

Tribunal fédéral – 8C_340/2014
destiné à la publication
1^{ère} Cour de droit social
Arrêt du 15 octobre 2014 (d)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Dunand Jean-Philippe, Consécration de la notion de « délai social » en cas de licenciement immédiat : une (fausse) bonne idée ?; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_340/2014, Newsletter DroitDuTravail.ch janvier 2015

Newsletter janvier 2015

Nature des règles du CO auxquelles renvoie le droit public cantonal; conditions à l'octroi d'un « délai social » suite à une résiliation immédiate justifiée

Art. 337 CO ; art. 95 lit. a LTF ; art. 29 Cst.



Consécration de la notion de « délai social » en cas de licenciement immédiat : une (fausse) bonne idée ?; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_340/2014

Dunand Jean-Philippe, prof. à l'Université de Neuchâtel

I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt, dont la publication est prévue dans le Recueil Officiel des ATF, le Tribunal fédéral juge qu'il est possible pour un employeur qui résilie un contrat de travail avec effet immédiat d'accorder au travailleur un délai à caractère social ayant pour effet de prolonger l'existence du contrat de travail.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Un professeur de gymnastique relevant de l'administration publique obwaldienne a eu à plusieurs reprises un comportement inadéquat envers de jeunes écolières (remarques sarcastiques, prises de vue avec son téléphone portable sans le consentement des écolières). En date du 21 juin 2011, l'employé s'est engagé par écrit à respecter ses obligations légales et réglementaires. Le 30 septembre, l'employé a cependant suscité de nouvelles plaintes. Il lui était notamment reproché d'avoir continué à filmer les leçons et de regarder de manière insistante les poitrines des écolières. Le 31 octobre 2011, après avoir entendu l'intéressé, la direction de l'école lui a fait part de sa volonté de résilier son contrat de travail avec effet immédiat, mais en proposant que les rapports de travail se prolongent « bis spätestens Ende Januar 2012 ». Un délai de réflexion de 4 jours a été imparti à l'intéressé. En date du 4 novembre 2011, ce dernier a rejeté le principe d'une résiliation anticipée des relations de travail ; le même jour, son employeur lui a notifié la résiliation immédiate de son contrat de travail. L'employé a contesté le bien-fondé de son licenciement. Après le rejet de divers recours devant les autorités compétentes du canton d'Obwald, il a interjeté un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral.

B. Le droit

L'employé invoquait la violation de son droit d'être entendu, l'absence de justes motifs de licenciement immédiat et l'incompatibilité du délai social avec la notion de congé immédiat (consid. 4). Après avoir considéré que le droit d'être entendu de l'employé avait été respecté (consid. 5) et que la résiliation du contrat de travail était fondée sur de justes motifs (consid. 6), le Tribunal fédéral s'est attardé sur la question du délai social (consid. 7). Nous nous concentrerons ici sur cette dernière question.

Notre Haute Cour relève tout d'abord que le principe du délai social ne paraît pas avoir été traité (« *soweit ersichtlich* ») jusqu'ici en droit de la fonction publique. En revanche, une jurisprudence rendue dans un litige de droit privé (TF 4C.174/2003 du 27 octobre 2003) a admis la validité du délai social pour autant que ce délai soit plus court que le délai ordinaire et qu'il soit accordé avant tout dans l'intérêt de l'employé et non de l'employeur (c. 7.2). Les juges de Mon-Repos poursuivent par l'analyse de la doctrine qui s'est exprimée sur la question en relation avec l'art. 337 CO (résiliation immédiate). Il en résulte que la majorité des auteurs semble accueillir favorablement la notion de délai social (c. 7.3). Le Tribunal fédéral constate alors qu'il n'existe aucune raison de principe qui s'opposerait à son admission : « *Sozial sein sollte nicht schaden* » (l'employeur qui adopte un comportement social vis-à-vis d'un employé ne doit pas être pénalisé).

Une fois le principe admis, le Tribunal fédéral entend préciser les conditions permettant l'octroi d'un délai social, car il existe un danger de confusion entre résiliation ordinaire et résiliation immédiate (consid. 7.5). Notre Haute Cour conclut que le délai social est également admissible en droit de la fonction publique, pour autant que les conditions cumulatives suivantes soient réunies : le congé est fondé sur un juste motif ; le délai social est clairement différencié du délai ordinaire applicable dans le cas d'espèce ; l'intérêt public est respecté ; enfin, le délai social est accordé avant tout dans l'intérêt de l'employé (consid. 7.6).

