

Mémoire de master

L'ombre chinoise du contrat
de travail sur le mur du
régime général de
responsabilité civile

Analyse de l'art. 321^e CO

Sous la direction du Prof. Jean-Philippe Dunand

Présenté par Yan Wojcik

UNINE

2019

« *Errare humanum est* »

à mes Parents,

Je vous dois tout.

à Ophélie,

Première caution

de mon bonheur.

à Toi, mon plus cher ami,

Qui y croit encore,

quand je n'y crois plus.

Remerciements

Le présent travail de Master n'aurait jamais pu être achevé sans la précieuse présence de différentes personnes. Tout d'abord, je tiens à adresser mes remerciements au Professeur Dunand, tant pour sa disponibilité tout au long de la rédaction de ce mémoire que pour toutes les opportunités qu'il m'a offertes durant mes années universitaires. Mes remerciements vont aussi au Professeur Müller, qui accepta de faire partie du jury. Qu'ils soient ainsi chaleureusement remerciés.

Je ne puis écrire ces quelques lignes sans penser à mes proches, en particulier mes parents, qui furent les premiers à s'atteler à mon éducation, croyez-moi sur parole : ce ne fût pas une tâche facile. Mes remerciements sont d'autant plus grands qu'ils ont été présents, malgré leur méconnaissance du sujet, lors des périodes de stress et de doutes que le présent mémoire a apporté. Ce travail leur est donc dédié.

Je tiens aussi à remercier spécifiquement Ophélie, qui m'accompagne avec ferveur dans toutes mes aventures juridiques et humaines depuis des années. Ces quelques lignes ne reflètent aucunement l'étendue de ma redevabilité, au vu de sa présence à tous les actes de l'écriture du présent travail – des recherches préliminaires à la relecture du manuscrit. *« Merci ! Ce mémoire t'est plus que dédié, ce mémoire doit aussi être en partie le tien ».*

Enfin, il m'importe de remercier Sonia, Mme. Viredaz, Florian et Me Barthe pour la relecture du présent travail et pour les différentes propositions de modifications qui rendent la lecture bien plus agréable. Qu'ils trouvent ici l'expression de ma plus sincère gratitude et ce encore plus au vu des délais hebdomadaires imposés par l'accomplissement de mon service militaire.

Neuchâtel & Caserne de Birmensdorf

Yan Wojcik

Table des matières

Liste des abréviations.....	IV
Bibliographie	VII
Ouvrages doctrinaux.....	VII
Documents officiels.....	XVI
I. Introduction.....	1
II. Prolégomènes.....	2
III. Champ d'application de l'art. 321e CO.....	5
A. Distinctions.....	5
1. Chef de l'employeur.....	5
a. Employeur lésé.....	5
b. Tiers lésé.....	6
2. Chef du travailleur.....	8
a. Tiers lésé.....	8
b. Travailleur lésé.....	11
B. Délimitations.....	12
1. Autres normes de responsabilité au sein du contrat individuel de travail.....	12
a. Résiliation immédiate.....	12
b. Non-entrée en service et abandon injustifié d'emploi.....	13
c. Contravention à une clause de prohibition de faire concurrence.....	14
2. Normes de responsabilité au sein de contrats de travail à caractère spécial.....	15
a. Contrat de travail à domicile.....	15
b. Contrat d'engagement de voyageur de commerce.....	16
3. Norme de responsabilité au sein de relations contractuelles spécifiques.....	17
a. Location de service.....	17
b. Administrateur-travailleur.....	18
c. Autres relations juridiques.....	19
IV. Conditions de responsabilité.....	20
A. Violation contractuelle.....	20
1. Inexécution contractuelle.....	20
2. Demeure du débiteur.....	23
3. Violation positive du contrat.....	26
B. Préjudice.....	28
1. Dommage.....	29
2. Tort moral.....	31

C.	Lien de causalité	31
1.	Catégories de causalité.....	31
2.	Interruption de la causalité.....	32
D.	Faute	33
1.	Conditions.....	33
2.	Degré de la faute	34
E.	Fardeau de la preuve	34
1.	Preuve incombant à l'employeur	35
2.	Preuve incombant au travailleur	35
V.	Mesure de la diligence	37
A.	Contrat de travail	38
B.	Risque professionnel.....	39
C.	Instruction et connaissances techniques	42
D.	Aptitudes et qualités	44
VI.	Régime conventionnel	47
A.	Limites générales matérielles.....	47
1.	Convention restrictive de responsabilité.....	47
2.	Semi-impérativité	48
B.	Limites générales temporelles	49
1.	Renonciation du travailleur.....	50
a.	Conclusion de la convention.....	50
b.	Prétentions concernées.....	51
c.	Sanction	52
2.	Renonciation de l'employeur.....	53
a.	Conclusion de la convention.....	53
b.	Usage d'une réserve.....	54
c.	Actes accompagnant la fin des relations de travail.....	55
C.	Autres modèles de responsabilité	57
1.	Clause pénale	57
a.	Validité en droit du travail	58
b.	Sanction	59
2.	Responsabilité pour déficit	59
a.	Régime légal	60
b.	Clause contractuelle.....	61
3.	Responsabilité du croire.....	62
VII.	Moyens de droit à disposition de l'employeur.....	63

A.	Action en dommages-intérêts	63
1.	Étendue de la réparation	63
a.	Critères de réduction.....	63
b.	Approfondissement de la faute concomitante de l'employeur	66
c.	Pouvoir d'appréciation du juge.....	68
2.	Mise en œuvre de la réparation.....	69
a.	Compensation	69
b.	Prescription.....	70
B.	Autres moyens de droit	71
1.	Non adimpleti contractus	72
2.	Exécution de la prestation.....	72
3.	Résiliation du contrat.....	73
4.	Sanctions disciplinaires	74
VIII.	Conclusion	75

Liste des abréviations

AR	Canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures
aCO	Version du CO avant 1972
AGer	Appellationsgericht
al.	alinéa
ArbGer	Arbeitsgericht
ArbR	Mitteilungen des Instituts für schweizerisches Arbeitsrechts
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BE	Canton de Berne
BezGer	Bezirksgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BL	Canton de Bâle-Campagne
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
BS	Canton de Bâle-Ville
BsK	Basler Kommentar
BGH	Bundesgerichtshof (Allemagne)
CAPH	Chambre d'appel des prud'hommes
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210) (= ZGB)
CCNT	Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés
CCT	Convention collective de travail
CCT-COOP	Convention collective de travail Coop Société Coopérative
cf.	<i>Confer</i>
CF	Conseil fédéral
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième: Droit des obligations) (RS 220) (= OR)
IV	

CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CR	Commentaire romand
CS	Commentaire du contrat de travail
CSLTr	Commentaire Stämpfli de la Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce
Digma	Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit
DTA	Droit du travail : Revue de droit du travail et d'assurance-chômage
Eg.	Entscheidungsgrund (Allemagne)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
etc.	<i>et cetera</i>
FF	Feuille fédérale
FR	Canton de Fribourg
GE	Canton de Genève
GR	Canton des Grisons
GS	Gewerbliches Schiedsgericht
REAS	Responsabilité et Assurance
i.e.	<i>id est</i>
Intro.	Introduction
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrecht
JdT	Journal des Tribunaux
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LTr	Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (RS 822.11)
LU	Canton de Lucerne
n°	numéro(s) marginal(aux)
ndbp.	note(s) de bas de page
OGer	Obergericht
OIT	Organisation internationale du travail

p.	page(s)
p.ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle
RDS	Revue de droit suisse
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RRJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
s./ss	et suivant(s)
SO	Canton de Soleure
SJ	La Semaine judiciaire
t.	tome
TAF	Tribunal administratif fédéral
TC	Tribunal cantonal
TH	Canton de Thurgovie
TA	Tribunale d'appello
TI	Canton du Tessin
TF	Tribunal fédéral
TPH	Tribunal des Prud'hommes
trad. libre	traduction libre
V./v.	Voir/voir
VS	Canton du Valais
z.B.	zum Beispiel
ZG	Canton de Zoug
ZH	Canton de Zurich
ZK	Zürcher Kommentar
ZR	Zivilrecht (Allemagne)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Bibliographie

Ouvrages doctrinaux

ACHTARI A., *Le devoir du lésé de minimiser son dommage*, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2008.

ADDORISIO DE FEO R., *Die Fälligkeit von Vertragsforderungen – Eine Untersuchung zum schweizerischen Schuldvertragsrecht*, thèse, Zurich 2001.

AEBI C., *La responsabilité du travailleur (ATF 4P.10/2007)*, in : LENGAUER D./ZWICKER S./REZZONICO G. (édit.), *Perspectives et risques de nouveautés juridiques 2007/2008*, Zurich/Bâle/Genève 2008, p. 263-266.

ALTHERR R., *Die Mankohaftung im Arbeitsverhältniss*, thèse, Zurich 1980.

AUBERT D., in : DUNAND J.-P./MAHON P. (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Commentaire Stämpfli, Berne 2013, art. 348a, 352, 352a, 355 CO, p. 989-995, 1073-1085, 1110-1112 (cité : CS-AUBERT).

AUBERT G., in : THÉVENOZ L./WERRO F. (édit.), *Code des obligations I – Art. 1-529 CO*, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012, art. 321e CO, p. 1085-1086 (cité CR-AUBERT)

AUBERT G., *Quatre cents arrêts sur le contrat de travail*, Genève 1984 (cité : AUBERT, *quatre cents arrêts*)

AUBRY GIRARDIN F., in : DUNAND J.-P./MAHON P. (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Commentaire Stämpfli, Berne 2013, art. 340b CO, p. 849-866 (cité : CS-AUBRY GIRARDIN)

BERENSTEIN A., *La responsabilité civile du travailleur en droit suisse*, in : REHBINDER M. (édit.), *Die Haftung des Arbeitnehmers*, Berne 1981, p. 9-22.

BERGER B., *Allgemeines Schuldrecht*, 3^e éd., Berne 2018.

BIELI B., *Mobbing aus Sicht des Schweizer Arbeitsrechts*, Zurich/Saint-Gall 2016.

BILAN, *Les quinquagénaires, plus forts que la génération Y ?*, du 11 avril 2012.

BLESI A., *Die Freistellung des Arbeitnehmers*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2010.

BOHNET F./DIETSCHY P., in : DUNAND J.-P./MAHON P. (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Commentaire Stämpfli, Berne 2013, art. 341, 361 et 362 CO, p.867-879, 1298-1315 (cité : CS-BOHNET/DIETSCHY).

BOHNET F./HALDY J./JEANDIN N./SCHWEIZER P./TAPPY D. (édit.), *Code de procédure civile*, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2019 (cité : CR-[AUTEUR]).

BOHNET F./JEANNIN P., *La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC*, RDS 2015 I, p. 223-256.

BONARD A., in : DUNAND J.-P./MAHON P. (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Commentaire Stämpfli, Berne 2013, art. 335, p. 573-590 (cité : CS-BONARD).

BREHM R., *Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR*, Berner Kommentar, Berne 2013 (cité : BK-BREHM).

BRUNNER C./BÜHLER J.-M./WAEBER J.-B./BRUCHEZ C., *Commentaire du contrat de travail*, 3^e éd., Lausanne 2004.

BRÜHWILER J., *Einzelarbeitsvertrag – Kommentar zu den Art. 319-343 CO*, 3^e éd., Bâle 2014.

BÜRGI U./BÜRGI-SCHNEIDER G., *Öffentliches Personalrecht des Bundes*, in : BÜRGI U./BÜRGI-SCHNEIDER G. (édit.), *Handbuch öffentliches Personalrecht*, Zurich/Bâle/Genève 2017, p. 1-98.

BYRNE-SUTTON P., *Le contrat de travail à temps partiel*, thèse, Zurich 2001.

CARCAGNI ROESLER R., *Haftung des Arbeitnehmers : Unzulässige Konventionalstrafe*, DTA 2/2018, p. 126-130.

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

CHAIX F., in : THÉVENOZ L./WERRO F. (édit.), *Code des obligations I – Art. 1-529 CO*, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012, art. 364, p. 2203-2213 (cité : CR-CHAIX).

COTTI L., *Das vertragliche Konkurrenzverbot*, thèse, Fribourg 2001.

COUCHEPIN G., *La clause pénale – Etude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction*, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2008.

DAXELHOFER H., *Untersuchung zu den zweiseitig zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts (Art. 361 OR)*, thèse, Berne 1980.

DANTHE M.-G., in : DUNAND J.-P./MAHON P. (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Commentaire Stämpfli, Berne 2013, art. 323b, p. 187-195 (CS-DANTHE).

DIETSCHY P., *Les conflits de travail en procédure civile suisse*, thèse, Bâle/Neuchâtel 2011.

DUNAND J.-P., in : DUNAND J.-P./MAHON P. (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Commentaire Stämpfli, Berne 2013, art. 321-321a, 321e, 328, p. 46-75, 118-134, 268-309 (cité : CS-DUNAND).

DUNAND J.-P., *La responsabilité civile du travailleur (art. 321e CO)*, in : BOHNET F. (édit.), *Quelques actions en responsabilité*, Neuchâtel 2008, p. 75-98 (cité : DUNAND, *Action en responsabilité*).

DUNAND J.-P./MAHON P. (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Commentaire Stämpfli, Berne 2013 (cité : CS-[AUTEUR]).

EGLI H.-P., *Der besondere Haftungsmaßstab von Art. 321e OR*, in : JUNG P. (édit.), *Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht*, Berne 2007, p. 45-86.

ENGEL P., *Traité des obligations en droit suisse – Dispositions générales du CO*, 2^e éd., Berne 1997.

EHRAT F.R./WIDMER M., in : HONSELL H./VOGT N.P./WIEGAND W. (édit.), *Obligationenrecht I – Art. 1-529 OR*, Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2015, art. 160, p. 857-864 (cité : BsK-EHRAT/WIDMER)

- FANKHAUSER R., in : GEISER T./FOUNTOULAKIS C., *Zivilgesetzbuch I – Art. 1-456 ZGB*, Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2016, art. 16, p. 189-206.
- FANTI S., *Bref aperçu des aspects légaux du BYOD (Bring your Own Device)*, in : DUNAND J.-P./MAHON P., *Internet au travail*, Genève/Zurich/Bâle 2014.
- FARNER M., *Die Sicherung der Treuepflicht mit Konventionalstrafe*, *Revue de l’avocat* 5/2013, p. 219-223.
- FEHR B., *Grundzüge der arbeitsvertraglichen Haftung von Managern*, thèse, Berne 2003.
- FELLMANN W., *Der einfache Auftrag – Art. 394-406 OR*, 4^e éd., Berner Kommentar, Berne 1992.
- GABRIEL D., in : in HONSELL H./VOGT N. P./WIEGAND W. (édit.), *Obligationenrecht I – Art. 1-529 OR*, Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2015, art. 115, p. 695-700 (cité : BsK-GABRIEL).
- GAUCH P./SCHLUEP W.R./EMMENEGGER S., *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 10^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014.
- GAUTSCHI G., *Nichterfüllung, Haftungsgrund und Haftungsverzicht bei Arbeitsobligationen*, in : KELLER M. (édit.), *Revolutionen der Technik – Evolutionen des Rechts – Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Oftinger*, Zurich 1969, p. 7-62.
- GEISER T., *Neue Entwicklungen im privaten Arbeitsrecht*, in : MARTINELLI PETER R./CAMPELLO F. (édit.), *Sviluppi e orientamenti recenti nel diritto del lavoro*, Lugano/Bâle 2017, p. 71-84 (cité : GEISER, *Neue Entwicklungen*).
- GEISER T., *Ansprüche gegen und von Arbeitgebern bei Personenschäden*, in : WEBER S. (édit.), *Personen-Schaden-Forum 2015*, Zurich/Bâle/Genève 2015, p. 111-134 (cité : GEISER, *Persönenschäden*).
- GEISER T., *Arbeitsrechtliche Folgen von Verkehrsdelikten*, *Circulation routière* 4/2013, p. 30-39 (cité : GEISER, *Circulation routière* 4/2013).
- GEISER T., *Haftung bei neuen Arbeitsformen (Job Sharing, Computer-Arbeitsplätze, Personalverleih)*, *PJA* 7/1997, p. 787-796.
- GEISER T., *Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken*, thèse, Berne 1983 (cité : GEISER, *Treuepflicht*).
- GEISER T./FOUNTOULAKIS C., *Zivilgesetzbuch I – Art. 1-456 ZGB*, Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2016 (cité : BsK-[AUTEUR])
- GEISER T./MÜLLER R., *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 3^e éd., Berne 2015.
- GILLIÉRON P., *Les dommages-intérêts contractuels*, thèse d’habilitation, Lausanne 2011.
- GIORGIS P., *Responsabilité du travailleur et clause pénale – Commentaire de l’arrêt du Tribunal fédéral 4A_579/2017*, *Newsletter DroitDuTravail.ch* juillet 2018.
- GLOOR S., *Das vertragliche Übernahmeverschulden – Einordnung und Erweiterung zur fahrlässigen Leistungsübernahme*, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2012 (cité : GLOOR, *Übernahmeverschulden*).

GLOOR W., *Der Vertragsbruch des Arbeitnehmers*, DTA 3/2013, p. 198-222.

GLOOR W., in : DUNAND J.-P./MAHON P. (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Commentaire Stämpfli, Berne 2013, art. 337-337b, 337d CO, 339, p. 729-784, 799-807, p. 814-817 (cité : CS-GLOOR).

GRABER C.K., in : HONSELL H./VOGT N.P./WIEGAND W. (édit.), *Obligationenrecht I – Art. 1-529 OR*, Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2015, art. 50-51, p. 389-406 (cité : BsK-GRABER).

GUHL T./KOLLER A./SCHNYDER A.K./DRUEY J.N., *Das schweizerischen Obligationenrecht*, 9^e éd., Zurich 2000.

GUILLOD O./STEFFEN G., in : THÉVENOZ L./WERRO F. (édit.), *Code des obligations I – Art. 1-529 CO*, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012, art. 19,20, p. 180-205 (cité : CR-GUILLOT/STEFFEN).

HALDY J., in : BOHNET F./HALDY J./JEANDIN N./SCHWEIZER P./TAPPY D. (édit.), *Code de procédure civile*, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2019, art. 81, p. 288-291 (cité : CR-HALDY).

HERI L., *Verträgt sich die Suva-Klausel mit dem Freistellungsanspruch der Arbeitnehmer nach Art. 321e OR?*, REAS 2/2015, p. 146-152.

HEINZER B., *Le double statut de l'administrateur-travailleur en droit privé*, in : WYLER R. (édit.), *Panorama en droit du travail – Recueil d'études réalisées par des praticiens*, Berne 2009, p. 349-364.

VON HIPPEL E., *Reform der Haftung des Arbeitnehmers?*, ZRP 10/1971, p. 217-219.

HOFMANN U., *Verzicht und Vergleich im Arbeitsrecht – Über den Schutz des Arbeitnehmers durch zwingendes Recht*, thèse, Berne 1985.

HOHL F., in : THÉVENOZ L./WERRO F. (édit.), *Code des obligations I – Art. 1-529 CO*, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012, art. 82, p. 665-669.

HONSELL H./ISENRING B./KESSLER M. A., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013.

HONSELL H./VOGT N.P./WIEGAND W. (édit.), *Obligationenrecht I – Art. 1-529 OR*, Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2015 (cité : BsK-[AUTEUR]).

HUGUENIN C., *Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014.

HUGUENIN C./MEISE B., in : HONSELL H./VOGT N. P./WIEGAND W. (édit.), *Obligationenrecht I – Art. 1-529 OR*, Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2015, art. 19, 20, p. 171-203 (cité : BsK-HUGUENIN/MEISE)

HUTTERLI C., *Der leitende Angestellte im Arbeitsrecht*, thèse, Berne 1982.

KAHIL-WOLFF B., *Remarques sur l'abrogation du privilège de responsabilité de l'employeur*, REAS 4/2003, p. 301-305.

KESSLER M.A., in : HONSELL H./VOGT N.P./WIEGAND W. (édit.), *Obligationenrecht I – Art. 1-529 OR*, Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2015, art. 42, 44, 49, 55, p. 346-352, 359-365, 386-389, 418-425 (cité : BsK-KESSLER).

KOLLER A., *Beidseits verschuldete Leistungsunmöglichkeit des Arbeitnehmers*, in : BECKER J./HILTY R.M./STÖCKLI J.-F./WÜRTEMBERGER T. (édit.), *Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes – Festschrift für Manfred Rehbinder*, Berne 2002, p. 51-55.

KOLLER A., *OR AT – Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 4^e éd., Berne 2017.

KILLIAS M./KUHN A./DONGOIS N., *Précis de droit pénal général*, 4^e éd., Berne 2016.

LEMPEN K., *le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur – Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne*, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2006.

LEU U., in : HONSELL H./VOGT N.P./WIEGAND W. (édit.), *Obligationenrecht I – Art. 1-529 OR*, Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2015, art. 68, 82, p. 509-512, 534-537 (cité : BsK-LEU).

LOOSER F., *Der Personalverleih – Unter besonderer Berücksichtigung des GAV Personalverleih*, thèse, Bâle 2015.

LONGCHAMP G., in : DUNAND J.-P./MAHON P. (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Commentaire Stämpfli, Berne 2013, art. 324, 324a, p. 196-226.

LÜCHINGER N., *Schadenersatz im Vertragsrecht – Grundlagen und Einzelfragen der Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung*, thèse, Fribourg 1999.

MARTINELLI PETER R., *Application de l'art. 321e CO au dommage causé par l'employeur*, in : WYLER R. (édit.), *Panorama II en droit du travail – Recueil d'études réalisées par des praticiens*, Berne 2012, p. 645-658.

MATILE P./ZILLA J., *Travail temporaire – Commentaire pratique des dispositions fédérales sur la location de service (art. 12-39 LSE)*, Genève/Zurich/Bâle 2010.

MEIER K., *Die Berücksichtigung des Berufsrisikos bei der Haftung des Arbeitnehmers*, thèse, Berne 1978.

MICHEL J.-T., *Les cadres supérieurs en droit du travail suisse en particulier au sein de la société anonyme*, Lausanne 2016.

MIESCHER B., *Die Folgen nicht vertragsgemässer Arbeitsleistung nach dem Dienstvertragsrecht und nach den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts*, thèse, Zurich 1968.

MOESCH P., *La prohibition de concurrence*, in : WYLER R. (édit.), *Panorama en droit du travail – Recueil d'études réalisées par des praticiens*, Berne 2009, p. 337-348.

LE MONDE, *Changer de poste, de métier... l'injonction à la reconversion professionnelle*, du 30 mars 2018.

MORIN A., in : THÉVENOZ L./WERRO F. (édit.), *Code des obligations I – Art. 1-529 CO*, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012, art. 6, p. 63-67 (cité : CR-MORIN).

MÜLLER C., *Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht*, Berner Kommentar, Berne 2018. (Cité BK-MÜLLER).

MÜLLER C., *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013 (cité : MÜLLER, *Responsabilité extracontractuelle*).

MÜLLER C., *Contrats de droit suisse*, Berne 2012 (cité : MÜLLER, *Contrats*).

MÜLLER R., *Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung des Arbeitnehmers*, ArbR 2006, p. 13-40.

MÜLLER R., *Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer*, Zurich/Bâle/Genève 2005 (cité : MÜLLER, *Verwaltungsrat*).

MÜLLER R.A., in : GEISER T./VON KAENEL A./WYLER R., *Loi sur le travail – Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce*, Commentaire Stämpfli, Berne 2005, art. 11, p. 201-216 (cité : CSLTr-MÜLLER).

NATALI P.-E., *La clause de prohibition de concurrence dans le contrat de travail*, Mémoire de master, Neuchâtel 2006.

OFTINGER K. /STARK E., *Schweizerisches Haftpflichtrecht – Allgemeiner Teil*, t. 1, 5^e éd., Zurich 1995.

PERRITAZ V., *Le concours d'action et la solidarité*, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2017.

PICHONNAZ P., *Le devoir du lésé de diminuer son dommage*, in : WERRO F. (édit.), *La fixation de l'indemnité*, Berne 2004, p. 109-134 (cité : PICHONNAZ, *Réduction du dommage*).

PICHONNAZ P., *Le point sur la partie générale du droit des obligations*, RSJ 8/2010, p. 189-185.

PICHONNAZ P./FOËX B. (édit.), *Code civil I – Art. 1-359 CC*, Commentaire romand, Bâle 2010 (cité : CR-[AUTEUR]).

PIETRUSZAK T., *Besprechung des Urteils des Bundesgerichts vom 2. Dezember 2008, I. zivilrechtliche Abteilung, Beschwerde in Zivilsachen (4A_291/2008)*, DTA 2/2009, p. 124-128.

PIOTET D., in : THÉVENOZ L./WERRO F. (édit.), *Code des obligations I – Art. 1-529 CO*, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012, art. 115, p. 906-912.

PORTMANN W., *Zur Schadenersatzbemessung im Arbeitsvertragsrecht – Besondere Bestimmungen im Spannungsfeld allgemeiner Grundsätze*, in : HONSELL H./PORTMANN W./ZÄCH R./ZOBL D. (édit.), *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey*, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 489-504 (cité : PORTMANN, *Schadenersatzbemessung*).

PORTMANN W./RUDOLPH R., in : HONSELL H./VOGT N.P./WIEGAND W. (édit.), *Obligationenrecht I – Art. 1-529 OR*, Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2015, art. 321e CO, p. 1858-1863 (cité : BsK-PORTMANN/RUDOLPH).

PORTMANN W./STÖCKLI J.-F., *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 3^e éd., Zurich/Saint-Gall 2013.

PROBST T., *La solidarité imparfaite*, in : WERRO F. (édit.), *La pluralité des responsables*, Berne 2009, p. 51-88.

RAMONI C., *Demeure du débiteur et contrats de droit suisse – Etude de l'application des règles sur la demeure du débiteur aux divers contrat du Code des obligations*, thèse, Zurich 2002.

REHBINDER M., *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 15^e éd., Berne 2002 (cité : REHBINDER, *Arbeitsvertrag*).

REHBINDER M., *Die Haftung des Arbeitnehmers im schweizerischen Recht*, in : REHBINDER M. (édit.), *Die Haftung des Arbeitnehmers*, Berne 1981, p. 66-77 (cité : REHBINDER, *Haftung*).

REHBINDER M./STÖCKLI J.-F., *Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR*, Berner Kommentar, Berne 2010 (cité : BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. [319-330b]).

REHBINDER M./STÖCKLI J.-F., *Der Arbeitsvertrag, Art. 331-335 und Art. 361-362 OR*, Berner Kommentar, Berne 2014. (cité : BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. [331-335, 361-362]).

RENZ H., *Die Saldoquittung und das Verzichtsverbot im schweizerischen Arbeitsrecht*, thèse, Zurich 1979.

REUTER M.A./KLAUS S., *Rechtliche Stolpersteine bei « BYOD »*, digma 4/2012, p. 160-165.

ROBERTO V., *Gedanken zur Haftung des Arbeitnehmers (insbesondere für Schädigungen Dritter)*, ArbR 2003, p. 29-48.

ROBERTO V./SCHISTER R., *Eingeschränkte Arbeitnehmerhaftung*, in : MÜLLER R./PÄRLI K./WILDHABER I. (édit.), *Arbeit und Arbeitsrecht – Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag*, Zurich/Saint-Gall 2017, p. 381-400.

RUBIN B., *Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage*, Genève/Zurich/Bâle 2014.

SANTORO D., *Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag*, thèse, Berne 2001.

SCHMID J., *Die Sorgfaltspflicht des Arbeitnehmers – Art. 321e OR im Verhältnis zur allgemeinen Vertragshaftung*, in : RIEMER-KAFKA G./RUMO-JUNGO A. (édit.), *Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit – Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag*, Berne 2010, p. 741-756.

SCHMITT F./MORENO I., *Der Regressausschluss in der Betriebs- und Berufshaftpflichtversicherung*, REAS 1/2018, p. 12-19.

SCHNÜRIGER B., *Annahmeverzug und Betriebsrisiko : eine Untersuchung über den Anwendungsbereich von Art. 324 OR*, thèse, Zurich 1981.

SCHUMACHER J., *Der Vertragsbruch nach dem neuen Arbeitsvertragsrecht*, thèse, Berne/Francfort-sur-le-Main 1974.

SCHWEINGRUBER E., *Kommentar zum Arbeitsvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts*, 2^e éd., Berne 1976.

SCHWENZER I., *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 7^e éd., Berne 2016.

SOMMER U., *Die rechtliche Qualifikation von Verwaltungsrats- und anderen Organverträgen – Eine Entgegnung auf die bundesgerichtliche Absage an das Konzerninteresse in BGE 130 III 213, PJA 9/2004*, p. 1059-1066.

STÖCKLI J.-F., *Ausgewählte Probleme des kollektiven Arbeitsrecht*, in : PORTMANN W./VON KAENEL A. (édit.), *Fachhandbuch – Arbeitsrecht*, Zurich/Bâle/Genève 2018, p. 521-562.

SUBILIA O., *Les divers empêchements de travailler*, in : WYLER R. (édit.), *Panorama en droit du travail – recueil d'études réalisées par des praticiens*, Berne 2009, p. 73-114.

SUBILIA O./DUC J.-L., *Droit du travail – éléments de droit suisse*, 2^e éd, Lausanne 2010.

STAEHELIN A., *Der Arbeitsvertrag (Art. 319-330a OR)*, Zürcher Kommentar, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2006 (cité : ZK-STAEHELIN, art. [319-330a]).

STAEHELIN A., *Der Arbeitsvertrag (Art. 330b-355, Art. 361-362 OR)*, Zürcher Kommentar, 4^e éd., Zurich 2013 (cité : ZK-STAEHELIN, art. [330b-335, 361-362]).

STEINAUER P.-H., *Le Titre préliminaire du Code civil*, Traité de droit privé suisse, Bâle 2009.

STEINAUER P.-H./BIERI L., in : PICHONNAZ P./FOËX B. (édit.), *Code civil I – Art. 1-359 CC*, Commentaire romand, Bâle 2010, art. 3, p. 63-75.

STREIFF U., *Besondere Fälle der Haftung des Arbeitnehmers : Manko, Schäden am Geschäftsauto und Kalkulationsirrtümer*, PJA 7/1997, p. 797-803.

STREIFF U./VON KAENEL A./RUDOPH R., *Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012.

SUPIOT A., *Critique du droit du travail*, 4^e éd., Paris 2015.

TAPPY D., in : BOHNET F./HALDY J./JEANDIN N./SCHWEIZER P./TAPPY D. (édit.), *Code de procédure civile*, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2019, art. 243 et 247, p. 1121-1134 et 1154-1167 (cité : CR-TAPPY).

TERCIER P./BIERI L./CARRON B., *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2016.

TERCIER P./PICHONNAZ P., *Le droit des obligations*, 5^e éd., Zurich 2012.

THÉVENOZ L., in : THÉVENOZ L./WERRO F. (édit.), *Code des obligations I – Art. 1-529 CO*, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012, Intro. art. 97-109, art. 97 CO, p. 719-760.

THÉVENOZ L., *Le travail intérimaire*, thèse, Genève 1987 (cité : THÉVENOZ, *Travail intérimaire*).

THÉVENOZ L./WERRO F. (édit.), *Code des obligations I – Art. 1-529 CO*, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CR-[AUTEUR]).

VON TUHR A./PETER H., *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, 3^e éd., t. 2, Zurich 1974.

VISCHER F., in : GEISER T./VON KAENEL A./WYLER R., *Loi sur le travail – Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce*, Commentaire Stämpfli, Berne 2005, art. 38, p. 480-498 (cité : CSLTr-VISCHER).

VISCHER F./MÜLLER R.M., *Der Arbeitsvertrag*, 4^e éd., Bâle 2014.

WEBER R.H., *Die Folgen der Nichterfüllung – Art. 97-109*, Berner Kommentar, Berne 2000 (cité : BK-WEBER).

WERRO F., *La responsabilité civile*, 3^e éd., Berne 2017.

WERRO F., *La pluralité des responsables : quelques principes et distinctions*, in : WERRO F. (édit.), *La pluralité des responsables*, Berne 2009, p. 15-30 (cité : WERRO, *Pluralité des responsables*).

WERRO F., in : THÉVENOZ L./WERRO F. (édit.), *Code des obligations I – Art. 1-529 CO*, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012. Intro. art. 41-61, art. 41 CO, p. 353-393 (cité : CR-WERRO).

WERRO F./SCHMIDLIN I., in : PICHONNAZ P./FOËX B. (édit.), *Code civil I – Art. 1-359 CC*, Commentaire romand, Bâle 2010, art. 16, p. 168-188 (cité : CR-WERRO/SCHMIDLIN).

WIEGAND W., in : HONSELL H./VOGT N. P./WIEGAND W. (édit.), *Obligationenrecht I – Art. 1-529 OR*, Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2015, Einleitung zur art. 97-109 CO, art. 97 CO, p. 572-603 (cité : BsK-WIEGAND).

WILDHABER I./HÄNSENBERGER S., *Bring Your Own Device (BYOD)*, DTA 3/2016, p. 151-165.

WITZIG A., *Droit du travail*, Genève/Zurich/Bâle 2018 (cité : WITZIG, *Droit du travail*).

WITZIG A., *Le renouveau des rémunérations variables – Étude en droit suisse*, thèse, Genève 2015 (cité : WITZIG, *Rémunération*).

WYLER M., *Betriebsrisiko und Arbeitskampsrisiko nach schweizerischem Recht*, thèse, Berne 1985 (cité : WYLER, *Betriebsrisiko*).

WYLER R., *La responsabilité civile de l'employeur*, in : WYLER R. (édit.), *Panorama II en droit du travail, publication*, Berne 2012, p. 659-697 (cité : WYLER, *Responsabilité de l'employeur*).

WYLER R./HEINZER B., *Droit du travail*, 3^e éd., Berne 2014.

ZEN-RUFFINEN P., *Droit du sport*, Zurich/Bâle/Genève 2002.

Documents officiels

BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, La responsabilité civile des travailleurs – une étude internationale, Genève 1976.

Message du Conseil fédéral du 25 août 1967 à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations (Du contrat de travail), FF 1967 II, p. 249-479 (cité : Message contrat de travail).

Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1985 concernant la révision de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, FF 1985 III, p. 524-633 (cité : Message service de l'emploi).

I. Introduction

1. Alors que le monde n'a de cesse de penser l'économie en termes de « *cryptomonnaies* », de « *shared economy* », de « *start-up* » ou encore d'« *uberisation* », le sujet du présent mémoire pourrait sembler, à première vue, éloigné d'une certaine modernité. A l'inverse, au vu de la place prédominante qu'occupe le travail dans notre société, l'analyse du sujet choisi semble plus nécessaire que jamais. En effet, à l'heure où les activités des travailleurs se complexifient à une allure impressionnante, les conséquences d'une erreur d'un travailleur peuvent être économiquement désastreuses.
2. Il nous semble important de souligner qu'une entreprise peut se définir, une fois son caractère économique écarté, comme une activité sociale, entremêlant, pour les besoins de ce travail, au moins deux protagonistes : le travailleur et l'entrepreneur-employeur. Ce dernier est, par définition, celui qui assume le risque d'entreprise. Par conséquent, il récupère seul les profits, mais subit, tout aussi seul, les pertes engendrées par son activité. Il semble ainsi logique de lui faire assumer les conséquences négatives des activités d'un travailleur (que l'employeur a librement engagé). La question suivante est celle de la répercussion desdites conséquences sur le travailleur. Il semble toutefois encore plus nécessaire de s'interroger sur les limites de cette répercussion, puisque le travailleur s'est, par fiction du moins, volontairement décidé pour une position moins risquée.
3. Il convient aussi de mentionner la nature défaillante de l'Homme. Nul ne peut se targuer d'atteindre la perfection. A ce titre, certains auteurs affirment que la responsabilité contractuelle du travailleur ne fait pas sens¹, puisqu'il s'agirait d'un fait quasi-naturel. Bien que l'idée soit séduisante, l'ordre juridique helvétique s'articule autour de l'autonomie individuelle de chaque sujet de droit. Partant, il répond de ses actes. A cet égard, la loi prévoit différents chefs de responsabilités, tels que les art. 41 ou 97 CO. Les spécificités structurelles du contrat de travail légitiment l'introduction d'un chef de responsabilité spécial à l'art. 321e CO. Effectivement, la dépendance dans laquelle se place le travailleur justifie qu'il ne soit pas considéré comme un débiteur ordinaire. Et s'il n'est pas un tel débiteur, qui est-il ?
4. Pour répondre à cette question, nous proposons de diviser le travail en six parties. Les spécificités de l'art. 321e CO nécessitent quelques explications préliminaires d'ordre général, que nous abordons au sein des « *Prolégomènes* ». Après ces remarques, il convient de s'attarder sur l'analyse du champ d'application de l'art. 321e CO et de présenter les situations parfois étonnantes où il trouve à s'appliquer. Logiquement, nous analyserons ensuite le contenu de ladite disposition, tant au niveau des conditions de responsabilité auxquelles elle est subordonnée, qu'aux différents critères que l'art. 321e CO institue pour mesurer la diligence. Le droit privé étant gouverné par la liberté contractuelle, le présent mémoire ne peut passer sous silence les stipulations qui peuvent intervenir entre les parties et surtout les limites posées par l'ordre juridique auxdites stipulations. En dernier lieu, nous aborderons les moyens de droit dont dispose l'employeur envers le travailleur.
5. Terminons cette introduction par un premier constat. Les sanctions civiles dont dispose l'employeur à l'égard du travailleur ne se limitent pas à sa responsabilité civile. Bien au contraire, malgré la position principielle de cette sanction civile, le travailleur se soucie le plus souvent d'un licenciement ou d'une perte de bonus, voire encore de la remise d'un mauvais certificat de travail. Ces deux derniers points ne font pas l'objet du présent mémoire. Toutefois l'intérêt du présent mémoire ne s'en trouve pas diminué.

¹ GEISER/MÜLLER, n° 466a, p. 195s.

II. Prolégomènes

6. **Bref historique de l'art. 321e CO – Reprise de l'art. 328 aCO.** L'art. 321e CO a été introduit par la réforme du CO de 1972 concernant le contrat individuel de travail². Cette disposition reprend en partie l'art. 328 du CO de 1911³. SCHWEINGRUBER fait remarquer que l'art. 321e CO, comparé à l'art. 328 aCO, ne modifie que très peu le texte légal, notamment par l'introduction du risque professionnel à l'art. 321e al. 2 CO⁴ et l'abrogation du premier alinéa qui ordonnait que « [l]’employé est tenu d’exécuter avec soin le travail promis »⁵. Cette idée est toujours d’actualité, mais découle aujourd’hui de l’art. 321a CO⁶. Le CF souligne dans le message accompagnant la modification de l’art. 321e CO que « [l]es nouvelles conditions [en l’an 1967] dans lesquelles travaillent les entreprises et l’emploi toujours plus développé de machines et d’appareils coûteux dans tous les genres d’entreprise, même dans l’agriculture et les ménages, exigent, pour la protection des intérêts légitimes de l’employeur une responsabilité accrue – et non réduite – du travailleur »⁷. Il ne faut cependant pas tirer de cette citation la conclusion que la responsabilité du travailleur est une responsabilité aggravée. Au contraire, la phrase du CF doit être remise dans son contexte, soit l’admission principielle de la responsabilité du travailleur en cas de faute légère⁸(cf. §138). Au demeurant, la doctrine affirme que la responsabilité du travailleur est une responsabilité contractuelle atténuée⁹. La forme définitive, soit après l’introduction de la prise en compte du risque professionnel, de l’art. 321e CO est adoptée par l’Assemblée fédérale¹⁰.
7. **Introduction à l’art. 362 CO.** L’atténuation prévue par l’ordre juridique serait inutile si celle-ci pouvait être exclue contractuellement (cf. §168). C’est pourquoi l’art. 321e CO a été inscrit dans la liste des dispositions semi-impératives de l’art. 362 CO. L’intérêt politique de cette modification réside dans une protection accrue du travailleur, mais répond aussi à un problème social qui semblait se poser à l’époque, celui des responsabilités causales pour déficit (cf. §209 ss) instaurées contractuellement dans les rapports d’emploi entre les employeurs et travailleurs. Nous terminons ces paragraphes retraçant succinctement l’historique de l’art. 321e CO, par le constat qu’en dépit des positions institutionnelles qui semblent claires, la jurisprudence continue d’approfondir ces questions et que différents points restent controversés en doctrine^{11, 12}.
8. **Construction systématique – Régime général de responsabilité contractuelle.** D’un point de vue systématique, l’art. 321e CO est la dernière disposition du dixième titre du CO qui concerne les obligations du travailleur¹³. Certains auteurs de doctrine sont d’avis que l’art. 321e CO n’a cependant aucune portée particulière, dans la mesure où la responsabilité du travailleur pour faute découle déjà

² Loi fédérale du 25 juin 1971 révisant les titres dixième et dixième bis du code des obligations (Du contrat de travail) (RO 1971 1461). Soulignons qu’en 1971 paraissait en Allemagne un bref article sur la réforme de la responsabilité du travailleur, VON HIPPEL, ZRP 10/1971, p. 217 ss, qui plaidait en faveur de certaines idées qui furent aussi l’objet de débat dans la doctrine helvétique, notamment la question du plafonnement du montant des dommages à un mois de salaire.

³ CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 9, p. 120s. ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 1, p. 139 ; REHBINDER, *Haftung*, p. 67s., auquel nous renvoyons pour plus de détails historiques sur la procédure législative ayant mené à la modification du CO.

⁴ SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 69. V. également CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 9, p. 120s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 1, p. 250.

⁵ Art. 328 al. 1 aCO ; Message contrat de travail, p. 318. Au vu de la difficulté de consulter une ancienne version du CO, nous renvoyons à l’édition privée du CO de ROSSEL, p. 123.

⁶ V. à ce propos BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 1, p. 200 ; SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 69. Tous ces auteurs sont d’avis que l’art. 321a et 321e CO doivent être compris dans l’analyse de la responsabilité du travailleur.

⁷ Message contrat de travail, p. 319.

⁸ Message contrat de travail, p. 319. Nous verrons que cette question reste controversée en doctrine.

⁹ Message contrat de travail, p. 318 ; TF 4P.61/2004, 4C.113/2004, c. 4.1 ; TF 4C.389/2001, c. 2.1 ; SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 71. V. également CARRUZZO, art. 321e CO, n° 1, p. 94, qui utilise l’expression « facteurs d’atténuation » en mentionnant les critères de l’art. 321e al. 2 CO ; REHBINDER, *Haftung*, p. 66, auquel nous renvoyons pour les considérations politiques liées à l’introduction de l’art. 328 al. 3 aCO, qui peuvent à notre sens être reprises pour l’art. 321e al. 2 CO. V. également ROBERTO/SCHISTER, p. 383s., qui analysent de manière approfondie la *ratio legis* de l’art. 321e CO.

¹⁰ BO 1970 III 323, où BOREL souligne que « c’est l’attitude coupable – intentionnelle –, quasi-coupable – grave négligence – et non pas la complexité du monde moderne et l’emploi d’appareils coûteux qui doit être déterminante [pour la responsabilité civile du travailleur] ».

¹¹ BERENSTEIN, p. 9, qui souligne le peu d’ouvrages doctrinaux qui ont été émis sur le sujet.

¹² Pour le paragraphe, Message contrat de travail, p. 319 ; SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 69 et 73.

¹³ V. notamment, CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 3, p. 119.

des art. 97 al. 1, 99 al. 3 et 41 al. 1 CO¹⁴. Cette disposition constitue, selon nous, le pont entre les normes de responsabilité inscrites dans la partie générale du CO et les responsabilités qui découlent d'une base légale spéciale régissant le contrat de travail¹⁵. C'est pourquoi, après avoir abordé différentes normes qui instaurent une responsabilité particulière du travailleur, le présent mémoire se penchera en particulier sur la reprise du régime de responsabilité civile contractuelle au sein du contrat de travail. A ce titre, il est largement admis que l'art. 321e al. 1 CO renvoie aux conditions de l'art. 97 CO¹⁶. Ce renvoi concerne les art. 97 à 109 CO¹⁷, intégrant aussi le renvoi de l'art. 99 al. 3 CO aux dispositions des art. 41 ss CO¹⁸. L'articulation de ces différentes dispositions peut être parfois d'une certaine complexité due d'une part au caractère succinct voire laconique de l'art. 321e al. 1 CO, « [l]e travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence » et d'autre part à la nécessité dogmatique d'interpréter les dispositions générales à la lumière de la spécificité structurelle du contrat de travail, soit la subordination d'un travailleur à son employeur¹⁹.

9. *Des critères spéciaux ?* Une première spécificité de la responsabilité du travailleur figure à l'art. 321e al. 2 CO, qui prévoit une liste de critères à prendre en compte dans la mesure de la diligence pouvant être attendue du travailleur. MARTINELLI PETER conclut de l'application de ces critères dans un cas concret que « [l]'art. 321e CO a ainsi en définitive pour effet de redimensionner considérablement la responsabilité du travailleur et permet de répartir la responsabilité entre l'employeur et le travailleur en tenant réellement et équitablement compte de leurs positions et intérêts respectifs »²⁰. Les avis d'autres auteurs pourraient laisser croire que ces critères n'ont pas d'effet sur la responsabilité du travailleur, puisqu'ils ne concrétiseraient que les normes générales inscrites aux art. 43 et 44 CO²¹. A cet égard, nous remarquons que lesdits auteurs ne s'opposent pas à une prise en compte des spécificités du cas concret, notamment l'existence d'un rapport de travail. Le débat qui semblait animer la doctrine s'efface au profit d'une « bataille de base légale », ce qui revient à poser la question de la portée de l'art. 321e CO.

10. **Renvoi à d'autres régimes de responsabilité – Contrat de mandat et contrat d'entreprise.** Tant l'art. 398 CO, que l'art. 364 CO renvoient à la responsabilité instaurée pour le contrat de travail²². Il ne faut cependant pas regarder ces renvois comme des reprises de la mesure atténuée de la diligence du travailleur, prévue par l'art. 321e al. 2 CO, mais comme une reprise des critères prévus par cette disposition, à l'exception du risque professionnel²³. A ce sujet, le TF semble avoir ouvert une boîte de Pandore en faisant une référence analogique à un arrêt concernant la responsabilité du mandataire dans l'analyse de la responsabilité du travailleur²⁴.

11. *Une portée encore plus large.* Certains auteurs de doctrine présentent la mesure de la diligence par référence aux critères prévus par l'art. 321e al. 2 CO²⁵. Ces différents auteurs considèrent que cette description de la diligence attendue d'un débiteur peut être utilisée comme élément de référence pour

¹⁴ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 1, p. 200.

¹⁵ V. ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 1, p. 139.

¹⁶ V. notamment, TF 4A_579/2017, 4A_581/2017, c. 4.2.1 ; TF 4A_310/2007, c. 6.2 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n°1, p. 76 ; GEISER/MÜLLER, n° 469, p. 196 ; MARTINELLI PETER, p. 651 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 21, p. 209 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 3, p. 139 ; WYLER/HEINZER, p. 117. V. cependant BRÜHWILER, art. 321e CO, n° I et II, p. 94, qui précise toutefois que les art. 97 ss CO sont d'applications subsidiaires. V. également, BUREAU OIT, p. 4, qui mentionnait à l'époque que dans la majorité des Etats questionnés l'application de normes spéciales n'empêchait pas l'application de normes générales.

¹⁷ Nous verrons par la suite que le renvoi aux art. 102 à 109 CO est discuté dans la mesure où certains auteurs refusent l'application des règles sur la demeure au travailleur (cf. §74).

¹⁸ BERENSTEIN, p. 11 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 23, p. 211.

¹⁹ BERENSTEIN, p. 11 ; SCHMID, p. 750, qui mentionne cette particularité en lien avec l'art. 99 al. 2 CO.

²⁰ MARTINELLI PETER, p. 653.

²¹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 23, p. 210s.

²² SCHMID, p. 750 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 1, p. 250. V. également GEISER, PJA 7/1997, p. 789s., qui ajoute qu'en présence de « *arbeitsvertragsähnlichen Rechtsverhältnissen* » l'art. 321e CO peut être applicable, lorsque la responsabilité est régie par les normes du contrat de travail. Par souci de concision, nous n'approfondissons pas cette question.

²³ SCHMID, p. 750s., qui précise que les mandataires et entrepreneurs n'ont pas besoin de la protection sociale dont jouit le travailleur ; MEIER, p. 37. V. également CR-CHAIX, art. 364 CO, n° 3, p. 2204 ; BK-FELLMANN, art. 398 CO, n° 484, p. 501 ; HUGUENIN, n° 3143 et 3266, p. 936 et 974.

²⁴ TF 4C.87/2001 du 7 novembre 2001, c. 4b. Nous ne pourrions cependant prendre en considération, par souci de concision, la jurisprudence relative à la responsabilité du mandataire dans le cadre du présent mémoire.

²⁵ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2985 ss, p. 179s. ; GEISER, *Treuepflicht*, p. 114 ; VON TUHR/ESCHER, p. 115.

tous les contrats²⁶. En tous les cas, il convient de préciser qu'à l'instar de ce qui prévaut pour les contrats de mandat et d'entreprise, seuls les critères pourraient être repris et non le résultat sur la mesure de la diligence.

12. **Intérêt de la problématique.** Nous arrivons ici au terme de notre deuxième partie introductive. Cette partie était nécessaire afin de poser les premiers jalons juridiques de ce travail. Il existe donc une base légale spéciale qui régit la responsabilité du travailleur. Cette base légale semble être déjà décrite par certains auteurs. A l'inverse, une partie de la doctrine salue son existence et ses effets. D'autres auteurs encore considèrent qu'il s'agit là d'une description d'une notion de droit civil et souhaitent étendre son application à d'autres contrats qui semblent même parfois dénués de tout lien avec le contrat de travail. L'intérêt du présent mémoire est à l'intersection de ces différents courants. Ainsi, s'il nous incombait de formuler une question à laquelle ce mémoire tenterait de répondre, nous la rédigerions, dans un premier temps, sous l'énoncé suivant : « *A quoi sert l'art. 321e CO ?* ». La réponse à cette question, soit la discussion de l'utilité de cette base légale nécessite une présentation de celle-ci. Fort de ce constat, nous souhaitons, en sus, aborder les différentes questions par le prisme de la partie générale du CO. Ainsi, il nous faut, dans un second temps, préciser la question, « *A quoi sert l'art. 321e CO, eu égard aux dispositions de la partie générale du CO ?* ».

²⁶ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2985, p. 179 ; VON TUHR/ESCHER, p. 115.

III. Champ d'application de l'art. 321e CO

13. Avant d'aborder plus en détail les conditions matérielles de l'art. 321e CO, il nous apparaît judicieux de traiter de son champ d'application, puisque ladite disposition déroge déjà à ce stade à la partie générale du CO. Cette première partie est divisée en deux chapitres. Le premier a trait aux distinctions quant à l'application de l'art. 321e CO au sein de la relation entre l'employeur et le travailleur (chapitre A) : y sont donc présentés les différents cas d'application de l'art. 321e CO lorsque l'employeur subit le dommage, lorsqu'un tiers le subit ou encore lorsque le travailleur le subit. Le deuxième chapitre concerne les délimitations du champ d'application de l'art. 321e CO avec d'autres dispositions prévoyant une responsabilité du travailleur (chapitre B), regroupant ainsi les hypothèses où l'art. 321e CO trouve application aux côtés d'une autre norme de responsabilité, à la place d'une autre norme de responsabilité ainsi que les hypothèses où l'art. 321e CO ne trouve pas application et ce au profit d'une autre disposition. L'intérêt de cette partie, relative au champ d'application, est donc de faciliter la lecture des parties suivantes, puisque les situations régies par l'art. 321e CO sont déjà décrites.

A. Distinctions

14. Nous abordons au sein de cette partie les différentes hypothèses d'application de l'art. 321e CO. Il convient de distinguer la situation où l'employeur réclame la réparation du préjudice de la part du travailleur responsable²⁷ (section 1, sous-section a), mais aussi d'analyser les possibilités que détient le travailleur d'invoquer l'art. 321e CO à l'égard de son employeur (section 2, sous-section b). La personne souffrant de la survenance du dommage peut aussi être étrangère au rapport obligationnel qui lie l'employeur et le travailleur. Partant, nous jugeons pertinent de présenter les situations où ledit tiers requiert la réparation du préjudice subi auprès de l'employeur (section 1, sous-section b) ainsi qu'auprès du travailleur (section 2, sous-section a).

1. Chef de l'employeur

a. Employeur lésé

15. **Responsabilité contractuelle.** L'application principale de l'art. 321e CO est celle de l'employeur directement lésé par la survenance d'un préjudice dû à la violation fautive du contrat de travail par le travailleur. La constellation factuelle n'est donc composée que de deux parties liées entre elles par un seul rapport obligationnel, le contrat de travail ; l'employeur subissant le préjudice et le travailleur ayant commis la violation contractuelle fautive, cause dudit préjudice. L'employeur agit en réparation du préjudice contre le travailleur en se fondant sur la relation contractuelle²⁸.
16. **Responsabilité extracontractuelle – Principe.** Hormis le fondement contractuel, l'employeur dispose d'un fondement délictuel envers son travailleur (art. 41 CO)²⁹. A ce propos, un tribunal soleurois a écarté le fondement délictuel invoqué par l'employeur au motif que l'employeur n'avait pas prouvé l'usage illicite de son véhicule professionnel, par conséquent l'employeur ne pouvait s'appuyer que sur l'art. 321e CO³⁰. D'une manière générale, l'employeur a plus d'intérêts à agir sur la base du fondement contractuel, dans la mesure où le régime contractuel est plus avantageux (p.ex. concernant la répartition du fardeau de la preuve de la faute ou la prescription)³¹. Néanmoins, l'art. 41 CO conserve son intérêt pour la responsabilité précontractuelle du travailleur³².

