, «cette procédure retorse» avait abouti à un licenciement abusif même si ceux-ci n'étaient peut-être pas conscients de nuire à l'employée³⁸.

IV. Conclusion

Les cas reconnus de congés abusifs sont en constante augmentation de par une activité jurisprudentielle féconde et créatrice. Cette souplesse dans l'examen des cas d'espèce permet aux tribunaux d'adapter le droit aux réalités sociales et aux nouvelles conceptions relatives à la protection de la personnalité des travailleurs.

On est de plus en plus exigeant envers l'employeur qui résilie le contrat de travail. Nous avons vu que, suivant les cas, celui-ci peut être tenu, avant de résilier, de vérifier et de comprendre pourquoi le travailleur a commis des manquements, d'aider et d'assister le travailleur, de prendre des mesures en vue de réorganiser son entreprise, voire de consulter le travailleur. L'extension régulière des cas de congés abusifs ne paraît pas conforme à la volonté du législateur³⁹. Elle aboutit de surcroît à une insécurité juridique grandissante. Dans un cas d'espèce, il est parfois difficile de prévoir si le licenciement notifié par un employeur sera qualifié d'abusif dans le cadre d'une procédure judiciaire. Certes, la validité du congé n'est pas remise en cause. Le risque d'être condamné à payer une indemnité pouvant aller jusqu'à six mois du salaire de l'employé n'est toutefois pas sans importance.

Face à l'intérêt légitime prépondérant du travailleur à conserver son emploi, une décision de licenciement ne peut être prise à la légère. La jurisprudence ne se satisfait pas de motifs de pure convenance personnelle. Cela revient à exiger, en réalité, que l'employeur fonde le congé sur un motif spécifique de licenciement, digne de protection. On peut finalement se demander si le principe de la libre résiliation du contrat de travail n'a pas vécu.

33 Cf. ATF 132 III 115, c. 5.5.

34 Cf. ATF 132 III 115, c. 5.4.

35 Cf. TF du 5 août 2004, cause 4C.174/2004, c. 2.4.

36 Cf. TF du 21 mars 2006, cause 4C.25/2006, c. 2; ATF 132 III 115, c. 2.2; ATF 131 III 535, c. 4.

37 Cf. TF du 12 avril 2006, cause 4C.46/2006, c. 3.2.

38 Cf. TF du 21 mars 2006, cause 4C.25/2006, c. 3.

39 Cf. AUBERT (note 13), N 2 ad art. 336 CO, pp. 1771 s., et FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, Bâle/Genève/Munich 2005, p. 237.