III. Analyse

Dans son arrêt de 2003, le Tribunal fédéral s'était, certes, déjà référé à la notion de « délai social » dans le cadre d'un licenciement immédiat en droit privé du travail (art. 337 CO). Notre Haute Cour n'avait toutefois pas eu à l'appliquer concrètement dans la mesure où elle avait considéré que le licenciement immédiat n'était de toute manière pas justifié dans le cas d'espèce¹. De plus, l'arrêt de 2003 a été peu remarqué. C'est dire l'importance de l'arrêt de 2014, objet de notre analyse, qui sera publié aux ATF et qui peut en conséquence être considéré comme un arrêt de principe consacrant la théorie du délai social (« *Sozialfrist* ») dans l'ordre juridique suisse.

Le congé fondé sur de justes motifs est d'une grande rigueur pour l'employé puisqu'il met fin immédiatement *de facto* et *de iure* au contrat de travail (art. 337 CO)². Dès lors, plusieurs auteurs considèrent que l'employeur est en droit de proposer des mesures permettant d'adoucir les conséquences du congé (« *mildere Massnahmen* »)³. Il a, par exemple, été

¹ TF 4C.174/2003 du 27 octobre 2003, consid. 3.2.

² GLOOR, Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, N 72 ad art. 337 CO, p. 770.

³ BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag – Kommentar zu den Art. 319-343 OR, Bâle 2014, N 12 ad art. 337 CO, p. 470; STAHELIN, Commentaire zurichois, Zurich/Bâle/Genève 2014, N 40 ad art. 337 CO, pp. 244 s;

suggéré que l'employeur puisse accorder un sursis de quelques jours au travailleur pour quitter les locaux⁴.

La reconnaissance de la figure du délai social nous paraît toutefois soulever de nombreuses questions. Nous en évoquerons deux : la forme juridique et le risque de confusion entre congé ordinaire et congé extraordinaire (immédiat).

On peut, premièrement, se demander quelle forme juridique les parties doivent-elles choisir pour prolonger valablement les rapports de travail ? Dans son arrêt de 2003, le Tribunal fédéral a qualifié cette forme de résiliation de « congé prématuré (vorzeitige Kündigung) », sans en expliquer les contours. S'agit-il vraiment d'un congé prématuré, c'est-à-dire que le contrat de travail est résilié avec un délai plus court que le délai ordinaire normalement applicable ? Une telle solution nous paraîtrait contraire à l'essence-même du congé immédiat. Déclaration de volonté soumise à réception, la résiliation du contrat déploie ses effets dès qu'elle parvient à son destinataire : elle met fin en fait et en droit au contrat de travail dès sa notification⁵. Elle est en principe inconditionnelle et irrévocable⁶. L'employeur ne peut donc la retirer ou l'invalider ; le contrat, qui n'existe plus, ne peut être prolongé. Doit-on alors privilégier l'hypothèse d'une offre de conclure un contrat de durée déterminée qui succède au contrat qui a été résilié⁷ ? Dans ce cas, n'est-il pas contradictoire de résilier un contrat avec effet immédiat et de proposer ensuite la conclusion d'un nouveau contrat de durée déterminée ? L'octroi d'un délai à caractère social correspond-t-il plutôt à un accord de résiliation (ou ne vaudrait-il mieux pas envisager une telle solution)⁸ ?

Il faut se demander, deuxièmement, si l'admission du délai à caractère social ne risque pas de créer une grande insécurité juridique ? La loi et la jurisprudence distinguent clairement le congé ordinaire (art. 335 ss CO) et le congé extraordinaire (art. 337 ss CO) qui sont, à vrai dire, antinomiques. Le congé ordinaire n'a pas besoin d'être fondé sur un motif particulier et il met fin au contrat, généralement à la fin d'un mois (terme), moyennant le respect de délais fixés dans la loi en fonction de la durée des rapports de service (cf. art. 335c CO). Alors que le congé immédiat doit être fondé sur de justes motifs, soit « toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail » (art. 337 al. 2 CO), et il met fin immédiatement au contrat. La loi ne prévoit en revanche pas la faculté de résilier le contrat pour juste motif, avec un délai de résiliation raccourci par rapport au délai ordinaire⁹.