²⁷ Nous omettons sciemment le traitement de la responsabilité délictuelle d'un autre employeur, en présence d'un double emploi, dans la mesure où cette dernière est trop éloignée du sujet du présent mémoire.

²⁸ ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 2, p. 139.

²⁹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 17, p. 206 ; SUBILIA/DUC, art. 321e CO, n° 2 et 3, p. 153s.

³⁰ AGer Solothurn-Lebern (SO), JAR 1993, p. 130s.

³¹ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° II, p. 94 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 17, p. 206 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 2, p. 139 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 254 ; SUBILIA/DUC, art. 321e CO, n° 2, p. 154.

³² GEISER/MÜLLER, §2, n° 466, p. 195. Nous soulignons l'existence de la responsabilité précontractuelle du travailleur, cette dernière ne faisant cependant pas, par souci de concision, l'objet du présent mémoire.

17. *Critères de l'art. 321e al. 2 CO.* Certains auteurs considèrent que les critères ancrés à l'art. 321e CO revêtent une portée extracontractuelle concrétisant, en droit du travail, les principes énoncés aux art. 43 et 44 CO³³. THÉVENOZ propose une solution plus large, sans recours aux normes de la partie générale, ainsi « *si le législateur a entendu poser un plafond impératif (art. 362 CO) à la responsabilité du salarié, on doit l'interpréter, conformément à sa ratio legis, comme s'étendant à l'ensemble de la responsabilité pour faute et en particulier à la responsabilité aquilienne* »³⁴. De manière similaire, le TF s'est d'ailleurs prononcé de manière favorable au travailleur sur l'application des critères de l'art. 321e CO à la responsabilité du travailleur intérimaire, soit une situation où le chef de responsabilité est controversé et serait potentiellement l'art. 41 CO³⁵ (cf. §53). Nous nous joignons au second courant et considérons que les critères de l'art. 321e CO trouvent directement application en présence d'une responsabilité aquilienne. En définitive, l'élément important est la reprise desdits critères en présence d'une responsabilité aquilienne, afin d'assurer l'efficacité du droit du travail, de sorte que l'employeur ne puisse pas éluder les dispositions sur le contrat de travail.

b. Tiers lésé

18. **Responsabilités contractuelle et extracontractuelle.** La violation contractuelle par le travailleur peut engendrer un préjudice auprès d'un tiers, qui peut réclamer à l'employeur la réparation dudit préjudice. Dans ce cas, la constellation factuelle est composée de trois parties liées entre elles par différents rapports juridiques. La responsabilité de l'employeur à l'égard du tiers est donc fondée, pour l'acte d'un auxiliaire, sur le régime contractuel (art. 101 CO) ou sur le régime délictuel (art. 55 CO)³⁶. Par la suite, l'employeur pourra, à certaines conditions, se retourner contre le travailleur avec lequel il est lié par un rapport contractuel. C'est cette action récursoire que nous abordons dans les prochains paragraphes (le rapport juridique existant entre le tiers et le travailleur fait l'objet de la section 2/b).

19. **Action récursoire – Principe.** L'action récursoire se définit comme le recours que peut exercer le débiteur, qui a satisfait le créancier dans une mesure excédentaire, contre un codébiteur³⁷. Ce système découle du fait que le lésé peut rechercher chaque débiteur pour la réparation de l'entière de son dommage³⁸. En principe, le fondement de l'action récursoire est différent selon le type de solidarité qui lie les coobligés³⁹. La solidarité parfaite de l'art. 50 CO est celle qui découle d'une faute commune⁴⁰ ; la solidarité imparfaite est celle qui découle de causes différentes⁴¹ (art. 51 CO) et que la loi n'a pas érigée en solidarité parfaite⁴². Le TF retient dans les deux hypothèses une solidarité des débiteurs dans les rapports externes, i.e. à l'égard du lésé⁴³. En présence d'une solidarité imparfaite⁴⁴, le débiteur ayant indemnisé le lésé n'est pas subrogé aux droits de ce créancier mais dispose uniquement d'une action récursoire qui naît « *au moment du paiement au lésé* »⁴⁵ contre les

³³ EGLI, n° 7, p. 48 ; HONSELL/ISENRING/KESSLER, §13, n° 43, p. 158 ; OFTINGER/STARK, §7, n° 73, p. 412, qui considèrent que le facteur du risque professionnel peut être pris en compte ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 23, p. 209s. ; THÉVENOZ, *Travail intérimaire*, n° 1036, p. 337, qui l'admet partiellement.

³⁴ THÉVENOZ, *Travail intérimaire*, n° 1036, p. 337.

³⁵ TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.3.1.

³⁶ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/5, p. 100 ; MARTINELLI PETER, p. 646 ss, à laquelle nous renvoyons pour un examen plus approfondi ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 257 ; SUBILIA/DUC, art. 321e CO, n° 2, p. 153 ; VISCHER/MÜLLER, §18, n° 19, p. 240.

³⁷ BK-BREHM, art. 50 CO, n° 56, p. 399, qui parle de « *logischer Ausfluss der Solidarhaftung* » ; PERRITAZ, n° 78 et 182, p. 25 et 53 ; TERCIER/PICHONNAZ, n°1635, p. 368.

³⁸ BsK-GRABER, art. 51 CO, n° 6, p. 398. V. cependant ATF 127 III 257, c. 5a ; MÜLLER, n° 857 p. 272, « [s]i une des personnes concernées ne répond d'emblée pas du tout ou uniquement d'une partie du préjudice, parce que son comportement ne représente pas une cause adéquate pour l'ensemble du préjudice survenu, elle ne répondra pas, en tant que coresponsable à côté d'autres auteurs, de plus que ce dont elle est responsable sur la base de sa propre responsabilité ».

³⁹ Nous n'aborderons au sein de ce mémoire que les cas de solidarités légales, omettant les solidarités volontaires.

⁴⁰ ATF 112 II 138, c. 4a ; ATF 104 II 225, c. 4a et 4b = JdT 1979 I 546 ; WERRO, *Pluralité des responsables*, p. 15 ; HUGUENIN, n° 2007, p. 586.

⁴¹ ATF 144 III 319, c. 5.1 ; ATF 112 II 138, c. 4a ; PERRITAZ, n° 239 et 630, p. 70 et 191, auquel nous renvoyons pour les différences entre les deux solidarités ; PROBST, p. 54.

⁴² PERRITAZ, n° 104 ss, p. 32 ss, qui souligne encore l'existence de responsabilité parfaite que le TF interprète de certaines dispositions légales ; WERRO, *Pluralité des responsables*, p. 15.

⁴³ PERRITAZ, n° 256, p. 77, auquel nous renvoyons pour les questions d'admission de la théorie par la doctrine.

⁴⁴ Nous prenons le parti pris, à la manière de MEIER, p. 60, de considérer que les situations où l'employeur est aussi fautif sont rares. Par conséquent nous excluons aussi l'examen de cette hypothèse et de celle des solidarités imparfaites fondées sur des responsabilités de même nature.

⁴⁵ ATF 133 III 6, c. 5.3.3 ; 130 III 362, c. 5.2 ; BsK-GRABER, art. 50 CO, n° 11, p. 399.

autres débiteurs⁴⁶. En vertu du renvoi prévu par l'art. 51 al. 1 *in fine* CO, l'existence et l'étendue du recours du débiteur qui a indemnisé le lésé sont définies par le juge en usage de son pouvoir d'appréciation (art. 50 al. 2 CO)⁴⁷. L'art. 51 al. 2 CO établit pour ce faire un ordre des recours⁴⁸. Les différents recours sont fondés sur le « *principe de la priorité d'une ligne sur l'autre* », ce qui signifie que les responsables de la « première ligne » ne peuvent, en principe, se retourner contre les lignes supérieures, l'inverse étant cependant valable⁴⁹. La loi fait ainsi supporter le préjudice à certains responsables alors qu'elle permet à d'autres de s'en libérer⁵⁰. Le débiteur dont la responsabilité est fondée sur un contrat (p.ex. l'art. 101 CO) peut donc se retourner contre un débiteur responsable en vertu de l'art. 41 CO⁵¹. Il faut aussi mentionner l'existence de l'art. 55 al. 2 CO, qui doit toutefois être lu comme un rappel de l'ordre de priorité prévu à l'art. 51 al. 2 CO, malgré le mutisme de la loi à ce propos⁵². L'employeur, au sens de l'art. 55 CO, peut donc se retourner contre son auxiliaire qui a commis une faute dans la mesure fixée par le juge⁵³.

20. *Situation en droit du travail*. En présence d'un contrat de travail, l'art. 321e CO fonde le droit de recours de l'employeur⁵⁴. ROBERTO justifie cette priorité par le fait que l'art. 321e CO est de nature relativement impérative (cf. §166) et que le préjudice subi par le tiers découle d'une violation du contrat de travail⁵⁵. Admettre le recours intégral de l'employeur sur le travailleur équivaldrait à faire supporter à ce dernier l'ensemble du risque professionnel⁵⁶. Nous nous joignons donc au courant doctrinal qui considère que l'art. 321e CO est une *lex specialis* par rapport aux dispositions précitées⁵⁷, par conséquent l'art. 321e CO s'applique à la place desdites dispositions⁵⁸. Cette affirmation est valable indépendamment du régime de responsabilité que le tiers fait valoir contre l'employeur⁵⁹. L'application de l'art. 321e al. 2 CO n'est pas sans conséquence pratique, puisque cet article prévoit une responsabilité redimensionnée du travailleur⁶⁰(cf. §9).

21. **Assurances**. Les employeurs concluent, en principe, des assurances couvrant les dommages causés par leurs travailleurs. L'exercice d'une action récursoire sera donc exceptionnel et ne se produira que si une couverture asséculogique fait défaut⁶¹. A ce titre, HONSELL/ISENRING/KESSLER affirment que les assurances responsabilité civile qui couvrent l'employeur englobent souvent sa responsabilité selon l'art. 55 CO⁶². Toutefois, GEISER/MÜLLER émettent des doutes quant à l'obligation des assurances responsabilité civile de couvrir les dommages causés à l'employeur par ses différents

⁴⁶ ATF 133 III 6, c. 5.3.3 ; 130 III 362, c. 5.2 ; BK-BREHM, art. 50 CO, n° 19, p. 415. V. PROBST, p. 56s., qui explicite une différence entre les deux régimes de solidarité qui a trait à la prescription. V. MEIER, p. 60, qui considère toutefois qu'en principe les conséquences entre solidarité parfaite et imparfaite ne se distinguent pas.

⁴⁷ BK-BREHM, art. 50 CO, n° 57, p. 399 ; MEIER, p. 61 ; PERRITAZ, n° 550, p. 168 ; WERRO, *Responsabilité civile*, n° 1771, p. 496.

⁴⁸ ATF 144 III 319, c. 5.1 ; BK-BREHM, art. 50 CO, n° 80, p. 433 ; WERRO, *Responsabilité civile*, n° 1781, p. 498.

⁴⁹ PERRITAZ, n° 564, p. 171 ; WERRO, *Responsabilité civile*, n° 1780, p. 498. V. toutefois, ATF 144 III 319, c. 5 : « *dass es sich bei der Stufenfolge nach Art. 51 Abs. 2 OR nur um eine Regelbestimmung handelt, von der im Einzelfall abgewichen werden kann und muss, wenn eine starre Anwendung dem Einzelfall nicht gerecht würde* ».

⁵⁰ BK-BREHM, art. 50, n° 79 et 81, p. 432s., au n° 79, cet auteur explique que le but des responsabilités causales est de faciliter la réparation du préjudice au lésé, ces dernières ne devant toutefois pas supporter le préjudice dans les rapports internes.

⁵¹ PERRITAZ, n° 564, p. 171 ; SCHWENZER, §88, n° 32, p. 569s.

⁵² BsK-KESSLER, art. 55 CO, n° 24, p. 424s. ; MEIER, p. 62 ; ROBERTO, ArbR 2003, p. 31s., p. 168, qui explique que cela découle du fait que l'art. 55 al. 2 CO a été voté avant l'art. 51 al. 2 CO, cette dernière disposition restitue donc la véritable volonté du législateur ; WERRO, *Responsabilité civile*, n° 576, p. 170.

⁵³ HUGUENIN, n° 2027, p. 591 ; MARTINELLI PETER, p. 650 ; SCHWENZER, §23, n° 31s., p. 168.

⁵⁴ MARTINELLI PETER, p. 651 ; ROBERTO, ArbR 2003, p. 33 ; VISCHER/MÜLLER, §18, n° 21, p. 241 ; WYLER/HEINZER, p. 125. *Contra* : BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/5 et IV/13a, p. 100 et 104, qui considère qu'en présence d'une responsabilité délictuelle de l'employeur, le fondement de l'action récursoire est l'art. 55 al. 2 CO ; MEIER, p. 62 considère que l'action fondée sur l'art. 321e CO est différente de celle fondée sur les règles de la solidarité ; PERRITAZ, n° 69 ss, p. 22s., qui considère que l'employeur bénéficie tant « *d'un droit de recours (fondé sur les art. 55 al. 2 et 51 CO et d'une créance en remboursement qui découle du contrat de travail (cf art. 321e CO)* ». Les trois derniers auteurs admettent toutefois l'application des critères de l'art. 321e al. 2 CO à l'action récursoire de l'employeur.

⁵⁵ ROBERTO, ArbR 2003, p. 32s.

⁵⁶ MEIER, p. 61.

⁵⁷ BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 24, p. 1863.

⁵⁸ ROBERTO, ArbR 2003, p. 33 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 257.

⁵⁹ MARTINELLI PETER, p. 651.

⁶⁰ HONSELL/ISENRING/KESSLER, §13, n° 42, p. 158 ; KAHIL-WOLFF, REAS 4/2003, p. 304 ; MEIER, p. 61, qui mentionne à cet égard une perte de l'action récursoire ou une réduction massive de cette dernière ; ROBERTO, ArbR 2003, p. 32.

⁶¹ ROBERTO, ArbR 2003, p. 30s. ; WYLER/HEINZER, p. 126.

⁶² HONSELL/ISENRING/KESSLER, §13, n° 45, p. 158.

travailleurs⁶³. Enfin, il nous apparaît important de souligner que l'employeur présentera, en principe, une plus grande solvabilité que le travailleur, même s'il n'a conclu aucune assurance⁶⁴.

2. Chef du travailleur

a. Tiers lésé

22. « **Freistellungsanspruch** » – *Principe*. Le tiers peut réclamer directement au travailleur la réparation de son préjudice⁶⁵. La demande sera ainsi fondée sur la responsabilité délictuelle du travailleur (art. 41 CO) dans la mesure où le rapport juridique entre les deux parties n'existe que par la survenance d'un préjudice⁶⁶. Ce faisant, le travailleur devra réparer l'ensemble du préjudice intervenu auprès du tiers, ce qui représente un montant supérieur à celui que le travailleur aurait dû verser à l'employeur si ce dernier avait exercé son action récursoire contre le travailleur⁶⁷. Le travailleur a ainsi droit à être libéré, totalement ou partiellement, par son employeur du dommage causé à un tiers⁶⁸. En d'autres termes, l'employeur « [indemniser] lui-même le lésé lorsque les conditions atténuantes de l'art. 321e CO sont remplies »⁶⁹. REHBINDER précise ainsi la nature dudit droit du travailleur : « [der] Freistellungsanspruch ist zu Gunsten des Geschädigten abtretbar und pfändbar und verwandelt sich hierdurch in einen direkten Zahlungsanspruch des Geschädigten gegen den Arbeitgeber »⁷⁰. L'étendue de la prétention du travailleur correspond au montant excédentaire à verser au tiers, par rapport au montant que l'employeur, s'il avait été saisi en premier par le tiers, aurait pu exiger du travailleur⁷¹. L'existence de ce droit du travailleur peut s'expliquer par la répartition du risque entrepreneurial entre les parties au contrat de travail, soit un risque qui incombe en principe à l'employeur⁷². Nous précisons encore que la loi ne contient aucune base légale topique concernant la répartition entre les parties au contrat, du risque entrepreneurial relatif au dommage causé à un tiers au contrat⁷³.

23. *Fondement*. Il convient d'établir le fondement du « Freistellungsanspruch ». Certains auteurs sont d'avis qu'il s'agit d'une action récursoire du travailleur envers son employeur⁷⁴. Le « principe de la priorité d'une ligne sur l'autre » (cf. §19), instauré par l'art. 51 al. 2 CO, pose problème, dans la mesure où le travailleur répond, vis-à-vis du tiers, en vertu d'une faute, alors que l'employeur répond, vis-à-vis du tiers, en vertu d'un contrat (art. 101 CO) ou d'une responsabilité causale (art. 55 CO). Le travailleur ne pourrait donc pas se retourner contre l'employeur. La jurisprudence indique cependant que l'ordre des recours est une règle dont on peut s'écarter « wenn eine starre Anwendung dem Einzelfall nicht gerecht würde »⁷⁵. MEIER considère ainsi que le juge devra accorder au travailleur une action récursoire envers son employeur, lorsque, en présence d'une responsabilité du travailleur fondée sur l'art. 321e CO, ce dernier n'aurait pas eu à réparer un dommage si élevé⁷⁶. Cette hypothèse

⁶³ GEISER/MÜLLER, §2, n°471b, p. 198. V. également STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 257, qui explique qu'en vertu de la situation légale actuelle seuls les représentants de l'employeur sont couverts par ce type d'assurance.

⁶⁴ MEIER, p. 59.

⁶⁵ KAHIL-WOLFF, REAS 4/2003, p. 304 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 257.

⁶⁶ BRÜHWILER, art. 321e CO, n°IV/5, p. 100 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 24, p. 1863 ; ROBERTO, ArbR 2003, p. 30 et 33 ; SUBILIA/DUC, art. 321e CO, n° 2, p. 153 ; VISCHER/MÜLLER, §18, n° 20, p. 240.

⁶⁷ MARTINELLI PETER, p. 654 ; MEIER, p. 62.

⁶⁸ EGLI, n° 5, p. 47 ; HERI, REAS 2/2015, p. 150 ; KAHIL-WOLFF, REAS 4/2003, p. 304 ; MEIER, p. 62s.

⁶⁹ KAHIL-WOLFF, REAS 4/2003, p. 304 ; MARTINELLI PETER, p. 654, qui ne mentionne cependant qu'un droit du travailleur de réclamer à l'employeur le montant excédentaire ; OFTINGER/STARK, §7, n° 74, p. 413, qui corrobore les propos de KAHIL-WOLFF considérant, « dass der Arbeitnehmer denjenigen Teil seiner Schadenersatzpflicht gegenüber einem Dritten, den er bei Schädigung des Arbeitgebers nicht bezahlen müsste, auf den Arbeitgeber abwälzen kann ».

⁷⁰ REHBINDER, *Arbeitsrecht*, n° 150, p. 80. V. également HERI, REAS 2/2015, p. 152.

⁷¹ HERI, REAS 2/2015, p. 151 ; ROBERTO, ArbR 2003, p. 33s.

⁷² OFTINGER/STARK, §7, n° 74, p. 412 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 27, p. 213.

⁷³ MARTINELLI PETER, p. 654 et 657, qui mentionne l'absence de jurisprudence à ce sujet ; MEIER, p. 63, qui précise que ce concept a été développé par la jurisprudence allemande qui se fondait alors sur les §670 et §675 BGB ; ROBERTO, ArbR 2003, p. 33.

⁷⁴ MEIER, p. 64 ; WYLER/HEINZER, p. 125. V. cependant REHBINDER, *Arbeitsrecht*, n° 150, p. 80 ; ROBERTO, ArbR 2003, p. 34, ces auteurs considèrent qu'une fois que le travailleur a dédommagé le tiers, son « Freistellungsanspruch » se transforme en simple action en dommages-intérêts.

⁷⁵ ATF 144 III 319, c. 5.1. V. BK-BREHM, art. 50 CO, n° 80, p. 433 et WERRO, *Responsabilité civile*, n° 1781, p. 498, qui soulignent toutefois la rareté des exceptions admises par le TF.

⁷⁶ MEIER, p. 64s.

est cependant subordonnée à ce que la responsabilité de l'employeur envers le tiers soit aussi engagée⁷⁷.

24. *Lacune.* Qu'en est-il de la situation où seule la responsabilité du travailleur est engagée ? La loi ne régit que la responsabilité du travailleur envers son employeur, mais ne contient aucune base légale idoine quant à la responsabilité du travailleur envers un tiers. Il s'agit, selon MEIER, d'une lacune de la loi, puisqu'une responsabilité différenciée ne peut être justifiée par la personne du lésé (tiers ou employeur), de même que le choix du responsable auquel le tiers réclame la réparation du préjudice ne saurait répartir différemment la charge du préjudice au sein des rapports internes. Cet auteur propose de résoudre la lacune par analogie à l'art. 321e CO : « [i]st ein Arbeitnehmer infolge einer schädigenden Handlung bei der Ausführung seiner Berufsarbeit gegenüber einem Dritten zu Schadenersatz verpflichtet, so hat er insoweit einen Ersatzanspruch gegenüber seinem Arbeitgeber, als die Schadenersatzpflicht gegenüber dem Dritten den Schadenersatz übersteigt, den der Arbeitnehmer zu leisten hätte, wenn an Stelle des Dritten der Arbeitgeber direkt geschädigt worden wäre »⁷⁸.

25. *Critique du fondement choisi.* Nous nous permettons de souligner ici la survenance d'un problème résultant de la soumission du « *Freistellungsanspruch* » au régime de l'art. 51 CO. Ce régime implique que la prétention du travailleur naît au moment du paiement du travailleur au lésé (cf. §19). Le travailleur dispose d'une prétention à l'égard de l'employeur, qu'il ne pourrait faire valoir que s'il rembourse un tiers au contrat. Cette situation n'est pas satisfaisante car elle subordonne la possibilité du travailleur de se retourner contre l'employeur à la condition qu'il désintéresse le tiers. Or, l'intérêt de cette institution juridique réside dans son existence immédiate et sa potentielle cessibilité (cf. §22). Admettre la naissance du droit du travailleur au moment du paiement favoriserait ainsi les travailleurs fortunés, seuls ces derniers pourraient indemniser le lésé et se retourner contre l'employeur afin de récupérer la somme qu'ils ne doivent pas. C'est un non-sens, d'autant plus que la doctrine considère qu'une fois que le travailleur désintéresse le lésé, sa prétention à l'encontre de l'employeur devient une simple prétention en dommages-intérêts (cf. ndbp. 74). Nous sommes donc d'avis que le « *Freistellungsanspruch* » découle ainsi de la répartition du risque entrepreneurial entre les parties au contrat de travail, concrétisée notamment par les critères de l'art. 321e al. 2 CO. Au demeurant, nous verrons que ces critères servent à déterminer le montant des dommages-intérêts que le travailleur doit à l'employeur (cf. §218), mais par soustraction, ils permettent aussi de mesurer le montant que le travailleur ne doit pas. Le « *Freistellungsanspruch* » existe à notre avis dès que les conditions de responsabilité de l'art. 321e CO sont réalisées. Par conséquent, nous sommes d'avis que le « *Freistellungsanspruch* » ne trouve pas son fondement dans l'art. 51 CO, mais au sein de l'art. 321e CO, puisqu'il n'y a aucune différence suffisante entre la situation où le préjudice survient directement dans le patrimoine du travailleur et celle où le préjudice n'y survient qu'à la suite d'une action du tiers. D'ailleurs cette interprétation permettrait d'éviter l'émergence d'une lacune. En effet, la possibilité du travailleur de se retourner contre l'employeur ne dépendrait plus de la responsabilité de ce dernier, mais du simple fait que les conditions particulières de la responsabilité du travailleur sont remplies. Il serait aussi envisageable de recourir à l'appel en cause (art. 81 CPC), cette institution n'est toutefois pas ouverte en procédure simplifiée⁷⁹. Cette dernière affirmation ne nous satisfait cependant pas, puisqu'il nous apparaît d'emblée que les procédures simplifiées occupent une place prépondérante en droit du travail⁸⁰ et qu'il apparaît, de plus, difficile de concevoir une correction du droit matériel par le biais du droit procédural.

⁷⁷ BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 24, p. 1863 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 257, qui expriment cette condition par le fait, « *dass die Schädigung in Erfüllung der Arbeits- oder Treuepflicht erfolgte* ».

⁷⁸ Pour la citation et tout le paragraphe, MEIER, p. 66, qui explique cette lacune par le fait que l'introduction de la responsabilité du travailleur s'est faite de manière précipitée. V. également OFTINGER/STARK, §7, n° 74, p. 413, qui expliquent que cette situation correspond à l'esprit de l'art. 321e al. 2 CO.

⁷⁹ V. CR-HALDY, art. 81 CPC, n° 12, p. 254, auquel nous renvoyons pour plus de détails.

⁸⁰ V. CR-TAPPY, art. 243 CPC, n° 6, p. 948.

26. **Insolvabilité de l'employeur – Diminution de la protection du travailleur.** Le TF a admis, en application des règles de la partie générale, qu'il était plus injuste de faire supporter l'insolvabilité d'un débiteur au lésé que de faire supporter ladite insolvabilité entre les différents débiteurs⁸¹. Le système construit par les dispositions sur le contrat de travail offre donc au travailleur une prétention pécuniaire à l'encontre de son employeur, mais lui fait ainsi potentiellement supporter l'insolvabilité de son employeur. Ce report du risque de solvabilité s'ajoute aux nombreuses difficultés judiciaires et extra-judiciaires auxquelles se heurte le travailleur, qui entend réclamer une certaine prétention à son employeur : il s'agit notamment des aléas du procès, du risque d'un congé-rétorsion et des autres conséquences qui en découlent⁸². Cette solution nous semble d'autant plus inéquitable qu'il n'existe aucune base légale fondant la protection du lésé⁸³, alors que le titre dixième du CO s'articule autour de la protection du travailleur.
27. *Application des critères de l'art. 321e CO.* A première vue, une solution appropriée à la présente problématique serait de considérer que le travailleur pourrait opposer les critères ancrés à l'art. 321e al. 2 CO directement au tiers qui le recherche en réparation du préjudice. MEIER est d'avis que le tribunal doit prendre en compte la situation sociale du travailleur en vertu des art. 43 et 44 CO et il ne pourra prendre en considération l'existence du « *Freistellungsanspruch* » du travailleur envers son employeur, que lorsque ce dernier existe juridiquement et dans les faits⁸⁴. Bien que REHBINDER/STÖCKLI soient d'avis que l'art. 321e al. 2 CO concrétise les art. 43 et 44 CO, ils considèrent que le risque professionnel ainsi que les autres critères de l'art. 321e al. 2 CO ne sont pas opposables au tiers lésé, car cela reviendrait à faire supporter le risque entrepreneurial au lésé⁸⁵. Dans le même esprit, KAHIL-WOLFF est d'avis que les critères de l'art. 321e al. 2 CO ne sont pas opposables au lésé puisqu'il n'est pas justifié de lui faire supporter le risque d'entreprise et qu'il n'a aucun contrôle sur les spécificités du travailleur⁸⁶. ROBERTO, rejoignant la position du TF (cf. §26) considère que la réduction de l'indemnité pour les motifs de l'art. 321e CO n'est pas possible, puisqu'il est encore plus injuste que le lésé assume l'entièreté du préjudice alors qu'il n'a commis aucune faute, malgré qu'il puisse sembler inique pour une personne de répondre de l'ensemble du préjudice alors qu'elle n'a commis qu'une petite inadvertance⁸⁷. Bien que le report de l'entier du dommage sur le travailleur soit problématique, nous sommes d'avis que les critères de l'art. 321e CO ne peuvent directement s'appliquer au rapport juridique délictuel qui naît entre le travailleur et le tiers lésé. Le tribunal devrait ainsi prendre en compte les circonstances du cas d'espèce dans la mesure autorisée par les art. 43 et 44 CO. Toutefois, nous plaidons en faveur d'une modification de la loi, de sorte que le tiers ne puisse directement agir à l'encontre du travailleur, dans l'hypothèse où la responsabilité de l'employeur est engagée. Nous restons toutefois conscients du caractère utopiste d'une telle idée.
28. *Résiliation immédiate.* L'art. 337a CO permet au travailleur de résilier le contrat de manière immédiate « [e]n cas d'insolvabilité de l'employeur [...] si des sûretés ne lui sont pas fournies dans un délai convenable pour garantir ses prétentions contractuelles ». L'art. 337a CO est la *lex specialis*, en droit du travail, de l'art. 83 CO⁸⁸. Bien que la doctrine s'attarde particulièrement sur les questions relatives au non-paiement du salaire, l'art. 337a CO trouve application concernant toutes les prétentions que peut faire valoir le travailleur⁸⁹. La possibilité d'exiger des sûretés concerne les

⁸¹ ATF 127 III 257, c. 6b = JdT 2002 I 249 ; ATF 112 II 138, c. 4a ; ATF 93 II 317, c. 2e/bb ; WERRO, *Responsabilité civile*, p. 487.

⁸² V. TF 4A_477/20a13 du 28 janvier 2014 c. 2.3.

⁸³ WERRO, *Responsabilité civile*, p. 489.

⁸⁴ MEIER, p. 68, considérant qu'un « *Freistellungsanspruch* » simplement théorique n'est d'aucune utilité pour le travailleur.

⁸⁵ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n°27, p. 213. Dans le même sens EGLI, *Besonder Haftungsmassstab*, n° 5, p. 47.

⁸⁶ KAHIL-WOLFF, REAS 4/2003, p. 305.

⁸⁷ ROBERTO, ArbR 2003, p. 34.

⁸⁸ CS-GLOOR, art. 337a CO, n° 2, p. 773 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 337a CO, n° 2, p. 1135 ; V. également à ce sujet Convention n° 173 concernant la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur, conclue à Genève le 25 juin 1992 (RS 0.822.727.3), à noter que les créances en dommages-intérêts ne sont pas couvertes par ladite convention (art. 7).

⁸⁹ CR-AUBERT, art. 337a CO, n° 4, p. 2100 ; BRÜHWILER, art. 337a CO, n° 2, p. 475 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 337a CO, n° 1, p. 1135 ; SUBILIA/DUC, art. 337a CO, n° 2, p. 630.

créances futures du travailleur⁹⁰. Ainsi, en présence de créances échues, non réglées par l'employeur, le travailleur peut résilier le contrat de travail en vertu de l'art. 337 CO⁹¹. L'insolvabilité de l'employeur permet, dans la situation gouvernée par l'art. 337 CO, au travailleur de résilier son contrat sans avertissement⁹². Le travailleur pourra certes résilier de façon immédiate son rapport d'emploi afin d'en nouer un nouveau auprès d'un autre employeur, ce qui peut s'avérer utile lorsque le travailleur ne remplit pas les conditions des art. 51 ss LACI⁹³. En définitive, tant que la créance en dommages-intérêts ne peut être remboursée par l'employeur insolvable, le travailleur devra en supporter la charge. Le rapport d'emploi auprès du nouvel employeur servira à rembourser, du moins en partie, la dette envers le tiers. L'art. 337a CO ne lui est ici d'aucun secours.

b. Travailleur lésé

29. **Principe.** En principe, la responsabilité civile de l'employeur se détermine selon les art. 97 *cum* 328 al. 2 CO ou selon l'art. 41 CO⁹⁴. A l'instar de l'employeur (cf. §15s.), le travailleur jouit ainsi d'une action en responsabilité délictuelle ou en responsabilité contractuelle qui forment un « *concours alternatif d'actions* »⁹⁵. Il existe cependant d'autres chefs de responsabilité. Le travailleur peut fonder, dans certaines circonstances, son action en responsabilité à l'égard de l'employeur sur l'art. 321e CO⁹⁶.

30. **Risque à la charge de l'employeur – Arrêt de principe.** Il ressort d'un arrêt jurassien, salué par la doctrine⁹⁷, que le travailleur peut se fonder sur l'art. 321e CO pour réclamer de l'employeur la réparation du dommage qu'il a subi « *en raison du risque dont [l'employeur] a la charge* »⁹⁸. En l'occurrence, les faits de la cause peuvent se résumer comme suit : une aide de laboratoire auprès d'une boulangerie assure une livraison sur demande de son employeur. La livraison est effectuée au moyen du véhicule privé du travailleur. Durant la livraison, un accident se produit. L'employée se retourne contre son employeur afin de réclamer la réparation d'une partie du dommage. Le tribunal de première instance fait droit à l'employée. Sur appel de l'employeur, le tribunal cantonal jurassien confirme le premier arrêt. A cet effet, il considère que le risque professionnel résultant de l'activité de livreur, c'est-à-dire le fait que la moindre petite inattention puisse provoquer un dommage, constituait le risque à la charge de l'employeur⁹⁹. Cette prise en charge du risque professionnel additionnée à la légèreté de la faute du travailleur et à la maigreur du salaire perçu par le travailleur conduit à réduire la responsabilité du travailleur à hauteur de 15% ; les 85% restants sont à la charge de l'employeur. En conséquence, il appartient à l'employeur d'indemniser le travailleur à hauteur de 85% du dommage subi.¹⁰⁰

31. **Commentaire.** Le préjudice apparaît dans cette situation comme une perte éprouvée au sein du patrimoine du travailleur¹⁰¹, le dommage pourrait cependant prendre n'importe quelle forme (cf. §92). A ce titre, l'action du travailleur sert à le replacer dans la situation qu'aurait été la sienne si le préjudice

⁹⁰ CR-AUBERT, art. 337a CO, n° 5, p. 2100 ; BRÜHWILER, art. 337a CO, n° 2, p. 475 ; CARRUZZO, art. 337a CO, p. 567 ; CS-GLOOR, art. 337a CO, n° 5, p. 774.

⁹¹ BRÜHWILER, art. 337a CO, n° 2, p. 475, qui mentionne les créances exigibles ; CS-GLOOR, art. 337a CO, n° 4, p. 774 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 337a CO, n° 3, p. 1136.

⁹² CS-GLOOR, art. 337 CO, n° 53, p. 760 ; SUBILIA/DUC, art. 337a CO, n° 4, p. 631 ; WYLER/HEINZER, p. 574, qui précisent que l'insolvabilité de l'employeur est ainsi élevée au rang de juste motif pour le licenciement, v. cependant BS-K-PORTMANN/RUDOLPH, art. 337a CO, n° 1, p. 2129, qui considèrent que l'insolvabilité n'est pas en soi un motif justifiant une résiliation automatique du contrat de travail.

⁹³ V. RUBIN, art. 51 LACI, n° 9, p. 424, qui précise que l'existence d'un contrat de travail est une nécessité pour obtenir les indemnités.

⁹⁴ CS-DUNAND, art. 328 CO, n° 72, p. 296 ; GEISER/MÜLLER, n° 472, p. 198 ss, auxquels nous renvoyons pour une énumération des chefs de responsabilité de l'employeur ; WYLER, *Responsabilité de l'employeur*, p. 660.

⁹⁵ CS-DUNAND, art. 328 CO, n° 73, p. 296.

⁹⁶ V. notamment, CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 7, p. 120 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 27, p. 213.

⁹⁷ MARTINELLI PETER, p. 656 ; BS-K-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 24, p. 1863 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 27, p. 213 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 9, p. 262.

⁹⁸ RJJ 3/1996, c. 3, p. 251.

⁹⁹ RJJ 3/1996, c. 3, p. 252.

¹⁰⁰ Pour le paragraphe, RJJ 3/1996, p. 246 ss = JAR 1998, p. 162 ss.

¹⁰¹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 27, p. 213.

s'était produit non dans le chef du travailleur mais dans celui de l'employeur¹⁰². A l'instar de ce que nous avons mentionné à l'égard du « *Freistellungsanspruch* », il convient donc de déterminer ce que le travailleur aurait dû verser à son employeur dans l'hypothèse où le préjudice se serait produit dans le patrimoine de ce dernier (cf. §16). Au demeurant, l'expression utilisée par la cour jurassienne est, à notre humble avis, révélatrice du véritable fondement de la prétention du travailleur. En effet, « *le risque dont [l'employeur] a la charge* » explicite et rappelle les conséquences de la répartition du risque entrepreneurial. Cet arrêt, quelque peu isolé et vieillissant, est remis au goût du jour par certains auteurs qui considèrent qu'il convient d'étendre sa portée aux dommages causés aux appareils personnels du travailleur durant l'exécution des tâches professionnelles¹⁰³. Au regard du présent arrêt, il nous semble nécessaire d'affirmer que les règles de responsabilité du travailleur ne sont pas uniquement génératrices de dettes du travailleur, mais qu'au contraire, ce dernier se voit acquérir une prétention qu'il peut faire valoir à l'égard de son employeur. Il apparaît donc que la situation est fortement similaire à celle du « *Freistellungsanspruch* ». Cette remarque peut sembler anodine, mais nous pensons qu'elle déploie certaines conséquences pratiques, notamment en matière de renonciation du travailleur (cf. §178).

B. Délimitations

32. Nous présentons, au sein de ce chapitre, les différentes normes qui concernent spécifiquement la responsabilité du travailleur. Cet examen se structure en trois parties, nous analysons ainsi certaines autres normes issues des dispositions sur le contrat individuel de travail (section 1), puis nous nous penchons sur les normes relatives à d'autres formes de contrat de travail (section 2), nous finirons ce chapitre par quelques relations contractuelles où l'art. 321e CO peut être amené à jouer un rôle aux côtés ou par le truchement d'autres dispositions (section 3). Il apparaît nécessaire d'exclure, d'entrée de jeu, les questions qui ont trait à la concurrence déloyale, car ce domaine s'éloigne du présent travail. Enfin, il est inutile de chercher une norme de responsabilité au sein du droit public du travail, puisqu'il n'en existe pas¹⁰⁴.

1. Autres normes de responsabilité au sein du contrat individuel de travail

33. Nous abordons au sein de cette section certaines normes qui peuvent fonder la responsabilité du travailleur qui découlent d'un contrat individuel de travail. Nous choisissons¹⁰⁵ de traiter de la responsabilité découlant d'une résiliation immédiate (sous-section a), de la responsabilité découlant de la non-prise d'emploi ou de l'abandon injustifié d'emploi (sous-section b), ainsi que de la responsabilité découlant de la violation d'une clause de prohibition de concurrence (sous-section c). Pour chaque situation nous expliquons d'abord son mécanisme, puis les liens qui sont entretenus avec l'art. 321e CO.

a. Résiliation immédiate

34. **Principe.** Une violation contractuelle fautive du travailleur peut constituer le motif justificatif d'une résiliation immédiate¹⁰⁶. Dans ce cas, l'art. 337b al. 1 CO permet à l'employeur d'exiger la réparation intégrale du préjudice qui se tient dans un rapport de causalité adéquat avec le licenciement¹⁰⁷, ce qui

¹⁰² BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 24, p. 1863 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 27, p. 213, qui considère qu'il s'agit d'une application analogique de l'art. 321e CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 9, p. 262.

¹⁰³ FANTI, p. 178 ; REUTTER/KLAUS, *digma* 4/2012, p. 161 ; WILDHABER/HÄNSENBERGER, *DTA* 3/2016, p. 158s. V. termes anglophone : « *BYOD* », « *Bring your own device* ».

¹⁰⁴ GEISER/MÜLLER, n° 467, p. 196.

¹⁰⁵ Nous excluons donc l'analyse de la responsabilité fondée par l'art. 336a CO, parce qu'elle ne fonde pas uniquement la responsabilité du travailleur, mais aussi celle de l'employeur.

¹⁰⁶ BRÜHWILER, art. 337b CO, n° 2, p. 478 ; CS-GLOOR, art. 337b CO, n° 2, p. 780 ; ZK-STAEHELIN, art. 337b CO, n° 4, p. 259, qui précise qu'en présence d'une faute légère l'art. 337b al. 2 CO trouvera application ; SCHWEINGRUBER, art. 337b CO, p. 262 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 337b CO, n° 1 et 3, p. 1143 ; WITZIG, *Droit du travail*, n° 873 ss, p. 307s., auquel nous renvoyons pour un approfondissement des violations contractuelles susceptibles de constituer un juste motif.

¹⁰⁷ ATF 137 III 303, c. 2.1.1 ; CS-GLOOR, art. 337b CO, n° 4, p. 781 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 337b CO, n° 1, p. 356. Nous ne traitons pas des questions spécifiques liées à la réparation de la perte de gain en relation avec l'art. 337d CO, nous renvoyons pour ce faire à ATF 123 III 257,

correspond à l'intérêt positif (cf. §93) jusqu'au prochain terme ordinaire du contrat¹⁰⁸. Il faut y ajouter le dommage découlant directement du renvoi du travailleur (p.ex. remplacement du travailleur, différence de rémunération des autres travailleurs due aux heures supplémentaires), l'employeur ne peut cependant réclamer la réparation des dommages qu'il aurait dû supporter dans tous les cas, notamment ceux qui seraient survenus même en présence d'une résiliation ordinaire¹⁰⁹. La loi oblige ainsi le travailleur à réparer les conséquences financières qui se trouvent dans un lien de causalité adéquat avec son licenciement^{110, 111}

35. **Lien avec l'art. 321e CO – Préjudices à réparer différents.** Ainsi, l'art. 337b al. 1 CO ne permet pas d'exiger la réparation du dommage découlant de la violation contractuelle qui constitue le motif justificatif de la résiliation. La réparation de cette dernière est souverainement gouvernée par l'art. 321e CO.¹¹²

36. **Motifs de l'art. 321e al. 2 CO.** Les motifs de l'art. 321e al. 2 CO qui permettent de mesurer la diligence attendue du travailleur et de diminuer en conséquence l'étendue de son obligation de réparation (cf. §218) ne peuvent pas être repris, ou du moins pas dans la même mesure, en ce qui concerne la responsabilité fondée sur l'art. 337b al. 1 CO¹¹³. En effet, le texte de la loi mentionne clairement une indemnisation totale, « de sorte que les règles ordinaires en matière de réparation du dommage s'appliquent »¹¹⁴.

37. **Effets du licenciement sur la responsabilité du travailleur.** Le fait qu'une violation contractuelle ait été sanctionnée par une résiliation immédiate du contrat de travail n'a pas d'influence sur la responsabilité civile du travailleur au sens de l'art. 321e CO. En d'autres termes, ladite responsabilité civile du travailleur ne saurait être aggravée ou diminuée du fait qu'un licenciement immédiat a été prononcé.¹¹⁵

b. Non-entrée en service et abandon injustifié d'emploi

38. **Principe – Absence du travailleur.** L'art. 337d CO régit la résiliation immédiate qui découle de l'abandon d'entrée ou de la non-prise d'emploi par le travailleur. L'art. 337d CO est subordonné à « un refus conscient, intentionnel et définitif du travailleur d'entrer en service ou de poursuivre l'exécution du travail confié »¹¹⁶. En sus, il ne doit pas exister de juste motif permettant au travailleur de résilier le contrat de travail de manière immédiate¹¹⁷. L'employeur doit pouvoir déduire du refus la volonté du travailleur de rompre le rapport contractuel, ainsi à défaut de déclaration expresse ou

c. 5a ; BRÜHWILER, art. 337b CO, n° 3, p. 479 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 337b CO, n° 2, p. 2130 ; SUBILIA/DUC, art. 337b CO, n° 2, p. 635.

¹⁰⁸ ATF 99 II 308, c. 7 ; 97 II 142, c. 5 ; CARRUZZO, art. 337b CO, n° 1, p. 569 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 337b CO, n° 1, p. 2130 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 337b CO, n° 2, p. 356 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 337b CO, n° 3s., p. 1144 ; SUBILIA/DUC, art. 337b CO, n° 3s., p. 635s.

¹⁰⁹ BRÜHWILER, art. 337b CO, n° 3, p. 479 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 337b CO, n° 1, p. 283 ; CS-GLOOR, art. 337b CO, n° 4, p. 781 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 337b CO, n° 2, p. 356 ; ZK-STAEHELIN, art. 337b CO, n° 7, p. 261, auquel nous renvoyons pour une présentation plus étendue du dommage pouvant être réparé par le biais de l'art. 337b al. 1 CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 337b CO, n° 4, p. 1144.

¹¹⁰ ATF 133 III 657, c. 3.2 ; 123 III 257, c. 5a ; TF 4A_172/2012 du 22 août 2012, c. 9.4.2 ; BRÜHWILER, art. 337b CO, n° 2, p. 478.

¹¹¹ ATF 123 III 257, c. 5a ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 14, p. 204s. ; WYLER/HEINZER, p. 122.

¹¹² Pour le paragraphe, ATF 123 III 257, c. 5a ; CR-AUBERT, art. 337b CO, n° 1, p. 2101 ; BRÜHWILER, art. 337b CO, n° 2, p. 478 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 337b CO, n° 1, p. 284 ; CS-GLOOR, art. 337a CO, n° 6, p. 782 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 337b CO, n° 2, p. 2130 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 14, p. 204s. ; art. 337b CO, n° 2, p. 356 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 255s, art. 337b CO, n° 3, p. 1144 ; WYLER/HEINZER, p. 122.

¹¹³ ATF 123 III 257, c. 5a ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 337b CO, n° 3, p. 357 ; ZK-STAEHELIN, art. 337b CO, n° 2, p. 259 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 255 ; WYLER/HEINZER, p. 122.

¹¹⁴ WYLER/HEINZER, p. 122s. V. également BRÜHWILER, art. 337b CO, n° 2, p. 478s. ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 337b CO, n° 2, p. 2130 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 337b CO, n° 2, p. 357 ; ZK-STAEHELIN, art. 337b CO, n° 5, p. 260s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 255s., art. 337b CO, n° 3, p. 1143 ; SUBILIA/DUC, art. 337b CO, n° 9, p. 638.

¹¹⁵ Pour le paragraphe, ATF 123 III 257, c. 5a ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 256 ; SUBILIA/DUC, art. 321e CO, n° 20, p. 159 ; WITZIG, *Droit du travail*, n°1250, p. 410 ; WYLER/HEINZER, p. 122.

¹¹⁶ ATF 112 II 41, c. 2 ; TF 4C.169/2001 du 22 août 2001, c. 3.b/aa. V. également BRÜHWILER, art. 337d CO, n° 1, p. 491 ; CARRUZZO, art. 337d CO, n° 1, p. 575 ; CS-GLOOR, art. 337d CO, n° 6, p. 802 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 337d CO, n° 1, p. 2135 ; SUBILIA/DUC, art. 337d CO, n° 4, p. 655.

¹¹⁷ BRÜHWILER, art. 337d CO, n° 1, p. 491 ; ZK-STAEHELIN, art. 337d CO, n° 4, p. 285 ; SUBILIA/DUC, art. 337d CO, n° 4, p. 655.

d'actes concluants, il faut faire usage du principe de la confiance¹¹⁸. En cas de doute sur la portée des actes du travailleur, l'employeur doit le sommer de reprendre son travail¹¹⁹. L'omission de cette sommation entraîne la survivance de l'obligation de l'employeur de verser le salaire¹²⁰. L'art. 337b CO prend le pas sur l'art. 337d CO, dans la mesure où l'employeur a manifesté sa volonté de licencier le travailleur avant que ce dernier n'ait manifesté sa volonté de démissionner¹²¹.

39. *Indemnité forfaitaire.* L'art. 337d al. 1 CO prévoit un forfait d'un quart du salaire pour le cas d'une non-entrée en service ou d'un abandon injustifié d'emploi, qu'il appartient à l'employeur de prouver¹²² et ce dernier doit, en sus, alléguer la survenance d'un dommage. Toutefois, il devra prouver l'existence d'un dommage, lorsque ce dernier est supérieur au montant du quart du salaire. A l'inverse, le travailleur peut prouver que l'employeur n'a pas subi de dommage, p.ex. si l'employeur avait pu réaffecter directement un nouveau travailleur ou s'il n'a pas pris les mesures de réduction du dommage. En cas de non-entrée en service, le travailleur devra indemniser l'intérêt négatif de l'employeur, alors qu'en présence d'un abandon d'emploi, il devra indemniser l'intérêt positif¹²³.¹²⁴
40. *Absence de courte durée.* L'absence injustifiée de courte durée ne permet pas, sans autres circonstances, à l'employeur de déduire des circonstances que le travailleur a abandonné son emploi¹²⁵. Ce faisant, si elle ne constitue pas un abandon injustifié, l'absence peut constituer une violation contractuelle pouvant entraîner l'application de l'art. 321e CO¹²⁶(cf. §66 et §73). La qualification juridique de l'absence de courte durée entraîne donc de grandes conséquences et présente ainsi un intérêt pratique prononcé.
41. **Liens avec l'art. 321e CO.** Il existe, en effet, plusieurs différences entre l'art. 337d CO et l'art. 321e CO, en sus du mécanisme de forfaitisation de l'indemnité découlant de la simple allégation (cf. §39). L'art. 337d CO fait partie du corps de règles absolument impératives, alors que l'art. 321e CO appartient aux règles relativement impératives et par conséquent la conclusion d'une clause pénale en garantie de l'art. 337d CO n'est pas autorisée¹²⁷. Il existe une règle sur la péremption des créances qui découlent de l'art. 337d CO¹²⁸, à la différence de l'art. 321e CO qui n'en connaît pas. Les deux normes se rejoignent cependant dans la mesure où certains auteurs considèrent que l'art. 321e CO s'applique à l'évaluation du dommage qui découle de la violation sanctionnée par l'art. 337d CO¹²⁹.
- c. Contravention à une clause de prohibition de faire concurrence
42. **Mécanisme.** La clause de prohibition de concurrence sert à protéger l'employeur après la fin des rapports de travail¹³⁰, car l'art. 321a al. 4 CO offre, selon certains auteurs, une protection minimale qui peut se révéler insuffisante¹³¹. L'art. 340b CO prévoit les conséquences de la violation d'une clause de prohibition de concurrence. Selon l'art. 340b al. 1 CO, le travailleur est tenu réparer le dommage

¹¹⁸ TF 4C.169/2001 du 22 août 2001, c. 3.b/aa ; CARRUZZO, art. 337d CO, n° 1, p. 575s. ; ZK-STAEHELIN, art. 337d CO, n° 3, p. 284.

¹¹⁹ ZK-STAEHELIN, art. 337d CO, n° 5, p. 285.

¹²⁰ ZK-STAEHELIN, art. 337d CO, n° 5, p. 286.

¹²¹ CS-GLOOR, art. 337d CO, n° 14, p. 805. V. également, SUBILIA/DUC, art. 337b CO, n° 6 et 8, p. 636s., qui considèrent toutefois que lorsque l'employeur résilie le contrat de travail car le travailleur a abandonné son emploi, c'est l'art. 337d CO qui s'applique.

¹²² TF 4C.169/2001 du 22 août 2001, c. 3.b/aa.

¹²³ CS-GLOOR, art. 337d CO, n° 15s., p. 805 ; GLOOR, DTA 3/2013, p. 208s., qui précise les effets ex tunc de la non-entrée en service ; ZK-STAEHELIN, art. 337d CO, n° 7, p. 286s., qui n'admet cependant que la réparation de l'intérêt positif.

¹²⁴ Pour le paragraphe, ATF 118 II 312, c. 2a = JdT 1993 I 663 ; BRÜHWILER, art. 337d CO, n° 2s. et 5, p. 492 ss ; CARRUZZO, art. 337d CO, n° 2, p. 577 ; CS-GLOOR, art. 337d CO, n° 13, p. 804 ; Bsk-PORTMANN/RUDOLPH, art. 337d CO, n° 2s., p. 2136 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 11, p. 203 ; ZK-STAEHELIN, art. 337d CO, n° 9 ss, p. 288s. ; SUBILIA/DUC, art. 337d CO, n° 5, p. 655 ss.

¹²⁵ TF 4C.169/2001 du 22 août 2001, c. 3.b/aa ; BRÜHWILER, art. 337d CO, n° 1, p. 491.

¹²⁶ BRÜHWILER, art. 337d CO, n° 1, p. 491 ; CARRUZZO, art. 337d CO, n° 1, p. 576 ; CS-DUNAND, art. 321 CO, n° 8s., p. 48 ; CS-GLOOR, art. 337d CO, n° 9 et 19, p. 802 et 806, qui précise qu'en Allemagne la situation de l'art. 337d CO est considérée comme une violation positive du contrat ; ZK-STAEHELIN, art. 337d CO, n° 3, p. 284, selon lui la situation est identique lorsque le travailleur arrive en retard de quelques jours.

¹²⁷ CS-GLOOR, art. 337d CO, n° 20, p. 807 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 11, p. 203 ; ZK-STAEHELIN, art. 337d CO, n° 17, p. 291 ; SUBILIA/DUC, art. 337d CO, n° 11, p. 659. A ce propos pour l'art. 321e CO, cf. §196 ss.

¹²⁸ Bsk-PORTMANN/RUDOLPH, art. 337d CO, n° 4, p. 2136 ; ZK-STAEHELIN, art. 337d CO, n° 12 ss, p. 289s., qui détaille la règle de péremption de l'art. 337d CO et auquel nous renvoyons.

¹²⁹ SUBILIA/DUC, art. 337d CO, n° 7, p. 658.

¹³⁰ COTTI, n° 185 ss, p. 74 ss, auquel nous renvoyons pour plus de détails sur les activités qui peuvent être prohibées au travailleur et pour un approfondissement des conditions matérielles qui sous-tendent la validité d'une clause de prohibition de concurrence.

¹³¹ NATALI, p. 6.

qui résulte de la violation. Le dommage correspond, dans cette hypothèse, à l'intérêt positif¹³². La réparation du dommage constitue le seul moyen de l'employeur si les parties n'ont rien prévu d'autre, à l'exclusion d'une action en cessation¹³³. L'art. 340b al. 2 CO instaure une présomption réfragable qu'une clause pénale intervenue en garantie des obligations de non-concurrence présente un caractère résolutoire¹³⁴, afin de protéger le travailleur dont tous les comportements contraires à la clause ne seront plus sanctionnés après le paiement de la peine conventionnelle¹³⁵. Le travailleur reste cependant tenu d'indemniser l'employeur si le préjudice excède le montant de la peine conventionnelle¹³⁶. Selon l'art. 340b al. 3 CO, l'action en cessation de la concurrence introduite conventionnellement est subordonnée à la forme écrite et conditionnée à l'existence d'un « *intérêt particulier de l'employeur, qui doit être retenu comme considérable et [d']un comportement de l'employé correspondant à un abus de droit particulièrement grave* »¹³⁷. Cette action est indépendante de l'existence d'une clause pénale¹³⁸. La doctrine la décrit comme une *ultima ratio*, au vu des conditions très strictes auxquelles elle est soumise¹³⁹, constituant ainsi une *lex specialis* à l'art. 98 CO¹⁴⁰.

43. **Liens avec l'art. 321e CO.** Malgré leur quasi-absence dans la lettre de l'art. 340b CO, les conditions de responsabilité doivent être réunies¹⁴¹. A l'instar de l'art. 321e CO, la faute est présumée¹⁴² (cf. §121). STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH considèrent, d'ailleurs, que l'art. 321e CO est applicable à la violation d'une clause de prohibition de concurrence, toutefois la violation sera, le plus souvent, intentionnelle et empêchera par conséquent une réduction basée sur l'art. 321e CO¹⁴³ (cf. §221). D'autres auteurs rejettent cette application puisque le dommage ne survient qu'après la fin des relations de travail¹⁴⁴. Nous tenons encore à souligner que nous abordons aussi, au sein de ce mémoire, la question d'une action en exécution basée sur l'art. 321e CO (cf. §256), nous pouvons relever à ce stade que l'art. 340b al. 3 CO apporte plus de clarté sur ce point.

2. Normes de responsabilité au sein de contrats de travail à caractère spécial

44. Nous abordons au sein de cette section les normes de responsabilité au sein des contrats de travail à caractère spécial. Il s'agit du contrat de travail à domicile (sous-section a) et du contrat de voyage de commerce (sous-section b), qui contiennent tous deux des normes de responsabilité spécifiques. Le contrat d'apprentissage ne contient pas de normes de responsabilité. Il conviendra aussi de déterminer la portée de l'art. 321e CO au sein des différents régimes de responsabilité présentés.

a. Contrat de travail à domicile

45. **Source.** La responsabilité du travailleur à domicile connaît sur certains points une réglementation spécifique¹⁴⁵, plus précisément à l'art. 352 al. 2 CO, qui concerne le travail défectueux et à l'art. 352a

¹³² CS-AUBRY GIRARDIN, art. 340b CO, n° 12, p. 852 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 340b CO, n° 2, p. 1257.

¹³³ NATALI, p. 64 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 340b CO, n° 2, p. 1257, qui utilisent le terme « *Hauptsanktion* ».

¹³⁴ CS-AUBRY GIRARDIN, art. 340b CO, n° 18, p. 854 ; MOESCH, p. 345.

¹³⁵ NATALI, p. 67 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 340b CO, n° 4, p. 1259.

¹³⁶ MOESCH, p. 345.

¹³⁷ MOESCH, p. 343s. V. également CS-AUBRY GIRARDIN, art. 340b CO, n° 24, p. 856 ; NATALI, p.72 ss ; ZK-STAEHELIN, art. 340b CO, n° 15 ss, p. 372s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 340b CO, n° 8, p. 1265s.

¹³⁸ CS-AUBRY GIRARDIN, art. 340b CO, n° 21, p. 855 ; MOESCH, p. 343 ; NATALI, p. 72 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 340b CO, n° 11, p. 466 ; ZK-STAEHELIN, art. 340b CO, n° 8, p. 367, qui ajoute que l'action en exécution existe même après le paiement de la clause pénale par le travailleur ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 340b CO, n° 8, p. 1268. Les deux derniers ouvrages soulignent toutefois l'existence d'une controverse à ce sujet.

¹³⁹ NATALI, p. 71.

¹⁴⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 340b CO, n° 8, p. 1264 ; ZK-STAEHELIN, art. 340b CO, n° 2, p. 365, qui précise que l'art. 98 al. 3 CO n'est pas applicable.

¹⁴¹ CS-AUBRY GIRARDIN, art. 340b CO, n° 8, 12 et 13, p. 851s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 340b CO, n° 2, p. 1257.

¹⁴² CS-AUBRY GIRARDIN, art. 340b CO, n° 9, p. 852 ; NATALI, p. 65 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 340b CO, n° 2, p. 459 ; ZK-STAEHELIN, art. 340b CO, n° 3, p. 365.

¹⁴³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 340b CO, n° 2, p. 1257.

¹⁴⁴ ZK-STAEHELIN, art. 340b CO, n° 2, p. 365.

¹⁴⁵ Nous précisons ici, que la présente sous-section n'aborde pas les questions qui ont trait à la LTrD, nous renvoyons pour ces questions à WITZIG, *Droit du travail*, n° 434 et 440 ss, p. 169 ss. Nous renvoyons également à GEISER, PJA 7/1997, p. 793, pour une reprise des principes développés dans cette sous-section au « *Computer-Arbeitsplätze* ».

al. 3 CO, qui concerne les conséquences civiles de la détérioration du matériel remis¹⁴⁶. Les spécificités structurelles du contrat de travail à domicile rapprochent ce dernier du contrat d'entreprise¹⁴⁷.

46. **Proximité avec le contrat d'entreprise – Travail défectueux.** A l'instar de l'entrepreneur, le travailleur à domicile peut être contractuellement astreint à une obligation de résultat, soit exécuter un ouvrage ou produire un certain résultat¹⁴⁸. Il découle de cette spécificité que l'employeur peut exiger la suppression du défaut dans la mesure du possible¹⁴⁹. Pour ce faire, il incombera à l'employeur de signaler les défauts dans la semaine suivant la livraison (art. 353 CO)¹⁵⁰. La responsabilité ressemble donc à ce que connaît le régime du contrat d'entreprise. Toutefois la responsabilité du travail à domicile se distancie du contrat d'entreprise sur le point de la faute, absente de l'art. 368 al. 2 CO¹⁵¹. En effet, le défaut doit être imputable à la faute du travailleur¹⁵².

47. **Détérioration du matériel.** L'art. 352a al. 1 CO qui prévoit une obligation de diligence, en lien avec les outils et matériaux remis au travailleur, est à nouveau très proche du régime du contrat d'entreprise¹⁵³. C'est uniquement la « *détérioration fautive [...] des outils et du matériel confié* »¹⁵⁴ par le travailleur qui fait l'objet de la responsabilité inscrite à l'art. 352a al. 3 CO. De plus, le travailleur ne sera tenu de fournir des dommages-intérêts qu'à hauteur des frais de remplacement¹⁵⁵. A nouveau, la responsabilité du travailleur se retrouve diminuée et sert la protection sociale du travailleur¹⁵⁶.

48. **Application subsidiaire de l'art. 321e CO.** En vertu de l'art. 355 CO, l'art. 321e CO est d'application subsidiaire afin de répondre aux questions non-réglées par les articles susmentionnés¹⁵⁷. Il pourra, en particulier, s'agir d'une application des critères de l'art. 321e al. 2 CO, tel que le risque professionnel¹⁵⁸. G. AUBERT¹⁵⁹ est toutefois d'avis que les dispositions relatives au contrat d'entreprise s'appliquent, par analogie, à l'incombeance de l'employeur de signaler les défauts¹⁶⁰.

b. Contrat d'engagement de voyageur de commerce

49. **Source.** L'art. 348a al. 1 CO rappelle, pour la responsabilité du voyageur de commerce, le principe selon lequel l'employeur supporte le risque d'entreprise¹⁶¹ (cf. §140). L'art. 348a al. 2 CO constitue une exception à ce principe, puisque certains voyageurs de commerce peuvent s'engager à répondre, au plus, d'un quart du dommage découlant de l'inexécution d'une obligation par un

¹⁴⁶ CS-DUNAND, art. 321e CO, n°4, p. 119 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 17, p. 206 ; SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 69 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n°1, p. 250 ; WITZIG, *Droit du travail*, n° 438, p. 171.

¹⁴⁷ SUBILIA/DUC, art. 352 CO, n° 7, p. 869. V. également BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 352 CO, n° 5, p. 737 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 352a CO, n° 1, p. 1407.

¹⁴⁸ CS-AUBERT, art. 352 CO, n° 17, p. 1076 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 351 CO, n° 4, p. 707. Par opposition au contrat de travail individuel qui prévoit uniquement une obligation de moyen (cf. §83).

¹⁴⁹ CS-AUBERT, art. 352 CO, n° 24s., p. 1078 ; BSK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 352 CO, n° 2, p. 2197 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 352 CO, n° 5, p. 737, qui considère toutefois qu'il ne s'agit pas d'une spécificité du contrat de travail à domicile, mais « [d]ass eine Nachbesserungspflicht im Falle des Verschuldens also nur bei der Heimarbeit und nicht generell im Arbeitsverhältnis besteht, ist rechtspolitisch kaum einleuchtend » ; ZK-STAEHELIN, art. 352 CO, n° 4, p. 526.

¹⁵⁰ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 353 CO, n° 1 et 3, p. 745s. ; ZK-STAEHELIN, art. 352 CO, n° 4 et 6, p. 256s., art. 353 CO, n° 2, p. 533 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 352 CO, n° 5, p. 1405.

¹⁵¹ MÜLLER, *Contrats*, n° 1630, p. 336 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 352 CO, n° 5, p. 737 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n° 3767, p. 518.

¹⁵² CS-AUBERT, art. 352 CO, n° 20, qui précise que la faute est présumée (art. 97 CO) ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 352 CO, n° 5, p. 737 ; ZK-STAEHELIN, art. 352 CO, n° 5, p. 526, qui précise que cette condition n'est pas remplie quand l'employeur n'a pas suffisamment instruit le travailleur à domicile ou qu'il connaissait l'incapacité de ce dernier ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 352 CO, n° 3, p. 1405.

¹⁵³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 352a CO, n° 1, p. 1407.

¹⁵⁴ CS-AUBERT, art. 352a CO, n° 29, p. 1084.

¹⁵⁵ CS-AUBERT, art. 352a CO, n° 33, p. 1085 ; BSK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 352a CO, n° 3, p. 2198 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 352a CO, n° 6, p. 742 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 352a CO, n° 5, p. 1408 ; SUBILIA/DUC, art. 352a CO, n° 7, p. 872.

¹⁵⁶ ZK-STAEHELIN, art. 352a CO, n° 7, p. 351.

¹⁵⁷ CS-AUBERT, art. 352 CO, n° 18, p. 1077, art. 352a CO, n° 30, p. 1084. V. également ZK-STAEHELIN, art. 352a CO, n° 5, p. 530 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 352a CO, n° 6, p. 1408 ; SUBILIA/DUC, art. 352 CO, n° 8, p. 869, art. 352a CO, n° 7, p. 872.

¹⁵⁸ CS-AUBERT, art. 352a CO, n° 24, p. 1083 BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 352 CO, n° 5, p. 737 ; ZK-STAEHELIN, art. 352 CO, n° 4, p. 526.

¹⁵⁹ Nous nous permettons d'inscrire exceptionnellement l'initiale du prénom de l'auteur car les dispositions du contrat de travail à domicile ont été commentées, au sein du « commentaire Stämpfli », par un homonyme (D. AUBERT).

¹⁶⁰ CR-AUBERT, art. 353 CO, n° 1, p. 2145.

¹⁶¹ CS-AUBERT, art. 348a CO, n° 6, p. 991 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 348a CO, n° 1, p. 648.

client, en contrepartie d'une provision du croire¹⁶². Un tel accord est soumis à la forme écrite¹⁶³. Au demeurant, il s'agit d'une norme relativement impérative^{164, 165}.

50. **Application subsidiaire de l'art. 321e CO.** En vertu de l'art. 355 CO, l'art. 321e CO est d'application subsidiaire afin de répondre aux questions non-réglées par les articles susmentionnés¹⁶⁶. À l'inverse, la jurisprudence ne s'est pas encore définitivement prononcée sur la validité d'une reprise contractuelle de l'art. 348a al. 2 CO au sein d'un contrat individuel de travail¹⁶⁷ (cf. §214).

3. Norme de responsabilité au sein de relations contractuelles spécifiques

51. Nous présentons l'application de l'art. 321e CO à des relations qui semblent être, à première vue, gouvernée par d'autres dispositions. Le but de cette partie est d'analyser l'application de l'art. 321e CO en dehors des relations régies par le titre dixième du CO. Pour ce faire, nous présentons la responsabilité du travailleur loué (sous-section a), la responsabilité de l'administrateur-travailleur (sous-section b) et le fondement de la responsabilité dans la fonction publique, lors d'un placement à l'essai, ainsi que pour les membres d'un équipage (sous-section c).

a. Location de service

52. **Principe – Constellation tripartite.** La location de service représente une constellation contractuelle qui implique l'intervention de trois parties liées entre elles par deux rapports juridiques. Le bailleur de service est lié par un contrat de travail au travailleur loué¹⁶⁸ et par un contrat de location de service, de nature *sui generis*, au locataire de service¹⁶⁹. Le travailleur loué est donc juridiquement lié au bailleur de service¹⁷⁰, mais effectue sa prestation auprès du locataire de service¹⁷¹. Ce dernier dispose du droit de donner des instructions et de surveiller le travailleur loué¹⁷². La relation juridique entre le travailleur et le locataire est qualifiée de quasi-contractuelle¹⁷³ ou de rapport de travail indirect¹⁷⁴. Certains auteurs écartent ces qualifications au profit d'une stipulation pour autrui contenue dans le contrat de travail, de sorte que les dispositions sur le contrat individuel de travail seraient directement applicables, en particulier l'art. 321e CO¹⁷⁵.

53. **Mutisme de la LSE.** Aucune norme de responsabilité civile n'a été inscrite dans la LSE¹⁷⁶. Par conséquent, une partie de la doctrine considère qu'elle est régie par l'art. 41 CO puisque la relation n'est pas régie par un contrat de travail¹⁷⁷. Cette solution avait également été retenue par le CF¹⁷⁸. La responsabilité du travailleur, selon l'art. 41 CO, aggrave la responsabilité du travailleur par rapport à

¹⁶² CS-AUBERT, art. 348a CO, n° 12 ss, p. 991s., auquel nous renvoyons pour un examen plus approfondi des conditions ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 348a CO, n° 1, p. 2186 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 348a CO, n° 1 et 3 ss, p. 648 ss ; ZK-STAEHELIN, art. 348a CO, n° 3 ss, p. 469 ss ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 348a CO, n° 3s., p. 1367s. ; SUBILIA/DUC, art. 348a CO, n° 5 ss, p. 823s., auquel nous renvoyons pour plus de détails concernant le dommage que le voyageur de commerce doit supporter.

¹⁶³ CS-AUBERT, art. 348a CO, n° 14, p. 992.

¹⁶⁴ CS-AUBERT, art. 348a CO, n° 10, p. 991 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 348a CO, n° 8, p. 652.

¹⁶⁵ Nous ne traiterons pas de l'art. 348a al. 3 CO, car il concerne les contrats d'assurances, dont le traitement resterait certes minimal mais dépasserait d'ores et déjà le cadre du présent mémoire.

¹⁶⁶ CS-AUBERT, art. 355 CO, n° 1, p. 1110. V. également ZK-STAEHELIN, art. 348a CO, n° 2, p. 469.

¹⁶⁷ TF 4A_498/2007 du 3 juillet 2008, c. 4.2.1 et 4.2.2.

¹⁶⁸ GEISER, PJA 7/1997, p. 795 ; MATILE/ZILLA, p. 6 ; THÉVENOZ, *Travail intérimaire*, n° 169 s., p. 76, qui précise que l'existence d'un contrat de travail semble être une nécessité (quasi-)politique vis-à-vis des partenaires sociaux et des locataires de services et n° 182 ss, p. 79 ss, auquel nous renvoyons pour plus de détails sur la qualification contractuelle.

¹⁶⁹ GEISER, PJA 7/1997, p. 795 ; MATILE/ZILLA, p. 6 ; THÉVENOZ, *Travail intérimaire*, n° 357, p. 139, qui considère qu'il s'agit d'un contrat de mandat. V. également, CARRUZZO, art. 321e CO, n° 1, p. 93.

¹⁷⁰ BYRNE-SUTTON, p. 36 ; MATILE/ZILLA, p. 6 ; THÉVENOZ, *Travail intérimaire*, n° 169, p. 76.

¹⁷¹ MATILE/ZILLA, p. 6 ; THÉVENOZ, *Travail intérimaire*, n° 365 ss, p. 142s.

¹⁷² BYRNE-SUTTON, p. 36 ; LOOSER, n° 67 ss, p. 20s., concernant le transfert du pouvoir de donner des directives ; MATILE/ZILLA/STREIT, p. 9.

¹⁷³ TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.3.1 ; MATILE/ZILLA, p. 9.

¹⁷⁴ TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.3.1, v. aussi BezGer GR, JAR 2004 p. 510.

¹⁷⁵ GEISER, PJA 7/1997, p. 796 ; THÉVENOZ, *Travail intérimaire*, n° 1026, p. 334 ; VISCHER/MÜLLER, §18, n°18, p. 240. V. également STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 257.

¹⁷⁶ GEISER, PJA 7/1997, p. 796 ; LOOSER, n° 53, p. 16, considère que les normes du CO sont d'applications subsidiaires et que la LSE et ses ordonnances sont des *lex specialis*.

¹⁷⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 22, p. 210 ; WYLER/HEINZER, p. 121 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 257.

¹⁷⁸ Message service de l'emploi, p. 537.

l'art. 321e CO¹⁷⁹. La doctrine critique cette aggravation considérant qu'elle ne reflète pas la réalité sociale : le travailleur loué étant une partie faible au contrat et le locataire jouissant du droit de directive et de surveillance, une partie forte, de sorte que la responsabilité civile du travailleur ne devrait pas être davantage aggravée¹⁸⁰. Fort de ces considérations, le TF, sans trancher la question de la nature des liens entre le travailleur loué et le locataire de service¹⁸¹, se joint à la doctrine¹⁸² et considère que le large pouvoir d'appréciation du juge (cf. §238) permet de prendre en compte les critères de l'art. 321e al. 2 CO dans la détermination de l'étendue de l'obligation de réparer¹⁸³.

54. **Favorisation du travailleur loué – Action du locataire de service.** WYLER/HEINZER remarquent que l'application des critères de l'art. 321e al. 2 CO à l'action délictuelle du locataire de service favorise en définitive le travailleur loué, puisqu'il appartiendra au locataire de service de prouver la faute du travailleur loué¹⁸⁴, en sus de la limite du délai relatif annuel de prescription (art. 60 CO).¹⁸⁵

55. *Action du bailleur de service.* La responsabilité du travailleur loué envers le bailleur de service découle d'un véritable contrat individuel de travail et obéit de ce fait aux principes dégagés de l'art. 321e CO¹⁸⁶(cf. §15 ss).

b. Administrateur-travailleur

56. **Régimes de responsabilité envisageables – Principe.** L'administrateur d'une société peut être lié par un contrat individuel de travail à la société¹⁸⁷. Dans cette hypothèse, l'administrateur est lié par un double rapport juridique¹⁸⁸. Dès lors se pose la question du chef de responsabilité applicable entre l'art. 754 CO et l'art. 321e CO¹⁸⁹. Il est même envisageable, dans certaines circonstances, de fonder la responsabilité sur l'art. 2 al. 2 CC¹⁹⁰.

57. *Champs d'application respectifs.* Les deux premières dispositions sanctionnent une obligation de diligence différente : l'art. 754 CO sanctionne la violation de l'art. 717 CO et l'art. 321e CO celle des art. 321a ss CO¹⁹¹. Le TF considère que les prétentions doivent donc faire l'objet d'un examen séparé¹⁹². A ce titre, MÜLLER considère qu'il n'existe pas de risque d'une sur-indemnisation, puisque la réparation du premier préjudice se déduit du montant du second fondement¹⁹³. De plus, HEINZER considère qu'il existe des situations soumises à une seule disposition, p.ex. l'administrateur-travailleur qui occupe une fonction dirigeante élevée et qui agit sur délégation du conseil d'administration ne peut pas se référer à l'art. 321e CO, mais répond sur la base de l'art. 754 CO¹⁹⁴.

¹⁷⁹ TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.3.1 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 22, p. 210 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 256 ; WYLER/HEINZER, p. 121.

¹⁸⁰ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 22, p. 210, qui soulignent à ce titre l'existence d'une inégalité de traitement entre le travailleur loué et les travailleurs du locataire de service ; VISCHER/MÜLLER, §18, n° 17, p. 240 ; WYLER/HEINZER, p. 121.

¹⁸¹ TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.3.1 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 6, p. 120.

¹⁸² CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 6, p. 120 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 22, p. 210 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 257.

¹⁸³ TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.3.1 ; CARRUZZO, art. 321e CO, n° 1, p. 93 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 6, p. 120 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 257 ; WYLER/HEINZER, p. 121.

¹⁸⁴ WYLER/HEINZER, p. 121.

¹⁸⁵ Nous excluons l'analyse des actions récursoires et nous renvoyons de ce fait à ROBERTO, Arbr 2003, p. 33.

¹⁸⁶ THÉVENOZ, *Travail intérimaire*, n° 1037 ss, p. 337 ss. V. également, GEISER, PJA 7/1997, p. 796.

¹⁸⁷ ATF 130 III 213, c. 2.1. Par souci de concision, nous n'abordons pas, au sein de ce mémoire, la validité de tels contrats de travail.

¹⁸⁸ MICHEL, p. 335.

¹⁸⁹ CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 5, p. 120 ; MÜLLER, *Verwaltungsrat*, p. 310.

¹⁹⁰ TF 4C.402/1998 du 14 décembre 1999, c. 2b = Praxis, 3/2000, n° 50, p. 289. V. également STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 256 : « Zur Abwehr einer Lohnklage eines Verwaltungsrates, der sich mit einem unüblich hohen Lohnklage selbst begünstigt hatte, stütze sich das Bundesgericht nicht auf Art. 321e oder 754 OR, sondern auf Art. 2 ZGB ». Nous excluons, par souci de brièveté, l'analyse de cette problématique.

¹⁹¹ ATF 130 III 213, c. 2.1 ; MÜLLER, *Verwaltungsrat*, p. 311. Nous précisons encore que la question de la responsabilité de l'administrateur-travailleur au sein d'un groupe d'entreprise pose d'épineuses questions dont la simple présentation dépasse, déjà, largement le cadre de ce mémoire. Nous renvoyons à MICHEL, p. 336 s. ; SOMMER, PJA 9/2004, p. 1064 s.

¹⁹² ATF 130 III 213, c. 2.1 ; HUTTERLI, p. 104 ; MÜLLER, *Verwaltungsrat*, p. 310 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 256 ; V. cependant BJM 1991, p. 135, où un tribunal bâlois applique l'art. 321e al. 2 CO à une responsabilité fondée sur l'art. 754 CO.

¹⁹³ MÜLLER, *Verwaltungsrat*, p. 311.

¹⁹⁴ HEINZER, p. 362, car « l'article 754 CO repose sur la notion matérielle d'organe ». V. également SOMMER, PJA 9/2004, p. 1064, qui mentionne la possibilité que seule l'obligation de diligence de l'administrateur pourrait être violée.

58. **Différences entre les régimes.** HEINZER explique que les paradigmes sur lesquels reposent les art. 321e et 754 CO sont « *diamétralement opposés* »¹⁹⁵. L'art. 321e CO trouve application dans un rapport contractuel alors que l'application de l'art. 754 CO dépend de la qualité d'organe¹⁹⁶. De ce fait, la qualité pour agir est différente pour les deux actions : seul l'employeur peut se prévaloir de l'art. 321e CO, alors que l'art. 754 CO peut être invoqué par les actionnaires ou les créanciers d'une société et même par la société elle-même¹⁹⁷. Toutefois, l'intérêt principal de la distinction réside dans les critères de l'art. 321e al. 2 CO¹⁹⁸. L'obligation de diligence qui découle de l'art. 754 CO est plus étendue¹⁹⁹. Concrètement, un administrateur ne peut, par exemple, pas exciper de son manque de qualification, à l'inverse du travailleur²⁰⁰ (cf. §157). En définitive, l'articulation de ces différents régimes engendre des conséquences très pratiques.
- c. Autres relations juridiques
59. **Fonction publique – Etendue du devoir de diligence.** Nous nous limitons, dans les prochains paragraphes, à l'examen de la responsabilité d'un employé de la fonction publique fédérale. L'art. 20 al. 1 LPers prévoit un double devoir de loyauté de l'employé, envers l'employeur et envers la Confédération²⁰¹. Pour déterminer l'étendue de ce devoir, la jurisprudence et la doctrine appliquent l'art. 321e al. 2 CO.²⁰²
60. **Action de l'employeur.** L'art. 8 LRFC fonde le droit de recours de la Confédération contre son fonctionnaire. Le TAF a, à nouveau, fait référence à l'art. 321e CO pour déterminer les conditions de responsabilité²⁰³. Une particularité résulte toutefois de l'art. 8 LRFC, dans la mesure où l'action est limitée à la faute grave (cf. §120)²⁰⁴, la faute légère étant donc exclue. Nous verrons que l'exclusion de la responsabilité du travailleur pour faute légère est aussi discutée en relation avec l'art. 321e CO (cf. §138).
61. **Placement à l'essai.** L'art. 18a al. 3 lit. e LAI prévoit l'application de l'art. 321e CO par analogie lors d'un placement à l'essai. Ainsi l'art. 321e al. 2 CO s'applique aux rapports de travail entre l'assuré et l'entreprise, bien qu'il n'existe pas de rapport contractuel. WYLER/HEINZER considèrent ainsi qu'il convient de prendre en compte, en sus des critères de l'art. 321e al. 2 CO, « *la situation personnelle de l'assuré et le contexte dans lequel le placement a été convenu* ».²⁰⁵
62. **Personnel de navire.** Les membres d'un équipage, soumis à la loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse du 23 septembre 1953 (RS 747.30), répondent selon l'art. 71 de ladite loi. Selon la doctrine, il s'agit d'une responsabilité aggravée, puisque ledit art. 71 trouve application, à l'exclusion de l'art. 321e CO, malgré le renvoi de l'art. 68 al. 2 ladite loi fédérale sur la navigation maritime.²⁰⁶

¹⁹⁵ HEINZER, p. 361.

¹⁹⁶ HEINZER, p. 362 ; HUTTERLI, p. 103.

¹⁹⁷ HEINZER, p. 361 ; MÜLLER, *Verwaltungsrat*, p. 310. V. également, FEHR, p. 42, concernant la qualité pour agir en responsabilité d'un manager.

¹⁹⁸ CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 5, p. 120 ; HEINZER, p. 361 ; MÜLLER, *Verwaltungsrat*, p. 310.

¹⁹⁹ ATF 130 III 213, c. 2.1 ; MICHEL, p. 336 ; MÜLLER, *Verwaltungsrat*, p. 312 ; HUTTERLI, p. 104 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 256.

²⁰⁰ HEINZER, p. 361 ; HUTTERLI, p. 104 ; MÜLLER, *Verwaltungsrat*, p. 312, qui précise que l'administrateur déclare tacitement, par l'acceptation de ses fonctions, qu'il est apte à remplir lesdites fonctions.

²⁰¹ BÜRGI/BÜRGI-SCHNEIDER, p. 22 ss, auxquels nous renvoyons pour plus de détails sur le contenu de l'obligation de diligence.

²⁰² Pour l'ensemble du paragraphe, TAF A-5420/2015 du 11 décembre 2015, c. 3.3.2 ; TAF A-6723/2013 du 28 janvier 2015, c. 8.1.3.

²⁰³ TAF A-286/2007 du 23 juillet 2009, c. 4.2.1 et 4.3.1.

²⁰⁴ TAF A-286/2007 du 23 juillet 2009, c. 4.2.1.

²⁰⁵ Pour la citation et Pour le paragraphe, WYLER/HEINZER, p. 121.

²⁰⁶ Pour le paragraphe, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 1, p. 250 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n°17, p. 206 qui mentionne simplement l'existence de ladite responsabilité. V. également Message contrat de travail, p. 267.

IV. Conditions de responsabilité

63. L'art. 321e al. 1 CO prévoit que « [l]e travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence ». Cette responsabilité reprend les conditions de l'art. 97 CO²⁰⁷(cf. §8), soit une violation contractuelle (chapitre A), un préjudice (chapitre B), un lien de causalité (chapitre C) et une faute (chapitre D)²⁰⁸. Ces conditions sont cumulatives, de sorte qu'en l'absence d'une d'entre elles la responsabilité du travailleur tombe²⁰⁹. Nous concluons cette partie par l'analyse du fardeau de la preuve (chapitre E), afin d'ancrer les réflexions générales dans une approche plus pratique.²¹⁰

A. Violation contractuelle

64. Le contrat de travail est un contrat synallagmatique, par lequel le travailleur s'engage à fournir une prestation de travail contre un salaire²¹¹. Il arrive parfois que le travailleur ne puisse exécuter sa prestation (section 1), qu'il l'exécute avec du retard (section 2) ou qu'il l'exécute mal (section 3). Par souci de concision, nous limitons l'analyse des notions de la partie générale au nécessaire i.e. à la bonne compréhension des problématiques en droit du travail.

1. Inexécution contractuelle

65. **Source.** L'art. 97 al. 1 CO prévoit que la réparation du dommage est notamment subordonnée à ce que « le créancier ne [puisse] obtenir l'exécution de l'obligation », soit la situation, « wenn [die] geschuldete Leistung dauerhaft nicht oder nicht mehr erbracht werden kann »²¹². L'art. 97 al. 1 CO régit donc l'impossibilité d'exécution d'une obligation²¹³. A ce sujet, la doctrine suisse a développé plusieurs distinctions dont nous rappelons la teneur ci-dessous. Nous commençons cette section par une présentation de l'obligation de travail, afin d'approfondir, par la suite, l'application de l'impossibilité en lien avec ladite obligation²¹⁴. Nous nous limitons à l'examen du régime d'impossibilité en lien avec l'obligation de travail, au vu de l'intérêt accru de la doctrine pour cette obligation. D'autres obligations peuvent cependant devenir impossibles.

66. **Obligation de travail.** Pour déterminer s'il existe une impossibilité, il convient d'examiner le contenu de l'obligation du débiteur²¹⁵. L'obligation principale du travailleur consiste en l'obligation d'exécuter le travail promis²¹⁶. M. WYLER²¹⁷ constate que ni la loi ni la doctrine ne définissent la prestation de travail de manière simple et généralement reconnue²¹⁸ et propose la définition suivante : « *der Einsatz seiner Fähigkeiten im Bestreben, den ihm von Arbeitgeber zum Ziel gesetzten Arbeitserfolg zu erreichen* »²¹⁹. Dès lors, il y a une violation contractuelle lorsque le travailleur ne peut exécuter son

²⁰⁷ V. notamment, TF 4P.61/2004, 4C.113/2004 du 9 septembre 2004, c. 4.1 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 3, p. 139.

²⁰⁸ CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 10, p. 121 ; WYLER/HEINZER, p. 117.

²⁰⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 254.

²¹⁰ Nous ne traiterons pas de la responsabilité des auxiliaires en lien avec la responsabilité du travailleur pour ses subordonnés. Nous excluons cette matière par souci de concision, au vu de la place que nécessiterait l'approfondissement de la notion de « *contrat de travail en cascade* ».

²¹¹ V. notamment, CS-DUNAND, art. 319 CO, n° 8, p. 4 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 319 CO, n° 1, p. 19 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 319 CO, n° 1, 11 et 12, p. 1808 et 1811.

²¹² HUGUENIN, n° 814, p. 251. V. également KOLLER, §53, n° 03 et 06, p. 897s. ; BsK-WIEGAND, art. 97 CO, n° 7, p. 584.

²¹³ KOLLER, §53, n° 03 et 06, p. 897s.

²¹⁴ Par souci de concision, nous n'abordons cependant que les points qui présentent des particularités en lien avec l'obligation de travail, sont donc privées de présentation les questions relatives à la durée de la responsabilité (définitive et passagère), v. à ce titre GUHL T./KOLLER A./SCHNYDER A. K./DRUEY J. N., §31, n° 8, p. 242.

²¹⁵ KOLLER, §53, n° 09, p. 900.

²¹⁶ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 319 CO, n° 22, p. 28 ; v. Cependant GAUTSCHI, p. 24, qui considère que « [d]ie Arbeitsobligation ist erst und nur dann nicht erfüllt, wenn der Schuldner das von ihm geforderte Maß ans Sorgfalt nicht aufgebracht hat ».

²¹⁷ Nous nous permettons d'inscrire, exceptionnellement, l'initiale du prénom, afin d'éviter toute confusion avec l'auteur homonyme romand.

²¹⁸ WYLER, *Betriebsrisiko*, p. 17s.

²¹⁹ WYLER, *Betriebsrisiko*, p. 20. V. également GAUTSCHI, p. 36s.

obligation de travail²²⁰. Au demeurant, la situation de la prestation de travail devenue impossible obéit, sous réserve d'exceptions, aux principes de la partie générale.

67. **Impossibilité – Objective et subjective.** L'impossibilité peut être objective ou subjective et se distingue selon la possibilité qu'une personne autre que le débiteur exécute ou non l'obligation²²¹. Ainsi, l'impossibilité est objective lorsque personne ne peut exécuter la prestation promise par le débiteur²²². L'impossibilité est subjective lorsque l'obligation ne peut plus être exécutée par le débiteur initial, mais que son exécution reste possible par une autre personne²²³. Il convient de préciser que certains auteurs sont d'avis que l'impossibilité subjective doit être soumise aux règles de la demeure, sauf s'il s'agit d'une obligation strictement personnelle²²⁴. A ce titre, l'art. 321 CO inverse le principe prévu par l'art. 68 CO, puisque le travailleur ne peut, sous réserve d'exceptions prévues par la loi ou par le contrat de travail, substituer qui que ce soit à l'exécution de son travail²²⁵. Cela découle du fait que « *le rapport de travail est lié étroitement aux qualités et prestations du travailleur* »²²⁶. L'obligation de travail est donc, en principe, une obligation strictement personnelle²²⁷. Au vu des affirmations précédentes, nous pouvons conclure que la controverse concernant l'application de l'art. 97 CO aux impossibilités subjectives ne joue qu'un rôle secondaire en droit du travail.
68. **Initiale objective et subjective.** La distinction entre l'impossibilité initiale et subséquente se rapporte à la temporalité de l'impossibilité²²⁸. L'impossibilité est initiale lorsqu'elle existe déjà au moment de la conclusion du contrat²²⁹. Ainsi, lorsqu'au moment de la conclusion du contrat de travail, la prestation promise par le travailleur est objectivement impossible, le contrat est nul en vertu de l'art. 20 CO²³⁰. A l'inverse, lorsque la prestation du travailleur est subjectivement impossible au moment de la conclusion du contrat, ce dernier reste valable²³¹, mais le travailleur répondra du dommage survenant de son « *Übernahmeverschulden* »²³²(cf. §117).
69. **Subséquente objective et subjective.** La situation typique régie par l'art. 97 CO est celle des impossibilités subséquentes²³³, soit celles qui surviennent après la naissance de l'obligation, en l'occurrence après la conclusion du contrat²³⁴. Sans déroger au régime général, l'impossibilité subséquente se précise au gré des spécificités du contrat de travail. Ainsi, REHBINDER/STÖCKLI considèrent que l'impossibilité objective existe dès lors que le travailleur ne peut exécuter sa prestation de travail « *aus betrieblichen Gründen* »²³⁵ et le travailleur ne répond de cette impossibilité que s'il

²²⁰ ArbGer ZH, JAR 1999, p. 111 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e CO, n° 2, p. 76 ; GEISER/MÜLLER, n° 469, p. 196 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 3s., p. 201 ; BsK-PORMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 1, p. 1859 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 3, p. 139.

²²¹ SCHWENZER, §63, n° 08, p. 461.

²²² BERGER, §23, n° 1507 p. 509 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2558, p. 93 ; HUGUENIN, n° 816, p. 251 ; KOLLER, §53, n° 12 p. 901 ; SCHWENZER, §63, n° 08, p. 461 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 758, p. 171 ; BK-WEBER, art. 97 CO, n° 114, p. 82 ; BsK-WIEGAND, art. 97 CO, n° 9, p. 584.

²²³ BERGER, §23, n° 1508, p. 509 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2558, p. 93 ; HUGUENIN, n° 817, p. 251 ; KOLLER, §53, n° 12 p. 901 ; SCHWENZER, §63, n° 08, p. 461 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 758, p. 171 ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 9, p. 738 ; BK-WEBER, art. 97 CO, n° 119, p. 83, qui examine la possibilité d'exécution de la prestation par une autre personne dudit groupe de comparaison.

²²⁴ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2568, p. 97 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 1287, p. 288 ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 11, p. 739. *Contra* : GUHL T./KOLLER A./SCHNYDER A. K./DRUEY J. N., §31, n° 3, p. 241 ; HUGUENIN, n° 842, p. 256s. ; SCHWENZER, §63, n° 13, p. 462 ; KOLLER, §53, n° 12 p. 901 ; BK-WEBER, art. 97 CO, n° 60, p. 67 ; BsK-WIEGAND, art. 97 CO, n° 13, p. 586. Nous nous joignons à ce courant doctrinal dont les arguments nous semblent plus persuasifs.

²²⁵ CS-DUNAND, art. 321 CO, n° 6s., p. 47 ; BsK-LEU, art. 68 CO, n° 3, p. 510 ; SCHWEINGRUBER, art. 321 CO, p. 53 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n° 2788, p. 374 ; WYLER/HEINZER, p. 72s.

²²⁶ CS-DUNAND, art. 321 CO, n° 6, p. 47. V. également BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321 CO, n° 1, p. 54.

²²⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321 CO, n° 1, p. 112, art. 324 CO, n° 5, p. 336 ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 13, p. 740.

²²⁸ BK-WEBER, art. 97 CO, n° 100, p. 78.

²²⁹ SCHWENZER, §63, n° 09, p. 461 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 757, p. 170 ; BK-WEBER, art. 97 CO, n° 60, p. 67.

²³⁰ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 3, p. 201, qui considèrent cependant que c'est « *ein im Arbeitsleben unwahrscheinlicher Fall* », art. 324 CO, n° 34, p. 348 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 324 CO, n° 1, p. 1898 ; SCHUMACHER, p. 83.

²³¹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 3, p. 201, art. 324 CO, n° 34, p. 348. V. également, GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2574, p. 98 ; HUGUENIN, n° 832, p. 254 ; SCHWENZER, §64, n° 08, p. 464s. ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 15, p. 737.

²³² BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 3, p. 201 ; VISCHER/MÜLLER, §18, n° 11, p. 239.

²³³ BERGER, §23, n° 1506, p. 508 ; HUGUENIN, n° 833, p. 254 ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 7, p. 738, qui considère que l'art. 97 CO « *ne s'applique qu'à l'impossibilité subséquente* ».

²³⁴ BERGER, §23, n° 1506, p. 508 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2525, p. 88 ; SCHWENZER, §63, n° 08, p. 464 ; VON TUHR/ESCHER, p. 93 ; BK-WEBER, art. 97 CO, n° 111, p. 81 ; ; BsK-WIEGAND, art. 97 CO, n° 8, p. 584.

²³⁵ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 4, p. 201.

est fautivement responsable du motif empêchant d'effectuer la prestation de travail concernée. La doctrine s'accorde sur l'existence d'un cas d'impossibilité subséquente subjective en présence d'un « *Übernahmeverschulden* » après la conclusion du contrat²³⁶. Les auteurs qui considèrent que l'obligation de travail est un « *absolute Fixgeschäft* », admettent l'existence d'une impossibilité subjective lorsque « *[d]er Arbeitnehmer erscheint nicht oder verspätet zur Arbeit, er unterbricht die Arbeit vorzeitig oder nimmt sie nach einer zulässigen Unterbrechung nicht oder verspätet wieder auf* »²³⁷. Nous sommes d'avis que ces situations constituent, sous réserve d'exceptions, des cas de demeure du travailleur. Le TF a, quant à lui, admis une impossibilité subjective pour une cantatrice enceinte qui devait jouer des scènes de violences dangereuses pour elle-même et l'enfant à naître²³⁸.²³⁹

70. *Imputabilité au travailleur.* A l'instar de l'art. 97 al. 1 CO²⁴⁰, l'art. 321e CO trouve application lorsque l'impossibilité est imputable au travailleur²⁴¹. Dans cette hypothèse, l'obligation de travail se transforme en obligation de fournir des dommages-intérêts²⁴². A défaut, l'art. 119 CO trouve, en principe, application. La conséquence légale est différente en ce que l'art. 119 al. 1 CO prévoit l'extinction de l'obligation devenue impossible²⁴³. De plus, en vertu de l'art. 119 al. 2 CO, le travailleur perd son droit au salaire²⁴⁴. L'art. 119 al. 3 CO réserve cependant « *les cas dans lesquels la loi [... met] les risques à la charge du créancier* ». Cet article est concrétisé en droit du travail par les art. 324²⁴⁵ et 324a CO²⁴⁶. Nous commençons par l'art. 324a CO, qui fait supporter à l'employeur « *le risque de perte financière consécutive à l'empêchement de travailler* »²⁴⁷. En d'autres termes, l'employeur reste tenu de verser le salaire au travailleur, à certaines conditions, en cas d'empêchement de travailler²⁴⁸. L'art. 324a CO trouve application lorsque l'impossibilité découle de la personnalité du travailleur²⁴⁹ et survient sans sa faute²⁵⁰. L'art. 324 CO fait supporter à l'employeur les impossibilités objectives qui découlent de différentes perturbations d'exploitation et qui concrétisent le risque entrepreneurial²⁵¹. L'art. 324 CO trouve aussi application lorsque l'impossibilité découle d'une faute de l'employeur²⁵². En présence d'une telle impossibilité, le travailleur est réputé

²³⁶ HUGUENIN, n° 832, p. 254 ; SCHWENZER, §63, n° 08, p. 465.

²³⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 4, p. 201. V. également MIESCHER, p. 35.

²³⁸ ATF 126 III 75, c. 2b.

²³⁹ Pour le paragraphe, BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 4, p. 201.

²⁴⁰ BERGER, §23, n° 1530, p. 516 ; HUGUENIN, n° 834, p. 255 ; KOLLER, §54, n° 03 et 63, p. 906 et 922, qui précise que l'imputabilité peut aussi découler d'un « *Übernahmverschulden* » ; VON TUHR/ESCHER, p. 93s.

²⁴¹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 35 et 37, p. 348 s., qui considèrent que : « *Es kommt [...] darauf an, welche Partei an der Unmöglichkeit ein Verschulden trifft* ». V. également HUGUENIN, n° 834, p. 255, qui considère que « *In der Tatsache, dass die Schuldnerin die Unmöglichkeit zu vertreten hat, liegt zugleich das Verschulden im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR* ».

²⁴² CS-LONGCHAMP, art. 324 CO, n° 11, p. 200 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 324 CO, n° 37, p. 349 ; SCHNÜRIGER, p. 34 ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 13, p. 740 ; VISCHER/MÜLLER, §11, n° 2, p. 151. V. pour la partie générale, BERGER, §23, n° 1525, p. 515 ; KOLLER, §54, n° 05 p. 906 ; SCHWENZER, §63, n° 20, p. 467 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 1220, p. 274 ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 5, p. 737. Nous n'abordons pas, par souci de brièveté, les questions relatives aux « *Austauschtheorie* » et « *Differenztheorie* ».

²⁴³ BERGER, §23, n° 1525, p. 515 ; HUGUENIN, n° 836, p. 255 ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 5, p. 737.

²⁴⁴ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 324 CO, n° 38, p. 350 ; CS-LONGCHAMP, art. 324 CO, n° 3, p. 207.

²⁴⁵ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 324 CO, n° 40, p. 351. V. également MIESCHER, p. 3s., dont les écrits examinent cependant l'aCO.

²⁴⁶ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 324a CO, n° 1, p. 358 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 324a/b CO, n° 5, p. 406.

²⁴⁷ CS-LONGCHAMP, art. 324a CO, n° 1, p. 206. V. également, BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 324a CO, n° 1, p. 109.

²⁴⁸ BLESİ, n° 78, p. 23 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 324 CO, n° 16, p. 340s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 324a/b CO, n° 5, p. 406 ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 13, p. 740.

²⁴⁹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 324a CO, n° 1, p. 109 ; BRÜHWILER, art. 324a CO, n° 1, p. 163 ; CS-LONGCHAMP, art. 324a CO, n° 1 et 4, p. 206s., nous renvoyons à cet auteur, soit au n° 8 ss pour l'analyse des différentes causes ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 324a CO, n° 2, p. 359.

²⁵⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 324a CO, n° 4, p. 110 ; BRÜHWILER, art. 324a CO, n° 7a, p. 168 ; CS-LONGCHAMP, art. 324a CO, n° 4, p. 207 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 324a CO, n° 13, p. 369. V. cependant BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 324a CO, n° 4, p. 1905 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 324a/b CO, n° 29, p. 460, qui admettent qu'une faute légère n'exclut, en principe, pas l'application de l'art. 324a CO. Nous n'abordons pas, par souci de clarté, la controverse relative aux effets d'une faute plus grave sur l'application de l'art. 324a CO. V. à ce titre, BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 324a CO, n° 15, p. 370 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 324a/b CO, n° 29, p. 461.

²⁵¹ ATF 136 III 313, c. 2.3.1 = JdT 2012 II 414 ; ATF 125 III 65, c. 5 ; CS-LONGCHAMP, art. 324 CO, n° 5, p. 198 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 324a/b CO, n° 6, p. 407 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 324 CO, n° 3, 11, 39s., p. 335, 338 et 350 ; SUBILIA, p. 74 ; SUBILIA/DUC, art. 324 CO, n° 7s., p. 211 ; VISCHER/MÜLLER, §11, n° 1, p. 149. *Contra* : ZK-STAEHELIN, art. 324 CO, n° 13, p. 260, qui considère que : « *Das Problem des Betriebsrisikos löst sich somit nach den Bestimmungen über den Annahmeverzug und nicht nach der Regel von Art. 119* ». V. également SCHWEINGRUBER, art. 324 CO, p. 102. Nous n'aborderons pas les questions liées au droit de grève, tant la matière nécessite un examen approfondi, nous renvoyons donc à BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 324 CO, n° 42, p. 351s. ; ZK-STAEHELIN, art. 324 CO, n° 17, p. 263 ; STÖCKLI, n° 145, p. 561.

²⁵² TF 4C.230/2005 du 1 septembre 2005, c. 3 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 324 CO, n° 36, p. 349 ; SUBILIA, p. 74.

avoir exécuté son obligation²⁵³. En définitive, l'art. 119 al. 2 CO trouve application uniquement lorsque l'impossibilité est survenue sans faute d'aucune des parties²⁵⁴ et sans que la loi ne mette à la charge d'une partie la concrétisation du risque qu'elle constitue²⁵⁵. Enfin, lorsque les deux parties sont responsables de l'impossibilité, le TF considère que la prétention en dommages-intérêts est sujette à réduction et que la prétention du travailleur en paiement de son salaire doit être réduite par compensation²⁵⁶.

2. Demeure du débiteur

71. **Principe – Retard dans l'exécution.** La demeure du débiteur se définit comme « *die objektiv pflichtwidrige Verspätung mit der Erfüllung einer Verbindlichkeit* »²⁵⁷. La demeure est régie par les art. 102 à 109 CO. Il s'agit donc de l'hypothèse où la prestation est encore possible mais que le débiteur ne s'exécute pas à temps²⁵⁸. La doctrine distingue la demeure simple de la demeure qualifiée²⁵⁹. L'existence de la demeure simple du débiteur est subordonnée à plusieurs conditions.

72. **Exécution possible.** La demeure du créancier suppose que ce dernier n'exécute pas sa prestation, malgré l'inexistence d'une impossibilité au sens de l'art. 97 CO²⁶⁰. En d'autres termes, la demeure du débiteur suppose que ce dernier n'exécute pas une obligation dont l'exécution est possible²⁶¹. La demeure du débiteur ne peut intervenir en présence d'un « *absolutes Fixgeschäft* », soit lorsque les parties ont convenu que l'exécution de l'obligation ne pouvait intervenir après l'exécution d'un certain terme²⁶². Cette impossibilité découle donc de la perte de l'intérêt du créancier à l'exécution de l'obligation²⁶³. La question reste sans grande portée pratique dans la mesure où les conséquences de la demeure et de l'impossibilité se rejoignent²⁶⁴.

73. **Demeure simple du travailleur – Obligation de travail.** WEBER est d'avis que les règles de la demeure sont, en principe, applicables aux contrats de la partie spéciale²⁶⁵. En présence d'un contrat de travail, le TF admet la demeure du travailleur²⁶⁶. Malgré la position claire des juges de Mon-Repos, la doctrine est divisée sur l'admissibilité de la demeure du travailleur, lorsque ce dernier n'exécute pas son obligation de travail (art. 321 CO)²⁶⁷.

74. **Obligation de travail comme « absolutes Fixgeschäft ».** Une partie de la doctrine est d'avis que la demeure du travailleur n'est, en principe, pas possible. Ces auteurs justifient leur propos par le fait que les horaires de travail, lorsqu'ils sont déterminés, empêchent que le travailleur puisse rattraper le

²⁵³ GAUCH/SCHLUEPP/EMMENEGGER, n° 2592, p. 101 ; SCHWENZER, §64, n° 29, p. 470 ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 13, p. 740. V. cependant BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 324 CO, n° 36s., p. 348s., qui mentionne que « *ist die Pflicht zur Arbeitsleistung [...] gemäss OR 119 I erloschen* ». Ces auteurs admettent toutefois que le travailleur conserve sa prétention salariale.

²⁵⁴ ATF 114 II 274, c. 4 ; BLESI, n° 82, p. 24 ; HUGUENIN, n° 836, p. 255 ; VON TUHR/ESCHER, p. 94 ; KOLLER, §54, n° 10, p. 907. V. également CS-LONGCHAMP, art. 324 CO, n° 3, p. 198.

²⁵⁵ TF du 17 août 1998, c. 3 = JAR 1998, p. 293s. ; PIETRUSZAK, DTA 2/2009, p. 125.

²⁵⁶ ATF 114 II 274, c. 4 ; KOLLER, *Beidseits verschuldete Leistungsunmöglichkeit*, p. 53.

²⁵⁷ BK-WEBER, art. 102 CO, n° 33, p. 382. V. également BERGER, n° 1650, p. 573 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 1275, p. 286. V. cependant TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 6.1.2, au sein duquel le TF définit la demeure comme « *un état de choses contraire au droit auquel il peut être mis fin* ».

²⁵⁸ HUGUENIN, n° 915, p. 276 ; CR-THÉVENOZ, art. 102 CO, n° 1, p. 800.

²⁵⁹ TERCIER/PICHONNAZ, n° 1277, p. 286. Nous excluons toutefois le traitement de la demeure qualifiée, mais nous présentons les liens entre les art. 107 ss CO et 337 ss CO (cf. §258 ss).

²⁶⁰ GAUCH/SCHLUEPP/EMMENEGGER, n° 2658, p. 117 ; SCHWENZER, §65, n° 02, p. 472 ; CR-THÉVENOZ, art. 102 CO, n° 12, p. 802.

²⁶¹ KOLLER, §55, n° 01, p. 963 ; HUGUENIN, n° 915, p. 276 ; BK-WEBER, art. 102, n° 5 et 33, p. 377 et 382, qui considère que le critère de détermination est, « *ob die Leistung nachholbar [ist]* », VON THUR/ESCHER, p. 135. Nous nous permettons aussi de rappeler qu'un courant doctrinal souhaiterait, en principe, appliquer les règles de la demeure aux impossibilités subjectives (cf. §67).

²⁶² KOLLER, §55, n° 16, p. 967 ; GAUCH/SCHLUEPP/EMMENEGGER, n° 2749, p. 131 ; HUGUENIN, n° 710 et 925, p. 221 et 278 ; BK-WEBER, art. 102 CO, n° 44, p. 384.

²⁶³ BK-WEBER, art. 102 CO, n° 44, p. 385.

²⁶⁴ BK-WEBER, art. 97 CO, n° 124, p. 85 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 324 CO, n° 4, p. 336.

²⁶⁵ BK-WEBER, art. 102 CO, n° 8, p. 378.

²⁶⁶ V. notamment, ATF 135 III 349, c. 4.2 ; ATF 132 III 349, c. 4.2 ; ATF 132 III 406, c. 2.6 ; 115 V 437, c. 5a ; TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 5.2 ; TF 4C.230/2005 du 1 septembre 2005, c. 3, qui prévoit aussi l'absence d'interpellation nécessaire ; TF 4C.196/1998 du 17 août 1998, c. 3, TF du 17 août 1998 = JAR 1999, p. 294 ; PICHONNAZ, RSJ 8/2010, p. 189.

²⁶⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 324 CO, n° 4, p. 335.

temps de travail durant un autre laps de temps²⁶⁸. De ce fait l'obligation de travail devrait être qualifiée de « *absolute Fixgeschäft* »²⁶⁹. Ce courant doctrinal part donc du principe que le travailleur qui omet de travailler est, par la force des choses, dans une situation d'impossibilité partielle, puisque « *nur einzelne Teilleistungen unmöglich würden, während der Vertrag als Ganzes durch die Unmöglichkeit der betreffenden Teilleistung i.d.R. nicht berührt werde* »²⁷⁰. A ce titre, il convient de mentionner que la majorité de la doctrine considère qu'une demeure du débiteur est possible²⁷¹ et que le TF n'a pas discuté, au sein d'un arrêt concernant un travailleur qui n'avait pas effectué suffisamment d'heures de travail, une interdiction de rattraper les heures de travail restées inexécutées²⁷². En sus, l'art. 11 LTr permet à l'employeur d'exiger du travailleur qu'il effectue, dans certaines limites, du travail compensatoire²⁷³. Nous nous joignons à l'opinion de la doctrine majoritaire, le travailleur n'est pas débiteur, de manière principielle, d'une obligation dont l'inexécution, à une certaine période, entraîne l'impossibilité de l'exécuter ultérieurement. Au demeurant, les parties peuvent toujours convenir que le travailleur doit exécuter son obligation de travail pour une période donnée, au-delà de laquelle l'intérêt de l'employeur à l'exécution de l'obligation disparaît et la prestation devient impossible²⁷⁴. Ces situations constituent, à notre sens, une exception.