La déclaration de résiliation du contrat pour justes motifs doit être claire et dépourvue d'ambiguïté, s'agissant autant de la décision de rompre le contrat que de son effet

STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, Zurich/Bâle/Genève 2012, N 14 ad art. 337 CO, p. 1124.

⁴ SUBILIA/DUC, *Droit du travail – Eléments de droit Suisse*, Lausanne 2010, N 36 ad art. 337 CO, p. 627.

⁵ ATF 113 II 259, c. 2a, JdT 1998 I 175 ; TF 4A_559/2012 du 18 mars 2013, c. 5.1.2 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, Lausanne 2004, N 5 ad art. 337 CO, p. 274.

⁶ BONARD, *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013, N 3 ad art. 335 CO, p. 575; GLOOR (n. 2), N 10 ad art. 337 CO, p. 736.

⁷ REHBINDER/STÖCKLI, *Commentaire bernois*, Berne 2014, N 19 ad art. 337 CO, p. 346.

⁸ BRÜHWILER (n. 3), N 12 ad art. 337 CO, p. 471; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 3), N 14 ad art. 337 CO, p. 1124.

⁹ BRÜHWILER (n. 3), N 12 ad art. 337 CO, p. 470.

immédiat¹⁰. Lorsque l'employeur apprend l'existence d'un manquement du travailleur, il a le choix entre la résiliation ordinaire et la résiliation pour juste motif. S'il opte pour une résiliation ordinaire, l'employeur renonce définitivement au droit de résilier de manière immédiate (pour les mêmes motifs) ; inversement, s'il opte pour un congé immédiat, il renonce définitivement au droit d'opérer un licenciement ordinaire¹¹. Selon la jurisprudence, la partie (soit, en principe l'employeur) qui résilie le contrat de travail en invoquant de justes motifs ne dispose que d'un court délai de réflexion pour signifier la rupture immédiate des relations ; un délai de deux à trois jours est présumé approprié. Si elle tarde à agir, la partie est présumée avoir définitivement renoncé au licenciement immédiat. L'idée est que si l'employeur tolère en connaissance de cause la présence de l'employé dans l'entreprise pendant un certain temps encore, on doit en déduire que la continuation du rapport de travail ne lui est pas devenue à ce point insupportable qu'il ne puisse attendre l'expiration du délai ordinaire¹². Comme le relève GABRIEL AUBERT, « lorsque l'employeur, après avoir notifié un licenciement immédiat, continue en fait les rapports de travail, il faut admettre qu'il a renoncé à invoquer les justes motifs ou que, objectivement, l'exécution du contrat jusqu'au terme du délai de congé était possible »¹³. Ainsi, le congé immédiat assorti d'un délai à caractère social est de nature à laisser penser que la continuation des rapports de travail est possible et donc qu'il n'existe pas de juste motif pour un renvoi immédiat¹⁴. Il ne nous semble pas que les conditions évoquées par la jurisprudence, soit (pour le droit privé) que l'octroi du délai soit principalement effectué en faveur de l'employé et que le délai social soit inférieur au délai ordinaire, soient suffisantes pour garantir une claire délimitation entre congé ordinaire et congé immédiat.

Au vu de ce qui précède, on peut se demander si la consécration de la notion de délai à caractère social ne constitue pas en réalité une fausse bonne idée. Il est probable qu'en cas de doute, un licenciement présenté par l'employeur comme un congé immédiat assorti d'un délai à caractère social soit considéré par le tribunal comme un licenciement immédiat injustifié, avec les conséquences financières qui en découlent pour l'employeur (art. 337c CO).

¹⁰ GLOOR (n. 2), N 68 ad art. 337 CO, p. 767; WYLER/HEINZER, Droit du travail, Berne 2014, p. 595.

¹¹ WYLER/HEINZER (n. 10), pp. 593 s.

¹² ATF 130 III 28, c. 4.4; TF 4A_236/2012 du 2 août 2012, c. 2.4.

¹³ AUBERT, Commentaire romand, Bâle 2012, N 12 ad art. 337 CO, p. 2098.

¹⁴ BRÜHWILER (n. 3), N 12 ad art. 337 CO, p. 470; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 3), N 14 ad art. 337 CO, p. 1124, SUBILIA/DUC (n. 4), N 36 ad art. 337 CO, p. 627.