75. *Retard injustifié*. Conformément au régime général²⁷⁵, la demeure du travailleur n'existe que si elle est injustifiée²⁷⁶. En conséquence, lorsque l'employeur est lui-même en demeure, la demeure du travailleur est exclue²⁷⁷. L'employeur tombe en demeure lorsqu'il n'accomplit pas les actes préparatoires ou lorsqu'il n'accepte pas le travail dûment proposé par le travailleur (art. 324 CO)²⁷⁸. Le droit du travail prévoit ainsi une dérogation à l'art. 95 CO, dans la mesure où la demeure de l'employeur n'accorde pas au travailleur un droit de résolution du contrat, mais prévoit le versement de son salaire²⁷⁹. Le travailleur ne tombe pas en demeure lorsque l'art. 324a CO trouve application²⁸⁰ mais aussi lorsqu'il a été libéré de son obligation de travailler jusqu'à la fin du délai de résiliation²⁸¹, ou lorsqu'il est au bénéfice d'un congé ordinaire ou exceptionnel ou pendant ses vacances²⁸². Il convient encore de souligner que le travailleur peut refuser d'exécuter le travail, sans tomber en demeure, si l'employeur ne lui sert plus son salaire (art. 82 CO)²⁸³.

76. *Exigibilité*. Le titre dixième du CO ne contient pas de disposition régissant l'exigibilité de l'obligation de travail. Par conséquent, il convient d'appliquer l'art. 75 CO, l'obligation de travail devenant ainsi exigible dès la conclusion du contrat, sous réserve d'un terme concernant la prise d'emploi différent stipulé par les parties²⁸⁴.

²⁶⁸ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 324 CO, n° 4, p. 106, ces auteurs se prononcent toutefois en lien avec la demeure de l'employeur et l'interdiction du travail compensatoire.

²⁶⁹ MIESCHER, p. 48 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 11, p. 203, art. 324 CO, n° 4, p. 335s.

²⁷⁰ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 324 CO, n° 4, p. 336.

²⁷¹ ADDORISIO DE FEO, n° 725, p. 299 ; CS-DUNAND, art. 321 CO, n° 8, p. 48 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2175, p. 126 ; RAMONI, n° 439, p. 209.

²⁷² TF 4A_666/2017 du 17 mai 2018, c. 4.4.

²⁷³ CSLTr-MÜLLER, art. 11 LTr, n° 41 ss, p. 215 s. Par cet argument nous cherchons uniquement à prouver que l'exécution d'heures de travail *a posteriori* est possible et nous sommes conscient de l'absence d'effet de l'art. 11 LTr en droit privé.

²⁷⁴ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2746s., p. 131.

²⁷⁵ BERGER, n° 1659, p. 575 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2665, p. 118 ; HUGUENIN, n° 928, p. 279, qui précise que dans les contrats bilatéraux les art. 82 et 83 CO jouent un rôle particulier ; SCHWENZER, §65, n° 02, p. 472 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 1288, p. 288 ; CR-THÉVENOZ, art. 102 CO, n° 15, p. 803 ; BK-WEBER, art. 102 CO, n° 59, p. 389 ; VON THUR/ESCHER, p. 136, qui précisent que l'exception s'opposera à l'exigibilité de la prestation ; BsK-WIEGAND, art. 102 CO, n° 11, p. 627.

²⁷⁶ TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 5.2 ; RAMONI, n° 439, p. 209.

²⁷⁷ CS-LONGCHAMP, art. 324 CO, n° 4, p. 198.

²⁷⁸ Message contrat de travail, p.338 ; ATF 125 III 65, c. 5 ; 124 III 346 ; CS-LONGCHAMP, art. 324 CO, n° 2s., p. 197s. ; SUBILIA, p. 73, qui précise que l'offre de travail n'est soumise à aucune forme.

²⁷⁹ CS-LONGCHAMP, art. 324 CO, n° 1, p. 197.

²⁸⁰ TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 6.1.1 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 324a CO, n° 5 et 29, p. 406 et 463 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 324a CO, n° 1, p. 1905 ; A noter que l'art. 324a CO suppose que l'impossibilité survienne sans la faute du travailleur (cf. §70).

²⁸¹ CS-GLOOR, art. 337 CO, n° 17, p. 740 ; RAMONI, n° 439, p. 209. V. également ATF 118 II 139, c. 1a ; TF 4C.66/1994 du 20 juillet 1994, c. 3b = SJ 1995 p. 801 ; TF 4A_332/2007 du 15 novembre 2007, c. 2.1 ; SUBILIA, p. 77.

²⁸² RAMONI, n° 439, p. 210, auquel nous renvoyons pour une analyse plus détaillée des cas empêchant la survenance de la demeure du travailleur ;

²⁸³ ATF 120 II 209 ; CS-DUNAND, art. 321 CO, n° 10, p. 48 ; RAMONI, n° 422, p. 200, auquel nous renvoyons pour le commentaire de l'ATF topique et l'analyse de la controverse existant à ce sujet.

²⁸⁴ ADDORISIO DE FEO, n° 345, p. 147, qui précise que l'obligation de travail reste exigible, malgré son exécution, jusqu'à la fin du contrat.

77. *Échéance*. Le TF considère que l'employeur qui n'a pas formellement mis le travailleur en demeure, en fixant les modalités précises à cet effet, doit en subir les conséquences, soit payer le salaire afférant aux mois pour lesquels le travailleur s'est rendu disponible²⁸⁵. En vertu de l'art. 102 CO, l'échéance interviendra en principe par interpellation du débiteur par le créancier (art. 102 al. 1 CO)²⁸⁶. Toutefois, l'échéance peut intervenir sans interpellation (p.ex. art. 108 et 156 CO par analogie)²⁸⁷. En particulier, l'interpellation n'est pas nécessaire en présence d'un terme comminatoire (art. 102 al. 2 CO)²⁸⁸. Ledit terme doit être déterminable²⁸⁹. Ainsi, certains auteurs soutiennent que l'employeur n'a pas besoin d'interpeller le travailleur concernant son obligation de fournir le travail, dans la mesure où les heures de travail sont stipulées contractuellement, justifiant ainsi l'application de l'art. 102 al. 2 CO²⁹⁰. De même, le travailleur tombe en demeure sans interpellation, lorsque ce dernier doit « *venir travailler un certain nombre d'heures par jour et qu'il interrompt sans droit sa prestation* »²⁹¹. Une interpellation serait toutefois nécessaire « *en cas de travail à la pièce ou à la tâche lorsque les parties n'ont pas précisément prévu la date de la livraison des produits du travail* »²⁹².
78. *Cahier des charges*. Le TF considère que le non-accomplissement des tâches qui ne relèvent pas du cahier des charges d'un travailleur ne saurait constituer une violation contractuelle dans la mesure où elles concrétiseraient le risque entrepreneurial, qui par nature revient à l'employeur. En d'autres termes, c'est l'employeur qui souffre de la mauvaise répartition des tâches au sein de l'entreprise²⁹³.
79. **Autres obligations – Principe**. La majorité des autres obligations du travailleur ne souffrent pas des règles sur la demeure, dans la mesure où leur violation est sanctionnée par le régime de la violation positive du contrat. Il reste toutefois des obligations qui sont soumises aux règles de la demeure, en particulier celles qui concernent la restitution de sommes d'argent ou d'objets perçus ou confiés au travailleur. Le travailleur est ainsi tenu de restituer ce qu'il perçoit ou qu'il produit durant les rapports contractuels (art. 321b CO) et en fin de contrat, les choses confiées par l'employeur, ainsi que les avances de salaire et les remboursements anticipés de frais (art. 339a CO).²⁹⁴
80. *Exigibilité et échéance*. L'art. 339 CO prévoit que les créances découlant du contrat de travail deviennent exigibles à la fin de ce dernier²⁹⁵. La loi prévoit parfois des exigibilités particulières²⁹⁶. En conséquence, la demeure du travailleur interviendra, notamment en ce qui concerne les obligations de restitution, selon l'art. 102 al. 2 CO, soit sans interpellation nécessaire de la part de l'employeur²⁹⁷. Cependant, RAMONI retient la nécessité d'interpeller le travailleur qui de bonne foi se trompe sur l'étendue de son obligation de restitution, pensant à tort qu'il n'a pas à restituer la chose concernée²⁹⁸.

²⁸⁵ TF 4A_332/2007 du 15 novembre 2007, c. 2.2, même lorsque le travailleur avait une position ambiguë quant à la reprise du travail ; ZK-STAEHELIN, art. 337d CO, n° 5, p. 286, qui admet une incombance d'interpellation ; SUBILIA/DUC, art. 337d CO, n° 9, p. 659, qui soulignent que la question est controversée. BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 337d CO, n° 1, p. 2136. *Contra* : TF 4C.230/2005 du 1 septembre 2005, c. 3, qui prévoit aussi l'absence d'interpellation nécessaire ; BRÜHWILER, art. 337d CO, n° 4, p. 494.

²⁸⁶ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2709, p. 125 ; HUGUENIN, n° 919, p. 277 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 1288, p. 288 ; BK-WEBER, art. 102 CO, n° 63, p. 390 ; CR-THÉVENOZ, art. 102 CO, n° 17, p. 803.

²⁸⁷ ATF 119 II 135, c. 3 = JdT 1994 I 99 ; BERGER, n° 1662 et 1664, p. 576 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2722s., p. 127 ; HUGUENIN, n° 927, p. 278s. ; SCHWENZER, §65, n° 13, p. 475 ; CR-THÉVENOZ, art. 102, n° 31, p. 807s. ; VON TUHR/ESCHER, p. 141 ; BK-WEBER, art. 102 CO, n° 56, p. 388s.

²⁸⁸ BERGER, n° 1658, p. 575, qui considère qu'il ne doit pas être rappelé au débiteur, dans cette situation, qu'il doit s'exécuter ; HUGUENIN, n° 925, p. 278 ; SCHWENZER, §65, n° 10, p. 474 ; CR-THÉVENOZ, art. 102 CO, n° 26, p. 806.

²⁸⁹ CR-THÉVENOZ, art. 102 CO, n° 16, p. 806 ; VON TUHR/ESCHER, p. 138, auxquels nous renvoyons pour plus de précision ; BK-WEBER, art. 102 CO, n° 110, p. 403.

²⁹⁰ ADDORISIO DE FEO, n° 725, p. 299 ; RAMONI, n° 440, p. 211.

²⁹¹ RAMONI, n° 440, p. 211.

²⁹² RAMONI, n° 440, p. 211. Dans le même sens ADDORISIO DE FEO, n° 725, p. 299.

²⁹³ Pour tout le paragraphe, TF 4C.103/2005 du 1 juin 2005, c. 3.2.2.1 ; CS-DUNAND, art. 321d CO, n° 28, p. 113.

²⁹⁴ Pour le paragraphe, RAMONI, n° 452 ss, p. 218 ss. V. également, ATF 141 III 23, 3.1.

²⁹⁵ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/2b, p. 97.

²⁹⁶ Notamment, art. 321b et 323 al. 3 CO. CS-GLOOR, art. 339 CO, n° 2, p. 815 ; RAMONI, n° 452, p. 218.

²⁹⁷ CS-GLOOR, art. 339 CO, n° 2, p. 815 ; GLOOR, DTA 3/2013, p. 210. V. également HUGUENIN, n° 926, p. 278. *Contra* : SCHWENZER, §65, n° 11, p. 474 ; CR-THÉVENOZ, art. 102 CO, n° 29, p. 807 ; BK-WEBER, art. 102 CO, n° 119, p. 405s.

²⁹⁸ RAMONI, n° 452 et 456s. ; p. 218 et 220.

En présence d'un contrat de durée indéterminée, l'existence d'une résiliation permet au créancier de s'abstenir d'interpellation²⁹⁹, pour les « obligations résultant de [la liquidation du contrat] »³⁰⁰.

3. Violation positive du contrat

81. **Principe.** Selon la doctrine majoritaire, l'art. 97 CO s'applique aussi aux violations du contrat qui, sans consister en une inexécution ou un retard, sont de nature à causer un préjudice au créancier³⁰¹, puisque l'art. 97 CO mentionne également la situation où « le créancier ne peut [...] obtenir qu'imparfaitement [l'exécution de l'obligation] »³⁰². Bien que la violation positive du contrat résulte le plus souvent de la violation d'un devoir accessoire par le débiteur (Violation positive au sens strict – cf. §84), il n'est pas exclu qu'elle résulte de la violation d'une obligation principale du débiteur (Exécution imparfaite au sens strict – cf. §82)³⁰³. La violation positive du contrat englobe aussi la rupture anticipée du contrat³⁰⁴, ainsi que la violation d'une obligation d'abstention (cf. §87)³⁰⁵. Il nous appartient de préciser qu'un autre courant de doctrine considère que la violation positive du contrat devrait être soumise aux règles de la responsabilité extracontractuelle³⁰⁶.
82. **Exécution imparfaite au sens strict – Notion.** L'exécution imparfaite concerne l'exécution de l'obligation principale du débiteur, qui ne répond pas aux exigences qualitatives formulées au sein du contrat³⁰⁷. Une telle violation existera, pour les contrats stipulant une obligation de moyen, lorsque le débiteur n'exécute pas son obligation avec la diligence nécessaire³⁰⁸. A ce titre, certains auteurs soulignent que la qualification de la violation d'un devoir de diligence entre l'exécution imparfaite et la violation positive est difficile, puisqu'il existe une controverse concernant le caractère accessoire de cette obligation³⁰⁹. La controverse semble dénuée de portée pratique. Par choix personnel, nous présentons la violation de l'obligation de diligence en lien avec l'exécution imparfaite et nous aborderons la violation de l'obligation de fidélité en lien avec la violation positive.
83. **Obligation de diligence.** En droit du travail, la violation de l'obligation de diligence par le travailleur constitue une exécution imparfaite³¹⁰. Cette obligation découle de l'art. 321a CO. Il s'agit d'une obligation de moyen qui consiste dans l'exécution, avec soin et au plus proche des intérêts de l'employeur, du travail confié³¹¹. Le travailleur commettra ainsi une violation de son obligation de diligence s'il n'a « pas voué le soin voulu à l'exécution de la tâche confiée »³¹². La violation

²⁹⁹ TF 4C.67/2005 du 4 mai 2005, c. 2.3 ; BK-WEBER, art. 102 CO, n° 133, p. 408 ; BERGER, n° 1660, p. 576 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2720, p. 126, qui subordonnent toutefois l'admission de résiliations découlant de la loi à la condition que le débiteur de l'obligation connaisse la fin du contrat ; KOLLER, §55, n° 37, p. 972 ; HUGUENIN, n° 926, p. 278 ; SCHWENZER, §65, n° 12, p. 474 ; CR-THÉVENOZ, art. 102 CO, n° 30, p. 807 ; BsK-WIEGAND, art. 102 CO, n° 10, p. 626 ; VON TUHR/ESCHER, p. 139.

³⁰⁰ CR-THÉVENOZ, art. 102 CO, n° 30, p. 807.

³⁰¹ TERCIER/PICHONNAZ, n° 1221, p. 274 ; VON TUHR/ESCHER, p. 106 ; BK-WEBER, art. 97 CO, n° 49, p. 65 ; BsK-WIEGAND, art. 97 CO, n° 25, p. 588.

³⁰² VON TUHR/ESCHER, p. 107, qui critiquent toutefois la notion de violation positive du contrat en ce qu'elle serait inutile en droit suisse ; BK-WEBER, art. 97 CO, n° 60, p. 67.

³⁰³ GUHL T./KOLLER A./SCHNYDER A. K./DRUEY J. N., §31, n° 12 ss, p. 243s. ; HUGUENIN, n° 846, p. 259 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 1221, p. 275 ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 19, p. 742 ; BK-WEBER, art. 97 CO, n° 56 et 57, p. 66s.

³⁰⁴ La rupture anticipée du contrat ne sera pas traitée au sein du présent mémoire, par souci de clarté, tant sa présentation et les différents points d'achoppement avec le droit du travail peuvent être vastes et complexes.

³⁰⁵ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2619, p. 106 ; BK-WEBER, art. 97 CO, n° 55 et 59, p. 66s.

³⁰⁶ V. notamment, VON TUHR/ESCHER, p. 107s. Ces auteurs limitent cependant l'application de la responsabilité extracontractuelle aux dommages survenant d'un fait du débiteur, qui ne se produisent qu'à l'occasion de l'exécution du contrat et non dans l'exécution à proprement parler de celui-ci. Nous n'approfondissons pas cette question, car elle dépasse le cadre du présent mémoire.

³⁰⁷ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2627, p. 108 ; HUGUENIN, n° 847, p. 259 ; SCHWENZER, §67, n° 03, p. 486 ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 19, p. 742 ; BK-WEBER, art. 97 CO, n° 60, p. 67.

³⁰⁸ HUGUENIN, n° 848, p. 259 ; SCHWENZER, §67, n° 05, p. 486s. ; BK-WEBER, art. 97 CO, n° 66, p. 69 ; BsK-WIEGAND, art. 97 CO, n° 31, p. 589.

³⁰⁹ BK-WEBER, art. 97 CO, n° 66, p. 69 ; BsK-WIEGAND, art. 97 CO, n° 31, p. 589.

³¹⁰ CS-DUNAND, art. 321a CO, n° 81, p. 74 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 12, p. 204.

³¹¹ TF 4C.71/2002 du 31 juillet 2002, c. 5.1 ; CS-DUNAND, n°20, p. 123 ; RAMONI, n° 451, p. 217 ; SCHNÜRIGER, p. 31, qui utilise une formule que nous jugeons opportun de reproduire « [Der Arbeitnehmer] schuldet demnach nicht ein Werk, sondern ein Wirken » ; WITZIG, *Droit du travail*, n°1248, p. 410.

³¹² ALTHERR, p. 30 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n°3, p. 77 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 12, p. 204. V. également TC ZG, JAR 1986, p. 77s., où le travailleur avait fait contrôler son travail de sorte qu'une violation du devoir de diligence ne pouvait lui être reprochée.

contractuelle peut résulter d'une action ou d'une omission du travailleur³¹³. Ainsi, le travailleur qui exécute volontairement son travail trop lentement viole son obligation de diligence³¹⁴. La violation contractuelle peut aussi découler de l'utilisation du temps de travail et du matériel mis à disposition à des fins différentes que celles ordonnées par l'employeur³¹⁵. En tous les cas, il ne saurait être retenu de violation contractuelle du seul fait que les objectifs fixés au travailleur ne sont pas atteints³¹⁶. En d'autres termes, une violation du devoir de diligence ne sera pas admise du simple fait que le résultat escompté du travail ne survient pas³¹⁷. De plus, l'employeur doit préciser les actes du travailleur qui constituent les violations contractuelles, il ne peut se contenter d'émettre une critique générale et subjective des activités du travailleur³¹⁸.

84. **Violation positive au sens strict – Notion.** Il arrive que le débiteur ait violé non pas une obligation principale, mais une obligation accessoire³¹⁹. Les obligations accessoires sont de deux natures, soit les obligations accessoires dépendantes et indépendantes³²⁰. La différence tient dans la sanction accordée à la suite de la violation des différentes obligations³²¹. En présence d'une violation d'une obligation accessoire indépendante, le créancier dispose d'une action en exécution (en sus d'une action en dommages-intérêts), alors qu'en présence d'une violation d'une obligation accessoire dépendante, le créancier ne dispose que d'une action en dommages-intérêts³²². Par conséquent, la doctrine considère que la violation d'une obligation accessoire indépendante est en elle-même aussi susceptible d'être soumise au régime d'impossibilité ou de demeure³²³.
85. *Aspect objectif de l'obligation de fidélité.* Selon l'art. 321a al. 1 CO, le travailleur est tenu, envers l'employeur, à une obligation de fidélité, qui consiste en la conservation fidèle des intérêts légitimes de l'employeur³²⁴, représentant ainsi « *le pendant du devoir d'assistance de l'employeur* »³²⁵. STAEHELIN définit cette obligation comme un « *Sammelbegriff für verschiedene dem Arbeitnehmer obliegende Nebenpflichten, von welchen die wichtigsten gesetzlich normiert sind* »³²⁶. Cette obligation se compose d'un aspect positif et d'un aspect négatif³²⁷. L'aspect positif regroupe plusieurs obligations, p.ex. l'obligation d'information du travailleur sur les perturbations liées à l'exécution de l'obligation de travail ou de ses absences prévisibles et l'obligation de traiter avec soin le matériel mis à disposition (art. 321a al. 3 CO)³²⁸. Il convient de déterminer pour chaque obligation accessoire si cette dernière est dépendante ou indépendante, afin de déterminer quel régime de responsabilité lui est applicable³²⁹. Nous présenterons la composante négative de l'obligation de diligence lorsque nous traiterons de la violation d'obligations d'abstention (cf. §87).
86. *Directives de l'employeur.* L'art. 321d al. 1 CO prévoit le droit pour l'employeur d'ordonner des directives. Les directives peuvent prendre la forme d'injonctions générales ou de directives

³¹³ BRÜHWILER, art. 321e CO, n°IV/6, p. 100 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 18, p. 123 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n°3, p. 254.

³¹⁴ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 12, p. 204 ; RAMONI, n° 451, p. 217.

³¹⁵ CS-DUNAND, art. 321a CO, n° 64, p. 70 ; ZK-STAEHELIN, art. 321a CO, n° 23, p. 88 ; SUBILIA/DUC, art. 321a CO, n° 17, p. 123.

³¹⁶ TF 4C.71/2002 du 31 juillet 2002, c. 5.1 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 20, p. 123.

³¹⁷ TF 4C.103/2005 du 1 juin 2005, c. 1.2 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 4, p. 1859, qui soulignent à ce titre la différence avec le contrat d'entreprise ; SUBILIA/DUC, art. 321e CO, n° 5, p. 154 ; WITZIG, *Droit du travail*, n° 1248, p. 409s.

³¹⁸ CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 19, p. 123.

³¹⁹ HUGUENIN, n° 852, p. 260 ; SCHWENZER, §67, n° 07, p. 487 ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 23, p. 743 ; BK-WEBER, art. 97 CO, n° 67, p. 69 ;

³²⁰ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2638s., p. 111 ; HUGUENIN, n° 103 et 853, p. 28s. et 260. La terminologie concernant les obligations accessoires fluctue, ainsi certains auteurs germanophones distinguent les « *Nebenpflichten* » des « *Nebenleistungspflichten* », des « *Leistungsbegleitende Pflichten* » ou des « *Verhaltenspflicht* ».

³²¹ HUGUENIN, n° 103 et 853, p. 28 et 260 ; BsK-WIEGAND, art. 97 CO, n° 32, p. 590.

³²² GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2638s., p. 111 ; HUGUENIN, n° 103 et 853, p. 29 et 260 ; SCHWENZER, §68, n° 05, p. 489 ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 25, p. 744 ; BsK-WIEGAND, art. 97 CO, n° 32, p. 590.

³²³ HUGUENIN, n° 853, p. 260 ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 25, p. 744, qui élargit cependant cette possibilité à toutes les obligations accessoires.

³²⁴ CS-DUNAND, art. 321a CO, n° 12, p. 56.

³²⁵ CS-DUNAND, art. 321a CO, n° 12, p. 56 ; ZK-STAEHELIN, art. 321a CO, n° 6, p. 83, qui considère que cette obligation découle de l'art. 2 CC.

³²⁶ ZK-STAEHELIN, art. 321a CO, n° 7, p. 83.

³²⁷ CS-DUNAND, art. 321a CO, n° 12, p. 56 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321a CO, n° 3 ss, p. 129 ss.

³²⁸ V. notamment, CS-DUNAND, art. 321a CO, n° 13 et 23, p. 57 et 60.

³²⁹ Nous ne pouvons pas, par souci de clarté et de concision, mener un examen approfondi de toutes les obligations.

spécifiques³³⁰. Le non-respect des directives constitue, en principe, une violation contractuelle³³¹. Toutefois, lorsque les directives ne sont pas arrêtées de manière explicite, leur transgression n'entraîne pas de violation contractuelle³³². Ainsi, plus la directive est importante, plus elle doit être clairement formulée, de manière à évincer tout doute dans l'esprit du travailleur quant à ses obligations³³³. De manière générale, l'employeur a tout intérêt à émettre des directives précises, afin de délimiter les contours des obligations de fidélité, mais aussi de diligence³³⁴. Au demeurant, les directives émises par l'employeur constituent un consentement et par conséquent, empêchent l'employeur d'exiger la réparation des conséquences des activités ordonnées³³⁵. De même, lorsqu'il s'agit de directives purement formelles, dont l'employeur ne vérifie pas le respect, leur transgression n'est pas à même de fonder la responsabilité du travailleur³³⁶. Enfin, le travailleur doit informer l'employeur du caractère inopportun d'une directive, de sorte que ce dernier les révoque si besoin³³⁷. A défaut, le travailleur viole une autre obligation accessoire.

87. **Violation d'une obligation d'abstention** – *Notion*. Au vu des chevauchements qu'il peut exister entre les notions d'obligation d'abstention et d'obligation accessoire, une partie de la doctrine propose de soumettre ces violations au régime de la violation positive³³⁸. A ce titre, l'art. 98 al. 2 et 3 CO prévoit une réglementation spécifique pour les obligations d'abstention³³⁹. L'art. 98 al. 2 CO rappelle, pour les obligations d'abstention, la possibilité du créancier d'obtenir des dommages-intérêts du fait de la violation de l'obligation. Malgré le mutisme de la loi à cet égard, la faute reste une condition de l'action en dommages-intérêts fondée sur ce dernier article³⁴⁰. L'art. 98 al. 3 CO accorde au créancier le droit « [d'] obtenir (quand c'est possible) le rétablissement d'un état conforme au droit »³⁴¹. A l'instar de l'art. 98 al. 1 CO, qui permet de procéder à l'exécution par substitution³⁴², l'art. 98 al. 3 CO n'est pas conditionné à une faute du débiteur³⁴³.

88. *Aspect négatif de l'obligation de fidélité*. La composante négative de l'obligation de fidélité est aussi constituée de plusieurs obligations accessoires différentes. Nous mentionnons à ce titre, l'interdiction d'accepter des pots-de-vin, l'interdiction d'exercer une activité concurrente rémunérée, ou encore de l'obligation de garder le secret. Il convient, ici aussi, de déterminer pour chaque obligation si cette dernière est dépendante ou indépendante et si l'art. 98 al. 3 CO est applicable.³⁴⁴

B. Préjudice

89. Au sein de ce chapitre, nous abordons les concepts de dommage (section 1) et de tort moral (section 2). Ces notions sont reprises en droit du travail de manière identique à la partie générale et leur adéquation ne pose aucun problème particulier. Nous abordons, en relation avec la première section, la notion du dommage, puis nous exemplifions les situations où l'existence d'un dommage a été approuvée par le TF, ainsi que celles où l'existence d'un dommage a été refusée. Concernant la seconde section, nous nous limitons, par souci de brièveté, à une présentation plus générale, en particulier de l'art. 49 CO.

³³⁰ ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n°28, p. 148.

³³¹ GS BS, JAR 1981, p. 233s. ; CARRUZZO, art. 321e CO, n° 1, p. 93.

³³² TF 4A_332/2007 du 15 novembre 2007, c. 3 ; WITZIG, *Droit du travail*, n°1247, p. 409.

³³³ TF 4C.103/2005 du 1 juin 2005, c. 3.2.2.3 ; WITZIG, *Droit du travail*, n°1245, p. 409.

³³⁴ CS-DUNAND, art. 321a CO, n° 7, p. 55.

³³⁵ TF 4A_599/2013 du 17 mars 2015, c. 3.2.3 ; TF 4C.16/2003 du 23 juin 2003, c. 2.2 ; ALTHERR, p. 34 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 253. V. ArbGer ZH, JAR 1990, p. 134s., où l'existence d'un consentement n'a pas été prouvée.

³³⁶ TF 4A_599/2013 du 17 mars 2015, c. 3.2.3.

³³⁷ ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 28, p. 148, qui considère que l'obligation d'information du travailleur découle de son obligation de fidélité.

³³⁸ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2652, p. 114 ; SCHWENZER, §67, n° 09, p. 487s. *Contra* : BERGER, n° 1643, p. 564.

³³⁹ BsK-WIEGAND, art. 97 CO, n° 37, p. 592.

³⁴⁰ HUGUENIN, n° 865, p. 263 ; CR-THÉVENOZ, art. 98 CO, n° 24, p. 765 ; BsK-WIEGAND, art. 98 CO, n° 11., p. 606.

³⁴¹ CR-THÉVENOZ, art. 98 CO, n° 21, p. 765. V. également, BERGER, n° 1645, p. 564 ; BsK-WIEGAND, art. 98 CO, n° 9s., p. 606.

³⁴² BERGER, n° 1645, p. 564 ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 21, p. 743. Nous n'abordons pas plus en détail l'art. 98 al. 1 CO, dans la mesure où cela nécessiterait aussi un examen plus approfondi de ses conséquences sur les obligations du travailleur.

³⁴³ CR-THÉVENOZ, art. 98 CO, n° 21, p. 765 ; BsK-WIEGAND, art. 98 CO, n° 9, p. 606.

³⁴⁴ Pour le paragraphe, v. notamment, BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321a CO, n° 4, 5 et 13, p. 131s. et 137s.

1. Dommage

90. **Principe – Définition.** La loi ne définit pas la notion de dommage³⁴⁵. La définition jurisprudentielle consacrée du dommage est « *la diminution involontaire de la fortune nette* »³⁴⁶. Le droit de la responsabilité civile sert ainsi à indemniser le créancier dans la mesure où son patrimoine a été diminué par la survenance de l'acte dommageable³⁴⁷. A ce titre, en droit du travail, le dommage est défini comme une « *diminution involontaire du patrimoine de l'employeur* »³⁴⁸.
91. **Théorie de la différence.** Pour déterminer le dommage, l'ordre juridique suisse recourt à la « *théorie de la différence* ». Le dommage correspond à la différence entre l'état du patrimoine du lésé à la suite de l'acte dommageable et l'état de ce même patrimoine dans l'hypothèse où l'acte dommageable ne se serait pas produit³⁴⁹. Toutefois, l'existence d'un dommage n'implique pas encore que le travailleur soit condamné par un juge à la réparation de l'entier de celui-ci³⁵⁰ (cf. §217 ss).
92. **Catégories de dommage – Formes du dommage.** Il peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif ou d'une augmentation du passif (« *damnum emergens* » ; perte éprouvée), ainsi que d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif (« *lucrum cessans* » ; gain manqué)³⁵¹.
93. **Dommages négatifs et positifs.** Les concepts de dommages négatifs et positifs, propres à la responsabilité contractuelle, interviennent, lorsque « *la relation contractuelle prend fin sans que le contrat ait été exécuté* »³⁵². Lorsque la loi prévoit la réparation du dommage négatif (p.ex. art. 109 al. 2 CO), le créancier doit être indemnisé à concurrence de sa situation patrimoniale si le contrat n'avait pas été conclu³⁵³. A l'inverse, lorsque la loi prévoit la réparation du dommage positif (p.ex. art. 97 CO ; art. 107 al. 2 CO), le créancier doit être replacé dans la situation patrimoniale où le contrat était exécuté³⁵⁴. Nous verrons par la suite, qu'en droit du travail, le travailleur est le plus souvent tenu de réparer le dommage positif (cf. §259).
94. « *Erhaltungsinteresse* » ou « *Integritätsinteresse* ». En présence d'une violation positive, l'ordre juridique recourt aux concepts de « *Erhaltungsinteresse* » ou de « *Integritätsinteresse* » qui couvrent les dommages respectivement corporels et matériels survenus dans le chef du créancier. Le débiteur devra ainsi indemniser le créancier de manière à le replacer dans la situation précédant la lésion de ses biens juridiques.³⁵⁵

³⁴⁵ BERGER, n° 1545, p. 520. Nous n'abordons pas les questions relatives aux dommages directs et indirects, v. BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/1, p. 95.

³⁴⁶ V. notamment, ATF 133 III 462 ; TF 4A_399/2012 du 3 décembre 2012, c. 2.1.1 ; TF 4A_310/2007 du 4 décembre 2007, c. 6.1 ; TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.4.1 ; TF 4C.71/2002 du 31 juillet 2002, c. 5.1 ; FEHR, p. 114.

³⁴⁷ BERGER, n° 1545, p. 520.

³⁴⁸ V. notamment, BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n° 2, p. 76 ; GEISER/MÜLLER, §2, n° 469, p. 196. Concernant le caractère involontaire du dommage, v. TF 4A_310/2007 du 4 décembre 2007, c. 6.3, où le dommage consistait dans le paiement volontaire de factures après différents contrôles. V. pour les « *Bagatelldäden* », OGer LU, JAR 2011, p. 527 ss ; ArbGer ZH, JAR 1988, p. 155.

³⁴⁹ V. notamment ATF 133 III 462, c. 4.4.2 ; TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.4.1 ; TF 4C.71/2002 du 31 juillet 2002, c. 5.1 ; TF 4A_399/2012 du 3 décembre 2012, c. 2.1.1 ; BERGER, n° 1546, p. 521 ; GAUCH/SCHLUEPP/EMMENEGGER, n° 2897, p. 157s. ; GILLIÉRON, n° 125, p. 121s., auquel nous renvoyons pour les explications historiques et comparatistes ; HUGUENIN, n° 867, p. 263 ; SCHWENZER, §14, n° 03, p. 80 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 1210, p. 272. A noter que cette théorie a été critiquée. Par souci de concision, nous nous limitons au renvoi à HUGUENIN, n° 877 ss, p. 266 ss.

³⁵⁰ CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 60, p. 756.

³⁵¹ TF 4C.155/2006, c. 7.4.2 ; TF 4C.71/2002, c. 5.1 ; TF 4A_399/2012 du 3 décembre 2012, c. 2.1.1 ; TF 4A_310/2007, c. 6.2 ; SCHWENZER, §14, n° 13, p. 87 ; VON TUHR/ESCHER, p. 99 ; BsK-WIEGAND, art. 97 CO, n° 38, p. 592.

³⁵² TERCIER/PICHONNAZ, n° 1212, p. 272.

³⁵³ HUGUENIN, n° 874, p. 265 ; LÜCHINGER, n° 117, p. 44 ; SCHWENZER, §14, n° 31, p. 95 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 1213, p. 273 ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 35, p. 746, qui précise que l'intérêt négatif s'applique entre autres lorsque le contrat est résolu.

³⁵⁴ GAUCH/SCHLUEPP/EMMENEGGER, n° 2898, p. 158, qui précise que l'intérêt positif répare ainsi « *der Wert der versprochenen Leistung, die mit der Nichterfüllung direkt verbundenen Kosten (z.B. Mahnkosten) sowie weitere Schadenselemente wie etwa der entgangene Gewinn* » ; HUGUENIN, n° 873, p. 264s. ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 1214, p. 273 ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 33 s., p. 745 s., auquel nous renvoyons pour la liste des différents postes du dommage ; VON TUHR/ESCHER, p. 99 ; BsK-WIEGAND, art. 97 CO, n° 38, p. 592.

³⁵⁵ Pour le paragraphe, GAUCH/SCHLUEPP/EMMENEGGER, n° 2904, p. 159 ; SCHWENZER, §14, n° 32, p. 95 ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 34, p. 745 ; BsK-WIEGAND, art. 97 CO, n° 38, p. 592, auquel nous renvoyons. Par choix personnel, nous n'aborderons pas les questions relatives aux dommages immatériels et normatifs, dont l'intérêt en droit du travail nous semble limité. Pour le surplus, nous renvoyons à : SCHWENZER, §14, n° 05 ss, p. 81 ss.

95. **Devoir de diminuer son dommage.** Il incombe au créancier de « *prendre toutes les mesures raisonnables commandées par les circonstances pour diminuer son dommage* »³⁵⁶. Ce devoir regroupe deux hypothèses, soit celle de ne pas aggraver son dommage *a posteriori* et celle de réduire le dommage initial³⁵⁷. Le devoir de l'employeur de réduire son dommage découle de l'art. 2 al. 1 CC³⁵⁸ et non de l'art. 324 al. 2 CO, qui concrétise ce devoir³⁵⁹ mais concerne uniquement le travailleur. Il convient encore de préciser que le devoir de diminuer son dommage n'est pas un facteur de réduction de l'indemnité (cf. §218 ss) mais détermine le montant effectif du dommage³⁶⁰.
96. **Exemples de dommages – Réduction du chiffre d'affaire.** Le TF considère que la réduction du chiffre d'affaire, due à un débauchage par le travailleur de quasiment tous ses collègues, constitue une perte de gain³⁶¹. De même, la réduction du prix de soumissions, déjà bas, de sorte que le montant facturé soit inférieur au prix de revient, constitue une perte éprouvée³⁶², dont le montant correspond à la différence entre le prix de la soumission obtenue et le prix tenant compte du prix de revient correct et d'une marge bénéficiaire³⁶³.
97. **Mobbing.** Tristement célèbre, le harcèlement sur le lieu de travail d'un travailleur par un collègue trouve écho en matière de responsabilité civile du travailleur. En effet, le TF considère que le dommage peut survenir de l'engagement de la responsabilité de l'employeur à l'égard d'un autre travailleur, voire même d'un tiers, pour un acte de harcèlement^{364, 365}.
98. **Stocks de marchandise.** Le TF considère que, dans le commerce de détail, un dommage peut résulter d'un mauvais assainissement des stocks. Le dommage se compose de « *l'occupation inutile de locaux pendant une certaine durée, ainsi que la détérioration supplémentaire de denrées périssables qui auraient pu être liquidées rapidement* », mais aussi de l'immobilisation de capitaux qui en découle. Ce dernier poste du dommage se calcule par la différence entre le coût de l'immobilisation totale et de la valeur de l'immobilisation constituant le risque inhérent à l'entreprise.³⁶⁶
99. **Absence de dommage – Versement du salaire.** Le salaire du travailleur ne constitue pas un dommage « *tel que juridiquement reconnu* », du moins lorsque le salaire est dû, car il n'est pas établi que le travailleur n'a pas exécuté personnellement son travail et n'a pas travaillé moins que ce qui était prévu.³⁶⁷
100. **Soumission en faveur d'une société détenue par le travailleur.** Le TF a nié l'existence d'un dommage lorsqu'un travailleur propose, comme sous-traitant pour des services informatiques, une société dont il est l'unique actionnaire. L'inexistence du dommage découle du fait que les prix pratiqués étaient ceux du marché, que les enveloppes budgétaires étaient à chaque fois respectées, que les projets ont été menés à satisfaction de l'employeur et qu'une part bénéficiaire pour l'entreprise sous-traitante ressort de la logique même de la sous-traitance.³⁶⁸
101. **Émission d'un bon de paiement.** Le TF a considéré que le directeur d'une société n'avait pas occasionné de dommage à cette dernière par la signature d'un bon de paiement, dans la mesure où le

³⁵⁶ PICHONNAZ, *Réduction du dommage*, p. 111.

³⁵⁷ LÜCHINGER, n° 1033 ss, p. 351s., qui mentionne une obligation de faire et une autre de ne pas faire ; PICHONNAZ, *Réduction du dommage*, p. 112s.

³⁵⁸ ACHTARI, n° 35, p. 12 ; *Contra* : LÜCHINGER, n° 1027, p. 350 qui considère que le devoir trouve son origine dans l'art. 44 CO. V. également, OFTINGER/STARK, t.1, §6, n° 37ss, p. 261ss. V. également AppGer BS, JAR 2004, p. 428 ss.

³⁵⁹ ACHTARI, n° 46 et 62, p. 16 et 22, auquel nous renvoyons pour une analyse plus détaillée ; LÜCHINGER, n° 1041, p. 353 ; PICHONNAZ, *Réduction du dommage*, p. 115. V. CAPH GE, JAR 1987, p. 139, où la responsabilité du travailleur est niée car le dommage pouvait être totalement éliminé.

³⁶⁰ ACHTARI, n° 177, p. 63, qui traite ledit devoir comme une incombance ; PICHONNAZ, *Réduction du dommage*, p. 110 et 116 ; Nous n'abordons pas au sein de ce mémoire le calcul du dommage, afin de respecter les contraintes d'écriture imposées pour ce travail.

³⁶¹ ATF 123 III 256, c. 5d.

³⁶² TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.4.2.

³⁶³ ATF 110 II 344, 6c/bb.

³⁶⁴ CARRUZZO, art. 321e CO, n°3, p. 94.

³⁶⁵ Pour les considérations ayant trait au montant du dommage subi par l'employeur, nous renvoyons à BIELI, p. 40s. ; LEMPEN, p. 246 ss.

³⁶⁶ Pour le paragraphe, TF 4C.71/2002 du 31 juillet 2002, c. 5.2.

³⁶⁷ Pour la citation et pour le paragraphe, TF 4A_202/2008 du 20 juin 2008, c. 3. V. également TPH GE, JAR 1994, p. 134. V. toutefois, OGER LU, JAR 1996, p. 127.

³⁶⁸ Pour le paragraphe, TF 4A_310/2007 du 4 décembre 2007, c. 6.3.

compte courant du sous-consortium présentait un solde positif et suffisant pour régler les différentes créances³⁶⁹.

102. *Couverture assurance.* L'employeur ne subit pas de dommage de la simple prise d'assurance en vue de couvrir les montants découlant de la violation de contrats de travail. Autre est la situation pour l'employeur qui perd un bonus auprès de l'assurance ou subit une augmentation de sa prime.³⁷⁰

2. Tort moral

103. **Réparation admissible.** A l'instar de l'art. 97 CO³⁷¹, l'art. 321e CO ne mentionne que le dommage. Il faut cependant considérer que l'art. 321e CO s'applique au tort moral pour l'atteinte grave à la personnalité de l'employeur (art. 49 CO)³⁷² et pour les cas prévus par l'art. 47 CO³⁷³.

104. **Atteinte à la personnalité.** Nous n'aborderons au sein de ce travail que l'hypothèse de l'art. 49 CO car l'application de l'art. 47 CO ne semble pas poser de difficultés particulières en droit du travail. L'art. 49 CO suppose l'existence d'une atteinte à la personnalité du lésé, qui soit objectivement et subjectivement grave³⁷⁴. A notre avis, une application de l'art. 49 CO est envisageable, en droit du travail, en présence d'un cas de *mobbing vertical ascendant*³⁷⁵. Il convient encore de souligner que l'art. 49 CO ne s'appliquera que si le travailleur n'a pas donné satisfaction à l'employeur d'une autre manière³⁷⁶.

C. Lien de causalité

105. Nous abordons au sein de ce chapitre la notion de lien de causalité. Pour ce faire, nous commençons par une analyse sommaire des différentes catégories de causalité (section 1), puis nous présentons certains facteurs d'interruption de la causalité (section 2).

1. Catégories de causalité

106. L'ordre juridique prévoit différentes causalités, soit la causalité naturelle (sous-section a), la causalité adéquate (sous-section b) et la causalité hypothétique (sous-section c). Les prochains paragraphes présentent succinctement les différents concepts.

107. **Causalité naturelle – Principe.** Il doit exister un lien de causalité naturelle entre la violation contractuelle et le dommage intervenu³⁷⁷. La causalité naturelle se définit comme la cause nécessaire entre la violation contractuelle et la survenance du dommage, la violation contractuelle apparaissant comme la « *conditio sine qua non* » du dommage³⁷⁸.

108. *Absence de causalité naturelle.* Une cour cantonale a nié l'existence d'une causalité naturelle dans un cas où le travailleur avait vissé la roue d'un véhicule à l'aide d'une clef en croix à la place d'une clef pneumatique automatique. Selon l'employeur, il s'agissait de la cause d'un accident survenu le jour même, ce qu'il n'était toutefois pas parvenu à démontrer. Dans la mesure où la causalité naturelle est une question de fait, le TF n'a pas pu la revoir.³⁷⁹

³⁶⁹ Pour le paragraphe, TF 4C.389/2001 du 8 novembre 2002, c. 2.2.

³⁷⁰ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/7d, p. 102 ; ZK-STAEHLIN, art. 321e CO, n° 20, p. 145 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 7, p. 259.

³⁷¹ CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 41, p. 749. Nous n'approfondissons pas, par souci de brièveté, le tort moral.

³⁷² BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n° 1, p. 76 ; CARRUZZO, art. 321e CO, n° 3, p. 94 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 13, p. 121.

³⁷³ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n°22, p. 209.

³⁷⁴ BsK-KESSLER, art. 49 CO, n° 11, p. 388 ; CR-WERRO, art. 49 CO, n° 5, p. 467.

³⁷⁵ V. CS-DUNAND, art. 328 CO, n° 33, p. 282.

³⁷⁶ V. BsK-KESSLER, art. 49 CO, n° 2, p. 386 ; CR-WERRO, art. 49 CO, n° 12, p. 468.

³⁷⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n°1, p. 76 ; CARRUZZO, art. 321e CO, n°5, p. 96.

³⁷⁸ BERGER, n° 1556, p. 524 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 22, p. 124 ; HUGUENIN, n° 888, p. 268 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 1224, p. 275.

³⁷⁹ Pour le paragraphe, TF 4C.369/2006 du 16 janvier 2007, c. 5.3, qui n'admet pas non plus la preuve d'une violation contractuelle.

109. **Causalité adéquate – Principe.** En sus d’une causalité naturelle, il doit exister un lien de causalité adéquat entre la violation contractuelle et le dommage survenu³⁸⁰. La causalité adéquate est une limitation à la causalité naturelle, sur la base d’un jugement de valeur³⁸¹. La causalité adéquate se définit comme le lien, entre la violation contractuelle et la survenance du préjudice, propre à ce que la première entraîne le second selon le cours ordinaire des choses et l’expérience générale de la vie³⁸², de sorte que la survenance du dommage apparaît favorisé par la violation contractuelle³⁸³. A l’inverse, « [d]ie Haftung des Arbeitnehmers für den Schaden des Arbeitgebers ist daher ausgeschlossen, soweit der Schaden durch das Hinzutreten ganz ungewöhnlicher und ausserhalb der Lebenserfahrung liegender Umstände entsteht »³⁸⁴.
110. **Prévisibilité du dommage.** Au vu de la préexistence d’une relation juridique entre l’employeur et le débiteur, ce dernier ne répond que des dommages qui sont prévisibles³⁸⁵. En d’autres termes, le TF considère que c’est à l’employeur de supporter les causes du dommage qui n’étaient pas prévisibles ou dont la prévisibilité n’a pas été prouvée³⁸⁶.
111. **Causalité hypothétique.** Au vu de ce qui précède, un lien de causalité ne peut exister si la violation contractuelle consiste en une omission du travailleur. C’est ce qu’exprime l’adage « *ex nihilo nihil fit* ». C’est pourquoi, l’ordre juridique recourt au concept de causalité hypothétique, selon lequel il convient de vérifier que sans l’action omise par le travailleur, le préjudice ne serait pas intervenu ou serait intervenu dans une moindre proportion. Le TF ne revoit la causalité hypothétique qu’avec retenue.³⁸⁷
2. **Interruption de la causalité**
112. **Généralités.** Selon SCHWEINGRUBER, « [i]m Alltagsleben und in den Vorgängen in der Natur überhaupt gibt es nicht immer eine einzige schlüssige Kausalität (Ursache/Wirkung), sondern gelegentlich mehrere Ursachen, für die nicht nur der Arbeitnehmer verantwortlich ist »³⁸⁸. Le lien de causalité peut être rompu, en présence d’un cas de force majeure, d’une faute grave d’un tiers ou d’une faute grave du lésé³⁸⁹. Ces motifs d’interruption ont en commun qu’ils sont de nature à effacer le comportement du débiteur, en l’occurrence le travailleur, comme cause « *la plus probable et la plus immédiate de l’événement considéré* »³⁹⁰. La doctrine récente n’utilise pas le concept de l’interruption de la causalité, au motif que les éléments à même d’interrompre la causalité empêcheraient déjà l’avènement d’une causalité adéquate³⁹¹.
113. **Faute grave du lésé – Principe.** La faute grave du lésé ou d’un tiers est de nature à rompre le lien de causalité adéquat lorsqu’elle est si déraisonnable qu’elle en devient imprévisible et qu’elle revêt une

³⁸⁰ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° 6, p. 100 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e CO, n° 2, p. 76 ; CARRUZZO, art. 321e CO, n° 5, p. 96 ; HUGUENIN, n° 889, p. 269. V. également, TA TI, JAR 2004, p. 551.

³⁸¹ HUGUENIN, n° 889, p. 269 ; SCHWENZER, §19, n° 02, p. 136, qui rappelle qu’il est possible de remonter la chaîne des causalités naturelles sans fin.

³⁸² BERGER, n° 1556, p. 524 ; BRÜHWILER, art. 321e CO, n° 6, p. 100 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e CO, n° 2, p. 76 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 22, p. 124 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 22, p. 210 ; SCHWENZER, §19, n° 03, p. 137, à laquelle nous renvoyons pour un examen plus approfondi de la question ; SUBILIA/DUC, art. 321e CO, n° 7, p. 155 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 1225, p. 275.

³⁸³ BERGER, n° 1556, p. 524 ; HUGUENIN, n° 889, p. 269 ; ZK-STAEHLIN, art. 321e CO, n° 21, p. 145.

³⁸⁴ ZK-STAEHLIN, art. 321e CO, n°21, p. 145.

³⁸⁵ LÜCHINGER, n° 541, p. 184s. ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 1226, p. 275 ; BK-WEBER, art. 97 CO, n° 255, p. 125, auquel nous renvoyons pour plus de détails. Nous renvoyons à GILLIÉRON, n° 130s., p. 125, qui précise que la prévisibilité du dommage est, aussi et surtout, une notion utilisée en droit américain et en droit français.

³⁸⁶ ATF 110 II 344, c. 6c/bb.

³⁸⁷ Pour le paragraphe, ATF 115 II 440, c. 4c ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 22, p. 124 ; HUGUENIN, n° 890, p. 269 ; SCHWENZER, §20, n° 01, p. 139 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 1227, p. 276 ; BK-WEBER, art. 97 CO, n° 239, p. 120.

³⁸⁸ SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 70.

³⁸⁹ CARRUZZO, art. 321e CO, n° 5, p. 96 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 22, p. 210. Nous excluons cependant l’analyse de la force majeure et de la faute grave d’un tiers.

³⁹⁰ CARRUZZO, art. 321e CO, n° 5, p. 96. V. également BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n°22, p. 210.

³⁹¹ HONSELL/ISENRING/KESSLER, §3, n° 37, p. 44. V. également, HUGUENIN, n° 891, p. 269 ; SCHWENZER, §20, n° 03 et 05, p. 140s.

importance suffisante pour effacer celle du comportement du débiteur, ainsi que celle de tous les facteurs qui ont pu accentuer la survenance du préjudice³⁹².

114. *Défaut de surveillance*. Les exigences jurisprudentielles relatives à la rupture du lien de causalité par le défaut de surveillance de l'employeur sont élevées. En effet, le TF considère que même une surveillance « laxiste » n'est pas de nature à rompre le lien de causalité. Dans l'affaire en question, l'attitude tolérante de l'employeur, source de son absence de surveillance, s'inscrivait dans une relation de confiance, de sorte que les violations contractuelles du travailleur se tenaient toujours dans un rapport de causalité avec le préjudice subi. Au demeurant, la faute grave de l'employeur peut aussi constituer un facteur de réduction de l'indemnité (cf. §228).³⁹³

D. Faute

115. La faute est une condition nécessaire à la responsabilité du travailleur. L'ordre juridique helvétique s'articule autour d'une responsabilité pour faute³⁹⁴. Nous présentons donc dans les prochaines sections les conditions de la faute (section 1), puis les différents degrés de faute (section 2).

1. Conditions

116. **Aspect objectif – Violation d'une norme de comportement**. L'aspect objectif se définit comme « un manquement de la volonté aux devoirs imposés par l'ordre juridique [...], en l'occurrence par le contrat »³⁹⁵. La faute connaît une distinction principielle dichotomique : la faute intentionnelle, soit celle du débiteur qui connaît la conséquence préjudicielle de la violation contractuelle et veut en provoquer la survenance et la faute par négligence, qui se définit comme la « *Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt* » par le débiteur³⁹⁶. Soulignons encore que le TF considère « [qu'] une faute doit être niée, lorsque les intérêts du travailleur à l'exercice de ses droits constitutionnels ou l'intérêt public à l'accomplissement d'obligations légales l'emportent sur celui de l'employeur à obtenir la prestation de travail »³⁹⁷. La définition retenue pour la faute par négligence pose des problèmes concernant sa distinction avec la violation de l'obligation de diligence. Par souci de clarté nous aborderons cette problématique dans le chapitre relatif à la preuve (cf. §126).³⁹⁸

117. « *Übernahmeverschulden* ». Cette notion concerne le débiteur qui promet une prestation pour laquelle il sait ou devrait savoir qu'il n'a pas les compétences et connaissances requises³⁹⁹. Cette notion est connue depuis l'Antiquité, sous la forme de l'adage « *impertia culpa adnumeratur* » : l'inexpérience s'additionne à la faute (trad. libre)⁴⁰⁰. Actuellement, cette notion découle de l'objectivisation de la notion de faute⁴⁰¹ (cf. §129) et se fait l'écho d'un monde professionnel qui se complexifie de plus en plus, de sorte que « [n]iemand kann sich [...] einbilden, selbst auf seinem Fachgebiet allwissend zu sein »⁴⁰². Ainsi, un débiteur ne doit pas s'engager à exécuter une obligation qu'il ne peut objectivement exécuter⁴⁰³.

³⁹² TF 4A_123/2007, 4A_125/2007 du 31 août 2007, c. 8.1 ; SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 71 ; SCHWENZER, §20, n° 02, p. 140 ; WYLER/HEINZER, p. 119.

³⁹³ Pour le paragraphe, TF 4A_123/2007, 4A_125/2007 du 31 août 2007, c. 8.2. V. également, ALTHERR, p. 30, qui considère que la figure juridique du consentement de l'employeur pourrait aussi être retenue.

³⁹⁴ SCHWENZER, §22, n° 01, p. 148 ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 50, p. 752.

³⁹⁵ TERCIER/PICHONNAZ, n° 1230, p. 276. V. également MÜLLER, *Responsabilité extracontractuelle*, n° 238, p. 82.

³⁹⁶ Pour la citation, GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2968, p. 177. Et pour la phrase, ALTHERR, p. 39 ss ; HUGUENIN, n° 894, p. 270 ; SCHWENZER, §22, n° 11s., p. 150 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 1230, p. 276.

³⁹⁷ TF 4C.331/2001 du 12 février 2002, c. 4b.

³⁹⁸ Le droit pénal connaît une distinction selon le type de faute (V. notamment KILLIAS/KUHN/DONGOIS, n° 321, p. 47) reprise en droit civil (V. notamment MÜLLER, *Responsabilité extracontractuelle*, n° 256, p. 89) que nous ne reprendrons pas, car nous nous joignons à SCHWENZER, §22, n° 11s., p. 150, qui souligne que le degré de faute a plus d'importance que le type de faute au sein du régime de responsabilité contractuelle.

³⁹⁹ BERGER, n° 1512, p. 510s. ; GAUTSCHI, p. 34 ; HUGUENIN, n° 899, p. 272.

⁴⁰⁰ GLOOR, *Übernahmeverschulden*, n° 33, p. 11.

⁴⁰¹ GLOOR, *Übernahmeverschulden*, n° 38, p. 12.

⁴⁰² GAUTSCHI, p. 35.

⁴⁰³ GLOOR, *Übernahmeverschulden*, n° 39, p. 12. Nous renvoyons à cette auteure pour les questions plus approfondies ayant trait à l'application et aux origines de cette notion.

118. **Aspect subjectif.** L'élément subjectif de la faute est constitué de la capacité de discernement du débiteur⁴⁰⁴, i.e. de la faculté d'agir raisonnablement, se définissant de manière négative par l'absence de causes d'altération, définitives ou passagères⁴⁰⁵, au sens de l'art. 16 CC⁴⁰⁶. L'analyse de capacité de discernement s'opère *in concreto*, i.e. par rapport à un acte déterminé⁴⁰⁷. Toutefois, la capacité de discernement est présumée de sorte que son absence doit être prouvée par celui qui s'en prévaut⁴⁰⁸. A ce titre, la responsabilité d'un travailleur incapable de discernement est soumise à l'art. 54 al. 1 CO, applicable par le biais de l'art. 99 al. 3 CO et non à l'art. 321e CO⁴⁰⁹. Cette responsabilité objective est fondée sur l'équité et sur le pouvoir d'appréciation du juge⁴¹⁰.

2. Degré de la faute

119. **Principe.** La responsabilité du débiteur est engagée sans égard au degré de la faute (art. 99 al. 1 CO)⁴¹¹. Toutefois, une controverse existe quant à la responsabilité du travailleur en présence d'une faute légère⁴¹², que nous aborderons, par souci de cohérence, en lien avec le risque professionnel (cf. §138). La gravité de la faute déploie aussi des effets quant à la validité d'une clause d'exclusion de responsabilité (cf. §163). Nous nous limitons donc à la présentation des degrés de faute envisageables, soit la faute légère, la faute moyenne et la faute grave.

120. **Distinction trichotomique.** La faute légère est définie comme « *le comportement objectif ou le manquement subjectif qui, sans être acceptable, n'est pas particulièrement répréhensible* »⁴¹³. Certains auteurs ajoutent la haute probabilité de la commission d'une telle faute par chacun⁴¹⁴. A l'inverse, la faute grave est définie comme « *le comportement [qui] est objectivement ou subjectivement inexcusable* »⁴¹⁵. En principe, la faute intentionnelle est grave, alors que la faute par négligence est qualifiée de grave à condition que « *l'auteur viole les règles les plus élémentaires de la prudence, en négligeant les précautions qui, dans les mêmes circonstances, se seraient imposées à toute personne raisonnable* »⁴¹⁶. La faute moyenne constitue le groupe résiduel des fautes qui ne peuvent être qualifiées ni de graves ni de légères⁴¹⁷.

E. Fardeau de la preuve

121. L'art. 8 CC répartit le fardeau de la preuve entre les parties au litige, prévoyant que « [c]haque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit ». Ainsi, il appartient au demandeur de prouver les faits qui fondent sa prétention, tandis que la partie adverse doit prouver les faits qui entraînent l'extinction ou la perte du droit⁴¹⁸. Cette disposition régit, en définitive, les conséquences de l'échec de la preuve⁴¹⁹, soit l'absence de « *la reconnaissance de son droit* »⁴²⁰. Forts de ces considérations, nous abordons dans ce chapitre les éléments que l'employeur doit prouver (sous-section a), puis ceux dont le travailleur supporte la charge (sous-section b). A ce titre, il convient de préciser que l'art. 97 al. 1 CO est une des règles

⁴⁰⁴ HUGUENIN, n° 895, p. 270.

⁴⁰⁵ HUGUENIN, n° 894, p. 270 ; MÜLLER, *responsabilité civile extracontractuelle*, n° 245, p. 84.

⁴⁰⁶ BsK-FANKHAUSER, art. 16 CC, n° 2, p. 190 ; CR-WERRO/SCHMIDLIN, art. 16 CC, n° 2, p. 169.

⁴⁰⁷ CR-WERRO/SCHMIDLIN, art. 16 CC, n° 5, p. 169 ; SCHWENZER, §22, n° 06, p. 149.

⁴⁰⁸ BsK-FANKHAUSER, art. 16 CC, n° 4, p. 191 ; HUGUENIN, n° 895, p. 270 ; CR-WERRO/SCHMIDLIN, art. 16 CC, n° 4, p. 169.

⁴⁰⁹ TF 4C.195/2004 du 7 septembre 2004, c. 2.2 et 3.

⁴¹⁰ CR-WERRO, art. 54 CO, n° 2, p. 506. Nous n'abordons pas plus en détails cette responsabilité.

⁴¹¹ TERCIER/PICHONNAZ, n° 1232, p. 277 ; SCHWENZER, §22, n° 22s., p. 153 ; La distinction selon la gravité de la faute se rapporte plus souvent à la faute par négligence et c'est pourquoi la doctrine germanophone remplace le terme « gravité de la faute », par celui de « *Grad der Fahrlässigkeit* ».

⁴¹² V. notamment, Message contrat de travail, p. 319.

⁴¹³ CR-WERRO, art. 41 CO, n° 70, p. 384. V. également SCHWENZER, §22, n° 22, p. 153. V. OGer LU, JAR 2001, p. 183 ss.

⁴¹⁴ SCHWENZER, §22, n°22, p. 153.

⁴¹⁵ CR-WERRO, art. 41 CO, n° 70, p. 384. V. également SCHWENZER, §22, n° 22, p. 153. V. ArbGer See (SG), JAR 1988, p. 155 ss, qui retient la faute grave pour la violation de prescription de sécurité.

⁴¹⁶ CR-WERRO, art. 41 CO, n° 70, p. 384.

⁴¹⁷ SCHWENZER, §22, n° 22, p. 153 ; CR-WERRO, art. 41 CO, n° 70, p. 384. V. p.ex. TC FR, JAR 2007, p. 402.

⁴¹⁸ V. notamment, TF 4A_332/2007 du 15 novembre 2007, c. 3.1.

⁴¹⁹ V. notamment, TF 4A_399/2012 du 3 décembre 2012 c. 2.1.3.

⁴²⁰ STEINAUER, n° 677, p. 256.

spéciales, dont il est fait mention à l'art. 8 CC, le débiteur devant prouver qu'aucune faute ne lui est imputable⁴²¹. Nous nous permettons de rappeler que nous ne considérons que l'hypothèse de l'employeur-lésé et non celle du travailleur-lésé (cf. §15 ss).

1. Preuve incombant à l'employeur

122. **Fardeau de l'employeur.** La jurisprudence et la doctrine considèrent qu'il appartient à l'employeur de prouver l'existence et le montant du dommage, la violation contractuelle, ainsi que le lien de causalité entre les deux éléments précités⁴²². Selon BERGER, la preuve d'un lien de causalité adéquat est simplifiée en présence d'une responsabilité contractuelle, puisqu'il existe déjà une relation juridique entre le lésé et l'auteur du dommage et, partant, l'inexécution d'une obligation est selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, de nature à provoquer un dommage⁴²³. L'employeur doit toutefois préciser les actes du travailleur qui constituent les violations contractuelles, il ne peut se contenter d'émettre une critique générale et subjective des activités de celui-ci⁴²⁴.

123. **Preuve du dommage – art. 42 al. 2 CO.** STAEHELIN est d'avis qu'il peut être difficile pour l'employeur de prouver l'étendue de son dommage⁴²⁵. A cette fin, l'ordre juridique prévoit un allègement du fardeau de la preuve, lorsque la preuve du dommage est impossible à apporter ou ne peut être raisonnablement exigée de l'employeur (art. 42 al. 2 CO). Toutefois, l'employeur n'est pas libéré de l'obligation de la preuve du dommage, il doit apporter tous les éléments propres à établir l'existence du dommage et à le chiffrer de manière approximative. Le juge s'appuiera ensuite sur le « *cours ordinaire des choses* » (art. 42 al. 2 *in fine* CO) pour exercer son pouvoir d'appréciation.⁴²⁶

124. *Une preuve généralement facilitée ?* STAEHELIN considère que l'employeur peut donc se contenter de prouver le dommage, ainsi que sa survenance soit due à l'activité du travailleur, « *wenn nach den Erfahrungen des Lebens ein derartiger Schaden nur durch Unsorgfalt entstehen kann* ». Cet auteur justifie son opinion par le fait que la violation de l'obligation de diligence par le travailleur n'est souvent observée de personne.⁴²⁷

2. Preuve incombant au travailleur

125. **Renversement du fardeau de la preuve.** Les premiers arrêts du TF mentionnaient, sans y répondre, l'existence d'une controverse doctrinale relative au fardeau de la preuve de la faute en application de l'art. 321e CO⁴²⁸. La doctrine majoritaire et la jurisprudence actuelle considèrent qu'il appartient au travailleur d'apporter la preuve de son absence de faute ou de sa légèreté⁴²⁹. Toutefois cette affirmation doit souffrir d'une critique.

126. **Le manque de diligence, violation contractuelle ou faute ?** En présence d'une obligation de moyen, l'examen de l'élément objectif de la faute se confond avec celui de la violation de l'obligation de diligence, puisque ces deux notions se rapportent à la diligence qui peut être attendue du débiteur⁴³⁰. C'est pourquoi une partie de la doctrine part du principe que la violation contractuelle est en principe

⁴²¹ STEINAUER, n° 663, p. 251 ; BK-WEBER, art. 97 CO, n° 53, p. 66, qui considère que le renversement du fardeau de la preuve n'est pas justifié pour les cas de violation positives du contrat.

⁴²² V. notamment, TF 4C.71/2002 du 31 août 2002, c. 5.1 ; TF 4C.389/2001 du 8 novembre 2002, c. 2.1 ; TPH GE, JAR 1990, p. 141 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 11, p. 121 ; WITZIG, *Droit du travail*, n°1245, p. 409. *Contra* : HUTTERLI, p. 98, qui considère que l'employeur doit uniquement prouver la survenance du dommage. V. AppGer BS, JAR 2004, p. 427, pour un cas où l'employeur n'a pas réussi à prouver le dommage.

⁴²³ BERGER, n° 1557, p. 525.

⁴²⁴ Pour le paragraphe, TF 4C.8/2007, 4P.10/2007 du 28 mars 2007, c. 2 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 19, p. 123.

⁴²⁵ ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 33, p. 150.

⁴²⁶ Pour le paragraphe, TA TI, JAR 2004, p. 550 ; HUGUENIN, n° 1850, p. 544 ; BsK-KESSLER, art. 42 CO, n° 10, p. 351 ; CR-WERRO, art. 42 CO, n° 24, 26 et 29, p. 400s. V. également TF 4A_172/2012 du 22 août 2012, c. 9.3.2.

⁴²⁷ Pour le paragraphe, ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 33, p. 150.

⁴²⁸ TF 4C.87/2001 du 7 novembre 2001, c. 4a ; TF 4C.304/1993 du 21 février 1994, c. 3a = JAR 1995, p. 84s.

⁴²⁹ ATF 144 III 327, c. 4.2.1 ; TF 4A_332/2007 du 15 novembre 2007, c. 3.1 ; TF 4C.369/2006 du 16 janvier 2007, c. 5.2 ; TF 4C.103/2005 du 1 juin 2005, c. 1.3 ; TF 4C.389/2001 du 8 novembre 2002, c. 2.1 ; TF 4C.196/1998 = JAR 1999 p. 293 ; TPH GE, JAR 1990, p. 141 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e CO, n°6, p. 77 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n°13, p. 269. V. également, ALTHERR qui admet cette solution mais qui plaide en faveur d'une modification de la loi à l'avantage du travailleur.

⁴³⁰ HUGUENIN, n° 900, p. 272 ; SCHWENZER, §22, n° 18 et 21, p. 152s.

fautive, et que la violation contractuelle non-fautive constitue une exception⁴³¹. Cette affirmation découle, selon THÉVENOZ, du fait que « *le créancier supporte le fardeau de la preuve de la négligence [... et que la] seule preuve libératoire qui reste alors ouverte au débiteur est celle de son incapacité de discernement non fautive* »⁴³². Dans le même sens, GAUTSCHI considère qu'il appartient au créancier de prouver l'absence de diligence du travailleur et que si cette preuve est apportée, « *es ist simultan der Haftungsgrund der schuldhaften Nichterfüllung gegeben, von dem es keine Exkulpation mehr gibt* »⁴³³. Il convient toutefois de souligner le constat de SCHMID, selon lequel, en droit du travail, la doctrine majoritaire et la jurisprudence analysent le manque de diligence au stade de la faute⁴³⁴, ce qui est en contradiction avec la jurisprudence rendue en matière de contrat de mandat, où le manque de diligence apporté par le mandataire est analysé au stade de la violation contractuelle⁴³⁵. FEHR apporte une solution intermédiaire, considérant que les deux notions de la diligence ne se recoupent pas, dans la mesure où « *Unsorgfalt im Kontext der Vertragswidrigkeit bedeutet daher eine Abweichung von einem – wenn auch bloss durch hypothetischen Parteiwillen – vereinbarten Qualitätsstandard* »⁴³⁶, alors que la diligence en matière de faute permet au travailleur de démontrer que le comportement qu'il a adopté aurait aussi été celui de toute personne de qualification égale placée dans les mêmes circonstances⁴³⁷ (cf. §130). Cette dernière solution semble être la plus appropriée, dans la mesure où elle concilie la responsabilité du travailleur avec celle du mandataire et s'accorde avec la jurisprudence et la doctrine majoritaire en droit du travail, laissant en définitive la possibilité au travailleur de se disculper sans pour autant le charger entièrement du fardeau de la preuve de sa diligence. Cette dernière théorie engendre cependant plusieurs difficultés, notamment quant à la distinction entre la diligence découlant de la volonté des parties, interprétée au besoin selon le principe de la confiance et celle utilisée dans l'examen de la faute. Au vu de la complexité de la question et de la brièveté du présent mémoire, nous nous permettons de laisser la question ouverte.

127. **Maximes procédurales.** Pour terminer ce chapitre, il convient de préciser que l'art. 8 CC ne régit ni les questions relatives à l'appréciation des preuves ni sur quelles bases le juge doit forger sa conviction⁴³⁸. Ces questions sont réglées par le CPC. A ce titre, les procédures en droit du travail peuvent être soumises à la procédure simplifiée (art. 243 al. 1 CPC) et par conséquent à la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 lit. b ch. 2 CPC)⁴³⁹. Le but est de faciliter l'apport de preuve pour le travailleur, puisque le tribunal est ainsi tenu, lorsque les parties n'ont pas apporté toutes les preuves, « *de rechercher lui-même des preuves, pour autant qu'il ait connaissance, sur la base des déclarations des parties et/ou du dossier, de l'existence de moyen pertinent* »⁴⁴⁰. Les parties gardent cependant un devoir de collaboration à l'établissement des preuves⁴⁴¹.

⁴³¹ SCHWENZER, §22, n° 21, p. 153.

⁴³² CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 57, p. 754.

⁴³³ GAUTSCHI, p. 25.

⁴³⁴ TF 4A_123/2007, c. 8.1 ; SCHMID, p. 747s. ; PORTMANN/STÖCKLI, n° 209, p. 56. *Contra* : CR I-AUBERT, art. 321e CO, n°5, p. 1985 ; GEISER, PJA 7/1997, p. 788 ; ZK-STAEHELIN, art. 321a CO, n° 3, p. 81. V. également BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 19s., p. 208, qui semble considérer que l'examen de l'art. 321e al. 2 CO se fait autant au stade de la violation contractuelle que de la faute. V. également, BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321a CO, n° 1, p. 128, qui considèrent que « [d]ie sog. Sorgfaltspflicht begründet mithin keine Leistungspflicht, sondern bestimmt nur, unter welchen Voraussetzungen der Arbeitnehmer wegen mangelhafter Erfüllung seines Arbeitsvertrages haftet ». ALTHERR, p. 28s. ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321a CO, n° 1, p. 1840, sont du même avis.

⁴³⁵ SCHMID, p. 747.

⁴³⁶ FEHR, p. 57. V. également, BK-WEBER, art. 99 CO, n° 85, p. 219.

⁴³⁷ FEHR, p. 58 et 122. V. également GEISER, *Treuepflicht*, p. 116, qui apporte une réponse similaire.

⁴³⁸ ATF 128 III 22, c. 2d ; TF 4A_399/2012 du 3 décembre 2012, c. 2.1.3.

⁴³⁹ BOHNET/JEANNIN, RDS 2015 I 223, p. 235 ; CR-TAPPY, art. 247 CPC, n° 16, p. 977.

⁴⁴⁰ BOHNET/JEANNIN, RDS 2015 I 223, p. 231. V. également BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV, p. 95 ; DIETSCHY, n° 285, p. 137s. ; CR-TAPPY, art. 247 CPC, n° 23, p. 978.

⁴⁴¹ BOHNET/JEANNIN, RDS 2015 I 223, p. 231 ; CR-TAPPY, art. 247 CPC, n° 23, p. 978.

V. Mesure de la diligence

128. **Principe.** L'art. 321e al. 2 CO prévoit l'étendue de la diligence qui peut être attendue du travailleur⁴⁴². Toutefois, la mesure de la diligence se détermine selon chaque relation de travail, ainsi l'examen de la responsabilité du travailleur s'opère concrètement, il ne s'agit pas d'un examen abstrait de la situation⁴⁴³. En matière de violation contractuelle, la mesure de la diligence est essentielle pour la violation positive du contrat⁴⁴⁴. La mesure de la diligence est aussi primordiale dans l'analyse de la faute par négligence⁴⁴⁵ (cf. §116). Ainsi la mesure de la diligence est en cela déterminante qu'elle établit la responsabilité du travailleur. Au demeurant, ces critères ont aussi un effet pour la détermination du montant des dommages-intérêts (cf. §218).
129. **Critères – Enumération légale.** La diligence que peut attendre un créancier de son débiteur dépend du rapport d'obligation qui les lie⁴⁴⁶. Par conséquent, la diligence que le créancier peut attendre du débiteur, lorsque le contrat est muet à ce sujet, se détermine selon le principe de confiance⁴⁴⁷. En droit suisse, la diligence qui peut être attendue du débiteur est objectivée⁴⁴⁸, de sorte qu'il convient de comparer la diligence apportée par ledit débiteur avec la diligence hypothétique qu'aurait apporté une personne raisonnable présentant les mêmes qualifications générales⁴⁴⁹, placée dans les mêmes circonstances⁴⁵⁰. Lorsqu'une personne promet une prestation à titre professionnel, elle répond d'exigences plus élevées⁴⁵¹. A défaut, la diligence s'apprécie en fonction des qualités personnelles d'un débiteur que le créancier connaissait ou devait connaître⁴⁵². La situation du débiteur qui promet une diligence au-delà de ses compétences a déjà été abordée (« *Übernahmeverschulden* », cf. §117). Fort de ces considérations générales, il convient de préciser la situation retenue par le droit du travail à plusieurs égards et l'art. 321e al. 2 CO énumère à cet effet quatre facteurs à prendre en considération dans la mesure de la diligence du travailleur, à savoir le contrat de travail (section 1), le risque professionnel (section 2), les connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis (section 3) et les aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître (section 4).
130. **Nature des critères.** Les trois premiers critères sont objectifs et concrétisent de ce fait la notion objective de la négligence propre au droit civil⁴⁵³. Le quatrième critère semble se rapprocher de la notion subjective de la négligence⁴⁵⁴. Certains auteurs sont d'avis que la prise en compte de ce critère subjectif est restreinte, dans la mesure où la loi ne fait supporter à l'employeur que ce qu'il connaissait ou devait connaître et n'est rien de plus que la concrétisation d'une faute concomitante de l'employeur⁴⁵⁵. Pour d'autres, ce dernier critère est une reprise de l'art. 3 al. 2 CC, dont il découle que le créancier doit se laisser opposer ce qu'il sait ou qu'il aurait dû savoir et ne constitue pas une

⁴⁴² GEISER/MÜLLER, §2, n°468, p. 196 ; VISCHER/MÜLLER, §18, n°8, p. 238.

⁴⁴³ TF 4C.16/2003 du 24 juin 2003, c. 2.2 ; ALTHERR, p. 45 ; GAUTSCHI, p. 33 ; GEISER/MÜLLER, §2, n°468, p. 196 ; SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 71.

⁴⁴⁴ EGLI, n° 1, p. 46 ; FEHR, p. 125 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e, n°19, p. 208.

⁴⁴⁵ V. ROBERTO/SCHISTER, p. 395, qui mentionnent que les critères pourraient être retenus aux deux niveaux (violation contractuelle et faute).

⁴⁴⁶ CR-THÉVENOZ, n° 2, p. 767. Contra : FEHR, p. 120, fait remarquer que « *Die verschuldensrelevante (Un-)Sorgfalt besteht nicht in leistungsbezogenen Merkmalen* » et considère que la diligence attendue du travailleur, dans l'examen de la faute, ne dépendra pas d'une convention.

⁴⁴⁷ BERGER, n° 1535, p. 518 ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 51, p. 753, art. 99 CO, n° 2, p. 766s.

⁴⁴⁸ FEHR, p. 123, HUGUENIN, n° 898, p. 271 ; SCHWENZER, §22, n° 20, p. 152. Ces auteurs justifient cette objectivation par la protection de la confiance du créancier dans l'exécution correcte de la prestation promise par le débiteur. V. toutefois VON TUHR/ESCHER, p. 115s.

⁴⁴⁹ La doctrine se réfère souvent aux différentes professions des débiteurs (médecin, avocat etc.), v. notamment à ce sujet SCHWENZER, §22, n° 15, p. 151 ; MEIER, p. 28, qui mentionne aussi, à titre de critère pertinent, le jeune âge et le genre ; BsK-WIEGAND, art. 99 CO, n° 9, p. 609, qui mentionne le « *gruppenspezifischer (auch typisiert genannter) Sorgfaltsmassstab* ». v. FEHR, p. 124, qui considère qu'il s'agit d'une « *(Re-)Subjektivierung* ».

⁴⁵⁰ BERGER, n° 1534, p. 517 ; FEHR, p. 120s. ; HUGUENIN, n° 898, p. 271 ; MIESCHER, p. 85 ; SCHWENZER, §22, n° 15, p. 151 ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 52, p. 753. V. GAUTSCHI, p. 31 qui définissait à l'époque, la diligence attendue comme celle d'un « *erfahrenen Mann bei Fürsorge für seine Gewaltunterworfenen (Frau und Kinder)* ».

⁴⁵¹ SCHWENZER, §22, n° 17, p. 152, qui utilise l'expression « *übliche Sorgfalt* » ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 52, p. 753.

⁴⁵² SCHWENZER, §22, n° 17, p. 151s., qui cite à ce propos l'art. 321e al. 2 CO ; CR-THÉVENOZ, art. 97 CO, n° 52, p. 753.

⁴⁵³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n° 3, p. 77 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 19, p. 71. V. également SCHWENZER, §22, n° 20, p. 152.

⁴⁵⁴ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 19, p. 71 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2987, p. 179.

⁴⁵⁵ HUTTERLI, p. 98 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 19, p. 71. Nous y reviendrons au §235.

subjectivisation de la notion de diligence⁴⁵⁶. A l'inverse, GAUTSCHI considère qu'une certaine place est laissée à une appréciation subjective de la mesure de la diligence⁴⁵⁷. MEIER donne une réponse encore plus catégorique, étant d'avis qu'il existe en droit du travail une mise en place univoque d'un critère subjectif de la diligence⁴⁵⁸ et ce pour différentes raisons que nous abordons au sein de cette partie.

A. Contrat de travail

131. **Autonomie des parties – Critères volontaires.** Le premier critère de mesure de la responsabilité, énoncé par la version francophone de l'art. 321e CO est le contrat de travail conclu entre les parties⁴⁵⁹. Cette norme rappelle en quelque sorte le caractère dispositif de l'art. 321a CO, les parties pouvant ainsi étendre ou limiter la diligence que l'employeur est en droit d'attendre du travailleur⁴⁶⁰. Selon DUNAND, la marge de manœuvre des parties est cependant étroite, dans la mesure où elles ne peuvent déroger à l'art. 321e CO (cf. §168)⁴⁶¹. L'examen de ce critère doit aussi tenir compte des différentes CCT ou contrats-types applicables⁴⁶². Les parties peuvent ainsi poser des exigences sur les plans qualitatif et quantitatif, auxquelles doit répondre le travailleur dans l'apport de son travail⁴⁶³. L'interprétation des différentes clauses s'effectue selon les principes généraux⁴⁶⁴. A ce titre, certains auteurs soulignent la rareté de stipulations contractuelles, individuelles et collectives, relatives à la diligence que doit apporter le travailleur à l'exécution de son travail⁴⁶⁵. C'est pourquoi, MIESCHER est d'avis qu'il convient de se référer aux autres stipulations contractuelles du contrat de travail pour déterminer indirectement la volonté des parties relative à la diligence que doit apporter le travailleur à l'exécution de son obligation⁴⁶⁶.
132. **Contrat de travail ou rapport de travail ?** Toutefois, les versions germanophone et italophone de l'art. 321e CO utilisent le critère du rapport de travail (et non celui de contrat de travail)⁴⁶⁷. La diligence attendue se mesure donc, selon ce critère, par l'usage de plusieurs repères, d'une part par les clauses que les parties ont convenues et d'autre part selon « *la situation effective, la nature du travail qui est demandé au travailleur et les conditions dans lesquelles ce travail doit être exécuté* »⁴⁶⁸. Nous sommes d'avis qu'il convient de retenir l'acception la plus large, soit le critère du rapport de travail, puisqu'il contient logiquement le contrat. La mesure de la diligence par le rapport de travail permet donc de tenir compte de l'ensemble des circonstances relatives à l'exécution de la prestation, qui échappent aux autres critères de l'art. 321e CO.
133. **Position du travailleur dans l'organisation de son employeur.** La diligence pouvant être attendue du travailleur se mesure suivant la position de ce dernier dans l'organisation de son employeur⁴⁶⁹. En d'autres termes, plus la position du travailleur sera élevée dans l'organigramme managérial, plus la responsabilité du travailleur sera admise facilement, puisque l'étendue de son obligation de diligence

⁴⁵⁶ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2987, p. 179s. Nous renvoyons pour plus de détails à CR-STEINAUER/BIERI, art. 3 CC, n° 4 ss, p. 64ss.

⁴⁵⁷ GAUTSCHI, p. 32.

⁴⁵⁸ MEIER, p. 29.

⁴⁵⁹ TF 4C.174/2003 du 27 octobre 2003, c. 6.2 ; TF 4C.169/2001 du 22 août 2001, c. 5b ; CR-AUBERT, art. 321e CO, n° 1, p. 1985 ; BERENSTEIN, p. 13.

⁴⁶⁰ ATF 144 III 327, c. 4.2.3 ; CS-DUNAND, art. 321a CO, n° 3, p. 54.

⁴⁶¹ CS-DUNAND, art. 321a CO, n° 11, p. 56.

⁴⁶² CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 29, p. 127. ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 4, p. 140. Nous excluons, par souci de brièveté, le traitement détaillé des dispositions présentes au sein de contrat-type ou de CCT.

⁴⁶³ ArbGer BE, JAR 1985, p. 125 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 19, p. 208 ; MIESCHER, p. 83 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 4, p. 140.

⁴⁶⁴ ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 4, p. 140.

⁴⁶⁵ ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 4, p. 140. V également. MIESCHER, p. 84 : « *Derart ins Einzelne gehende Sorgfaltsbestimmungen sind aber im Dienstverhältnis nicht möglich, weil kein Arbeitsergebnis, ein blosses Tätigsein geschuldet wird* », qui semble ainsi même en refuser la validité. V. p.ex., art. 24 al. 3 CCT-COOP, qui prévoit que « *L'argent doit être géré consciencieusement* ».

⁴⁶⁶ MIESCHER, p. 85, qui mentionne à ce propos le salaire et les conditions d'engagement.

⁴⁶⁷ « *einzelnen Arbeitsverhältnis* » et « *singolo rapporto di lavoro* » ; BERENSTEIN, p. 13.

⁴⁶⁸ BERENSTEIN, p. 13.

⁴⁶⁹ ATF 97 II 142, c. 2a ; CS-DUNAND, art. 321a CO, n° 6, p. 55. V également, ALTHERR, p. 46, qui considère que « *[j]e grösser die Schwierigkeiten, je wichtiger oder auch gefährlicher [...] die zu verrichtenden Tätigkeit sind, desto aufmerksamer hat der Arbeitnehmer zu verfahren* ».

est plus grande⁴⁷⁰. La situation est similaire concernant la rémunération du travailleur⁴⁷¹ ou l'expérience du travailleur⁴⁷², ainsi plus celle-ci est élevée, plus l'obligation de diligence du travailleur est étendue. Il convient de préciser qu'aucun travailleur ne peut assumer une diligence telle qu'il répondrait d'un résultat le plaçant ainsi dans le rôle de l'entrepreneur, pas même un travailleur exerçant une fonction dirigeante élevée⁴⁷³. A titre d'exemple, alors que l'employeur avait versé un tort moral à une employée licenciée, le TF a jugé que le directeur du département de ressources humaines de l'employeur n'avait pas violé son devoir de diligence en interrogeant cette employée avec « *trop d'insistance et de partialité* »⁴⁷⁴. En sus des effets sur l'étendue de l'obligation de diligence, la position et la rémunération du travailleur, ainsi que son expérience, déploient des effets sur les autres critères de mesure de la diligence que nous abordons dans la suite de cette partie.

B. Risque professionnel

134. **Origine du concept – Révision de la loi.** Le risque professionnel n'est inscrit dans la loi que depuis 1972⁴⁷⁵. Le risque professionnel a donc été introduit par le Parlement fédéral, puisqu'il n'existait pas à l'art. 328 aCO et ne figurait pas dans le message du CF⁴⁷⁶. BOREL précise dans les débats parlementaires que « *La précision [du texte légal] – il faut y insister – n'est pas destinée aux juges [... mais] elle sera utile aux employeurs et aux travailleurs qui s'efforcent de trouver des solutions concrètes et pratiques à leurs différends, si possible sans avoir à recourir aux tribunaux* »⁴⁷⁷. La jurisprudence avait déjà retenu un critère similaire concernant le bris de vaisselle et d'ustensiles dans l'univers de la restauration et les accidents automobiles pour les chauffeurs⁴⁷⁸. L'introduction de ce critère n'est donc pas une modification matérielle mais clarifie le texte légal⁴⁷⁹, dans le but de pacifier les relations sociales entre travailleurs et employeurs.

135. *Schadensgeneigte Arbeit.* Le critère du risque professionnel puise son origine historique dans le droit allemand⁴⁸⁰. En droit suisse, l'origine dogmatique de ce concept nous semble découler de l'assomption du risque d'entreprise par l'employeur⁴⁸¹. Ainsi, il est des activités dont l'exercice est, d'après un critère d'expérience, hautement susceptible de provoquer un préjudice⁴⁸², parce qu'il existe un « *risque inhérent à l'exercice [de ces] types d'activités* »⁴⁸³. Il n'est pas question ici d'activités dont le résultat est constitutif d'un préjudice, mais de tâches à l'occasion desquelles il arriverait, même au travailleur normalement diligent, d'occasionner un dommage, puisque nul ne peut se prévaloir d'être « *à l'abri d'un moment de défaillance l'amenant à commettre une négligence en elle-même peu grave* »

⁴⁷⁰ CS-DUNAND, art. 321a CO, n° 6, p. 55 ; HUTTERLI, p. 99, qui mentionne à ce propos le pouvoir de décision des travailleurs exerçant une fonction dirigeante et l'obligation de contrôle qu'ils ont à l'égard de leurs subordonnés ; v. MICHEL, p. 333.

⁴⁷¹ TF 4C.174/2003 du 27 octobre 2003, c. 6.2 ; TF 4C.169/2001 du 22 août 2001, c. 5b ; CS-DUNAND, art. 321a CO, n° 6, p. 55 ; FEHR, p. 125 ; MIESCHER, p. 85 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 6, p. 141.

⁴⁷² TF 4C.429/1999 du 6 mars 2000, c. 2a, « *Auch ein erfahrener Arbeiter kann [...] unbefriedigende Leistungen erbringen* ».

⁴⁷³ FEHR, p. 125, qui exprime à ce titre que « [d]ie Aufgabe arbeitsvertraglicher Regeln besteht darin, den Interessengegensatz zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu einem Ausgleich zu bringen » ; HUTTERLI, p. 99s.

⁴⁷⁴ TF 4A_238/2015 du 22 septembre 2015, c. 5.3 ; WITZIG, *Droit du travail*, n° 1192, p. 393. V. toutefois, GEISER, *Neue Entwicklungen*, p. 77, qui analyse cet arrêt sous l'angle de la causalité.

⁴⁷⁵ MEIER, p. 34. V. également BUREAU OIT, p. 25, qui précise que le risque professionnel est mondialement reconnu, mais que « [l]es conceptions et les modalités d'application de cette notion s'avèrent cependant extrêmement variées ».

⁴⁷⁶ BERENSTEIN, p. 13 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e, n° 20, p. 209, BO 1970 III 323.

⁴⁷⁷ BO 1970 III 323.

⁴⁷⁸ BERENSTEIN, p. 13 ; BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/7c, p. 102 ; MEIER, p. 31 ss, considère qu'il est envisageable de faire découler le risque professionnel des « circonstances », en partie du moins, au sens de l'art. 43 CO, ou de l'art. 44 CO, ainsi que de la « nature de l'affaire » au sens de l'art. 99 al. 2 CO ; MIESCHER, p. 88s., se réfère à l'époque à l'art. 99 al. 2 CO pour admettre l'existence du risque professionnel.

⁴⁷⁹ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/7c, p. 101s.

⁴⁸⁰ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/7c, p. 101 ; ROBERTO, ArbR 2003, p. 30 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e, n° 20, p. 209 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 251.

⁴⁸¹ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/9, p. 100 ; EGLI, n° 41, p. 57 ; MEIER, p. 40 ; PORTMANN, *Schadensersatzbemessung*, p. 501.

⁴⁸² BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/7a, p. 100 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 30, p. 127 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 23, p. 146 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 251. V. termes germanophones : « *betriebstypische Schadensrisiko ; betriebstypische Gefahrensituation* ».

⁴⁸³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n° 5, p. 77. V. cependant EGLI, n° 31, p. 54, qui considère qu'une définition du risque professionnel n'existe pas ; MEIER, p. 44, ndbp. 18, qui s'essaie à la définition du concept mais admet directement son impraticabilité.

[voire évitable], *mais susceptible de provoquer un dommage important* »⁴⁸⁴. Les « *schadensgeneigte Arbeit[en]* » sont donc des activités qui présentent une forte probabilité préjudiciable lorsqu'elles entrent en contact avec l'imperfection d'un comportement humain⁴⁸⁵. A cet égard il convient de préciser que le montant du dommage ne doit pas être pris en compte dans l'examen de l'existence d'un risque professionnel⁴⁸⁶. La position privilégiée du travailleur en matière de responsabilité contractuelle s'explique donc, en partie, par le risque inhérent de l'activité qui lui est confiée⁴⁸⁷.

136. **Critère de mesure de la diligence – Principe.** Une partie de la doctrine considère que le risque professionnel constitue un critère permettant de limiter l'obligation de diligence du travailleur⁴⁸⁸. Toutefois, certains auteurs soutiennent que le risque professionnel n'a pas d'influence sur la diligence requise du travailleur, ce critère servirait uniquement à déterminer les dommages-intérêts dus (cf. §228 ss), concrétisant ainsi l'art. 44 CO⁴⁸⁹. EGLI est du même avis, mais il justifie sa conclusion par le fait que le risque professionnel est une composante du risque d'entreprise⁴⁹⁰. Enfin, le TF considère que le travailleur n'a pas à répondre des risques professionnels qui surviennent sans sa faute⁴⁹¹. Nous en déduisons que la faute du travailleur est un élément indépendant de la survenance d'un risque professionnel et partant, qu'il n'existe pas de conséquences sur la diligence que le travailleur doit adopter, du fait de l'existence d'un risque professionnel.

137. **Évaluation du risque concret.** Certaines professions sont plus concernées par la réalisation d'un risque professionnel. Toutefois, le risque professionnel doit s'apprécier selon les circonstances concrètes et propres à la survenance du préjudice et non de manière parfaitement abstraite « *par rapport à une profession déterminée dans son ensemble* »⁴⁹². Partant, la doctrine a développé des critères permettant de vérifier l'existence d'un risque professionnel pour toute profession, (1) l'usage d'outils, machines et véhicules chers et dangereux, (2) les particularités des matériaux de travail⁴⁹³ et les valeurs confiées, (3) les techniques ou méthodes de travail et (4) le surmenage des capacités physiques ou psychiques du travailleur⁴⁹⁴. EGLI considère que c'est à l'employeur qui cherche à faire réparer son dommage de prouver que le risque professionnel ne s'est pas réalisé, à défaut l'inverse peut être présumé⁴⁹⁵.

138. **Faute légère.** A la différence de l'ordre juridique allemand, le droit suisse ne prévoit pas d'exclusion schématique de la responsabilité du travailleur en présence d'une faute légère et d'un « *schadensgeneigte Arbeit* »⁴⁹⁶. En effet, la solution retenue par l'ordre juridique suisse consiste à

⁴⁸⁴ Pour la citation, BERENSTEIN, p. 13. Pour le reste de la phrase, CR-AUBERT, art. 321e CO, n° 3, p. 1985 ; ALTHERR, p. 52 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n° 5, p. 77 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 30, p. 127 ; BS-K-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 6, p. 1860 ; SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 72 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 251.

⁴⁸⁵ BERENSTEIN, p. 13 ; EGLI, n° 31, p. 54, qui ajoute le fait que chaque dommage pourrait en soi être évité ; HUTTERLI, p. 100 ; MEIER, p. 41, qui ajoute que toute activité humaine comporte un risque de dommage, mais que ce n'est pas cette hypothèse qui est visée par le risque professionnel de l'art. 321e CO ; MIESCHER, p. 87 ; VISCHER/MÜLLER, §18, n°9, p. 238.

⁴⁸⁶ MEIER, p. 44.

⁴⁸⁷ SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 71 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n°3, p. 251.

⁴⁸⁸ ALTHERR, p. 57, qui considère qu'il convient de réduire, en présence d'un risque professionnel, la faute d'un degré ; BERENSTEIN, p. 13 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 251 ; MEIER, p. 36s, qui mentionne une « *Spezialität des Arbeitsrechts* ».

⁴⁸⁹ GEISER, PJA 7/1997, p. 789 ; FEHR, p. 126 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 24, p. 146.

⁴⁹⁰ EGLI, n° 30, p. 54. V. également PORTMANN, *Schadensersatzbemessung*, p. 501, qui rejoint STAEHELIN sur la source d'une telle réduction, soit l'art. 44 CO.

⁴⁹¹ TF 4C.71/2002 du 31 juillet 2002, c. 5.1 ; WITZIG, *Droit du travail*, n° 1245, p. 409.

⁴⁹² CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 32, p. 128. V. également, BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e CO, n° 5, p. 77 ; EGLI, n° 33, p. 55 ; FEHR, p. 142 ; MEIER, p. 42 et 44s., qui considère à ce titre qu'une liste de professions qui présentent un risque professionnel serait « *wenig sinnvoll und auch nicht praktikabel* », ainsi que selon la jurisprudence rendue jusqu'en 1978 une appréciation générale du risque par profession s'imposait, cet auteur plaide toutefois contre. BS-K-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 6, p. 1860 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 26, p. 147, qui considère toutefois que la dangerosité générale d'un métier doit être prise en compte ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 252 ; VISCHER/MÜLLER, §18, n° 10, p. 238.

⁴⁹³ Dans ce cas une partie de la doctrine considère qu'il appartient à l'employeur de contracter les assurances nécessaires (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n° 5, p. 77), v. toutefois BRÜHWILER qui considère que la possibilité d'assurer un certain risque n'est pas un critère à prendre en compte dans l'examen des critères de l'art. 321e al. 2 CO (BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/7d, p. 102).

⁴⁹⁴ EGLI, n° 32, p. 54 ; MEIER, p. 43 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 25, p. 147 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 252. V. également BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n° 5, p. 77 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 33, p. 128 ; BK-REHBINDER/Stöckli, art. 321e CO, n° 27, p. 212s. V. p.ex. GS BS, JAR 1984, p. 112.

⁴⁹⁵ EGLI, n° 40, p. 56.

⁴⁹⁶ V. p.ex. BGH, 11 mars 1996 – II ZR 230/94, Eg. 3 ; BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/7c, p. 101, qui précise (de manière plus récente) l'absence de réception de la théorie allemande dans l'ordre juridique suisse ; EGLI, n° 45, p. 58 ; HUTTERLI, p. 101 ; MEIER, p. 40, précise que la théorie allemande n'est pas reprise en ce que la réduction ou l'exclusion de la responsabilité du travailleur peut aussi intervenir en l'absence d'un risque professionnel ; MIESCHER, p. 87s., qui détaille ladite responsabilité.

donner une réponse au cas par cas, loin de tout schématisme⁴⁹⁷. Il convient de tempérer cette différence, puisqu'une partie de la doctrine considère que l'existence d'un risque professionnel en cas de faute légère du travailleur est de nature à exclure la responsabilité du travailleur⁴⁹⁸. Il convient à ce propos de souligner qu'AUBERT est d'avis que le pouvoir d'appréciation du juge (cf. §238 ss) est « *si large que, en pratique, une faute légère exposera rarement le travailleur à réparer le préjudice causé* »⁴⁹⁹. A l'inverse, lorsque le travailleur cause le dommage intentionnellement, il ne peut en justifier la survenance par le risque professionnel⁵⁰⁰.

139. *Degré de risque professionnel.* MEIER propose de distinguer, à l'instar de la faute, le risque professionnel en plusieurs degrés. L'intérêt de cette distinction réside, selon cet auteur, dans son effet sur l'indemnité allouée à titre de dommages-intérêts. Ainsi, plus le risque professionnel serait élevé, plus la réduction de l'indemnité serait importante.⁵⁰¹

140. **Transfert du risque professionnel – Principe.** Le droit du travail se structure autour de l'axiome que l'employeur assume le risque d'entreprise⁵⁰². Ce risque peut prendre plusieurs formes, notamment le risque de financement de l'entreprise⁵⁰³. Le risque professionnel constitue une des facettes du risque d'entreprise⁵⁰⁴, dans la mesure où le travailleur preste en principe dans l'intérêt et suivant les instructions de l'employeur, désintéressé du fruit de son travail et motivé par l'obtention de son salaire⁵⁰⁵. Pour expliquer l'interdiction principielle du transfert du risque professionnel sur le travailleur, nous proposons de se référer à la *ratio legis* de l'art. 55 CO dans la mesure où la responsabilité du travailleur semble aussi fondée sur l'avantage que retire l'employeur de l'exécution des tâches confiées à une autre personne⁵⁰⁶. L'employeur doit ainsi continuer de supporter le risque qu'il aurait encouru s'il avait exécuté lui-même la prestation de travail confiée au travailleur. C'est pourquoi le risque professionnel incombe à l'employeur⁵⁰⁷. Toutefois, il existe des situations où il semble inéquitable de faire supporter le risque professionnel à l'employeur seul. Il en va ainsi du travailleur qui occupe une fonction dirigeante, qui perçoit un salaire élevé ou du travailleur au bénéfice d'une longue expérience, étant encore entendu qu'il n'existe aucune situation où les tribunaux ont entièrement reporté le risque professionnel sur le travailleur⁵⁰⁸.

141. *Position dans l'entreprise, rémunération et expérience.* La part du risque professionnel assumé par un travailleur dépend, à nouveau, de la place qu'il occupe dans l'entreprise de son employeur⁵⁰⁹. La position du travailleur se détermine selon les responsabilités qui lui sont confiées et son indépendance dans l'entreprise de l'employeur⁵¹⁰. De même, l'accroissement du salaire du travailleur augmente la part du risque professionnel que ce dernier doit supporter⁵¹¹. L'accroissement de la prise en charge du risque professionnel rejoint ainsi celui de l'étendue de l'obligation de diligence (cf. §133). Un

⁴⁹⁷ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/7c, p. 102.

⁴⁹⁸ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n° 5, p. 77 ; FEHR, p. 126 ; MEIER, p. 40, qui précise qu'à la différence de l'ordre juridique allemand, le droit suisse permet de réduire ou exclure la responsabilité du travailleur même sans l'existence d'un risque professionnel ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 26, p. 212, qui mentionnent cette hypothèse uniquement pour l'« *unterste Stufe der Fahrlässigkeit, bei der ein nur geringer Sorgfaltsverstoss vorliegt* » ; SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 72, qui considérerait à l'époque (1976) que malgré la position du message du CF il convenait de reprendre la solution allemande ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 23, p. 146 qui n'admet une exclusion de la responsabilité que pour les « *Bagatellschäden* ».

⁴⁹⁹ CR-AUBERT, art. 321e CO, n° 7, p. 1986. V. également, TF 4C.103/2005 du 1 juin 2005, c. 1.1, TF 4C.256/1999 du 18 octobre 1999, c. 3b, qui affirment que le pouvoir d'appréciation du juge lui permet de trancher cette question dans chaque cas particulier. V. également, MEIER, p. 38, qui considère que l'exclusion de la responsabilité pour faute légère est une référence que le juge ne doit pas écarter pour des questions de sécurité juridique.

⁵⁰⁰ EGLI, n° 46, p. 58.

⁵⁰¹ Pour le paragraphe, MEIER, p. 45.

⁵⁰² TF 4A_498/2007 du 3 juillet 2008, c. 4.4. V. terme germanophone : « *Betriebsrisiko* ».

⁵⁰³ TF 4A_498/2007 du 3 juillet 2008, c. 4.4 ; TF 4C.103/2005 du 1 juin 2005, c. 3.2.2.1.

⁵⁰⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n° 5, p. 77 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 23, p. 146.

⁵⁰⁵ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/7a, p. 100 ; nous sommes tout à fait conscients du caractère un peu simpliste de l'affirmation, notamment au vu de l'importance du développement personnel au sein du monde du travail.

⁵⁰⁶ V. MÜLLER, *responsabilité extracontractuelle*, n° 266, p. 95.

⁵⁰⁷ CR-AUBERT, art. 321e CO, n° 2, p. 1985 ; BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/7c, p. 100 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 30, p. 127 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 26, p. 212, qui écrivent que « *Der Arbeitgeber darf dieses Risiko nicht auf den Arbeitnehmer abwälzen* ».

⁵⁰⁸ V. p.ex. TF 4C.71/2002 du 31 juillet 2002, c. 4 ; GS BS, JAR 1981, p. 236.

⁵⁰⁹ CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 31, p. 127s. ; CARRUZZO, art. 321e CO, n° 7, p. 98.

⁵¹⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 253.

⁵¹¹ ATF 110 II 344, c. 6c/ee ; WITZIG, *Droit du travail*, n° 1250, p. 410.

travailleur qui est au bénéfice d'une expérience professionnelle plus longue pourra répondre de manière plus large de la concrétisation d'un risque professionnel⁵¹². Cependant, un travailleur ne peut jamais assumer le risque professionnel d'une manière similaire à l'employeur⁵¹³.

142. **Risques professionnels énumérés par la jurisprudence et la doctrine – Principe.** Au fil des procédures judiciaires et de l'approfondissement des notions par la doctrine, certains risques professionnels typiques ont été mis en exergue.
143. *Existence d'invendus, de déchets et de rossignols.* Dans le commerce de détail, l'existence d'invendus, de déchets ou d'articles démodés (rossignols) est constitutive d'un risque professionnel. Le TF a considéré, dans une affaire relative à la liquidation tardive de stocks de marchandises, que l'entreprise devait supporter la perte des marchandises qui concrétise le risque professionnel.⁵¹⁴
144. *Erreurs de calcul.* Lorsque l'activité du travailleur consiste en de nombreux calculs fondés sur des appréciations, une erreur de calcul occasionnelle constitue un risque professionnel⁵¹⁵. L'employeur peut se prémunir de ce risque en mettant en place une procédure de contrôle des calculs, à défaut une faute concomitante pourrait être retenue⁵¹⁶(cf. §237). Il convient encore de souligner que le risque professionnel existe aussi pour les travailleurs responsables de la procédure de contrôle⁵¹⁷.
145. *Bris de vaisselle.* Le bris de vaisselle dans le secteur de la restauration est un exemple typique de risque professionnel⁵¹⁸. Certains auteurs considèrent même que la responsabilité du travailleur ne sera engagée que lorsque le montant du préjudice sera supérieur à un certain montant ou seulement en cas de récidive⁵¹⁹. Forts de ces considérations, les partenaires sociaux ont exclu par CCT la responsabilité du travailleur pour la vaisselle et le verre cassés, sous réserve d'acte intentionnel ou de faute grave (art. 31 CCNT).
146. *Accident automobile.* La circulation routière est une prise de risque, à tel point que la loi prévoit une responsabilité causale aggravée⁵²⁰. Le risque professionnel s'analysant concrètement, son existence est admise plus restrictivement, lorsque les conditions de circulation sont optimales (p.ex. bonne météo, route dégagée), puisque la probabilité d'accident diminue⁵²¹. Pour ces mêmes raisons, le risque professionnel est plus difficilement retenu en cas d'accident sur une place de parc ou sur une surface d'exploitation⁵²².⁵²³

C. Instruction et connaissances techniques

147. **Principe.** La doctrine divise le présent critère, plus explicite en allemand « *Bildungsgrad* » et « *Fachkenntnisse* », en deux sous-parties, soit les connaissances détenues par le travailleur et son expérience professionnelle⁵²⁴. GAUTSCHI ajoute que ce critère recouvre aussi le respect des règles de

⁵¹² CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 31, p. 127s.

⁵¹³ HUTTERLI, p. 101s.

⁵¹⁴ TF 4C.71/2002 du 31 juillet 2002, c. 4.

⁵¹⁵ ATF 110 II 344, c. 6c/cc ; TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.3.2.

⁵¹⁶ ATF 110 II 344, c. 6c/cc.

⁵¹⁷ TF 4C.285/2000 du 14 mars 2001, c. 2a, sans se prononcer en faveur d'une telle interprétation, le TF n'a pas reproché à l'autorité cantonale d'avoir fait un mauvais usage de son pouvoir d'appréciation en retenant l'existence d'un risque professionnel en faveur du responsable du département de reprise.

⁵¹⁸ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/7b, p. 101 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 33, p. 128 ; SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 73 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 10, p. 262.

⁵¹⁹ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/7b, p. 101 ; SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 73 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 23, p. 146, qui imagine cette possibilité de manière générale. V. p.ex., GS BS, JAR 1981, p. 234.

⁵²⁰ MÜLLER, *Responsabilité extracontractuelle*, n° 490, p. 161.

⁵²¹ ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 26, p. 147. Dans le même sens BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/7b, p. 101 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 33, p. 128 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 8, p. 260. V. p.ex. GS BS, JAR 1981, p. 236.

⁵²² BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/7b, p. 101 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 26, p. 147. V. p. ex. GS BS, JAR 1981, p. 236s. V. toutefois, AppGer BS, JAR 1993, p. 129s.

⁵²³ Nous n'abordons pas la question de la responsabilité du travailleur en cas de violation de prescriptions pénales et administratives, à ce titre nous renvoyons à GEISER, *Circulation routière* 4/2013, p. 30 ss. V. également, TC GR, JAR 2014, p. 462s. ; TA TI, JAR 2009, p. 625 ss ; OGer BL, JAR 1994, p. 120, exemple de la spécificité du risque professionnel par la mention de principes particuliers relatifs à cette activité ; ArbGer BE, JAR 1990, p. 137s.

⁵²⁴ V. notamment, BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/8, p. 102 ; GAUTSCHI, p. 33.

l'art par le travailleur⁵²⁵. Nous soulignons au passage la position défendue par FEHR, qui aborde les connaissances et la formation du travailleur, plus précisément du manager, sous l'angle de la prévisibilité du dommage (cf. §110), puisque, selon lui, c'est au vu des connaissances du travailleur qu'il convient de déterminer si la survenance du dommage était prévisible⁵²⁶. Nous n'approfondissons pas cette problématique, par souci de concision, au sein de ce chapitre.

148. **Connaissances – Principe.** En principe, l'employeur peut attendre du travailleur qu'il détienne les connaissances usuelles, soit les « *durchschnittliche Fachkenntnisse, die nach allgemeiner Anschauung für die vorliegende Tätigkeit notwendig sind* »⁵²⁷. L'examen de ce critère se fait toutefois selon la situation effective des connaissances du travailleur. Ainsi, le travailleur sans qualification répond d'une diligence diminuée par opposition à celui qui dispose d'une formation universitaire⁵²⁸, dont on peut attendre qu'il maîtrise les dernières nouveautés de son domaine⁵²⁹. Le travailleur n'a donc aucun intérêt à mentir sur l'étendue de ses connaissances, d'autant plus que celui qui garantit faussement détenir des connaissances qu'il n'a pas commet un « *Übernahmeverschulden* » (cf. §117)⁵³⁰. La prise en compte de la situation effective du travailleur se justifie par le fait qu'un travailleur mieux formé sera moins enclin à commettre une violation contractuelle⁵³¹ (cf. §160) et que l'employeur qui veut exiger certaines connaissances doit engager un travailleur qui répond à ces exigences spécifiques⁵³².
149. **Diplômes.** L'employeur peut conclure des diplômes, des notes académiques et des autres documents présentés que le travailleur détient les connaissances minimales, qui sont reconnues par l'opinion générale comme acquises à la suite des dites formations⁵³³. Ainsi, le travailleur au bénéfice d'une certification étatique, tel que l'avocat ou le médecin, devra répondre d'exigences plus élevées⁵³⁴.
150. **Extraordinaire.** L'employeur ne pourra cependant exiger du travailleur des connaissances qui dépassent la moyenne, ainsi que l'accomplissement de tâches qui ne sont pas dans un rapport direct avec les activités promises par le travailleur, que s'il s'en est réservé le droit ou s'il ressort des circonstances que les volontés des deux parties concordent à ce sujet. De plus, des capacités exceptionnelles peuvent être requises du travailleur dans des circonstances particulières ; tel sera le cas pour un travailleur exerçant une fonction dirigeante (cf. §151) ou au bénéfice d'une rémunération élevée. Concernant ce dernier point, il convient toutefois de préciser que la rémunération du travailleur augmente en principe avec l'acquisition de nouvelles connaissances^{535, 536}.
151. **Position du travailleur.** Pour déterminer la position du travailleur, il convient, à nouveau (cf. §133), de prendre en compte la fonction⁵³⁷ et les responsabilités⁵³⁸ qu'exerce le travailleur dans l'entreprise de son employeur. Le niveau de formation du travailleur doit correspondre aux exigences du poste de travail⁵³⁹. L'employeur pourra ainsi exiger du travailleur que ce dernier se maintienne à jour concernant l'évolution technique et scientifique⁵⁴⁰. Il pourra aussi être attendu du travailleur haut placé

⁵²⁵ GAUTSCHI, p. 33. Par souci de concision nous ne présentons pas le concept de « *règles de l'art* ».

⁵²⁶ FEHR, p. 126s.

⁵²⁷ ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 7, p. 141. V. également ATF 110 II 344, c. 6b ; TF 4C.103/2005 du 1 juin 2005, c. 1.2 ; TF 4C.71/2002 du 31 juillet 2002, c. 4 et 5.1 ; BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/8, p. 102 ; EGLI, n° 77, p. 66 ; ROBERTO/SCHISTER, p. 388s. ; WITZIG, *Droit du travail*, n° 1247, p. 409.

⁵²⁸ EGLI, n° 79, p. 67 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 7, p. 141.

⁵²⁹ EGLI, n° 78, p. 66s.

⁵³⁰ CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 34, p. 128 ; SUBILIA/DUC, art. 321e CO, n° 10, p. 156.

⁵³¹ BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 8, p. 1860.

⁵³² EGLI, n° 77, p. 66.

⁵³³ ZK-STAEHLIN, art. 321e CO, n° 8, p. 141 ; BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/9, p. 102. V. également, ATF 97 II 142, c. 3b.

⁵³⁴ GAUTSCHI, p. 34, qui justifie son propos par l'attente du public dans de telles qualifications.

⁵³⁵ BUREAU OIT, p. 15.

⁵³⁶ Pour le paragraphe, ATF 110 II 344, c. 6b ; TF 4C.103/2005 du 1 juin 2005, c. 1.2 ; TF 4C.71/2002 du 31 juillet 2002, c. 4 et 5.1 ; BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/8, p. 102 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 34, p. 128 ; WITZIG, *Droit du travail*, n° 1247, p. 409 ; ZK-STAEHLIN, art. 321e CO, n° 7, p. 141.

⁵³⁷ VISCHER/MÜLLER, §18, n° 10, p. 238.

⁵³⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 253.

⁵³⁹ EGLI, n° 77, p. 66 ; FEHR, p. 126s., auquel nous renvoyons pour une analyse plus en détails des différentes exigences auxquelles le manager doit répondre.

⁵⁴⁰ EGLI, n° 77, p. 66.

dans l'organigramme de l'entreprise qu'il connaisse les risques de son métier et qu'il prenne par conséquent les mesures préventives qui s'imposent pour éviter la survenance d'un préjudice⁵⁴¹.

152. **Expérience.** L'employeur peut exiger plus de diligence de la part d'un travailleur âgé et expérimenté que d'un novice ou d'un jeune inexpérimenté⁵⁴². Cette affirmation est aussi valable pour le travailleur au bénéfice d'une certification étatique⁵⁴³. Il convient de prendre en compte l'expérience passée du travailleur au service d'un autre employeur⁵⁴⁴. A notre sens, l'âge du travailleur ne peut pas à lui seul aggraver l'étendue de la diligence du travailleur et ce pour deux raisons. D'une part, au vu des difficultés de réengagement des quinquagénaires⁵⁴⁵, ces derniers devront peut-être accepter un poste de travail où ils ont moins de connaissances techniques. Partant, les faire répondre d'une diligence plus stricte semble inéquitable. D'autre part, la reconversion professionnelle est fréquente⁵⁴⁶, admettre une obligation de diligence plus stricte reviendrait à sanctionner inéquitablement le travailleur reconverti.

D. Aptitudes et qualités

153. **Notion – Principe.** Selon la doctrine, le critère des aptitudes et qualités du travailleur se rapporte à la personnalité du travailleur⁵⁴⁷ et recouvre en particulier des éléments tels que l'anxiété, l'absence de fiabilité et la hardiesse⁵⁴⁸. A ce titre, il est admis que l'employeur puisse poser certaines exigences quant au caractère et à la personnalité du travailleur⁵⁴⁹. Ces exigences varient, elles aussi, au gré de la position occupée par le travailleur dans la structure organisationnelle de l'employeur⁵⁵⁰.
154. *Travailleur téméraire.* Le travailleur qui ne respecte pas les consignes ou les instructions prohibant certains types de comportements à risques doit répondre d'une manière plus large de son manque de diligence⁵⁵¹.
155. *Travailleur démissionnaire.* Le TF s'est penché sur la question de la diligence d'un travailleur durant sa période de congé et a conclu qu'on ne peut attendre d'un travailleur démissionnaire qu'il procure à l'entreprise des résultats mirobolants, comme semblait l'attendre l'employeur dans le cas d'espèce⁵⁵².
156. *Travailleur sous stress.* Selon FEHR, le manque de temps à la réalisation des tâches confiées au travailleur ne peut jamais justifier un manque de diligence⁵⁵³. Nous désapprouvons une affirmation aussi catégorique, dans la mesure où il nous apparaît logique qu'une période de stress, voire même une fatigue mentale due à des événements extérieurs, dont l'employeur a connaissance est de nature à réduire la diligence que l'on peut attendre du travailleur.
157. **Connaissance par l'employeur – Principe.** L'employeur est tenu de connaître les aptitudes et qualités de son travailleur⁵⁵⁴. L'employeur doit ainsi veiller à engager des travailleurs adéquats pour l'exécution des tâches qu'ils promettent ou à diriger les travailleurs sur des tâches qu'ils sont à même de mener à bien⁵⁵⁵. La loi appuie ainsi l'assomption du risque d'entreprise par l'employeur, le rendant

⁵⁴¹ HUTTERLI, p. 102.

⁵⁴² TC VS, JAR 1995, p. 91 ; BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/8, p. 102 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 31, p. 127s. ; SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 71 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 11, p. 142, qui ne mentionne que l'expérience professionnelle du travailleur et non son âge.

⁵⁴³ GAUTSCHI, p. 34.

⁵⁴⁴ V. ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 11, p. 142.

⁵⁴⁵ BILAN, *Les quinquagénaires, plus forts que la génération Y?*, du 11 avril 2012, consultable au lien suivant : <https://www.bilan.ch/entreprises/les-quinquagenaires-plus-forts-que-la-generation-y-1> (consulté le 10 décembre 2018).

⁵⁴⁶ LE MONDE, *Changer de poste, de métier... l'injonction à la reconversion professionnelle*, du 30 mars 2018, consultable au lien suivant : https://www.lemonde.fr/m-perso/article/2018/03/30/l-injonction-a-la-reconversion-professionnelle_5278693_4497916.html (consulté le 10 décembre 2018).

⁵⁴⁷ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/9, p. 102 ; EGLI, n° 82, p. 67 ; FEHR, p. 128 ; SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 71.

⁵⁴⁸ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/9, p. 102 ; FEHR, p. 128, qui mentionne que l'honnêteté doit être prise en compte en ce qu'elle crée le lien de confiance entre l'employeur et le travailleur ; SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 71.

⁵⁴⁹ EGLI, n° 82, p. 67. Dans le même sens AUBERT, *quatre cents arrêts*, n° 90, p. 91.

⁵⁵⁰ FEHR, p. 128.

⁵⁵¹ CARRUZZO, p. 99.

⁵⁵² TF 4C.169/2001 du 22 août 2001, c. 5b.

⁵⁵³ FEHR, p. 128s. *Contra* : GS BS, JAR 1981, p. 233 ; HUTTERLI, p. 101.

⁵⁵⁴ MIESCHER, p. 82, qui considère qu'il s'agit d'une concrétisation de l'art. 99 al. 2 CO ; SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 71.

⁵⁵⁵ CS-DUNAND, art. 321e, n° 35, p. 129 ; SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 71.

responsable de la survenance d'un dommage résultant de sa propre défaillance dans le choix du travailleur⁵⁵⁶. Cette répartition du risque s'explique par le fait que le travailleur est uniquement débiteur d'une obligation de moyen (cf. §83) et par conséquent, il appartient donc à l'employeur de veiller à ce que la personnalité du travailleur et ses qualifications lui permettent d'exécuter les tâches à satisfaction⁵⁵⁷. Pour certains auteurs, cette répartition du risque a pour conséquence l'exclusion de la responsabilité du travailleur, en cas de violation légère de son obligation de diligence, lorsque l'employeur connaît ou aurait dû connaître son inaptitude⁵⁵⁸. En d'autres termes, le travailleur ne doit pas répondre d'une légère violation de son obligation de diligence dans l'exécution de certaines tâches pour lesquelles il n'est manifestement pas assez qualifié, notamment au vu des prestations précédentes et connues de l'employeur⁵⁵⁹. Une partie minoritaire de la doctrine admet que l'employeur supporte seul le dommage survenu du fait d'un travailleur engagé alors qu'il n'était pas assez qualifié pour le travail requis et ce sans égard à la faute du travailleur⁵⁶⁰. L'affirmation nous semble beaucoup trop vaste pour être admise. Certes, une exclusion de la responsabilité du travailleur pourrait être encore discutée en présence d'une faute moyenne, mais elle ne peut pas l'être dans le cas d'une faute grave. Au demeurant, MIESCHER propose de prendre en compte la personnalité du travailleur et la difficulté du travail dans l'examen de la prévisibilité du dommage⁵⁶¹(cf. §110). Cette opinion nous semble intéressante, puisqu'elle rejoint, dans une certaine mesure, le reste de la doctrine, qui considère que le présent critère est une concrétisation de la faute concomitante⁵⁶²(art. 44 CO ; cf. §233). L'employeur devra ainsi supporter le dommage prévisible du fait d'avoir confié certaines tâches trop compliquées à un travailleur qui n'était pas suffisamment compétent pour les exécuter.

158. *Obligation d'information du travailleur.* Lorsque le travailleur ne se considère pas apte à exécuter les tâches qui lui sont confiées, il doit en avertir l'employeur⁵⁶³. La portée du devoir d'information ne saurait pas être trop étendue, p.ex. il ne pourrait pas être attendu d'un travailleur qu'il décrive l'ensemble de sa personnalité lors d'un entretien d'embauche⁵⁶⁴. A l'inverse, le travailleur n'ose pas promettre certaines compétences qu'il ne détient pas et que l'employeur ne peut pas vérifier⁵⁶⁵. Ainsi, le travailleur qui cache son inaptitude ou qui trompe l'employeur sur l'étendue de son aptitude commet un « *Übernahmeverschulden* »⁵⁶⁶.

159. *Obligation d'information de l'employeur.* Le fardeau de l'information sur l'aptitude d'un travailleur n'incombe pas seulement audit travailleur. En effet, l'employeur doit aussi s'informer des aptitudes du travailleur lors de l'entretien d'embauche⁵⁶⁷. L'employeur est ainsi tenu, lors de l'entretien d'embauche⁵⁶⁸, de questionner le travailleur sur sa formation et son expérience professionnelle, de consulter ses certificats de travail, mais aussi de se renseigner auprès des anciens employeurs et des personnes de référence⁵⁶⁹. Ainsi, l'employeur qui omettrait de procéder à ces vérifications ne pourrait pas reprocher au travailleur une exécution défectueuse de son travail, à moins que ce dernier ne lui ait garanti des aptitudes ou des qualités particulières voire tu l'absence de certaines qualités⁵⁷⁰. A ce titre, l'employeur dispose encore du temps d'essai pour vérifier les aptitudes du travailleur⁵⁷¹, puisqu'il

⁵⁵⁶ CS-DUNAND, art. 321e, n° 35, p. 129 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 19, p. 208 ; SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 71.

⁵⁵⁷ V. MIESCHER, p. 83.

⁵⁵⁸ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 19, p. 208s.

⁵⁵⁹ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/10, p. 103 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 10, p. 142.

⁵⁶⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n° 4, p. 77 ; EGLI, n° 3, p. 47.

⁵⁶¹ MIESCHER, p. 85s.

⁵⁶² BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n° 4, p. 77 ; FEHR, p. 126s., qui considère que ce critère ne sert pas la mesure de la diligence, mais admet tout de même les particularités caractérielles du travailleur dans la mesure de la diligence ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 19, p. 208 ; SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 71.

⁵⁶³ EGLI, n° 83, p. 67s.

⁵⁶⁴ EGLI, n° 84, p. 68.

⁵⁶⁵ ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 10, p. 142.

⁵⁶⁶ EGLI, n° 83, p. 68 ; SUBILIA/DUC, art. 321e CO, n° 10, p.156. V. également, SJ 1948, p. 548, qui considérait à l'époque que le travailleur devait ainsi répondre « *de la diligence que l'on peut attendre d'un bon ouvrier au courant de son métier* ». Cette expression a le mérite d'être bien imagée.

⁵⁶⁷ EGLI, n° 85, p. 68 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 9, p. 141s. V. également ATF 97 II 142, c. 3b.

⁵⁶⁸ EGLI, n° 85, p. 68 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 9, p. 141s.

⁵⁶⁹ ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 9, p. 141s.

⁵⁷⁰ MIESCHER, p. 83 ; ZK-STAEHLIN, art. 321e CO, n°9, p. 141s.

⁵⁷¹ EGLI, n° 85, p. 68. V. également, BRÜHWILER, art. 335b CO, n° 1, p. 389.

serait illusoire d'imaginer qu'un seul entretien d'embauche soit suffisant pour que l'employeur se fasse une idée précise d'un candidat.

160. **Aggravation de la responsabilité.** La prise en compte des spécificités de chaque travailleur conduit à une différenciation de la diligence attendue entre plusieurs travailleurs (pouvant d'ailleurs occuper le même poste)⁵⁷². La doctrine considère ainsi que la responsabilité du travailleur plus qualifié sera donc aggravée comparée à celle du travailleur moyen⁵⁷³. Cette aggravation de la responsabilité se justifie par le fait que le travailleur qualifié sera moins enclin à violer son obligation de diligence, sera mieux rémunéré et moins susceptible d'être licencié que le travailleur moins qualifié⁵⁷⁴.

⁵⁷² EGLI, n° 82, p. 67.

⁵⁷³ EGLI, n° 4, p. 47 ; GEISER/MÜLLER, §2, n° 468, p. 196 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e, n° 19, p. 208 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 253.

⁵⁷⁴ BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 8, p. 1860.

VI. Régime conventionnel

^{161.} La présente partie analyse les modifications contractuelles qui peuvent intervenir entre l'employeur et le travailleur. A ce titre nous analysons, en premier lieu, les limites générales de la liberté contractuelle des parties au contrat de travail. Les limites peuvent concerner le contenu du régime de responsabilité (chapitre A), mais aussi le laps de temps durant lequel une renonciation d'une partie à sa prétention en dommages-intérêts peut intervenir (chapitre B). A la suite de ces deux premiers chapitres généraux, nous analysons, en second lieu, quelques modifications concrètes du régime que les parties peuvent introduire contractuellement (chapitre C).

A. Limites générales matérielles

^{162.} Ce chapitre se subdivise en deux sections. La première analyse les conventions restrictives de responsabilité (section 1). Ces dernières sont prévues par la partie générale du CO et servent la protection de l'employeur, à titre de créancier. La seconde concerne la semi-impérativité de l'art. 321e CO (section 2) et découle de ce fait du titre dixième du CO. La semi-impérativité sert la protection du travailleur, partie faible au rapport de travail. C'est pourquoi, nous présentons la notion de semi-impérativité, puis la sanction prévue pour les clauses pathologiques, pour terminer cette section par l'exposition de différentes clauses contractuelles tirées de la jurisprudence fédérale.

1. Convention restrictive de responsabilité

^{163.} **Restriction de la faute.** Une convention, conclue avant la survenance d'un dommage⁵⁷⁵, par laquelle le travailleur ne répond pas de la faute légère et moyenne est valable⁵⁷⁶. La modification en faveur du travailleur au sens de l'art. 362 CO (cf. §165) ne peut donc s'établir que dans les limites de l'art. 100 CO⁵⁷⁷, ainsi les parties ne peuvent exclure la responsabilité du travailleur pour le dol ou la faute grave⁵⁷⁸. Pour déterminer si elle couvre la responsabilité aquilienne du travailleur, il convient d'interpréter la clause restrictive de responsabilité⁵⁷⁹. Une clause qui déroge à ce que prévoit la loi n'est pas sanctionnée par une nullité totale, mais sera au contraire « *valable dans la mesure compatible avec la loi* »⁵⁸⁰. Au demeurant, le régime de nullité partielle de l'art 20 al. 2 CO sera applicable⁵⁸¹.

^{164.} **Controverse au sujet des obligations de diligence.** La doctrine, en rapport avec le contrat de mandat, est divisée au sujet d'une possible limitation conventionnelle de la responsabilité pour les obligations de diligence⁵⁸², puisqu'une telle clause pourrait contredire la « *nature de l'affaire* »⁵⁸³. Nous sommes d'avis que, au regard du caractère semi-impératif de l'art. 321e CO et du fait que la doctrine admet de telles clauses⁵⁸⁴, il n'est pas justifié d'établir une telle restriction en droit du travail.

⁵⁷⁵ BERGER, n° 1536, p. 518 ; CR-THÉVENOZ, art. 100 CO, n° 5, p. 775 ; BK-WEBER, art. 100 CO, n° 4 et 6, p. 283s.

⁵⁷⁶ KOLLER, §60, n° 33, p. 1101 ; GEISER/MÜLLER, §2, n° 470a, p. 197, qui admettent explicitement cette possibilité pour la faute moyenne ; SCHWENZER, §24, n° 04, p. 170s. ; ZK-STAEHLIN, art. 321e CO, n° 41, p. 155.

⁵⁷⁷ BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 19, p. 1861 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 254 et n° 15, p. 272 ; SUBILIA/DUC, art. 321e CO, n° 15, p. 157 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n°13 et 18, p. 204 et 206 ; BsK-WIEGAND, art. 100 CO, n° 4, p. 613, qui admet aussi explicitement l'exclusion de la responsabilité en cas de faute moyenne.

⁵⁷⁸ ALTHERR, p. 80 ; CARRUZZO, art. 321e CO, n°4, p. 96 ; HUGUENIN, n° 1015, p. 300 ; KOLLER, §60, n° 33, p. 1101 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 1270, p. 283s. ; CR-THÉVENOZ, art. 100 CO, n° 5, p. 779 ; BK-WEBER, art. 100 CO, n° 5, p. 283, qui considère qu'il s'agit de la protection du rapport de confiance lié entre les parties au contrat.

⁵⁷⁹ KOLLER, §60, n° 21, p. 1098 ; HUGUENIN, n° 1014, p. 300 ; SCHWENZER, §24, n° 02, p. 170 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 1264, p. 282, auxquels nous renvoyons ; CR-THÉVENOZ, art. 100 CO, n° 13, p. 778.

⁵⁸⁰ KOLLER, §60, n° 23, p. 1099 ; CR-THÉVENOZ, art. 100 CO, n° 21, p. 780s., qui précise qu'il s'agit d'une « *modifizierte Teilnichtigkeit* », mais nous n'abordons pas ce point dont l'étendue dépasse le cadre du présent travail.

⁵⁸¹ KOLLER, §60, n° 23, p. 1099 ; CR-THÉVENOZ, art. 100 CO, n° 23, p. 781.

⁵⁸² HUGUENIN, n° 1016, p. 300s. ; BK-WEBER, art. 100 CO, n° 43, p. 290, auquel nous renvoyons pour une présentation de l'état de la controverse.

⁵⁸³ SCHWENZER, §24, n° 07, p. 172 ; BsK-WIEGAND, art. 100 CO, n° 6, p. 613s.

⁵⁸⁴ V. HUGUENIN, n° 1016, p. 300s. ; BK-WEBER, art. 100 CO, n° 43, p. 290.

2. Semi-impérativité

165. **Impérativité – Principe.** Le droit du travail suisse est gouverné par le principe de la liberté contractuelle⁵⁸⁵, mais sert aussi la protection du travailleur⁵⁸⁶. La liberté implique que les parties puissent librement déterminer le contenu du contrat, sous réserve de disposition légale contraire⁵⁸⁷. Ainsi, sur le plan contractuel, la protection du travailleur se traduit notamment par l’instauration de règles semi-impératives, i.e. les règles auxquelles les parties ne peuvent déroger qu’en faveur du travailleur⁵⁸⁸, offrant ainsi une protection minimale au travailleur⁵⁸⁹. En définitive, la codification du droit du travail sert, en sus d’un ensemble de règles supplétives à la lacune contractuelle, à limiter la liberté contractuelle au vu de la situation de dépendance du travailleur⁵⁹⁰.
166. *Catalogue prévu par la loi.* Par souci de sécurité juridique⁵⁹¹, l’art. 362 CO dresse une liste des dispositions semi-impératives auxquelles il ne peut être dérogé en défaveur du travailleur, que ce soit par contrats individuels (oraux ou écrits), contrats-type, CCT ou règlements d’entreprise⁵⁹². Lors de la première version de l’art. 362 CO, le législateur s’était essayé à un catalogue exhaustif de l’ensemble des dispositions semi-impératives⁵⁹³. Au vu des lacunes et incohérences, la doctrine a très vite critiqué ladite liste⁵⁹⁴. Depuis, le législateur a modifié sa technique légistique en se bornant à annoncer les normes dont le caractère semi-impératif ne découle pas clairement du texte de la loi⁵⁹⁵. Avec le temps, la liste a été précisée et modifiée⁵⁹⁶. Un caractère dispositif ou semi-impératif ne peut être inféré de l’absence d’une norme sur la liste⁵⁹⁷. En l’occurrence, l’art. 321e CO figure sur la liste des dispositions semi-impératives depuis 1972⁵⁹⁸. Les parties ne peuvent donc s’écarter du régime légal en aggravant la responsabilité du travailleur⁵⁹⁹.
167. *Examen du caractère défavorable.* Pour déterminer le caractère défavorable au travailleur d’un accord intervenu entre les parties au contrat, il convient d’opérer une comparaison entre la solution contractuelle retenue par les parties sur un point particulier (p.ex. la responsabilité du travailleur) et l’ensemble des normes qui régissent le litige entre les parties⁶⁰⁰. Cette comparaison s’opère à l’aide d’un critère objectif, un ensemble de valeurs abstraites⁶⁰¹, indépendant des intérêts particuliers du

⁵⁸⁵ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n° 1, p. 402. V. également SUPIOT, p. 48, pour la liberté contractuelle en droit du travail français.

⁵⁸⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 362 CO, n° 2, p. 1541.

⁵⁸⁷ CR-GUILLOD/STEFFEN, art. 20 CO, n° 48, p. 192 ; BsK-HUGUENIN/MEISE, art. 19/20 CO, n° 5 et 12, p. 181 et 183 ; SCHWENZER, §26, n° 19, p. 184.

⁵⁸⁸ ATF 144 III 327, c. 5.1 ; CR-AUBERT, art. 362 CO, n° 1 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 361 & 362, n° 1, p. 402 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 19, p. 1861 et art. 362 CO, n° 1, p. 2261 ; SCHWEINGRUBER, art. 362 CO, p. 407 ; ZK-STAEHLIN, art. 362 CO, n° 2, p. 563.

⁵⁸⁹ ZK-STAEHLIN, art. 362 CO, n° 2, p. 563, qui considère toutefois que les normes semi-impératives peuvent aussi regrouper des normes avec un caractère prohibitif ; WITZIG, *Droit du travail*, n°166, p. 79.

⁵⁹⁰ CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 361 et 362 CO, n° 16, p. 1312 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 361 & 362, n° 1, p. 402 ; DAXELHOFFER, p. 11s., qui précise que la semi-impérativité est une exception à la philosophie des lumières.

⁵⁹¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 361 & 362, n° 2, p. 402 ; ZK-STAEHLIN, art. 362 CO, n° 1, p. 562.

⁵⁹² CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 361 et 362, n° 19, p. 1314s. ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 361 & 362, n° 4, p. 404 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 362 CO, n° 1, p. 2261 ; SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 73 et art. 362, n° 1, p. 407 ; ZK-STAEHLIN, art. 321e CO, n° 41, p. 154 et art. 362 CO, n° 2, p. 563 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 362 CO, n° 5, p. 1543.

⁵⁹³ Message contrat de travail, p. 297 ; CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 361 et 362, n° 19, p. 1314s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 362 CO, n° 5, p. 1543.

⁵⁹⁴ CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 361 et 362, n° 1, p. 1305.

⁵⁹⁵ CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 361 et 362, n° 19, p. 1314s. ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 361 & 362, n° 2 et 4, p. 403 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 362 CO, n° 5, p. 1543. Par conséquent les normes qui présentent un caractère semi-impératif clair ne figurent pas sur la liste.

⁵⁹⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 362 CO, n° 1, p. 1540, qui dressent un petit historique de l’art. 362 CO.

⁵⁹⁷ CR-AUBERT, art. 362 CO, n° 2 ; p. 2177 ; CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 361 et 362 CO, n° 1, 2 et 4, p. 1305s. ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 361 & 362 CO, n° 2 et 5, p. 402 et 404, qui dressent (au n° 2) une liste des différentes formulations dont on peut déduire le caractère d’une norme en droit du travail (usage de certaines expressions, usage de formes injonctives, dérogations prévues par la norme elle-même) ; ZK-STAEHLIN, art. 362 CO, n° 1, p. 563.

⁵⁹⁸ Message contrat de travail, p. 473 ; SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 69.

⁵⁹⁹ TF 4A 47/2013, du 4 juin 2013, c. 2.2 ; ATF 144 III 327, c. 5.1 ; CR-AUBERT, art. 321e CO, n° 7, p. 1986 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n° 9, p. 79 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 8 et 26, p. 120 et 126 ; GEISER/MÜLLER, §2, n° 467, p. 196 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 18, p. 206 ; ZK-STAEHLIN, art. 321e CO, n° 35, p. 152 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 254 et n°15, p. 271 ; SUBILIA/DUC, art. 321e CO, n° 1, p. 153 ; VISCHER/MÜLLER, §18, n° 22, p. 241 ; WYLER/HEINZER, p. 118. On peut affirmer que ce principe est incontesté.

⁶⁰⁰ HOFMANN, p. 54s. ; ZK-STAEHLIN, art. 362 CO, n° 3, p. 563, qui qualifie cette comparaison de « *Gruppenvergleich* » ; expression reprise par STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 362 CO, n° 3, p. 1541. V. également CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 361 et 362, n° 21, p. 1315.

⁶⁰¹ DAXELHOFFER, p. 15s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 362 CO, n° 3, p. 1541.

travailleur qui fondent le litige. Il convient donc de retenir le point de vue d'« *ein vernünftiger, loyaler Arbeitnehmer unter Berücksichtigung seiner Stellung im Beruf und der Verkehrsanschauung die Bewertung vornehmen würde* »⁶⁰². STAEHELIN considère que la solution est proportionnée à chaque cas d'espèce et préserve au mieux l'accord intervenu entre les parties⁶⁰³.

168. **Sanction.** Selon l'art. 362 al. 2 CO, la violation d'une disposition figurant à l'art. 362 al. 1 CO par une clause contractuelle entraîne sa nullité. La lacune dans le contrat est comblée par le régime légal qui trouve application indépendamment de la volonté hypothétique des parties. L'art. 20 al. 2 CO reste sans application, et par conséquent, le contrat reste valide même dans l'hypothèse où les parties n'auraient pas conclu la convention sans l'existence de la clause nulle.⁶⁰⁴

169. **Clauses dérogeant au système légal – Éléments de responsabilité.** L'aggravation de la responsabilité du travailleur découle d'une modification des critères de mesure de la diligence attendue de lui (p.ex. sur le transfert du risque, cf. §140) ou d'une modification des conditions de responsabilité⁶⁰⁵. La doctrine considère ainsi que les parties au contrat de travail ne peuvent instaurer une responsabilité indépendante de la survenance d'un dommage, de l'existence d'une faute ou d'un lien de causalité⁶⁰⁶. Cette affirmation déploie des effets notamment sur la validité de clauses pénales (cf. §196 ss) ainsi que sur la validité de « *Mankoabrede* » (cf. §209 ss).

170. **Assurance casco.** Le TF admet la validité d'un « système d'assurance « *casco* » interne [à l'entreprise de taxi] », qui prévoit que les chauffeurs s'acquittent du paiement d'un forfait journalier, qui sera ristourné aux travailleurs qui ne subissent pas d'accident durant l'année civile, ainsi que si le compte présente un solde positif à la fin de l'année. A l'inverse, si le solde est négatif, l'employeur couvre la différence. En présence d'un accident, le travailleur participe au frais proportionnellement au nombre d'accidents déjà survenus durant l'année, à hauteur maximale de 3'000 CHF. Les véhicules sont réparés par l'entreprise qui facture quatre-vingts pourcents du prix normal.⁶⁰⁷

171. **Vente d'actions.** Le TF s'est prononcé en faveur de la validité d'une convention par laquelle la banque vendait les actions d'un travailleur ayant commis des malversations afin d'alimenter un compte d'indemnisation, qui servait à réparer les conséquences pécuniaires des malversations. Le litige naît du fait que la banque a procédé seule, sans recourir à une fiduciaire. Dans la mesure où la banque a procédé à un « *tarif conforme à celui des fiduciaires* », il n'en résulte aucune aggravation de la responsabilité du travailleur.⁶⁰⁸

B. Limites générales temporelles

172. Ce chapitre est composé d'une première section relative à la renonciation du travailleur (section 1) et d'une seconde section qui concerne la renonciation de l'employeur (section 2). Alors que la première section analyse l'art. 341 CO, qui instaure une véritable limite temporelle durant laquelle le travailleur ne peut renoncer à sa prétention, la seconde section se concentre sur l'art. 115 CO et l'ATF 110 II 344, qui instaurent un élément temporel au-delà duquel l'employeur renonce à sa prétention envers le travailleur. Les mécanismes sont donc inversés, mais partagent le même paradigme : la protection du travailleur.

⁶⁰² ZK-STAEHELIN, art. 362 CO, n° 3, p. 563. V. également STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 362 CO, n° 3, p. 1541.

⁶⁰³ ZK-STAEHELIN, art. 362 CO, n° 3, p. 564.

⁶⁰⁴ Pour le paragraphe, ATF 144 III 327, c. 5.4.1 ; CR-AUBERT, art. 362 CO, n° 3, p. 2177 ; CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 361 et 362 CO, n° 22, p. 1315 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, art. 362, n° 5, p. 404 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 362 CO, n° 1, p. 2261 ; ZK-STAEHLIN, art. 362 CO, n° 5, p. 564, qui considère que ce système est celui qui sert le mieux le but de protection, par les normes semi-impératives, du travailleur ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 362 CO, n° 7, p. 1543.

⁶⁰⁵ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/13a, p. 104 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 27, p. 126 ; GAUTSCHI, p. 39.

⁶⁰⁶ CR-AUBERT, art. 321e CO, n° 7, p. 1986 ; CARRUZZO, art. 321e CO, n° 4, p. 95 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 13 et 18, p. 202 et 206 ; SUBILIA/DUC, art. 321e CO, n° 1, p. 153 ; WYLER/HEINZER, p. 118s ; ZEN-RUFFINEN, n° 563, p. 195.

⁶⁰⁷ Pour le paragraphe, TF 4C.304/1993 du 21 février 1994, c. 3b = JAR 1995, p. 86.

⁶⁰⁸ Pour le paragraphe, TF 4A_47/2013 du 4 juin 2013, c. 2.2. V. toutefois GS BS, JAR 1982, p. 100s., qui admet le report d'une franchise d'assurance casco sur le travailleur.

1. Renonciation du travailleur

173. **Principe.** L'art. 341 al. 1 CO institue une règle qui empêche le travailleur de « *renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective* ». L'art. 341 al. 1 CO garantit ainsi au travailleur la survivance de certaines prétentions à sa renonciation. C'est en cela que la protection du travailleur se trouve renforcée⁶⁰⁹. Le travailleur qui se trouve ainsi dans un rapport de dépendance (économique et sociale) avec l'employeur peut être amené, sous la pression, à renoncer à certaines prétentions par peur de représailles⁶¹⁰. C'est pourquoi la protection de l'art. 341 al. 1 CO s'applique à tous les travailleurs, sans égard à leur fonction, à leur rémunération, ou à leur expérience, puisque le besoin de protection est, sur ce point, équivalent pour tous les travailleurs⁶¹¹.

a. Conclusion de la convention

174. **Nature juridique de la renonciation – Acte juridique.** La renonciation est « *eine Willenserklärung verstanden, durch die der Berechtigte definitiv, d.h. rechtsgeschäftlich bindend ein subjektives Recht aufgibt, ohne es auf jemanden anderen zu übertragen* »⁶¹². La manifestation de volonté du travailleur doit être interprétée avec une certaine retenue comme une manifestation de renonciation⁶¹³. Selon la doctrine majoritaire, l'extinction d'une prétention est subordonnée à l'accord des différentes parties au rapport obligationnel (art. 115 CO)⁶¹⁴. Toutefois, selon les circonstances, le travailleur manifeste non pas sa volonté mais sa connaissance (infirmité l'existence d'une prétention), ce qui ne constitue pas un acte juridique⁶¹⁵. En pratique, la renonciation du travailleur intervient au moyen de clauses de solde⁶¹⁶, contenues au sein d'un contrat de résiliation⁶¹⁷ ou d'une quittance pour solde de compte⁶¹⁸ ou encore d'une transaction⁶¹⁹ (cf. §181).

175. **Forme de la renonciation.** Bien que la renonciation ne soit soumise à aucune condition de forme, cette dernière doit intervenir de manière claire et univoque⁶²⁰. L'employeur ne peut donc pas déduire, du silence du travailleur, une offre de renonciation⁶²¹. De même, il convient en principe de refuser une acceptation tacite du travailleur, puisqu'il découle d'expérience que ce dernier ne consentirait pas un durcissement des conditions de travail⁶²². Une partie de la doctrine est toutefois d'avis que la renonciation par actes concluants serait possible après le délai d'un mois prévu par l'art. 341 al. 1 CO⁶²³.

⁶⁰⁹ ATF 105 II 40, c. 1a.

⁶¹⁰ V. notamment, CR-AUBERT, art. 341 CO, n° 1, p. 2121 ; BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 1, p. 545 ; SCHWEINGRUBER, art. 341 CO, p. 316 ; ZK-STAEHELIN, art. 341 CO, n° 1, p. 389 ; WITZIG, *Droit du travail*, n° 2219 ; p. 712s.

⁶¹¹ TF 4C.20/2007 du 22 novembre 2017, c. 2.4 ; CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 341 CO, n° 16, p. 873 ; BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 2, p. 545 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 13, p. 488 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 341 CO, n° 3, p. 1288.

⁶¹² HOFMANN, *Verzicht*, p. 76. V. également BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 6, p. 550 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 2, p. 481. Nous n'abordons pas, par souci de concision, les renoncements conditionnelles.

⁶¹³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 341 CO, n° 7, p. 1291.

⁶¹⁴ HOFMANN, *Verzicht*, p. 77 ; CR-PIOTET, art. 115 CO, n° 2, p. 907 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 2, p. 481s. ; RENZ, p. 123s., qui fait remarquer que « *der Arbeitnehmer kann nicht gezwungen werden, seine Ansprüche durchzusetzen* » et qui admet par conséquent une renonciation factuelle.

⁶¹⁵ BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 6, p. 550 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 7, p. 487. L'exemple majeur de ces manifestations de connaissance est la quittance au sens de l'art. 88 CO.

⁶¹⁶ BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 6, p. 550s., qui illustre les différentes clauses ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 6, p. 487 ; ZK-STAEHELIN, art. 341 CO, n° 4, p. 391 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 341 CO, n° 7, p. 1298, qui proposent une interprétation restrictive desdites clauses. V. terme germanophone : « *Saldoklauseln* ».

⁶¹⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 341 CO, n° 2, p. 321 ; BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 6, p. 550 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 3, p. 482s. ; ZK-STAEHELIN, art. 341 CO, n° 3, p. 390.

⁶¹⁸ Au vu de sa complexité et de son intérêt très indirect pour ce travail, nous n'approfondissons pas ce concept. Nous renvoyons à BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 6, p. 551 et WYLER/HEINZER, p. 269. Pour les mêmes motifs nous n'approfondissons pas la remise unilatérale de dette inspirée du §397 BGB, le « *pactum de non petendo* » et divers moyens procéduraux. Nous renvoyons à CR-PIOTET, art. 115 CO, n° 3, p. 907.

⁶¹⁹ CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 341 CO, n° 21, p. 874 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 7, p. 487 ; ZK-STAEHELIN, art. 341 CO, n° 3, p. 390.

⁶²⁰ BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 6, p. 550 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 4, p. 485 ; ZK-STAEHELIN, art. 341 CO, n° 3, p. 390 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 341 CO, n° 7, p. 1297 ; WITZIG, *Droit du travail*, n° 2223, p. 714.

⁶²¹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 2b, p. 485.

⁶²² BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 341 CO, n° 1, p. 321 ; BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 6, p. 550 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 5, p. 485, qui considère même l'application de l'art. 6 CO. SCHWEINGRUBER, art. 341 CO, p. 317 ; WYLER/HEINZER, p. 281.

⁶²³ SCHWEINGRUBER, art. 341 CO, p. 320 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 341 CO, n° 3 et 7, p. 1288 et 1297.

176. **Champ d'application temporel.** Concernant le champ d'application temporel de l'art. 341 al. 1 CO, les versions allemandes et italiennes⁶²⁴ sont plus précises, en ce qu'elles prévoient que la protection de l'art. 341 al. 1 CO démarre à la conclusion du contrat et non au moment de la prise d'emploi⁶²⁵. Certains auteurs sont cependant d'avis que la protection octroyée par l'art. 341 al. 1 CO démarre au moment où le travailleur se trouve dans un rapport de dépendance avec l'employeur⁶²⁶. La protection de l'art. 341 al. 1 CO prend fin un mois après la fin effective des rapports de travail⁶²⁷, afin de garantir ladite protection au travailleur qui resterait encore dépendant de son employeur après la fin des rapports de travail⁶²⁸. Le délai d'un mois se calcule conformément aux art. 77 et 78 CO⁶²⁹. Il convient de préciser que la renonciation est une manifestation de volonté soumise à réception, cette dernière devrait en principe indiquer si la renonciation se produit durant la période de protection⁶³⁰. Toutefois, la doctrine majoritaire promeut l'usage de la théorie de l'expédition, afin d'accroître la protection du travailleur⁶³¹. Nous rejoignons l'avis majoritaire, dans la mesure où il protège mieux les intérêts des travailleurs qui ignorent, en principe, l'existence des différentes théories juridiques.

b. Prétentions concernées

177. **Principe – Étendue de la protection.** L'art. 341 CO s'applique aux créances du travailleur, entendues dans un sens large, englobant ainsi les créances au sens strict, les droits formateurs et les exceptions⁶³², qui résultent du droit du travail⁶³³ et qui présentent un caractère impératif ou semi-impératif⁶³⁴. Toutefois, seules les créances déjà nées sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'art. 341 CO⁶³⁵, la renonciation à des créances futures étant prohibée par les art. 361 et 362 CO⁶³⁶. De plus, le travailleur ne peut valablement renoncer à des prétentions dont il ignore l'existence⁶³⁷. L'art. 341 al. 1 CO constitue donc un renforcement de l'art. 362 CO, empêchant ainsi le travailleur de renoncer à des prétentions que les parties ne peuvent exclure contractuellement⁶³⁸.

178. **Controverse autour de la responsabilité du travailleur.** Il existe une controverse doctrinale au sujet de l'application par analogie de l'art. 341 al. 1 CO à l'art. 321e CO. Une partie de la doctrine interprète l'art. 341 CO de manière restrictive, considérant qu'il ne vise que les créances au sens de l'art. 341 al. 1 CO⁶³⁹. L'autre partie de la doctrine est d'avis que l'art. 341 CO s'applique par analogie aux reconnaissances de dettes du travailleur qui concernent une prétention en dommages-intérêts supérieure au montant auquel il est légalement tenu⁶⁴⁰. Le TF ne s'est pas encore prononcé sur la

⁶²⁴ V. termes germanophone et italoophone : « *Arbeitsverhältnis* » ; « *rapporto di lavoro* ».

⁶²⁵ CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 341 CO, n° 10, p. 871 ; CARRUZZO, art. 341 CO, n° 1, p. 609 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 19, p. 496 ; ZK-STAEHELIN, art. 341 CO, n° 10, p. 394.

⁶²⁶ BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 3, p. 545, qui fait démarrer la protection « *ab Stellenantritt des Arbeitnehmers, allenfalls schon kurze Zeit davor* » ; RENZ, p. 143s., qui se réfère « *Eingliederungstheorie* » allemande.

⁶²⁷ CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 341 CO, n° 11, p. 871 ; BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 3, p. 546 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 19, p. 497 ; WITZIG, *Droit du travail*, n° 2221, p. 713.

⁶²⁸ BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 3, p. 546 ; SCHWEINGRUBER, art. 341 CO, p. 316, qui en déduit que le travailleur est protégé « *gegen sich selber* » ; ZK-STAEHELIN, art. 341 CO, n° 10, p. 394.

⁶²⁹ CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 341 CO, n° 12, p. 871 ; BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 3, p. 546 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 19, p. 497 ; RENZ, p. 147 ; ZK-STAEHELIN, art. 341 CO, n° 10, p. 394.

⁶³⁰ BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 3, p. 546 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 4a, p. 485.

⁶³¹ ZK-STAEHELIN, art. 341 CO, n° 10, p. 394 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 341 CO, n° 2, p. 1286.

⁶³² CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 341 CO, n° 5, p. 869s. ; ZK-STAEHELIN, art. 341 CO, n° 5, p. 391.

⁶³³ CR-AUBERT, art. 341 CO, n° 2, p. 2121 ; BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 4, p. 546 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 14, p. 491 ; RENZ, p. 126 ; ZK-STAEHELIN, art. 341 CO, n° 5, p. 391 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 341 CO, n° 2, p. 1287. Cela exclut ainsi les contrats de ventes, de bail, de prêts etc. conclus à l'occasion des relations de travail.

⁶³⁴ CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 341 CO, n° 6, p. 870 ; BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 4a, p. 546 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 15, p. 492 ; V. cependant BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 341 CO, n° 1, p. 320 ; CARRUZZO, art. 341 CO, n° 1, p. 610. Ces auteurs précisent que certaines prétentions dispositives peuvent entrer dans le champ d'application de l'art. 341 CO.

⁶³⁵ CR-AUBERT, art. 341 CO, n° 2, p. 2121 ; BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 3, p. 545s. ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 4 et 19, p. 485 et 496.

⁶³⁶ BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 3, p. 545 ; ZK-STAEHELIN, art. 341, n° 5a, p. 392.

⁶³⁷ BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 6, p. 551.

⁶³⁸ CR-AUBERT, art. 362 CO, n° 4, p. 2177 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 341 CO, n° 1, p. 320 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 1, p. 481 ; SCHWEINGRUBER, art. 362 CO, n° 2, p. 407 ; ZK-STAEHELIN, art. 341 CO, n° 1, p. 389 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 341 CO, n° 3, p. 1288.

⁶³⁹ CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 341 CO, n° 5, p. 869s. ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 7, p. 487 ; ZK-STAEHELIN, art. 341 CO, n° 5, p. 391.

⁶⁴⁰ BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 4, p. 546, qui justifie l'application par analogie par le besoin de protection en cas de responsabilité ; CARRUZZO, art. 321e CO, n° 9, p. 104 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 49, p. 132s. ; EGLI, n° 121, p. 77 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 18, p.

controverse, au motif que le caractère relativement impératif de l'art. 321e CO empêchait, dans l'affaire qui lui était soumise, l'aggravation de la responsabilité du travailleur⁶⁴¹. A notre avis, l'art. 341 CO devrait s'appliquer par analogie à l'art. 321e CO, pour deux raisons. Premièrement, l'art. 341 CO retient une acception large de la notion de créance. Secondement, nous avons vu que l'art. 321e CO peut servir de fondement à une prétention du travailleur et il ne fait aucun sens de distinguer la validité d'une renonciation du travailleur subissant directement le dommage (cf. §29 ss) de la validité d'une renonciation dans l'hypothèse où ce dernier est attiré en justice par un tiers (cf. §22 ss).

c. Sanction

179. **Conventions illicites – Nullité.** La sanction de la violation de l'art. 341 al. 1 CO est la nullité de la renonciation⁶⁴². Par conséquent, le travailleur peut invoquer la nullité d'une renonciation par laquelle il a consenti à réparer un dommage au-delà de ce que prévoyait l'art. 321e CO⁶⁴³. A l'inverse, le travailleur ne doit pas requérir l'annulation de sa manifestation de volonté⁶⁴⁴ et peut faire valoir sa prétention même après la fin des rapports de travail et du délai d'un mois prévu par l'art. 341 al. 1 CO⁶⁴⁵. En effet, le délai d'un mois instauré par l'art. 341 al. 1 CO n'est ni un délai de péremption, ni un délai de prescription⁶⁴⁶. Par conséquent, l'écoulement du délai d'un mois de l'art. 341 al. 1 CO n'a pas d'effet de guérison de la clause pathologique⁶⁴⁷, l'employeur ne pouvant pas inférer du silence du travailleur une ratification par actes concluants⁶⁴⁸. Si la manifestation du travailleur consiste en une manifestation de connaissance, le travailleur peut toujours apporter la preuve du contraire⁶⁴⁹.
180. **Abus de droit.** Les règles sur l'abus de droit, concrétisées par l'art. 2 al. 2 CC, constituent une limite à l'invoquant de la nullité par le travailleur⁶⁵⁰. La jurisprudence n'admet que de manière restrictive l'abus de droit⁶⁵¹. En principe, la simple tardiveté de l'invoquant de la nullité n'est pas constitutive d'un abus de droit⁶⁵². A ce titre, la jurisprudence a développé trois conditions en vertu desquelles l'abus de droit sera retenu⁶⁵³ : l'employeur ne connaît pas la prétention du travailleur (1), un désavantage (p.ex. probatoire⁶⁵⁴) découle de l'invoquant tardive de la nullité, qu'il semble inéquitable de faire supporter à l'employeur (2) et l'attente du travailleur contrevient aux règles de la bonne foi (3).
181. **Conventions valables.** L'art. 341 al. 1 CO dispose que le travailleur ne peut pas procéder à une renonciation unilatérale, mais l'art. 341 CO ne s'oppose pas à ce que les parties au contrat de travail

207 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 6 et 15, p. 258 et 271, art. 341 CO, n° 2, p. 1287s. V. également RENZ, p. 128, qui considère que toutes les prétentions concernées par l'art. 362 CO sont couvertes par l'art. 341 al. 1 CO. V. également, CAPH GE, JAR 2007, p. 432s.

⁶⁴¹ TF 4A_47/2013 du 4 juin 2013, c. 2.2. V. toutefois, GS BS, JAR 1989, p. 131 ; GS BS, JAR 1989, p. 132, qui appliquent l'art. 341 CO à l'art. 321e CO.

⁶⁴² CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 341 CO, n° 19, p. 874 ; CARRUZZO, art. 341 CO, n° 1, p. 609 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 22, p. 500 ; ZK-STAEHELIN, art. 341 CO, n° 11, p. 394 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 341 CO, n° 4, p. 1288.

⁶⁴³ CS-DUNAND, art. 321e CO, n°49, p. 132s. ; SCHWEINGRUBER, art. 341 CO, n° 6, p. 320, qui considère tout de même que l'art. 341 CO « *kommt aber praktisch einem Anfechtungsrecht nahe* » ; ZK-STAEHLIN, art. 321e CO, n°41, p. 154.

⁶⁴⁴ BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 7, p. 552.

⁶⁴⁵ ZK-STAEHELIN, art. 341 CO, n° 11, p. 394.

⁶⁴⁶ CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 341 CO, n° 14, p. 871.

⁶⁴⁷ ATF 110 II 273, c. 2 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 341 CO, n° 1, p. 321 ; BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 7, p. 552 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 341 CO, n° 3, p. 1288 ; WYLER/HEINZER, p. 281. V. cependant, CS-DUNAND, art. 321e CO, n°49, p. 133. V. toutefois, CAPH GE, JAR 2007, p. 432, « *l'invoquant de la nullité d'une telle reconnaissance de dette supposait que l'employé qui l'a signée réagisse avant l'extinction, par la voie de la compensation, de la dette contestée, amortie au terme des rapports de travail, ou au plus tard lors de l'établissement du dernier décompte par l'employeur* ».

⁶⁴⁸ BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 7, p. 552 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 22, p. 500 ; WYLER/HEINZER, p. 281. Les auteurs des deux derniers ouvrages cités mentionnent toutefois la possibilité offerte au travailleur de procéder à une nouvelle renonciation hors du délai de l'art. 341 al. 1 CO.

⁶⁴⁹ BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 6, p. 551 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 7, p. 487.

⁶⁵⁰ CR-AUBERT, art. 341 CO, n° 8, p. 2122, qui considère que « *la loi autorise expressément le travailleur à adopter un comportement contradictoire* » ; BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 8, p. 553 ; CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 341 CO, n° 15, p. 871s.

⁶⁵¹ ATF 105 II 39, c. 1b ; CARRUZZO, art. 341 CO, n° 1, p. 609 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 341 CO, n° 4, p. 1289 ; WYLER/HEINZER, p. 269.

⁶⁵² CR-AUBERT, art. 341 CO, n° 10, p. 2123 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 25, p. 503 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 341 CO, n° 4, p. 1289 ; WYLER/HEINZER, p. 281. Les auteurs des deux derniers ouvrages considèrent que cela reviendrait à vider la prescription de son sens.

⁶⁵³ BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 8, p. 553 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 25, p. 503 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 341 CO, n° 4, p. 1289.

⁶⁵⁴ BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 8, p. 553 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 341 CO, n° 4, p. 1289.

puissent résoudre un litige par le biais d'une transaction au sein de laquelle les deux parties font des concessions⁶⁵⁵. Le TF pose des exigences élevées en ce qui concerne la réciprocité des concessions : il doit s'agir d'une transaction⁶⁵⁶, i.e. de cas univoques où le travailleur qui renonce à certaines prétentions impératives se voit offrir, de la part de l'employeur, des avantages compensant amplement sa renonciation⁶⁵⁷. La condition de réciprocité s'examine au moment de la renonciation, soit aux prétentions auxquelles le travailleur a droit à ce moment⁶⁵⁸. Une partie de la doctrine considère que l'existence de la réciprocité doit se présumer lorsque le travailleur est assisté d'un avocat ou d'un mandataire professionnellement qualifié⁶⁵⁹. Lorsque la transaction ne satisfait pas à la condition de réciprocité, la renonciation du travailleur est nulle et entraîne avec elle, en principe, la nullité de l'entière de la convention⁶⁶⁰. Au demeurant, il convient de souligner que certaines instances cantonales considèrent que : « *Die Haftungsregel nach OR 321[...]e ist zwingend. Das Gericht ist deshalb trotz einer Anerkennung des Schadens durch den Arbeitnehmer berechtigt, die Haftungs Voraussetzungen zu überprüfen und die Schadensverteilung neu festzulegen* »⁶⁶¹. La convention peut être annulée pour vices du consentement⁶⁶².

2. Renonciation de l'employeur

182. A la suite de la renonciation du travailleur nous présentons celle de l'employeur. Nous analysons ainsi la conclusion de la convention au moyen de laquelle l'employeur renonce (sous-section a). Cependant, nous présentons aussi comment (sous-section b) et quand (sous-section c) l'employeur peut éviter la renonciation tacite à ses prétentions.

a. Conclusion de la convention

183. **Principes généraux – Égards réciproques.** Le contrat de travail a gagné au fil de l'histoire une nature, de plus en plus, personnelle⁶⁶³. Il découle de ce rapport personnel que les parties se doivent des égards réciproques⁶⁶⁴. Ces égards constituent l'origine de la théorie du TF selon laquelle, en application des principes généraux sur la formation des contrats, en particulier le principe de confiance⁶⁶⁵, le silence de l'employeur à la fin des rapports de travail peut être interprété comme une remise conventionnelle de dette au sens de l'art. 115 CO⁶⁶⁶. Selon cette théorie, la renonciation qui découle du silence de l'employeur s'effectue ainsi par actes concluants⁶⁶⁷, puisque la renonciation de l'employeur n'est soumise à aucune forme⁶⁶⁸.

⁶⁵⁵ ATF 110 II 169, c. 3b ; ATF 106 II 223, c. 2 ; CR-AUBERT, art. 341 CO, n° 6, p. 2122, qui précise que le juge devra s'assurer de la réciprocité des engagements ; CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 341 CO, n° 21, p. 874 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 341 CO, n° 2, p. 321 ; BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 5, p. 549 ; CARRUZZO, art. 341 CO, n° 1, p. 609 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 18, p. 495 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 41, p. 154, art. 341 CO, n° 13, p. 395 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 15, p. 272 ; WITZIG, *Droit du travail*, n° 2220, p. 713 ; WYLER/HEINZER, p. 269. V. également les remarques soulevées par RENZ, p. 149. V. terme germanophone : « *gegenseitiger Verzicht* ».

⁶⁵⁶ TF 4C.27/2002 du 19 avril 2002, c. 3c = SJ 2003 I 223 ss.

⁶⁵⁷ ATF 110 II 168, c. 3b = JdT 1985 I 28.

⁶⁵⁸ CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 341 CO, n° 21, p. 871 ; BRÜHWILER, art. 341 CO, n° 5, p. 549 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 18, p. 496 ; WYLER/HEINZER, p. 269, qui critiquent la jurisprudence fédérale quant à l'insécurité juridique qu'elle installe.

⁶⁵⁹ CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 341 CO, n° 21, p. 874 ; ZK-STAEHELIN, art. 341 CO, n° 13, p. 396. V. WITZIG, *Droit du travail*, n° 2222, p. 713, qui considère qu'en l'absence de conseil professionnel, la volonté du travailleur ne pourra être libre que si le travailleur jouit d'un délai de réflexion.

⁶⁶⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 341 CO, n° 2, p. 321 ; ZK-STAEHELIN, art. 341 CO, n° 13, p. 396 – et les références citées.

⁶⁶¹ GS BS, JAR 1989, p. 131 ; GS BS, JAR 1989, p. 132 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 18, p. 207.

⁶⁶² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 341 CO, n° 7, p. 1298 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 11, p. 489 ; WITZIG, *Droit du travail*, n° 2222, p. 713. V. également, ArbGer ZH, JAR 1991, p. 118, pour une absence de vice de consentement.

⁶⁶³ SUPLOT, p. 45 ss, auquel nous renvoyons pour une analyse plus approfondie.

⁶⁶⁴ ATF 110 II 344, c. 2b ; SUBILIA/DUC, art. 321e CO, n° 18, p. 159. V. également ATF 97 II 142, c. 2a, « *l'exécution du contrat de travail, comme celle de tout contrat d'une certaine durée qui fait intervenir l'activité personnelle de l'une des parties [...] suppose la confiance mutuelle de celles-ci* ».

⁶⁶⁵ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/2a, p. 96.

⁶⁶⁶ ATF 110 II 344, c. 2b ; CR-AUBERT, art. 321e CO, n° 8, p. 1986 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n° 8, p. 79 ; BRÜHWILER, art. 321e CO, n° 2a, p. 96 ; CARRUZZO, art. 321e CO, n° 10, p. 105 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 50s., p. 133 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 16, p. 205 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 34, p. 151 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 14, p. 270 ; SUBILIA/DUC, art. 321e CO, n° 18, p. 158s. ; WITZIG, *Droit du travail*, n° 1253, p. 411 ; WYLER/HEINZER, p. 121. V. également GEISER/MÜLLER, n° 471c, p. 198, qui considèrent la préemption de la créance.

⁶⁶⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n° 8, p. 79 ; BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/2a, p. 96 ; CARRUZZO, art. 321e CO, n° 10, p. 105 ; WYLER/HEINZER, p. 122.

⁶⁶⁸ V. notamment, BsK-GABRIEL, art. 115 CO, n° 6, p. 697 ; CR-PIOTET, art. 115 CO, n° 16, p. 911.

184. *Différentes hypothèses.* Il convient de distinguer l'hypothèse de l'employeur qui a connaissance de la prétention en dommages-intérêts à l'égard du travailleur, de celle où l'employeur n'a pas connaissance de ladite prétention. Le travailleur peut conclure à l'existence d'une remise conventionnelle de dette que si l'employeur a connaissance des prétentions en dommages-intérêts (dans leur principe ou dans leur quotité)⁶⁶⁹. A l'inverse, le travailleur ne pourra opposer à l'employeur une renonciation auxdites créances, lorsque l'employeur ne connaît pas l'existence desdites créances, du moins dans leur principe⁶⁷⁰, car « [d]enn auf etwas, was man im Einzelnen noch gar nicht kennt, kann man auch nicht verzichten »⁶⁷¹. Le travailleur ne peut pas non plus conclure à une renonciation de l'employeur, lorsque ce dernier ne peut manifester son intention de faire valoir les créances en dommages-intérêts avant la fin de la relation de travail^{672, 673}.
185. *Présomption d'acceptation.* L'art. 6 CO prévoit l'acceptation tacite en raison de « la nature spéciale de l'affaire », soit lorsque « une offre de conclure un contrat [est] à l'avantage exclusif de son destinataire »⁶⁷⁴. L'acceptation de la remise conventionnelle de dette par le travailleur se présume donc selon l'art. 6 CO, puisque cette dernière est manifestement dans l'unique intérêt du travailleur⁶⁷⁵. Le contrat est donc conclu malgré le silence du destinataire de l'offre et constitue en ce sens une dérogation au principe *qui tacet consentire non videtur* et une concrétisation du principe de confiance⁶⁷⁶.
186. *Fardeau de la preuve.* Le fardeau de la preuve, concernant l'existence de la remise conventionnelle de dette, appartient au travailleur, puisqu'il s'agit d'une cause d'extinction de la créance (art. 8 CC)⁶⁷⁷. De plus, le TF a jugé qu'une créance n'était pas éteinte quand il n'avait pas été établi que l'employeur avait eu l'occasion d'avoir un contact quelconque avec le travailleur depuis la découverte du dommage. CARRUZZO considère que la charge de la preuve de l'impossibilité de faire valoir la créance avant la fin de la relation de travail revient, au motif de son caractère exceptionnel, à l'employeur⁶⁷⁸. Nous nous joignons à cette dernière opinion, puisqu'elle accroît la protection du travailleur et qu'il semble illogique de faire supporter au travailleur la preuve d'une notification possible d'un acte qui le préjudicie.⁶⁷⁹
- b. Usage d'une réserve
187. **Réserve – Manifestation de la volonté de l'employeur.** Pour empêcher que le travailleur ne puisse inférer des circonstances que l'employeur renonce à sa créance en dommages-intérêts, ce dernier doit émettre une réserve concernant ladite créance⁶⁸⁰. La réserve n'est soumise à aucune condition de

⁶⁶⁹ CR-AUBERT, art. 321e CO, n° 8, p. 1986 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n°8, p. 79 ; BRÜHWILER, art. 321e CO, n° 2a, p. 96 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 34, p. 151 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 23, p. 1862.

⁶⁷⁰ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/2a, p. 96 ; CARRUZZO, art. 321e CO, n° 10, p. 105 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 51, p. 133 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 14, p. 210, qui mettent sur un pied d'égalité la situation où l'employeur ne peut encore évaluer l'étendue du dommage ; SUBILIA/DUC, art. 321e CO, n° 18, p. 159 ; WYLER/HEINZER, p. 122.

⁶⁷¹ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/2a, p. 96.

⁶⁷² CARRUZZO, art. 321e CO, n° 10, p. 105, qui considère qu'il s'agit de « circonstances exceptionnelles » ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 16, p. 205s. ; SUBILIA/DUC, art. 321e CO, n° 18, p. 159, qui admettent que le licenciement immédiat serait à même de concrétiser cette affirmation ; WYLER/HEINZER, p. 122, qui mentionnent le travailleur inatteignable.

⁶⁷³ ATF 110 II 344, c. 2b ; TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.1.1 ; TF 4C.146/2003 du 28 août 2003, c. 6.1 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n°50s., p. 133 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n°14, p. 270s. ; CARRUZZO, art. 321e CO, n°10, p. 105 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n°8, p. 79 ; BRÜHWILER, art. 321e CO, n°IV/2a, p. 96 ; WITZIG, *Droit du travail*, n°1253, p. 411 ; SUBILIA/DUC, art. 321e CO, n°18, p. 158s. ; VISCHER/MÜLLER, §18, n°14, p. 239 ; WYLER/HEINZER, p. 121s. ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n°16, p. 205s.

⁶⁷⁴ CR-MORIN, art. 6 CO, n° 9, p. 65. V. également BK-MÜLLER, art. 6 CO, n° 47, p. 365s.

⁶⁷⁵ ATF 110 II 344, c. 2b ; CARRUZZO, art. 321e CO, n°10, p. 105 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n°51, p. 133 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 14, p. 271 ; SUBILIA/DUC, art. 321e CO, n° 18, p. 159 ; WYLER/HEINZER, p. 122.

⁶⁷⁶ CR-MORIN, art. 6 CO, n° 1 et 9, p. 64s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 14, p. 271.

⁶⁷⁷ ATF 110 II 344, c. 2b ; TF 4A_351/2011 du 5 septembre 2011, c. 2.2 ; CARRUZZO, art. 321e CO, n° 10, p. 105 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 51, p. 133 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 14, p. 271 ; SUBILIA/DUC, art. 321e CO, n° 18, p. 159 ; WYLER/HEINZER, p. 122.

⁶⁷⁸ CARRUZZO, art. 321e CO, n° 10, p. 105.

⁶⁷⁹ ATF 110 II 344, c. 2c ; CARRUZZO, art. 321e CO, n°10, p. 105 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 51, p. 133 ; SUBILIA/DUC, art. 321e CO, n°18, p. 159 ; WYLER/HEINZER, p. 122.

⁶⁸⁰ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/2a, p. 96 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 52, p. 133 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 23, p. 1863 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 34, p. 151 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 14, p. 270.

forme⁶⁸¹, mais doit être notifiée au travailleur⁶⁸². La réserve ne doit pas être chiffrée, ni constituer une déclaration de compensation, encore moins consister dans une action judiciaire⁶⁸³, mais doit cependant être explicite⁶⁸⁴. Dans tous les cas, la réserve doit être émise au plus tard, dans l'hypothèse où l'employeur a connaissance de la créance, au sein des actes qui accompagnent la fin des rapports de travail, sans quoi il convient d'admettre que l'employeur a renoncé à sa créance⁶⁸⁵.

188. *Réserve conditionnelle.* Le TF a admis qu'une réserve pouvait être soumise, même implicitement, à la condition que le travailleur ne fasse pas valoir après les relations de travail diverses prétentions judiciaires, telles que la contestation du licenciement pour reprendre le cas d'espèce. En d'autres termes, l'employeur renoncerait à la prétention en dommages-intérêts pour autant que le travailleur ne soulève pas d'autres prétentions contre lui. Cette possibilité répondrait au besoin de l'employeur de se réserver les prétentions pour le cas d'un litige postérieur à la fin des rapports de travail.⁶⁸⁶

189. *Prétention en dommages-intérêts.* Selon le TF, une prétention en restitution d'un objet prêté n'est pas éteinte du simple fait qu'une réserve à son sujet n'a pas été émise dans un décompte définitif de salaire et au sein d'un certificat de travail. Nous en concluons que le travailleur ne pouvait inférer une renonciation de l'absence de réserve au motif que le contrat de prêt ne s'englobait pas réellement dans le rapport de travail.⁶⁸⁷

c. Actes accompagnant la fin des relations de travail

190. **Versement du salaire – Principe.** Le versement du salaire est un élément caractéristique de la relation de travail⁶⁸⁸. De plus, le salaire trouve un écho particulièrement important dans le domaine de la responsabilité civile du travailleur. A ce titre, nous discutons l'adéquation de plusieurs hypothèses à la qualification d'acte accompagnant la fin des relations de travail. Il s'agit du versement du salaire à la suite de la violation contractuelle (cf. §191), du versement du dernier salaire (cf. §192) et de l'augmentation salariale (cf. §193).

191. *Versement à la suite de la violation contractuelle.* Il existait une pratique cantonale selon laquelle l'employeur qui connaissait l'existence de sa créance en dommages-intérêts devait déjà la faire valoir, respectivement la réserver au moment du versement du salaire qui suit la connaissance de l'employeur de sa prétention contractuelle, sous peine de renoncer à sa créance⁶⁸⁹. La doctrine est divisée quant à ce sujet. Une partie soutient cette pratique⁶⁹⁰, alors que l'autre la rejette au motif qu'elle serait trop stricte⁶⁹¹. Certains auteurs sont ainsi d'avis que l'employeur qui ne réclame pas sa créance dans l'immédiat, le ferait dans le but de trouver une issue au litige qui satisfasse aux intérêts du travailleur⁶⁹². D'autres auteurs motivent leur rejet par le fait qu'une telle pratique ne prend pas en compte les circonstances particulières de la relation de travail et qu'elle outrepasserait le principe de la confiance et nécessite donc d'autres circonstances qui connotent la manifestation de volonté de l'employeur de renoncer à sa prétention⁶⁹³. D'autres auteurs rejettent cette théorie au motif qu'en l'absence d'une assise légale, l'effectivité du délai de prescription doit être garantie, par conséquent

⁶⁸¹ WYLER/HEINZER, p. 122.

⁶⁸² WYLER/HEINZER, p. 122.

⁶⁸³ TF 4A_351/2011 du 5 septembre 2001, c. 2.2 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 23, p. 1863 ; ZK-STAEHLIN, art. 321e CO, n° 34, p. 151 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 14, p. 271 ; WYLER/HEINZER, p. 122.

⁶⁸⁴ CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 52, p. 133.

⁶⁸⁵ CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 52, p. 134 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 14, p. 271.

⁶⁸⁶ TF 4A_351/2011 du 5 septembre 2011, c. 2.4.2.

⁶⁸⁷ TF 4A_61/2013 du 20 juin 2013, c. 2.4.

⁶⁸⁸ V. notamment, CS-DUNAND, art. 319 CO, n° 8, p. 4.

⁶⁸⁹ V. notamment, BezGer Arbon (TH), JAR 1993, p. 133s. ; ArbGer BE, 1990, p. 138, qui mentionne la péremption de la créance ; TC GR, JAR 1981, p. 131 ; ArbGer ZH, JAR 1981, 241s ; GEISER, PJA 7/1997, p. 789.

⁶⁹⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e CO, n° 8, p. 79 ; ZK-STAEHLIN, art. 321e CO, n° 34, p. 151, qui considère qu'admettre l'inverse serait contraire au principe de bonne foi. *Contra* : VISCHER/MÜLLER, §18, n° 14, p. 239.

⁶⁹¹ TF 4A_351/2011 du 5 septembre 2011, c. 2.2 ; BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/2a, p. 96 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 54, p. 134 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 23, p. 1862s. ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 16, p. 205.

⁶⁹² CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 54, p. 134.

⁶⁹³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 14, p. 270, qui donnent, entre autres, comme exemple, la volonté de l'employeur de mettre fin aux conséquences économiques de la relation de travail.

la durée décennale ne saurait être raccourcie à un seul mois⁶⁹⁴. Nous nous joignons au second courant doctrinal, qui propose une solution qui nous semble plus juste. Il convient encore de souligner que la doctrine ajoute que le paiement de l'entier du salaire, alors que l'employeur connaît la réalisation des conditions de la responsabilité du travailleur et que les conditions de la compensation selon l'art. 323b al. 2 CO (cf. §245) ne sont pas remplies, ne saurait être considéré comme une renonciation⁶⁹⁵. L'employeur devra tout de même faire valoir sa créance à la fin des rapports de travail, à défaut de quoi il convient d'admettre l'existence d'une renonciation⁶⁹⁶. Par surabondance, il n'y aura aucune renonciation, si l'employeur retient une partie du salaire afin de couvrir son dommage⁶⁹⁷.

192. *Versement du dernier salaire.* En principe, c'est le licenciement, respectivement la démission, du travailleur qui sonne le glas de la relation de travail. Toutefois, le versement du dernier salaire coïncide aussi avec la fin des rapports de travail. Il s'agit donc de la situation typique de l'acte accompagnant la fin des rapports de travail⁶⁹⁸. Le TF considère que le travailleur peut inférer de l'absence de réserve au sein du dernier décompte de salaire que l'employeur renonce à sa créance en dommages-intérêts, quand bien même il a déjà formulé des réserves à diverses reprises (convention avec le travailleur, lettre de résiliation, lettre à l'avocat du travailleur)⁶⁹⁹. Ces dernières n'étaient pas suffisantes aux yeux du TF, puisque l'employeur avait disposé de suffisamment de temps pour décider s'il voulait faire valoir sa prétention en dommages-intérêts contre le travailleur ou non. De plus ce dernier connaissait, depuis longtemps, l'existence de la prétention en dommages-intérêts. Dans de telles conditions, le travailleur ne peut donc qu'inférer du décompte de salaire vierge de réserve une renonciation de l'employeur à sa créance. BRÜHWILER critique cet arrêt au motif qu'une réserve devrait permettre à l'employeur de pouvoir faire un usage effectif du délai de prescription⁷⁰⁰. Nous saluons cette interprétation jurisprudentielle restrictive, dans la mesure où elle garantit une protection justifiée du travailleur et requiert de l'employeur qu'il maintienne les réserves qu'il émet.

193. *Augmentation salariale.* Il faut admettre une remise conventionnelle de dette, lorsque l'employeur, en connaissance du dommage et du principe de la responsabilité du travailleur, augmente le salaire dudit travailleur⁷⁰¹. A notre avis, une telle renonciation ne saurait être admise que dans les cas d'augmentation volontaire du salaire par l'employeur et devrait ainsi par conséquent être rejetée lorsque l'employeur a prévu un « *career track* » contenant une augmentation automatique du salaire. La situation devrait être identique lorsque les employés sont soumis à une échelle de salaire. En effet, il nous semble difficile d'interpréter, selon le principe de la confiance, une telle augmentation comme une renonciation de l'employeur, dans la mesure où elle est décidée à l'avance. De plus, admettre la solution inverse reviendrait à autoriser le travailleur à commettre des violations contractuelles avant l'augmentation salariale.

194. **Certificat de travail.** Il convient d'admettre une renonciation de l'employeur lorsqu'il délivre un certificat de travail qui contient que le travailleur « *est libre de toute obligation* »⁷⁰². Cette renonciation ne vaut que pour les créances connues de l'employeur au moment de l'émission du certificat de travail⁷⁰³. STAEHLIN est cependant d'avis que, dans l'hypothèse où l'employeur découvre le dommage

⁶⁹⁴ SUBILIA/DUC, art. 321e CO, n° 18, p. 159.

⁶⁹⁵ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/2a, p. 97 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 16, p. 205.

⁶⁹⁶ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/2a, p. 97 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 16, p. 205 ; ZK-STAEHLIN, art. 321e CO, n° 34, p. 151. V. TA TI, JAR 1996, p. 132s.

⁶⁹⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 16, p. 205.

⁶⁹⁸ CR-AUBERT, art. 321e CO, n° 8, p. 1986 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 16, p. 205.

⁶⁹⁹ TF 4A_351/2011 du 5 septembre 2011, c. 2.3. et 2.2 ; TF 4C.146/2003 du 28 août 2003, c. 6.1 ; GEISER/MÜLLER, §2, n° 468, p. 196 ; V. également BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 23, p. 1863, qui considèrent qu'une renonciation par actes conclusants dans cette situation devait être exclue au vu des intérêts des parties.

⁷⁰⁰ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/2a, p. 97.

⁷⁰¹ CR-AUBERT, art. 321e CO, n° 8, p. 1986, l'augmentation du salaire constitue ainsi une décharge donnée au travailleur ; ZK-STAEHLIN, art. 321e CO, n° 34, p. 152 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 14, p. 270.

⁷⁰² GS BS, JAR 1984, p. 112 ; BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/2a, p. 97 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 16, p. 205s. ; ZK-STAEHLIN, art. 321e CO, n° 34, p. 152 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 14, p. 271. V. terme germanophone et italophone : « frei von jeder Verpflichtung » ou « è libero da qualsiasi obbligazioni ».

⁷⁰³ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/2a, p. 97 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 14, p. 271.

après l'émission du certificat de travail, ce dernier devra annuler le certificat au motif d'une erreur (art. 23 CO)⁷⁰⁴.

195. **Accord de résiliation.** L'employeur doit veiller à formuler des réserves au sein de la convention par laquelle les parties au contrat de travail décident de mettre fin aux rapports de travail et aux conséquences pécuniaires de cette interruption. En d'autres termes, l'employeur qui connaît l'existence de sa prétention, au moment de la conclusion dudit accord, doit émettre une réserve dans celui-ci. A défaut, l'employeur est réputé y avoir implicitement renoncé.⁷⁰⁵

C. Autres modèles de responsabilité

1. Clause pénale

196. **Définition.** La clause pénale est définie comme « *la stipulation [...] par laquelle le débiteur promet au créancier de s'acquitter d'une peine conventionnelle pour le cas où il ne remplirait pas, ou pas entièrement, son obligation principale* »⁷⁰⁶. Il convient de souligner que les clauses pénales ne sont pas totalement étrangères au droit du travail, la loi les évoquant à deux reprises, soit à l'art. 337d CO⁷⁰⁷ et à l'art. 340b al. 2 CO. Nous n'aborderons pas ces deux dernières dispositions dans la présente partie, mais uniquement celle conclue entre le travailleur et l'employeur concernant la violation d'une obligation durant les rapports de travail. L'interprétation d'une clause pénale suit les principes généraux (art. 18 CO)⁷⁰⁸. A ce titre, nous tenons à rappeler que le juge doit prendre en compte ce qui est juste, car il n'est pas possible que les parties aient voulu une solution contractuelle déraisonnable⁷⁰⁹. Cette affirmation semble d'autant plus importante en lien avec les clauses pénales.

197. **But et caractère.** Les clauses pénales constituent un moyen de pression dont dispose le créancier à l'égard du débiteur⁷¹⁰. GIORGIS considère que les clauses pénales sont relativement fréquentes au sein de contrats de travail, puisqu'elles servent à sanctionner des violations contractuelles dont le dommage peut être compliqué à évaluer⁷¹¹. A ce titre, une clause pénale revêt un caractère compensatoire, lorsqu'elle sert à réparer les conséquences pécuniaires négatives découlant de la violation contractuelle, intervenues dans le patrimoine du créancier⁷¹². Il s'agit de l'essence même d'une convention pénale⁷¹³. SANTORO ajoute à cette première considération qu'une clause pénale peut aussi servir, au sein d'un contrat de travail, à empêcher qu'une violation contractuelle, qui n'a pas provoqué de dommage, reste dénuée de sanction⁷¹⁴. Ce faisant, la clause pénale revêt un caractère disciplinaire⁷¹⁵. Une clause pénale peut cependant présenter les deux caractères⁷¹⁶. A cet effet, le montant de la peine conventionnelle est déterminant, un montant élevé constituant un indice en faveur d'un caractère compensatoire⁷¹⁷. Ainsi, le TF considère qu'une clause pénale qui stipule le droit de l'employeur d'exiger la suppression de la situation non-conforme au contrat, présente un caractère compensatoire dans la mesure où l'employeur pouvait exiger le paiement d'une peine conventionnelle

⁷⁰⁴ ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 34, p. 152.

⁷⁰⁵ TF 4C.8/2007, 4P.10/2007 du 28 mars 2007, c. 2 ; AEBI, p. 265. Nous n'abordons pas, au sein de ce mémoire, les questions relatives au transfert d'entreprise, dont le traitement nous semble trop volumineux. Nous renvoyons de ce fait à l'arrêt TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.1.2 et à CARRUZZO, art. 321e CO, n°10, p. 105.

⁷⁰⁶ COUCHEPIN, n° 22, p. 5, qui définit l'obligation principale par rapport à l'accessorité de la clause pénale. Dans le même sens BSK-EHRAT/WIDMER, art. 160 CO, n° 1, p. 858.

⁷⁰⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 11, p. 203.

⁷⁰⁸ ATF 144 III 327, c. 5.2.2.1 ; ATF 122 III 420, c. 3a.

⁷⁰⁹ ATF 144 III 327, c. 5.2.2.1 ; ATF 140 III 134, c. 3.2.

⁷¹⁰ COUCHEPIN, n° 132, p. 26 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 3782, p. 338 ; SANTORO, p. 41 ; SCHWENZER, §71, n° 02, p. 501. Nous ne présentons pas en détails l'art. 160 CO, dans la mesure où il n'est pas indispensable à la compréhension de cette section.

⁷¹¹ GIORGIS, p. 7.

⁷¹² ATF 144 III 327, c. 5.2.1 ; GIORGIS, p. 7 ; SANTORO, p. 47, qui considère que « [d]iesem Interesse entspricht auch der gesetzliche Anspruch auf Schadenersatz ». V. terme germanophone : « Ersatzcharakter ».

⁷¹³ ATF 144 III 327, c. 5.2.2.2.

⁷¹⁴ SANTORO, p. 42.

⁷¹⁵ SANTORO, p. 46. Les clauses pénales revêtant un caractère disciplinaire seront présentées au §263. V. terme germanophone : « Disziplinarcharakter ».

⁷¹⁶ TF 4A_595/2012 du 21 décembre 2012, c. 4.4.

⁷¹⁷ CARGANI ROESLER, DTA 2/2018, p. 129 ; FARNER, revue de l'avocat 5/2013, p. 222.

et la réparation du dommage supplémentaire⁷¹⁸. La jurisprudence et la doctrine différencient la validité d'une clause pénale, en droit du travail, du caractère qu'elle revêt⁷¹⁹. Forts de ces considérations, nous analysons les limites posées par le droit du travail aux clauses pénales (sous-section a) et la sanction prévue par l'ordre juridique en cas de clause pathologique (sous-section b).

a. Validité en droit du travail

198. **Limites – Principe.** La jurisprudence et la doctrine justifient l'application de l'art. 321e CO aux clauses pénales compensatoires car elles poursuivent le même but⁷²⁰, indépendamment des obligations qu'elles sanctionnent, i.e. qu'il s'agisse du devoir de diligence ou de fidélité ou d'une autre obligation⁷²¹. Eu égard au caractère semi-impératif de l'art. 321e CO (cf. §166), les parties ne peuvent donc aggraver la responsabilité du travailleur par le biais d'une clause pénale⁷²². Partant, certains auteurs considèrent que l'art. 321e CO interdit la conclusion d'une clause pénale de nature compensatoire⁷²³, puisqu'elle aurait toujours pour effet d'étendre la responsabilité du travailleur⁷²⁴. Le TF est arrivé, dans une affaire récente, à une conclusion similaire⁷²⁵, que nous abordons au paragraphe suivant.

199. **Conditions de responsabilité.** Au vu du caractère semi-impératif des conditions de la responsabilité du travailleur, les parties ne peuvent convenir du paiement d'une peine conventionnelle indépendamment de toute faute, indépendamment de la survenance d'un dommage, ou qui induirait un renversement du fardeau de la preuve en faveur de l'employeur⁷²⁶. De même, les parties ne peuvent s'accorder sur une peine conventionnelle supérieure au montant auquel le travailleur serait tenu en vertu de la loi⁷²⁷, ou sur une clause pénale qui, sans renverser le fardeau de la preuve, rendrait plus difficile voire impossible l'apport de preuves par le travailleur⁷²⁸.

200. **Validité des clauses pénales.** Selon GIORGIS, les parties peuvent toujours sanctionner, au moyen d'une clause pénale, les violations du devoir de diligence de l'administrateur (art. 717 CO), puisque sa responsabilité est plus étendue⁷²⁹ (cf. §56). De même, cet auteur considère que les clauses pénales sont valides lorsqu'elles visent à compenser un tort moral⁷³⁰. La doctrine considère qu'une clause pénale peut encore sanctionner une violation commise par le travailleur après la fin du contrat de travail, puisque le caractère semi-impératif de l'art. 321e CO est lié à la « *qualité de travailleur de l'auteur de la violation ; or après la fin des rapports de travail, l'auteur n'est par définition plus un « travailleur », si bien que l'art. 321e CO ne s'applique plus* »⁷³¹. Enfin, une clause pénale peut prendre la forme de sanctions disciplinaires, dont la validité est subordonnée à différentes conditions⁷³² (cf. §261). Force est de constater que la liberté contractuelle des parties à un contrat de travail est, sur ce point, réduite à la portion congrue. Toutefois, nous sommes d'avis que la solution retenue par le TF doit être saluée, au motif que la majorité des travailleurs, en particulier ceux dont le

⁷¹⁸ ATF 144 III 327, c. 5.2.2.2.

⁷¹⁹ ATF 144 III 327, c. 5.2.1, GIORGIS, p. 2 et 7.

⁷²⁰ ATF 144 III 327, c. 5.2.1 ; SANTORO, p. 47.

⁷²¹ ATF 144 III 327, c. 4.2.3 et 4.2.4 ; CARGANI ROESLER, DTA 2/2018, p. 129 ; GIORGIS, p. 2.

⁷²² ATF 144 III 327, c. 5.1 ; CARGANI ROESLER, DTA 2/2018, p. 128 ; GIORGIS, p. 6.

⁷²³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 15, p. 272. V. FARNER, *Revue de l'avocat* 5/2013, p. 220, qui considère que l'art. 337d CO doit être interprété de manière restrictive et ne saurait constituer la base d'une théorie d'admissibilité des clauses pénales au sein d'un contrat de travail.

⁷²⁴ GIORGIS, p. 10.

⁷²⁵ CARGANI ROESLER, DTA 2/2018, p. 129 ; GIORGIS, p. 6s.

⁷²⁶ ATF 144 III 327, c. 5.3.1.2 ; GEISER, *Treuepflicht*, p. 122s., qui ajoute que le travailleur ne pourra être, par le truchement d'une clause pénale, tenu à un certain résultat ; GIORGIS, p. 7 ; SANTORO, p. 44 et 47.

⁷²⁷ CR-AUBERT, art. 321e CO, n° 7, p. 1986 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 48, p. 132 ; FARNER, *Revue de l'avocat* 5/2013, p. 220 ; GIORGIS, p. 7 ; SANTORO, p. 48. V. TF 4A_595/2012 du 21 décembre 2012, c. 5.3, le TF avait rejeté l'avis doctrinal suggérant que le montant d'une clause pénale ne pourrait pas dépasser le revenu journalier d'un travailleur. V. à ce titre, GEISER, *Treuepflicht*, p. 123s.

⁷²⁸ ATF 144 III 327, c. 5.3.1.2.

⁷²⁹ GIORGIS, p. 9.

⁷³⁰ GIORGIS, p. 9s.

⁷³¹ CARGANI ROESLER, DTA 2/2018, p. 129 ; GIORGIS, p. 8s.

⁷³² TF 4A_579/2017, 4A_581/2017 du 7 mai 2018, c. 5.5 ; GIORGIS, p. 10 ; SANTORO, p. 55, qui considère, depuis 2001, qu'il s'agit de la seule hypothèse de validité d'une clause pénale au sein d'un contrat de travail.

revenu est modeste, ne peuvent négocier les clauses contractuelles, de sorte que les clauses pénales sont souvent « imposées » par l'employeur.

b. Sanction

201. **Nullité – Principe.** La violation de l'art. 321e CO par une clause pénale entraîne sa nullité (art. 362 al. 2 CO)⁷³³. Toutefois, selon CARGIANI ROESLER, l'art. 20 al. 2 CO trouve application en présence d'une clause pénale qui s'applique tant aux violations contractuelles commises durant les rapports de travail, qu'à celles commises après la fin des rapports de travail, de sorte que la clause reste valide pour cette dernière hypothèse⁷³⁴.
202. **Effet dissuasif.** GIORGIS apprécie les clauses pénales, mêmes non-valides, comme un instrument dissuasif que l'employeur pourrait utiliser pour prévenir l'engagement d'un procès par le travailleur, afin de contester la validité de la clause, dans la mesure où les frais judiciaires incomberaient à ce dernier⁷³⁵. Nous rappelons toutefois que le droit procédural cherche à diminuer, en procédure simplifiée, les coûts d'un procès, afin de permettre au travailleur de saisir la justice⁷³⁶.
203. **Réduction de la peine conventionnelle.** Le TF a opéré, au sein de l'ATF 144 III 327, un revirement de jurisprudence, revenant ainsi sur le principe qu'une clause pénale revêtant un caractère compensatoire et violant l'art. 321e CO devait être réduite selon l'art. 163 CO⁷³⁷. FARNER avait critiqué, à juste titre, le premier arrêt dans la mesure où « [d]urch Herabsetzung verliert die Konventionalstrafe ihren Charakter als pauschalierten Schadenersatz somit nicht »⁷³⁸. A notre sens, une réduction de la peine conventionnelle est toujours possible lorsque la clause pénale est valable mais que son montant est excessif⁷³⁹. A ce titre, VISCHER/MÜLLER considèrent que l'art. 321e al. 2 CO est applicable à la réduction que le juge doit faire selon l'art. 163 al. 3 CO⁷⁴⁰. SANTORO considère que l'art. 163 al. 3 CO vise la situation de l'excessivité, et par conséquent diffère du but des critères de l'art. 321e al. 2 CO, qui ne peuvent donc pas être pris en compte⁷⁴¹. Au vu de la complexité et des controverses autour de la problématique de la réduction d'une peine conventionnelle, ainsi que du revirement de jurisprudence opéré par le TF, nous excluons d'aborder la problématique plus en détails, puisqu'un examen approprié dépasse le cadre du présent travail.

2. Responsabilité pour déficit

204. Le terme de « responsabilité pour déficit » désigne tant la responsabilité du travailleur dans l'hypothèse où le préjudice se concrétise sous la forme d'un déficit⁷⁴² (sous-section a), que les conventions intervenues entre les parties à ce sujet⁷⁴³ (sous-section b). La responsabilité pour déficit, ainsi que les possibilités d'aménagements contractuels, sont des problématiques depuis longtemps discutées par le CF (cf. §6), la jurisprudence et la doctrine. Nous proposons de traiter, par souci de clarté, les deux régimes de responsabilité dans la même section. La présentation séparée des deux régimes aurait entraîné trop de renvois internes.

⁷³³ ATF 144 III 327, c. 5.4.1 ; CARGIANI ROESLER, DTA 2/2018, p. 128 et 130 ; GIORGIS, p. 7 ; SANTORO, p. 48.

⁷³⁴ CARGIANI ROESLER, DTA 2/2018, p. 130.

⁷³⁵ GIORGIS, p. 8.

⁷³⁶ CR-TAPPY, art. 243 CPC, n° 5, p. 1124.

⁷³⁷ TF 4A_595/2012 du 21 décembre 2012, c. 5 ; CARGIANI ROESLER, DTA 2/2018, p. 130 ; GIORGIS, p. 7.

⁷³⁸ FARNER, Revue de l'avocat 5/2013, p. 223.

⁷³⁹ ATF 144 III 327, c. 5.4.1 ; WITZIG, *Droit du travail*, n° 1238, p. 407.

⁷⁴⁰ VISCHER/MÜLLER, §18, n°21, p. 241.

⁷⁴¹ SANTORO, p. 48.

⁷⁴² V. terme germanophone : « *Mankohaftung* ».

⁷⁴³ V. termes germanophones : « *Mankoabrede* », « *Mankoklausel* ».

a. Régime légal

205. **Principe.** Le dommage que l'employeur subit peut donc découler de la perte d'une chose confiée au travailleur, p.ex. des pertes sur caisses⁷⁴⁴. Il s'agit d'un « déficit »⁷⁴⁵, que la doctrine définit comme : « *die Differenz zwischen Soll- und Istbestand der vom Arbeitnehmer verwalteten Vermögenswerte des Betriebes dar* »⁷⁴⁶. La responsabilité du travailleur est fondée sur l'art. 321e CO et constitue donc une responsabilité pour faute⁷⁴⁷. Cette situation est envisageable dans quatre cas : soit les pertes sur caisse, les pertes sur marchandises en magasin et en entrepôt, les pertes de marchandises confiées en vue d'un transport et les pertes pour les objets confiés en vue de l'exécution du travail⁷⁴⁸.
206. **Conditions de responsabilité – Violation contractuelle.** Nous abordons au sein de ce paragraphe l'obligation de surveillance du travailleur relative aux choses confiées. Ainsi, une violation contractuelle intervient lorsque le travailleur ne prête pas suffisamment attention aux biens confiés, mais celui-ci ne répond pas des dommages qui surviennent alors qu'il a prêté toute la vigilance possible⁷⁴⁹. Il convient, à ce titre, de prendre en compte la survenance d'un risque professionnel⁷⁵⁰ (cf. §134 ss). La responsabilité du travailleur n'est pas non plus engagée lorsque le dommage survient alors que la surveillance des choses confiées est exercée par un tiers ou par l'employeur⁷⁵¹. D'ailleurs, ALTHERR considère qu'il existe un consentement de l'employeur lorsque ce dernier donne des directives qui empêchent la bonne exécution de l'obligation de surveillance du travailleur⁷⁵².
207. **Domage.** La doctrine ne soulève aucune particularité dans la détermination du dommage concernant les pertes sur caisses. Toutefois, concernant le montant du dommage pour les marchandises, il ne s'évalue pas selon leur prix de vente, mais selon leur prix d'achat majoré de toutes les éventuelles dépenses⁷⁵³.
208. **Preuve du dommage et du lien de causalité.** Dans le but de pallier les difficultés relatives à l'apport de la preuve du dommage et du lien de causalité adéquat, il appartient à l'employeur de constituer un inventaire des choses confiées au travailleur et d'enregistrer les mouvements au sein de ce patrimoine⁷⁵⁴. A défaut, l'employeur éprouvera des difficultés à établir l'existence d'un dommage ou du lien de causalité adéquat⁷⁵⁵. Le TF a d'ailleurs jugé dans une affaire où diverses causes étaient envisageables pour expliquer la survenance des pertes sur caisses, à hauteur de 125'000 CHF, que le rapport de causalité naturelle entre une violation contractuelle et les pertes sur caisses ne pouvait, en l'absence d'une analyse comptable sérieuse, être admis⁷⁵⁶. STAEHELIN souligne toutefois que « *[v]ernachlässigt der Arbeitnehmer die ihm obliegende Kassabuchführung trotz gehöriger Instruktion und Überwachung, so wirkt sich das Fehlen dieser Unterlagen beweismässig zu seinen Ungunsten aus* »⁷⁵⁷. Lorsque le travailleur dispose seul de l'accès aux choses confiées, certains auteurs admettent l'existence d'une présomption de la causalité naturelle, de sorte que le travailleur doit prouver l'absence de causalité⁷⁵⁸. La présomption disparaît lorsque plusieurs personnes ont accès aux

⁷⁴⁴ ALTHERR, p. 18 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 36, p. 152 ; STREIFF, PJA 7/1997, p. 798, qui admet que les choses sont aussi « confiées » lorsque les biens sont remis au travailleur par un tiers à destination de l'employeur.

⁷⁴⁵ Ce terme est emprunté à la traduction du terme « *Manko* » utilisé par STREIFF, PJA 7/1997, p. 803, dans ledit article.

⁷⁴⁶ ALTHERR, p. 18. V. également ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 36, p. 152.

⁷⁴⁷ ALTHERR, p. 39 et 63 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 36, p. 153.

⁷⁴⁸ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 18, p. 206s. ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 36, p. 152s.

⁷⁴⁹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 18, p. 207 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 38, p. 153s. ; STREIFF, PJA 7/1997, p. 798.

⁷⁵⁰ ALTHERR, p. 55, auquel nous renvoyons pour plus de détails ; BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/13b, p. 104 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e CO, n° 9, p.79 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 39, p. 154.

⁷⁵¹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 18, p. 207 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 38, p. 153. V. également, ArbGer ZH, JAR 1990, p. 134, où l'employeur tolère le non-respect des directives de sécurité, de sorte qu'il n'y a pas de violation contractuelle.

⁷⁵² ALTHERR, p. 34.

⁷⁵³ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 18, p. 207, qui précisent que cela peut couvrir le gain manqué ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 37, p. 153 ; STREIFF, PJA 7/1997, p. 798.

⁷⁵⁴ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/13b, p. 104.

⁷⁵⁵ ArbGer ZH, JAR 1990, p. 137 ; ArbGer ZH, JAR 1986, p. 78 ; STREIFF, PJA 7/1997, p. 798, qui fait remarquer que cette exigence s'est estompée avec la modernisation des systèmes de caisses.

⁷⁵⁶ TF 4P.61/2004, 4C.113/2004 du 9 septembre 2004, c. 4.2.

⁷⁵⁷ ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 37, p. 153.

⁷⁵⁸ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/13b, p. 104, qui utilise les termes « *natürliche Vermutung* » ; STREIFF, PJA 7/1997, p. 798.

choses confiées⁷⁵⁹. REHBINDER/STÖCKLI précisent que le travailleur ne répond que des dommages, « *die er unzweifelhaft selbst verursacht hat* » et qu'il n'existe donc pas de responsabilité collective en droit du travail^{760, 761}.

b. Clause contractuelle

209. **Contenu de la clause.** Il sera question, au sein des paragraphes suivants, des modifications contractuelles que les parties peuvent introduire, afin de modifier le régime de responsabilité pour déficit. Les parties aggravent la responsabilité du travailleur contre le versement d'une certaine somme d'argent⁷⁶². La problématique soulevée par une telle clause réside dans l'aggravation possible de la responsabilité du travailleur. Nous nous limitons, au sein de cette sous-section, à présenter la controverse doctrinale relative à l'instauration de la responsabilité causale⁷⁶³.

210. **Responsabilité causale – Principe.** Une première partie de la doctrine considère qu'admettre la validité d'une clause contractuelle instituant une responsabilité pour déficit, indépendante de la réalisation des conditions de responsabilité, reviendrait à méconnaître le caractère semi-impératif de l'art. 321e CO⁷⁶⁴(cf. §168). Ainsi, la stipulation intervenue entre les parties ne peut, en principe, spolier la condition de la faute⁷⁶⁵ et par conséquent, les parties doivent toujours laisser au travailleur la possibilité de se disculper⁷⁶⁶. A ce titre, la doctrine fait remarquer que l'inscription de l'art. 321e CO sur la liste de l'art. 362 CO a eu pour effet une réduction certaine du nombre de clauses de responsabilité pour déficit au sein de contrats de travail⁷⁶⁷.

211. **Exception.** A l'inverse, une partie de la doctrine considère que les parties peuvent introduire une responsabilité du travailleur, indépendamment de l'existence d'une faute du travailleur⁷⁶⁸. Le montant versé au travailleur doit cependant être approprié⁷⁶⁹, i.e. couvrir au moins le déficit moyen⁷⁷⁰. La formule consacrée est que le montant doit « *die durchschnittlich auftretenden, verschuldensmässig nicht klar zuzuordnenden Manki langfristig abdeck[en]* »⁷⁷¹. En effet, le simple versement d'un montant en contrepartie de l'aggravation de la responsabilité du travailleur n'est pas seul suffisant pour rendre la clause valable⁷⁷². Ces auteurs justifient leurs propos par le fait que la conclusion d'une telle clause sert tant les intérêts du travailleur que ceux de l'employeur, dans la mesure où ce dernier peut ainsi réduire le montant des pertes sur les valeurs confiées et le travailleur tirer des avantages financiers supplémentaires, du fait des conditions de responsabilité plus élevées⁷⁷³. La doctrine justifie l'admission de ce type de clause par le fait que l'examen du caractère défavorable envers le travailleur

⁷⁵⁹ V. TF 4A_599/2013 du 17 mars 2015, c. 3.1.1 et 3.1.3.

⁷⁶⁰ TC SG, JAR 1987, p. 129 ss ; ArbGer ZH, JAR 1981, p. 237 ss ; REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 18, p. 207. V. également ALTHERR, p. 69 ; BUREAU OIT, p. 17s. ; GEISER, PJA 7/1997, p. 791s., auquel nous renvoyons pour plusieurs développements sur la responsabilité en cas de « *Job sharing* ».

⁷⁶¹ Pour le paragraphe, ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 37 ss, p. 153s.

⁷⁶² ALTHERR, p. 82 ss, auquel nous renvoyons pour une présentation plus en détails des différents types de rémunération ; REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 18, p. 207 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 19, p. 1862. V. terme germanophone : « *Mankogeld* ».

⁷⁶³ Nous n'abordons pas les questions relatives aux différents modes de compensation que l'employeur peut mettre en place, nous renvoyons pour ce faire à ALTHERR, p. 82 ss.

⁷⁶⁴ TC VS, JAR 1984, p. 109 ss ; BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/13b, p. 104 ; SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 73 ; VISCHER/MÜLLER, §18, n° 22, p. 241.

⁷⁶⁵ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/13b, p. 104 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e CO, n° 9, p.79 ; CARRUZZO, art. 321e CO, n° 4, p. 95 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 27, p. 126 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 255.

⁷⁶⁶ CAPH GE, JAR 2007, p. 432 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e CO, n° 9, p. 79 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 27, p. 126 ; SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, n° 5, p. 73.

⁷⁶⁷ ALTHERR, p. 77 ; SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 73.

⁷⁶⁸ REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 18, p. 207 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 255. V. Message contrat de travail, p. 319 ; ALTHERR, p. 79 qui considère qu'il convient de déterminer selon la volonté des parties si une telle clause englobe aussi la « *perte fortuite* ».

⁷⁶⁹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 18, p. 207 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 21, p. 1862 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 255. V. également BUREAU OIT, p. 8.

⁷⁷⁰ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 18, p. 207 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 21, p. 1862, auxquels nous renvoyons pour un examen plus approfondi de la condition d'accès unique aux choses confiées ; STREIFF, PJA 7/1997, p. 799, qui souligne toutefois qu'il faut s'assurer, selon les branches commerciales en présence, que la somme versée au travailleur soit additionnelle à son salaire et qu'il ne s'agisse pas d'un moyen détourné de le réduire ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 255.

⁷⁷¹ STREIFF, PJA 7/1997, p. 799. V. également BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 21, p. 1862 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 255.

⁷⁷² BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 18, p. 207.

⁷⁷³ BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 19, p. 1862 ; STREIFF, PJA 7/1997, p. 799.

d'un tel régime de responsabilité se fait de manière générale, et non par la vérification de l'inexistence d'une situation factuelle où le travailleur se trouve défavorisé⁷⁷⁴(cf. §167).

3. Responsabilité du croire

212. **Admissibilité au sein d'un contrat individuel de travail.** Le TF a laissé ouverte la question de l'admission d'une convention instituant un système analogue à celui prévu par l'art. 348a CO, dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire, puisque les parties n'avaient pas convenu d'une telle convention et que les conditions de l'art. 348a CO n'étaient pas remplies. Toutefois le TF a souligné que l'admission de l'institution d'un tel système de responsabilité au sein d'un contrat ordinaire de travail serait subordonnée au respect des conditions inscrites à l'art. 348a CO.⁷⁷⁵
213. **Perte du droit à la provision – Principe.** Au sein de la même affaire le TF a explicité les liens qui existent entre la perte de la provision et la responsabilité du travailleur. C'est pourquoi nous présentons ici ce type particulier de rémunération. La provision est un accord par lequel le travailleur perçoit une somme, en principe un certain pourcentage, de l'affaire transmise ou conclue par ses soins⁷⁷⁶. Le droit à la provision naît à la conclusion de l'affaire (art. 322b al. 1 CO) et nécessite une causalité entre les activités du travailleur et la venue à chef de l'affaire donnant droit à la provision, sous réserve d'une volonté contraire des parties. Le droit à la provision s'éteint en cas d'inexécution de l'affaire sans faute de l'employeur ou de l'inexécution de ses obligations par le tiers (art. 322b al. 3 CO). Le TF considère que la non-exécution de l'affaire, sans faute de l'employeur, ou l'inexécution de ses obligations par le tiers n'empêche pas de conséquences sur la responsabilité civile du travailleur, mais uniquement sur la perte de la provision.⁷⁷⁷
214. **Liens avec l'art. 321e CO.** Le TF s'est prononcé sur l'articulation des deux normes. Ainsi, les deux normes sont différentes en ce que celle de l'art. 332b CO est dispositif et que la responsabilité du travailleur obéit à des conditions plus strictes que celles prévues pour la perte de la provision. A ce titre, la perte de la provision est la seule conséquence de l'art. 322b CO, la réparation du dommage subi par l'employeur étant régie par l'art. 321e CO. Les parties ne peuvent donc pas, par le biais des dispositions sur la perte de la provision, aggraver la responsabilité du travailleur, lui faisant supporter un dommage que la loi ne met pas à sa charge. Ainsi, le TF a refusé la validité d'une convention par laquelle l'employeur fait assumer au travailleur le risque du croire, par la déduction des montants découlant des affaires conclues, mais non exécutées, des marges bénéficiaires qui constituent le montant des provisions du travailleur. Dans l'hypothèse inverse, le travailleur répondrait ainsi d'un dommage, sans que les conditions de l'art. 321e CO soient remplies.⁷⁷⁸

⁷⁷⁴ BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 18, p. 1862 ; STREIFF, PJA 7/1997, p. 799.

⁷⁷⁵ Pour le paragraphe, TF 4A_498/2007 du 3 juillet 2008, c. 4.2.1.

⁷⁷⁶ TF 4A_498/2007 du 3 juillet 2008, c. 4.2.1. ; WITZIG, *Rémunération*, n° 32, p. 51.

⁷⁷⁷ Pour le paragraphe, TF 4A_498/2007 du 3 juillet 2008, c. 4.2.1.

⁷⁷⁸ Pour le paragraphe, TF 4A_498/2007 du 3 juillet 2008, c. 4.2.1 et 4.4.

VII. Moyens de droit à disposition de l'employeur

215. Dans le but d'ajouter une approche plus concrète au présent mémoire, nous présentons les différents moyens de droit dont peut se prévaloir l'employeur à l'égard du travailleur. A notre avis, le choix de l'employeur dépendra des circonstances du cas d'espèce, de sorte qu'il est impossible d'établir une hiérarchie entre ces moyens. Nous avons toutefois divisé cette septième partie en deux chapitres. La place prédominante de l'action en dommages-intérêts (chapitre A) découle de sa place principielle au sein du système de responsabilité et non d'une plus grande importance pratique. Ainsi, il est loisible à l'employeur de recourir à d'autres institutions juridiques (chapitre B).

A. Action en dommages-intérêts

216. Les art. 97 ss CO contiennent différentes actions en dommages-intérêts. Nous verrons par la suite que les art. 337 ss CO dérogent sur plusieurs points aux normes de la partie générale du CO (cf. §258). Pour l'instant, nous nous contentons d'analyser l'action prévue par l'art. 321e CO comme une reprise de l'art. 97 CO, de sorte que cette disposition couvre l'intérêt positif (cf. §93). Le présent chapitre est divisé en deux sections, la première concernant les règles permettant de déterminer le montant des dommages-intérêts (section 1) et la seconde relative à la mise en œuvre de l'action en dommages-intérêts (section 2).

1. Étendue de la réparation

217. L'intérêt premier de cette action est la réparation du préjudice. A cet effet, la solution suisse offre au juge un large pouvoir d'appréciation quant à l'étendue de la réparation du préjudice (sous-section c), lui permettant ainsi de prendre en compte différents critères de réduction de l'indemnité (sous-section a). Par intérêt personnel et en raison des développements jurisprudentiels et doctrinaux, nous approfondissons la faute concomitante de l'employeur (sous-section b).

a. Critères de réduction

218. **Généralités.** Le travailleur est en principe tenu de réparer intégralement le préjudice subi par l'employeur⁷⁷⁹. Les critères de l'art. 321e al. 2 CO ne servent pas seulement à mesurer la diligence que l'employeur peut attendre du travailleur, mais aussi à déterminer le montant des dommages-intérêts qui seront alloués à l'employeur⁷⁸⁰. L'art. 321e al. 2 CO ne contient pas une liste exhaustive de motifs de réduction⁷⁸¹. PORTMANN/RUDOLPH considèrent, à ce titre, que « [d]ie Schadenersatzbemessung richtet sich primär nach Art. 321e Abs. 2 [OR] und ergänzend nach Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 43 und 44 [OR] »⁷⁸². Nous proposons dès lors de présenter les critères de l'art. 321e CO, en relation avec les art. 43 et 44 CO. Toutefois, nous ne pouvons, par souci de concision, présenter tous les critères de réduction en détails. Nous nous limitons ainsi à ceux qui ont une portée particulière en droit du travail⁷⁸³.

⁷⁷⁹ TF 4C.71/2002, c. 5.1 ; TF 4C.285/2000, c. 3b ; TF 4C.304/1993 du 21 février 1994, c. 3a = JAR 1995, p. 84s ; OGer LU, JAR 2000, p. 124s. V. également CR-WERRO, art. 43 CO, n° 11 et 14, p. 407s.

⁷⁸⁰ V. notamment, ATF 110 II 344, c. 6b ; TF 4A_123/2007, 4A_125/2007 du 31 août 2007, c. 8.2 ; TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.3.1 ; TF 4C.103/2005 du 1 juin 2005, c. 1.1 ; TF 4P.61/2004, 4C.113/2004 du 9 septembre 2004, c. 4.1 ; GEISER/MÜLLER, n° 470, p. 197 ; PORTMANN, *Schadenersatzbemessung*, p. 501 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 1859 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 19, p. 208 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 2, p. 251 ; WITZIG, *Droit du travail*, n° 1245, p. 409.

⁷⁸¹ TF 4A_123/2007, 4A_125/2007 du 31 août 2007, c. 8.2, qui admet l'existence d'un autre motif tel que l'attitude du travailleur ; TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.3.1 ; TF du 17 août 1998 = JAR 1999 p. 293s. ; EGLI, n° 4, p. 47 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 23, p. 211 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 252 ; WYLER/HEINZER, p. 118.

⁷⁸² BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 1859. V. également TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.3.1 ; TF 4C.103/2005 du 1 juin 2005, c. 1.3, qui précise que « [n]eben diesen speziell im Arbeitsverhältnis zu beachtenden Umständen gelten selbstredend die allgemeinen Voraussetzungen für einen vertraglichen Schadenersatzanspruch » ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 23, p. 211 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 252. V. également ROBERTO/SCHISTER, qui intitulent une partie de l'article « *Doppelte Berücksichtigung der Kriterien* ».

⁷⁸³ Il s'agit notamment des critères du cas fortuit (v. à ce propos, SUBILIA/DUC, art. 321e CO, n°9, p. 155), du lien de parenté ou d'amitié entre l'auteur et le lésé, ou encore de la prédisposition constitutionnelle de la victime.

219. **Art. 43 CO – Principe.** Selon l’art. 43 CO, le juge est tenu d’observer, dans la détermination des dommages-intérêts, la gravité de la faute⁷⁸⁴ et les circonstances du cas d’espèce. HUGUENIN définit lesdites circonstances comme « *alles, was nicht vom Verschulden des Schädigers abhängt* »⁷⁸⁵. A ce titre, WYLER/HEINZER proposent de retenir, entre autres, la préservation de l’avenir économique du travailleur, cristallisée par les art. 323a et 323b al. 2 CO⁷⁸⁶. En sus, DUNAND propose de tenir compte de l’existence d’une assurance responsabilité civile de l’employeur et de la durée des rapports de service⁷⁸⁷. D’une manière plus générale, PORTMANN considère que le montant dû par le travailleur doit être réduit « *in sozial verträglicher Weise* »⁷⁸⁸.
220. **Gravité de la faute.** La doctrine est unanime sur la réduction de la responsabilité en cas de faute légère⁷⁸⁹. Nous avons déjà mentionné l’absence d’exclusion de responsabilité principielle du travailleur en cas de faute légère, en présence d’un risque professionnel (cf. §138). En présence d’un risque professionnel et d’une faute moyenne, le juge devra réduire le montant des dommages-intérêts⁷⁹⁰. A l’inverse, la faute grave du travailleur entraîne, en principe, une indemnisation totale de l’employeur⁷⁹¹. La doctrine est controversée quant à la réduction de la responsabilité en cas de faute grave en présence d’un risque professionnel. Une partie de la doctrine considère qu’en présence d’un risque professionnel, la responsabilité du travailleur se trouve toujours diminuée, même en cas de faute grave⁷⁹². D’autres auteurs sont d’avis que le risque professionnel ne produit pas d’effet, lorsque le travailleur a commis une faute grave, au motif que l’avènement du préjudice est dû à la seule faute du travailleur⁷⁹³. Ainsi, SCHWEINGRUBER fait remarquer qu’en pratique « *wird der Arbeitnehmer, obwohl im Prinzip verantwortlich, durchwegs nur für einen Teil des nachgewiesenen Schadens haftbar gemacht, wenn nicht geradezu ein grobes Verschulden vorliegt* »⁷⁹⁴.
221. **Acte de complaisance.** Nous nous joignons à la partie de la doctrine qui considère que l’acte de complaisance n’influe pas sur la diligence du travailleur, il constitue un motif de réduction de l’indemnité au sens de l’art. 43 CO, rappelé par l’art. 99 al. 2 CO⁷⁹⁵. HUGUENIN est d’avis que la réduction pourrait, suivant les circonstances, être si importante qu’elle conduirait à l’exclusion de la responsabilité de l’auteur de la violation contractuelle⁷⁹⁶. Cette réduction ne peut cependant intervenir en cas de faute intentionnelle⁷⁹⁷. REHBINDER/STÖCKLI sont d’avis que l’acte de complaisance doit être retenu dans l’hypothèse où le travailleur accomplit, dans le cadre des rapports de travail, des actes gratuits, tels que l’exécution d’heures de travail non déclarées à l’employeur ou l’exécution de tâches non-inscrites au cahier des charges⁷⁹⁸. A ce titre, EGLI considère que « *[d]a grundsätzlich entgeltlich geleistet wird – auch nicht angeordnete Überstunden im Interesse des Arbeitgebers – dürften solche Gefälligkeitshandlungen Seltenheitswert haben Unentgeltliche Arbeit wird im Normalfall nicht im*

⁷⁸⁴ V. notamment, BsK-KESSLER, art. 43 CO, n° 9, p. 356, qui souligne que « *[b]ei schwerem Verschulden [...] eine Reduktion des zu leistenden Ersatzes nur ausnahmsweise (aufgrund anderer mildernder Umstände) in Frage kommen [kann]* ».

⁷⁸⁵ HUGUENIN, n° 1888a, p. 554.

⁷⁸⁶ WYLER/HEINZER, p. 118. V. également CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 40, p. 131.

⁷⁸⁷ CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 38, p. 130. Dans le même sens CR-WERRO, art. 43 CO, n° 25, p. 410.

⁷⁸⁸ PORTMANN, *Schadenersatzbemessung*, p. 502.

⁷⁸⁹ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/4c, p. 98s., qui considère qu’une réduction totale n’est pas envisageable ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 41, p. 131 ; HUGUENIN, n° 1888, p. 553 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 25, p. 212 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 2, p. 250 ; WITZIG, *Droit du travail*, n°1250, p. 410, qui le formule négativement.

⁷⁹⁰ GS BS, JAR 1982, p. 101s. ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 27, p. 213.

⁷⁹¹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 25, p. 212 ; WYLER/HEINZER, p. 188.

⁷⁹² BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n° 5, p. 77.

⁷⁹³ TC ZG, JAR 1987 p. 128 ; ArbGer ZH, JAR 1981 p. 236s. ; BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/4d, p. 99 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, n° 27, p. 213.

⁷⁹⁴ SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 72.

⁷⁹⁵ FEHR, p. 135 ; HUGUENIN, n° 1888a, p. 554 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 24, p. 211 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 253. *Contra* : SCHWENZER, §16, n° 27, p. 114 ; CR-THÉVENOZ, art. 99 CO, n° 12, p. 769 ; BsK-WIEGAND, art. 99 CO, n° 13, p. 610.

⁷⁹⁶ HUGUENIN, n° 1888a, p. 554.

⁷⁹⁷ CR-WERRO, art. 43 CO, n° 31, p. 411.

⁷⁹⁸ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 24, p. 211 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n°3, p. 252.

Rahmen eines Arbeitsverhältnisses geleistet »⁷⁹⁹. Finalement, FEHR considère qu'un salaire élevé peut avoir un effet sur la question de la complaisance⁸⁰⁰.

222. *Consentement.* L'art. 44 CO vise la situation du consentement qui « *n'est pas susceptible de lever l'illicéité* »⁸⁰¹. Il s'agit en droit du travail, notamment, de la situation où l'employeur autorise un préjudice porté à un bien juridique appartenant à un tiers. REHBINDER/STÖCKLI proposent, dans ce cas, d'exclure la responsabilité du travailleur en cas de faute légère et en cas de faute moyenne.⁸⁰²
223. *Montant du salaire.* Selon le TF, le salaire du travailleur peut être pris en considération, lorsque la faute n'est pas grave et que le montant du dommage est important⁸⁰³. D'une manière plus large, le TF a aussi admis, sans condition, qu'un faible montant de rémunération peut être, par analogie avec le contrat de mandat, un facteur de réduction⁸⁰⁴. La doctrine est unanime sur l'admission d'une réduction des dommages-intérêts lorsque le salaire du travailleur est modeste et que sa faute n'est pas grave⁸⁰⁵, au vu « *du but protecteur de la législation sur le contrat de travail qui tend à préserver la situation économique du travailleur* »⁸⁰⁶. REHBINDER/STÖCKLI justifient cette réduction par le fait que la situation du travailleur qui ne perçoit qu'un faible salaire constitue un cas d'application de l'art. 99 al. 2 CO, qui conditionne la réduction à ce que le travailleur n'ait pas commis de faute grave⁸⁰⁷.
224. **Art. 44 CO – Principe.** L'art. 44 CO prévoit divers facteurs de réduction pouvant être pris en compte pour la détermination du montant des dommages-intérêts. Ces éléments ont tous en commun d'être liés à la personne du lésé⁸⁰⁸. A ce titre, nous abordons au sein de cette partie la gêne de la personne responsable due à l'indemnisation du lésé, la situation économique très favorable du lésé, mais aussi le risque entrepreneurial. Mentionnons encore que l'art. 44 CO régit surtout la faute concomitante de la victime, mais nous développons ce point par la suite.
225. *Gêne du travailleur.* Lorsque la réparation du préjudice aurait pour effet de placer l'auteur du préjudice dans une situation de gêne durable, le juge peut réduire le montant des dommages-intérêts (art. 44 al. 2 CO). La loi exclut la prise en compte de ce critère en présence d'une faute grave. De plus, l'application de cette disposition n'est admise que de façon restrictive. Toutefois, CARRUZZO précise qu'il faut tenir compte de la fortune mobilière et immobilière du travailleur pour établir sa situation financière⁸⁰⁹. Le TF a admis l'existence d'une gêne dans une situation précaire du travailleur où ce dernier ne pouvait (déjà) pas supporter les coûts du procès^{810, 811}.
226. *Situation économique très favorable de l'employeur.* Formellement, ce facteur de réduction découle de l'art. 43 CO⁸¹². Toutefois, au vu de sa proximité intellectuelle avec le facteur précédent, nous évitons un traitement séparé, afin d'éviter l'usage de renvois internes⁸¹³. Certains auteurs sont ainsi d'avis que le juge doit prendre en compte dans la fixation des dommages-intérêts, le fait que la victime

⁷⁹⁹ EGLI, n° 91, p. 69s.

⁸⁰⁰ FEHR, p. 136.

⁸⁰¹ CR-WERRO, art. 44 CO, n° 5, p. 417. V. également BsK-KESSLER, art. 44 CO, n° 4, p. 360s.

⁸⁰² Pour le paragraphe, FEHR, p. 140 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 28, p. 214. V. également, ALTHERR, p. 98.

⁸⁰³ ATF 110 II 344, c 6c/ee ; TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.3.2, qui précise toutefois « [qu'] *il est douteux qu'un tel élément soit pertinent lorsqu'il s'agit de fixer les dommages-intérêts dus à l'entreprise locataire de services* » ; TF 4C.87/2001 du 7 novembre 2001, c 4b, qui précise qu'une proportionnalité doit exister entre le montant des dommages-intérêts et le salaire du travailleur ; DUNAND, *Action en responsabilité*, p. 88 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 252s.

⁸⁰⁴ TF 4C.87/2001 du 7 novembre 2001, c. 4b. V. également PORTMANN, *Schadenersatzbemessung*, p. 503, qui l'admet de manière générale ; SUBILIA/DUC, art. 321e CO, n° 15, p. 157.

⁸⁰⁵ CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 38, p. 130 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 31, p. 150 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 252.

⁸⁰⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n° 7, p. 78.

⁸⁰⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 29, p. 215.

⁸⁰⁸ CR-WERRO, art. 44 CO, n° 1, p. 416.

⁸⁰⁹ CARRUZZO, art. 321e CO, n° 7, p. 99.

⁸¹⁰ TF 4C.103/2005 du 1 juin 2005, c. 6. V. également, CAPH GE, JAR 1987, p. 125, où la faute concomitante n'a pas été admise car le travailleur avait commis une faute grave.

⁸¹¹ Pour le paragraphe, ALTHERR, p. 98 ; CARRUZZO, art. 321e CO, n° 7, p. 99 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 29, p. 215 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 31, p. 150 ; CR-WERRO, art. 43 CO, n° 27, p. 410s., auquel nous renvoyons pour une explication plus détaillée.

⁸¹² CR-WERRO, art. 43 CO, n° 24, p. 410.

⁸¹³ V. à ce propos, CR-AUBERT, art. 321e CO, n° 6, p. 1986, qui considère que la situation économique des deux parties doit être prise en compte dans l'évaluation de l'indemnité en dommages-intérêts que le travailleur doit verser à l'employeur ; FEHR, p. 137s.

jouisse d'un revenu exceptionnellement élevé⁸¹⁴. Ce critère revêt un « caractère exceptionnel »⁸¹⁵, de sorte que REHBINDER/STÖCKLI proposent de limiter l'application de ce facteur aux cas où le travailleur n'a commis qu'une faute légère⁸¹⁶.

227. *Risque entrepreneurial*. La notion de risque professionnel a déjà été présentée, nous nous limitons ici à rappeler qu'il s'agit d'un facteur de réduction des dommages-intérêts, dont l'effet varie selon la faute du travailleur⁸¹⁷ (cf. §220). Certains auteurs sont toutefois d'avis qu'une réduction des dommages-intérêts devrait intervenir, de manière plus générale, en présence de tout risque entrepreneurial⁸¹⁸. PORTMANN admet toutefois que ledit risque est pris en compte dans l'examen de la faute concomitante de l'employeur⁸¹⁹.

b. Approfondissement de la faute concomitante de l'employeur

228. **Définition**. La faute concomitante existe, « *wenn die Geschädigte in fahrlässiger Weise den Schaden mitverursacht oder [...] verschlimmert hat* »⁸²⁰. Le TF est d'avis que la faute concomitante de l'employeur n'est pas de nature à exclure la responsabilité du travailleur mais uniquement à la réduire et cela même si le dommage est commis par des travailleurs qui ne sont pas assez formés et n'ont pas reçu assez d'instructions⁸²¹. D'autres considèrent que la faute concomitante de l'employeur permet au juge d'exclure la responsabilité du travailleur⁸²².

229. **Manque d'organisation dans l'exécution du travail – Principe**. Une faute concomitante de l'employeur est réalisée lorsque l'obligation de travail est exécutée dans des conditions (extérieures) insuffisantes, qui la rendent ainsi plus compliquée. Tel sera par exemple le cas, lorsqu'il n'existe pas de possibilités pour sécuriser la conservation des outils de travail sur la place de travail ou d'autres circonstances.⁸²³

230. *Climat de travail tendu*. Le TF semble admettre qu'un climat de travail tendu peut constituer une faute concomitante de l'employeur. Toutefois, dans les circonstances du cas d'espèce, il a été constaté que le travailleur n'était pas obligé de s'adresser au supérieur avec lequel la relation de travail était tendue, de sorte que ledit climat de travail n'était pas pertinent aux yeux du TF.⁸²⁴

231. *Procédure de restitution d'objets confiés*. Le TF a nié l'existence d'une incombance de mettre sur pied une procédure de restitution des objets confiés, à charge de l'employeur. En effet, admettre l'existence d'une incombance de cette sorte reviendrait à considérer que le travailleur peut garder un objet confié, même lorsqu'il sait pertinemment que l'objet doit être rendu à la fin de la relation de travail. C'est pourquoi l'absence de mise en place d'une procédure de restitution ne saurait fonder une faute concomitante de l'employeur.⁸²⁵

232. *Défectuosité des outils et machines*. La fourniture de machines ou outils défectueux, ou non adaptés à la prestation du travailleur, est constitutive d'une faute concomitante de l'employeur⁸²⁶. Il s'agit d'une concrétisation de l'art. 44 CO en droit du travail⁸²⁷.

⁸¹⁴ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 30, p. 215 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 252 ; CR-WERRO, art. 43 CO, n° 24s., p. 410.

⁸¹⁵ CR-WERRO, art. 43 CO, n° 24, p. 410.

⁸¹⁶ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 30, p. 215.

⁸¹⁷ V. à ce titre, GEISER, 7/1997, p. 789, qui considère qu'une indemnisation totale de l'employeur, en présence d'un risque professionnel, serait disproportionnée, partant « [d]er Gesetzgeber mutet dem Arbeitgeber zu Recht zu, selber die nötigen wirtschaftlichen Vorkehrungen zu treffen, um sich gegen entsprechende Schäden abzudecken ».

⁸¹⁸ GEISER/MÜLLER, n° 470, p. 197 ; PORTMANN, *Schadenersatzbemessung*, p. 501. Le risque professionnel n'est qu'une forme particulière du risque d'entreprise (cf. §141). V. également, TPH GE, JAR 1990, p. 140 et 142s.

⁸¹⁹ PORTMANN, *Schadenersatzbemessung*, p. 502, qui considère en sus que « [i]n der Tat ist die Grenze zwischen Betriebsrisiko und Selbstverschulden des Arbeitgebers fließend ».

⁸²⁰ HUGUENIN, n° 1889, p. 554. V. également BsK-KESSLER, art. 44 CO, n° 7, p. 361, auquel nous renvoyons pour plus de détails.

⁸²¹ TF 4C.16/2003 du 24 juin 2003, c. 2.2.

⁸²² TC SG, JAR 1988, p. 157 ; OGER ZG, JAR 1983, p. 92s. ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 29, p. 148.

⁸²³ Pour le paragraphe, ALTHERR, p. 95 ss ; FEHR, p. 142 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 30, p. 149.

⁸²⁴ TF 4A_61/2013 du 20 juin 2013, c. 2.3.

⁸²⁵ TF 4A_61/2013 du 20 juin 2013, c. 2.3.

⁸²⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n° 4, p. 77 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 39, p. 130.

⁸²⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n° 4, p. 77.

233. **Connaissance de la défaillance d'un travailleur – Principe.** Si l'employeur lésé avait connaissance ou aurait dû connaître les aptitudes et qualités défaillantes du travailleur cela diminue, voire exclut, la réparation du dommage survenu⁸²⁸, à moins d'une faute grave du travailleur⁸²⁹. A ce titre, STAEHELIN considère que la responsabilité du travailleur doit être déjà écartée au stade de la violation contractuelle, lorsque « [i]st einer Aufgabe offensichtlich nicht gewachsen, obwohl dem Arbeitgeber sein ungenügendes Können aufgrund seiner bisherigen Leistungen erkennbar war »⁸³⁰. Certains auteurs partagent cet avis en présence d'une négligence légère, mais considèrent toutefois qu'en cas de négligence grave, l'indemnité doit être réduite selon la gravité de la faute concomitante de l'employeur⁸³¹. Ces auteurs justifient l'exclusion de la responsabilité pour faute légère du travailleur, du fait que la loi fait supporter à l'employeur seul, le risque du travailleur qui ne présente pas les aptitudes et qualités nécessaires⁸³². La doctrine propose une solution identique, lorsque l'employeur charge le travailleur d'effectuer une tâche pour laquelle le travailleur l'a informé qu'il ne se sentait pas suffisamment formé⁸³³ et lorsque l'employeur charge un travailleur dont il connaît la « *Arbeitsunfähigkeit* » due à la sur-fatigue ou à un malaise⁸³⁴. Cela présente toutefois l'inconvénient que le travailleur moins qualifié réponde de manière moins grave que le travailleur qualifié⁸³⁵ (cf. §160).
234. **Directives insuffisantes.** L'employeur est concomitamment fautif lorsqu'il n'instruit pas suffisamment le travailleur pour une tâche difficile, notamment lorsque le travailleur n'est pas expérimenté⁸³⁶. A l'inverse, le travailleur qui ne présente pas les connaissances nécessaires à la réalisation d'une certaine tâche ne peut pas l'accomplir sans l'accord de l'employeur⁸³⁷. D'ailleurs, le TF considère qu'une faute grave de l'employeur (telle que le non-versement du salaire) peut faire apparaître comme bénin le non-respect des directives par le travailleur⁸³⁸. De plus, certains auteurs considèrent que « [j]e erfahrener der Arbeitnehmer ist, desto weniger kann fehlende Instruktion dem Arbeitgeber als Selbstverschulden angerechnet werden »⁸³⁹.
235. **Défaut de surveillance – Principe.** Le TF et la doctrine s'accordent sur la réduction de la responsabilité du travailleur lorsqu'il n'a pas été suffisamment surveillé par l'employeur⁸⁴⁰. Toutefois, le contrôle suffisant du travailleur par l'employeur n'est pas une condition de la responsabilité du travailleur, même si la surveillance de l'employeur aurait pu empêcher la survenance du préjudice. En d'autres termes, le TF affirme que le travailleur n'est pas au bénéfice, durant l'exécution du contrat, d'une prétention à la surveillance à l'encontre de l'employeur⁸⁴¹. A ce titre, notre Haute cour se réfère à un principe du contrat d'entreprise, « *Wer schlecht erfüllt, kann sich daher nicht mit dem Einwand entlasten, die Erfüllung sein nicht hinreichend überwacht worden* »⁸⁴². Certains auteurs sont d'avis que l'employeur ne doit mettre en place une surveillance du travailleur qu'en présence d'indices d'un risque de mauvaise exécution⁸⁴³. Ainsi, l'ordre juridique suisse impose à l'employeur de surveiller le travailleur lorsque cela semble nécessaire en raison des qualifications, des prestations effectuées jusqu'à présent ou d'autres circonstances⁸⁴⁴.

⁸²⁸ TC FR, JAR 2007, p. 403 ; ArbGer BE, JAR 1983, p. 87s. ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e, n° 19, p. 208 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 10, p. 142 et n° 29, p. 148s. V. également mais avec moins de fermeté sur la conséquence légale, SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 71.

⁸²⁹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e, n° 19, p. 208 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 10, p. 142.

⁸³⁰ ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 10, p. 142.

⁸³¹ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/10, p. 103 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 28, p. 214.

⁸³² BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e, n° 19, p. 208 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 10, p. 142.

⁸³³ ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 30, p. 149.

⁸³⁴ ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 30, p. 149.

⁸³⁵ Pour tout le propos, BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/10, p. 103 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 28, p. 214.

⁸³⁶ TC FR, JAR 2007, p. 403 ; TC SG, JAR 1988, p. 307 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 30, p. 149.

⁸³⁷ ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 10, p. 142.

⁸³⁸ TF 4C.169/2001 du 22 août 2001, c. 5b.

⁸³⁹ ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 30, p. 149.

⁸⁴⁰ V. notamment, TF 4C.16/2003 du 24 juin 2003, c. 2.2 ; TF 4C.87/2001 du 7 novembre 2001, c. 4b ; ALTHERR, p. 96 ; FEHR, p. 141 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 16, p. 1861 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 30, p. 149.

⁸⁴¹ TF 4C.16/2003 du 24 juin 2003, c. 2.2.

⁸⁴² TF 4C.16/2003 du 24 juin 2003, c. 2.2. Dans le même sens STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 253.

⁸⁴³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 253.

⁸⁴⁴ TF 4C.16/2003 du 24 juin 2003, c. 2.2.

236. *Qualifications et prestations effectuées par le travailleur.* L'employeur est tenu de surveiller le travailleur dont il connaît l'incompétence⁸⁴⁵. A ce titre, le TF admet une obligation de surveillance d'une entreprise locatrice envers un travailleur dont elle s'était déjà plainte auparavant et si aucune mesure de surveillance n'est prise, il apparaît que l'employeur court un risque de survenance d'un dommage qu'il est équitable de lui faire supporter en partie⁸⁴⁶. Au demeurant, l'employeur nous semble tenu de mieux surveiller un apprenti, au sens des art. 344 ss CO, qu'un travailleur expérimenté.

237. *Autres circonstances.* Il appartient à l'employeur de compter avec la survenance d'un dommage dû aux erreurs de calcul qui concrétisent le risque professionnel du travailleur (cf. §144). Lorsque le dommage qui peut survenir est important, il appartient au travailleur de mettre sur place un contrôle des appréciations et des calculs qui en découlent. A défaut, il appartient de lui faire supporter ce risque. Le contrôle se justifie d'autant plus que les tâches du travailleur sont d'une haute complexité, ou lorsqu'il ne s'agit pas de tâches pour lesquelles le travailleur était le plus compétent. Toutefois, lorsque ce dernier assure la bonne exécution de ses prestations, par exemple l'exactitude des calculs entrepris, la faute concomitante de l'employeur diminue. Soulignons encore que la faute concomitante de l'employeur peut découler de sa propre erreur, en particulier lorsqu'il verse un montant excédentaire au tiers par rapport à ce à quoi il est tenu^{847 848}.

c. Pouvoir d'appréciation du juge

238. **Le large pouvoir du juge – Principe.** Le juge jouit d'un large pouvoir d'appréciation, au sens de l'art. 4 CC, quant à la réduction de l'étendue de l'obligation de réparation, voire de son exclusion. La conséquence procédurale de l'existence d'un examen en équité est que le TF ne revoit qu'avec réserve les décisions des autorités cantonales : « [le TF] *intervient lorsque [l'autorité précédente] s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, ou lorsqu'elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou encore lorsqu'elle n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; il sanctionnera en outre les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante* »^{849 850}.

239. *Exercice du pouvoir d'appréciation.* Il appartient donc au juge qui considère que certains éléments de réduction sont remplis de les prendre en compte et de réduire l'indemnité selon son pouvoir d'appréciation⁸⁵¹. Le TF a considéré que le juge qui ne prenait pas en compte dans sa pondération certains facteurs de réduction commettait un abus de son pouvoir d'appréciation.⁸⁵² Le juge doit ainsi prendre l'ensemble des éléments en considération⁸⁵³. Pour ce faire, il arrive que des cours cantonales exercent leur pouvoir d'appréciation par comparaison avec l'ATF 110 II 344, en analysant les circonstances du cas d'espèce avec celles de l'ATF susmentionné et le TF considère qu'une telle manière de faire est, précisément dans des cas présentant des similarités avec l'arrêt fédéral, admissible⁸⁵⁴. A titre d'exemple, nous rappelons que le TF a admis un recours qui faisait grief à l'instance cantonale d'avoir inobservé certains critères de réduction, notamment la faute concomitante de l'employeur et la rémunération du travailleur⁸⁵⁵. Il convient encore de souligner que le pouvoir

⁸⁴⁵ AppGer BS, JAR 2004, p. 427s. ; OGer AA, JAR 1994, p. 135s. ; TC ZG, JAR 1986, p. 78 ; STREIFF, PJA 7/1997, p. 802, qui précise que l'exigence de contrôle de l'employeur n'est pas aussi stricte en présence p.ex. d'un ingénieur chef ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 253.

⁸⁴⁶ Pour le paragraphe, TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2003, c. 7.3.2 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 28, p. 214 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 9, p. 1860.

⁸⁴⁷ ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 30, p. 149.

⁸⁴⁸ Pour le paragraphe, ATF 110 II 344, c. 6c/cc.

⁸⁴⁹ TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.3.1. V. également, ATF 131 III 12, c. 4.2.

⁸⁵⁰ Pour le paragraphe, ATF 110 II 344, c. 6b ; ATF 97 II 142, c. 6 ; TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.3.1 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 1859 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 3, p. 254 ; WITZIG, *Droit du travail*, n° 1250, p. 410 et n° 1251, p. 411 ; WYLER/HEINZER, p. 119 ; GEISER/MÜLLER, §2, n° 470, p. 197.

⁸⁵¹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 23, p. 211.

⁸⁵² TF 4C.87/2001 du 7 novembre 2001, c. 4b.

⁸⁵³ WYLER/HEINZER, p. 119.

⁸⁵⁴ TF 4C.285/2000 du 14 mars 2001, c. 3b.

⁸⁵⁵ TF 4C.87/2001 du 7 novembre 2001, c. 4b.

d'appréciation du juge est limité par le caractère relativement impératif de l'art. 321e CO, ainsi le pouvoir d'appréciation du juge ne pourrait justifier une clause contractuelle en défaveur du travailleur⁸⁵⁶.

240. *Montant maximal des dommages-intérêts.* Un tribunal bâlois avait développé la règle que le montant des dommages-intérêts alloués à l'employeur ne pouvait, sous réserve d'une faute grave du travailleur, dépasser le montant du salaire mensuel de ce dernier⁸⁵⁷. Cette règle a été vivement critiquée par la doctrine au motif qu'il n'y a aucune base légale ou principe dont pourrait découler une telle règle⁸⁵⁸ et le TF n'en a jamais fait usage. A ce titre, Le TF a déjà fait référence à une somme, en l'occurrence 14'000 CHF, allouée à l'employeur à titre des dommages-intérêts par une cour cantonale, par comparaison au salaire du travailleur, en l'occurrence deux mois de salaire⁸⁵⁹. GEISER/MÜLLER proposent, de manière isolée, un plafonnement progressif, variant d'un à trois mois de salaire, proportionnel à la gravité de la négligence⁸⁶⁰.
241. **Critique.** Au vu du large pouvoir d'appréciation du juge, REHBINDER/STÖCKLI concluent qu'il est impossible de déterminer à l'avance, soit avant qu'un juge ne se prononce, le montant que l'employeur pourra retenir du travailleur. De plus, toujours selon ces auteurs, le litige qui s'aggrave d'une procédure judiciaire sonne en principe le glas de la relation de travail. Ainsi le travailleur, qui ne veut pas risquer sa place de travail, voire simplement détériorer le climat de travail, est dépendant de la circonspection de l'employeur. Ces auteurs considèrent que la situation n'est pas satisfaisante. Nous partageons la critique comme conséquence d'un système légal qui nécessite de prendre en compte toutes les circonstances du cas d'espèce et qui peut ainsi servir la cause du travailleur. En définitive, nous sommes d'avis que toute réponse trop schématique présenterait forcément un risque certain d'iniquité pouvant se retourner contre le travailleur.⁸⁶¹

2. Mise en œuvre de la réparation

242. Il convient de préciser que l'employeur ne doit pas forcément faire valoir sa prétention au moyen d'une action en justice. Il peut se contenter de compenser sa créance avec la créance en salaire du travailleur⁸⁶². A cet égard, le droit du travail pose certaines limites (sous-section a), qu'il nous apparaît nécessaire de présenter. De plus, à l'instar de toutes les créances, celle de l'employeur est soumise à un délai de prescription (sous-section b), que nous proposons de rappeler brièvement.
- a. Compensation
243. **Mécanisme – Principe.** La compensation se définit comme un mode d'extinction de la créance, qui découle de la manifestation de volonté d'une partie envers l'autre (art. 124 al. 1 CO)⁸⁶³. Cette institution est régie par les art. 120 à 126 CO. L'effet principal de la compensation réside, selon l'art. 124 al. 2 CO, dans l'extinction des deux créances « *jusqu'à concurrence du montant de la plus faible* »⁸⁶⁴.
244. *Dette éteinte.* Une compensation entre une créance du travailleur et une créance en dommages-intérêts de l'employeur n'est pas possible, lorsque le comportement de l'employeur permet au travailleur de

⁸⁵⁶ TF 4P.61/2004, 4C.113/2004 du 9 septembre 2004, c. 4.1 ; TF 4C.304/1993 du 21 février 1994, c. 4a = JAR 1995, p. 85.

⁸⁵⁷ TC FR, JAR 2007, p. 404 ; TC VS, JAR 1995, p. 87 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 47, p. 132 ; PORTMANN, *Schadenersatzbemessung*, p. 502.

⁸⁵⁸ PORTMANN, *Schadenersatzbemessung*, p. 502. V. également CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 46, p. 132, qui admet que le mois de salaire puisse servir de point de référence.

⁸⁵⁹ TF 4C.103/2005 du 1 juin 2005, c. 6.

⁸⁶⁰ GEISER, *Persönenschäden*, p. 131 ; GEISER/MÜLLER, n° 471, p. 197s. ; MÜLLER, *ArbR* 2006, p. 38s.

⁸⁶¹ Pour le paragraphe, BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 23, p. 211. V. également ROBERTO/SCHISTER, p. 393s., qui développent un certain schématisme pour la réparation que doit le travailleur. Nous excluons une telle approche au sein de ce mémoire, car nous nous bornerions uniquement à répéter une analyse de la jurisprudence opérée par d'autres.

⁸⁶² CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 2, p. 119.

⁸⁶³ ENGEL, n° 196, p. 670.

⁸⁶⁴ ENGEL, n° 196, p. 669.

conclure que le premier renonce à la créance en dommages-intérêts (cf. §183 ss), puisque cette dernière est éteinte.⁸⁶⁵

245. **Limites en droit du travail – Salaire saisissable.** L'art. 323b *in initio* CO institue une limite à la compensation des créances de l'employeur avec le salaire versé au travailleur. En effet, la compensation n'est autorisée que dans la mesure où le salaire est saisissable⁸⁶⁶. Pour déterminer la part saisissable du salaire, il convient de se référer à l'art. 93 LP, afin de protéger le minimum vital du travailleur⁸⁶⁷. A ce titre, en vertu de l'art. 93 LP, tous les revenus du travail qui ne sont pas insaisissables au sens de l'art. 92 LP peuvent être saisis « *sous déduction faite de ce que le préposé estime nécessaire au débiteur et à sa famille* ». Toutefois, l'art. 323b *in fine* CO prévoit une exception pour les « *créances dérivant d'un dommage causé intentionnellement* », ces dernières peuvent être compensées sans restriction⁸⁶⁸. Cette dernière hypothèse se concrétise lors que le travailleur ne restitue pas volontairement une somme d'argent perçue, au sens de l'art. 321b al. 1 CO⁸⁶⁹.
246. **Retenue sur salaire.** L'employeur peut compenser les créances en dommages-intérêts avec les retenues sur salaire effectuées, afin de garantir les créances découlant des rapports de travail (art. 323a CO)⁸⁷⁰. La retenue doit être prévue par contrat, par contrat-type ou par une convention collective de travail ou découler de l'usage (art. 323a al. 1 CO). L'art. 323a al. 2 *in initio* CO institue deux limites. La première interdit au travailleur de retenir plus « [d']un dixième du salaire dû le jour de paie » et la seconde prévoit que la retenue ne peut excéder une semaine de travail⁸⁷¹. Ces limites peuvent être rehaussées par contrat-type ou par convention collective de travail (art. 323a al. 2 *in fine* CO). Toutefois, une retenue sur salaire ne peut servir à financer une assurance RC⁸⁷².
247. **Sûretés.** Le travailleur peut garantir la bonne exécution de ses obligations contractuelles au moyen de sûretés. L'employeur peut ainsi se désintéresser de ses prétentions sur la base des sûretés constituées au sens de l'art. 330 CO. Ainsi l'employeur qui fait valoir des prétentions contestées découlant du contrat de travail peut retenir la sûreté jusqu'à droit connu (art. 330 al. 3 *in initio* CO). Toutefois, l'employeur doit consigner en justice le montant retenu à la demande du travailleur (art. 330 al. 3 *in fine* CO). Il convient de souligner que la sûreté sera tenue hors du patrimoine de l'employeur et que le travailleur peut, à son tour demander une garantie pour la conservation (art. 330 al. 1 CO) et qu'ainsi, en cas de faillite, le travailleur peut réclamer la sûreté dont seront déduites les prétentions de l'employeur qui découlent du contrat de travail (art. 330 al. 4 CO). La sûreté doit être rendue à la fin du contrat, bien que les parties puissent retarder ce terme par convention (art. 330 al. 2 CO).⁸⁷³

b. Prescription

248. **Mécanisme – Principe.** Le droit du travail contient une norme relative à la prescription, soit l'art. 341 al. 2 CO qui « *renvoie aux règles générales applicables en matière de prescription* »⁸⁷⁴. Les règles applicables sont celles des art. 127 à 142 CO⁸⁷⁵. La prétention en dommages-intérêts se prescrit par

⁸⁶⁵ Pour le paragraphe, TF 4A_351/2011 du 5 septembre 2011, c. 2.5 et 3 ; TF 4C.146/2003 du 28 août 2003, c. 6.2 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 16, p. 205.

⁸⁶⁶ TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 7.4.2 ; TC BL, JAR 2004, p. 412 ; ArbGer ZH, JAR 1991, p. 120 ; ArbGer BE, JAR 1981, p. 234s. ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 34, p. 151 ; CARRUZZO, art. 321e CO, n° 9, p. 104 ; VISCHER/MÜLLER, §18, n° 15, p. 240.

⁸⁶⁷ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/2b, p. 97.

⁸⁶⁸ CARRUZZO, art. 321e CO, n° 9, p. 104 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 34, p. 151 ; VISCHER/MÜLLER, §18, n° 15, p. 240.

⁸⁶⁹ RAMONI, n° 453, p. 219.

⁸⁷⁰ TF du 23 octobre 1990, c. 4a = JAR 1991, p. 11 ; CARRUZZO, art. 321e CO, n° 9, p. 104 ; CS-DANTHE, art. 323a CO, n° 9 et 11, p. 185s. ; SCHWEINGRUBER, art. 321e CO, p. 74 ; ZEN-RUFFINEN, n° 564, p. 195.

⁸⁷¹ V. CS-DANTHE, art. 323a CO, n° 6 et 7, p. 185, à laquelle nous renvoyons pour plus de détails sur le calcul et les questions relatives à la nature des retenues sur salaire.

⁸⁷² GEISER, PJA 7/1997, p. 787.

⁸⁷³ Au vu de la complexité potentielle de la question et par souci de concision, nous n'approfondissons pas cette question. Nous renvoyons ainsi à ALTHERR, p. 86 ss ; WITZIG, *Droit du travail*, n° 1255s., p. 412.

⁸⁷⁴ CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 341 CO, n° 31, p. 877. V. également ZK-STAEHELIN, art. 341 CO, n° 19, p. 398s.

⁸⁷⁵ CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 341 CO, n° 31, p. 877.

10 ans, selon l'art. 127 CO⁸⁷⁶. Selon l'art. 130 CO, la prétention commence à se prescrire depuis l'exigibilité (art. 130 CO)⁸⁷⁷, soit au moment de la violation contractuelle⁸⁷⁸. Le début de la prescription au moment de la violation contractuelle protège suffisamment le travailleur, car dans l'hypothèse où le dommage survient de manière simultanée à la violation, ce dernier répond du dommage selon les principes de l'art. 321e CO, mais s'il survient a posteriori, p.ex. après la fin du délai de prescription, la créance en dommages-intérêts est prescrite.

249. *Renonciation du travailleur.* L'art. 129 CO, qui prescrit l'impérativité des règles sur la prescription, trouve application en droit du travail⁸⁷⁹. A cet effet, BOHNET/DIETSCHY, l'art. 341 CO n'interdisent pas les renoncements à invoquer la prescription, dans la mesure où l'art. 341 CO ne vise que les créances du travailleur et non celles de l'employeur. La renonciation à invoquer la prescription est donc valable si elle ne coïncide pas exactement avec la conclusion du contrat (art. 141 CO). Nous sommes du même avis, au motif qu'elle permet aux parties de négocier plus librement, mettant ainsi le travailleur à l'abri d'une procédure judiciaire onéreuse.⁸⁸⁰

250. *Prétentions à compenser.* Selon l'art. 120 al. 3 CO, « [I]a compensation d'une créance prescrite peut être invoquée, si la créance n'était pas éteinte par la prescription au moment où elle pouvait être compensée ». A ce titre, il convient de souligner que les créances du travailleur qui concernent sa rémunération sont soumises, en vertu de l'art. 128 al. 3 CO, à un délai de prescription de 5 ans⁸⁸¹. C'est pourquoi, CARRUZZO considère que « [I]'action du travailleur en remboursement des sommes compensées sur son salaire se prescrit par cinq ans à compter du moment où la compensation a été exercée »⁸⁸².

251. **Abus de droit.** L'employeur peut faire valoir ses prétentions dans le délai de 10 ans, sans que cela ne constitue un abus de droit⁸⁸³. PORTMANN/RUDOLPH sont toutefois d'avis qu'il est possible que l'action de l'employeur soit abusive, à condition que d'autres circonstances fassent apparaître l'attente de l'employeur avant de faire valoir sa prétention comme contraire à la bonne foi⁸⁸⁴.

B. Autres moyens de droit

252. L'employeur dispose de plusieurs autres moyens juridiques pour sanctionner civilement la violation contractuelle du travailleur. Ce chapitre regroupe quatre institutions juridiques ou moyens de droit. L'ordre choisi dénote une certaine gravité des effets du moyen soulevé par le travailleur. Ainsi, le moins incisif semble être l'exception *non adimplenti contractus* (section 1), suivi du droit à demander l'exécution de la prestation promise par le travailleur (section 2), puis finalement la résiliation du contrat de travail (section 3), qui constitue dans une certaine mesure l'*ultima ratio* à disposition de l'employeur. Les parties peuvent aussi convenir d'un régime disciplinaire (section 4). Au vu de l'ATF 144 III 327, cette dernière hypothèse prendra certainement de l'ampleur dans un futur proche.⁸⁸⁵

⁸⁷⁶ CR-AUBERT, art. 321e CO, n° 8, p. 1986 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e CO, n° 8, p. 79 ; CARRUZZO, art. 321e CO, n° 11, p. 106 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 50, p. 133 ; ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 35, p. 152.

⁸⁷⁷ CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 341 CO, n° 34, p. 878 ; CARRUZZO, art. 341 CO, n° 2, p. 611 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 32, p. 508.

⁸⁷⁸ ATF 137 III 16, c. 2.3, « Die Forderungen auf Schadenersatz und Genugtuung aus vertragswidriger Körperverletzung werden sogleich mit der Verletzung der vertraglichen Pflicht fällig. Ab diesem Zeitpunkt beginnt die Verjährung zu laufen, nicht erst mit Eintritt des Schadens » ; BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/2a, p. 96 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n°14, p. 271. *Contra* : ZK-STAEHELIN, art. 321e CO, n° 35, p. 152. V. également, BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 32, p. 509.

⁸⁷⁹ BRÜHWILER, art. 321e CO, n° IV/2a, p. 96.

⁸⁸⁰ Pour le paragraphe, CS-BOHNET/DIETSCHY, art. 341 CO, n° 31, p. 877.

⁸⁸¹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 341 CO, n° 30, p. 507.

⁸⁸² CARRUZZO, art. 321e CO, n°11, p. 106. V. également BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n°7, p. 79.

⁸⁸³ TF 4C.195/2004 du 7 septembre 2004, c. 3.4 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, art. 321e, n°8, p. 79 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n°50, p. 133 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n°14, p. 271.

⁸⁸⁴ BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 23, p. 1863 ; qui fondent leur réflexion sur TF 4C.195/2004 du 7 septembre 2004, c. 3.4. V. également, ALTHERR, p. 104, qui considère que « [e]in Verstoß gegen Art. 2 ZGB liegt aber nur dann vor, wenn der Arbeitnehmer durch die arglistige Verspätung unbillig benachteiligt wurde ».

⁸⁸⁵ Nous excluons ainsi les questions relatives à l'exécution en nature.

1. Non adimpleti contractus

253. **Principe.** L'art. 82 CO prévoit l'exception d'inexécution, qui permet au débiteur de refuser l'exécution de sa prestation lorsque le créancier n'a pas encore exécuté ou offert d'exécuter sa propre prestation⁸⁸⁶. Cette exception nécessite, entre autres, que les parties soient liées par un contrat bilatéral parfait, ce qui est le cas du contrat de travail (cf. §64) et que les prétentions soient exigibles (cf. §76 et 80)⁸⁸⁷.
254. **Droit au salaire – Obligation de travail.** Selon l'art. 82 CO, lorsque le travailleur est en demeure d'exécuter son obligation de travail, l'employeur peut refuser de lui verser son salaire⁸⁸⁸. En cas d'inexécution contractuelle le salaire déjà versé doit être restitué⁸⁸⁹. Toutefois, l'art. 82 CO ne trouvera pas application si le travailleur peut justifier son inexécution⁸⁹⁰(cf. §70). Au demeurant, il convient de préciser que la conséquence de l'art. 82 CO n'est pas un élément de la responsabilité du travailleur fondée sur l'art. 321e CO⁸⁹¹.
255. **Violation positive du contrat.** Il convient de préciser qu'une violation positive du contrat de travail ne justifie pas que l'employeur prive le travailleur de son droit au salaire⁸⁹², puisque la loi ne fait pas dépendre le droit au salaire du travailleur de la qualité du travail fourni⁸⁹³. Toutefois, l'ordre juridique suisse connaît une réglementation particulière quant au travail exercé pour un tiers, soit une violation de l'art. 321c CO, effectué pendant les vacances en violation des intérêts légitimes de l'employeur⁸⁹⁴. Ce dernier « *peut refuser le salaire afférent aux vacances ou en exiger le remboursement s'il l'a déjà versé* » (art. 329 al. 3 CO).

2. Exécution de la prestation

256. **Obligation de travail.** Selon l'art. 107 al. 2 CO, le créancier peut exiger l'exécution de la prestation auprès du débiteur en demeure⁸⁹⁵. Ce faisant, le débiteur devra réparer le dommage moratoire (art. 103 et 106 CO), mais non celui découlant de l'inexécution⁸⁹⁶. Exiger l'exécution d'une obligation dans le cadre de l'inexécution contractuelle (cf. §67 ss) ne fait pas de sens, « *da die Leistung unmöglich ist* »⁸⁹⁷. En droit du travail, la doctrine considère que l'employeur peut exiger l'exécution de la prestation en vertu de l'art. 107 al. 2 CO, dans l'hypothèse où le travailleur n'accomplit pas son obligation de travail⁸⁹⁸. LONGCHAMP partage cet avis, considérant que l'employeur peut exiger du travail compensatoire, tant que les conditions de l'art. 324a CO ne sont pas remplies⁸⁹⁹(cf. §70). RAMONI ajoute que l'employeur qui veut exiger l'exécution de la prestation de travail doit, sous réserve de l'application des art. 108 et 337d CO, interpellé le travailleur pour que ce dernier s'exécute⁹⁰⁰. A notre sens, même dans l'hypothèse d'une exécution subséquente, les dispositions de droit public sur le temps de travail doivent être respectées (art. 9 ss LTr).
257. **Autres obligations.** L'employeur ne peut pas exiger du travailleur qu'il exécute à nouveau son obligation de travail lorsque cette dernière a été exécutée par le travailleur, mais en violation de son

⁸⁸⁶ CR-HOHL, art. 82 CO, n° 1 et 3, p. 665s. ; BsK-LEU, art. 82 CO, n° 1, p. 534.

⁸⁸⁷ ATF 136 III 313, c. 2 = JdT 2012 II 414 ; ATF 128 V 224, c. 2b = SJ 2002 I 604 ; ATF 127 III 199, c. 3a = JdT 2001 I 248 ; CR-HOHL, art. 82 CO, n° 5 et 7, p. 666s. ; BsK-LEU, art. 82 CO, n° 2 et 3, p. 535.

⁸⁸⁸ TF 4C.331/2001 du 12 février 2002, c. 4c ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 6, p. 202.

⁸⁸⁹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 6, p. 202.

⁸⁹⁰ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 6, p. 202.

⁸⁹¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321e CO, n° 5, p. 256.

⁸⁹² TF 4C.429/1999 du 6 mars 2000, c. 2a ; TF 4A_172/2012 du 22 août 2012, c. 9.1 ; CS-DUNAND, art. 321e CO, n° 50, p.133 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 16, p. 205.

⁸⁹³ ATF 97 II 142, c. 4b ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 12, p. 204.

⁸⁹⁴ TF 4A_172/2012 du 22 août 2012, c. 9.1.

⁸⁹⁵ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2759, p. 133 ; HUGUENIN, n° 955, p. 285 ; SCHWENZER, §66, n° 23, p. 480.

⁸⁹⁶ KOLLER, §55, n° 58 et 62, p. 978s. ; SCHWENZER, §66, n° 24, p. 480 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 1291 et 1298, p. 289 et 291.

⁸⁹⁷ HUGUENIN, n° 842, p. 256.

⁸⁹⁸ RAMONI, n° 444, p. 212, qui souligne toutefois que « *la prestation du travailleur est une obligation de faire qui ne peut être soumise à l'exécution forcée* » ; GLOOR, DTA 3/2013, p. 209, est du même avis ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 7, p. 202.

⁸⁹⁹ CS-LONGCHAMP, art. 324a CO, n° 6, p. 208.

⁹⁰⁰ RAMONI, n° 445, p. 213s.

obligation de diligence⁹⁰¹. Admettre l'inverse permettrait, en effet, à l'employeur d'exiger du travailleur qu'il preste deux fois, quand bien même son obligation de travail a été exécutée et qu'il a droit à son salaire. Selon REHBINDER/STÖCKLI, l'employeur ne peut pas exiger du travailleur qu'il cesse une autre activité de travail, sauf s'il s'agit d'une activité concurrente, soit une obligation d'abstention qui découle de l'obligation de fidélité que l'employeur peut faire valoir en justice⁹⁰².

3. Résiliation du contrat

258. **Résiliation ordinaire.** L'art. 107 al. 2 CO prévoit un droit de résoudre le contrat, en présence d'une demeure du débiteur mais aussi pour le cas de l'inexécution contractuelle⁹⁰³. Nous n'approfondissons pas ce droit, dans la mesure où, en présence d'un contrat de durée, le droit de résolution du contrat prévu par l'art. 107 CO cède en principe le pas devant les règles sur la résiliation du contrat en question⁹⁰⁴. En présence d'un contrat de travail de durée indéterminée, l'employeur qui n'est pas satisfait des prétentions du travailleur peut licencier ce dernier en vertu des art. 335 ss CO⁹⁰⁵.

259. **Résiliation extraordinaire – Obligation de travail.** La résiliation immédiate est régie, en droit du travail, par les art. 337 ss CO et nécessite la rupture du lien de confiance qui lie l'employeur à son travailleur⁹⁰⁶. Selon la doctrine unanime, l'employeur peut résilier de manière immédiate le contrat de travail si le travailleur n'effectue pas son obligation de travail, à la suite de la fixation d'un délai de grâce (art. 107 CO), sous réserve des art. 108 et 337d CO, mentionnant le risque de licenciement⁹⁰⁷. GLOOR est d'avis que « la fixation d'un délai de grâce [...] pourrait être interprété comme un signe du maintien de la confiance »⁹⁰⁸. Par souci de protection sociale, nous considérons que l'employeur voulant licencier un travailleur doit lui impartir un délai de grâce, puisqu'il ne se justifie pas de traiter plus sévèrement le travailleur qu'un autre débiteur. Tous les auteurs s'accordent cependant sur le fait que les conséquences pécuniaires du licenciement sont régies par l'art. 337d CO⁹⁰⁹ (cf. §38 ss). A ce titre, GLOOR considère que les art. 337 ss CO servent mieux les intérêts de l'employeur, dans la mesure où l'art. 109 CO ne permet pas, à l'inverse de l'art. 337d CO, la réparation de l'intérêt positif⁹¹⁰ (cf. §39).

260. **Autres obligations.** Une violation positive du contrat de travail peut être sanctionnée par un licenciement. REHBINDER/STÖCKLI considèrent que la simple violation du contrat par négligence ne justifiera qu'une résiliation ordinaire, la résiliation immédiate étant réservée aux violations intentionnelles⁹¹¹. A l'inverse, GEISER, est d'avis que l'employeur peut licencier son travailleur s'il existe un risque de récidive, qui se mesure selon la gravité de la négligence et le montant du dommage⁹¹². De plus, RAMONI considère qu'il existe des situations où l'employeur doit « mettre l'employé en garde et le sommer de se conformer à ses instructions avant de pouvoir invoquer l'art. 337 CO »⁹¹³. Il convient de rappeler que l'employeur pourra toujours faire valoir sa prétention en dommages-intérêts pour la violation contractuelle, en vertu de l'art. 321e CO, mais aussi selon l'art. 337b CO (cf. §34), pour le dommage découlant de la résiliation.

⁹⁰¹ RAMONI, n° 450, p. 216 ; SCHWENZER, §68, n° 04, p. 489. Contra : GEISER, *Treuepflicht*, p. 109, qui considère que « [die Treuepflicht] als ganzes einer Realexekution nicht zugänglich ist. Die Treuepflicht als ganzes fordert ein selbständiges, freiwilliges Handeln [...] Demgegenüber können sich aber einzelne konkrete Verpflichtungen aus der Treuepflicht ergeben, die einer Realexekution zugänglich sind ».

⁹⁰² BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 7, p. 202.

⁹⁰³ HUGUENIN, n° 958 et 960, p. 286s. ; SCHWENZER, §64, n° 27, p. 469.

⁹⁰⁴ CS-GLOOR, art. 337 CO, n° 16, p. 739s. ; RAMONI, n° 450, p. 216s. ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 12 ss, p. 204s. ; SCHWENZER, §66, n° 36, p. 483.

⁹⁰⁵ ALTHERR, p. 109 ; CS-BONARD, art. 335 CO, n° 1, p. 574.

⁹⁰⁶ RAMONI, n° 450, p. 217.

⁹⁰⁷ RAMONI, n° 445, p. 213 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 14, p. 204.

⁹⁰⁸ CS-GLOOR, art. 337 CO, n° 16, p. 739s. V. également, MIESCHER, p. 53, qui considère que la fixation d'un délai n'est en principe pas nécessaire.

⁹⁰⁹ ALTHERR, p. 117 ; CS-GLOOR, art. 337 CO, n° 16, p. 739 ; RAMONI, n° 443 et 453, p. 212 et 219.

⁹¹⁰ CS-GLOOR, art. 337d CO, n° 16, p. 739. V. également, SCHUMACHER, p. 84 et 122, qui ajoute à la page 84, que l'art. 337d CO ne trouve pas application en cas d'impossibilité.

⁹¹¹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 14, p. 204.

⁹¹² GEISER, *Treuepflicht*, p. 126s. V. également, ALTHERR, p. 108, qui considère que le montant du dommage n'est pas un critère à prendre en compte, à l'inverse de sa répétition ; STREIFF, PJA 7/1997, p. 803, qui prend en compte le risque de récidive.

⁹¹³ RAMONI, n° 450, p. 217.

4. Sanctions disciplinaires

261. **Pouvoir disciplinaire.** L'employeur ne dispose pas, en principe, d'un pouvoir disciplinaire sur ses travailleurs. De ce fait, un travailleur ne saurait être sanctionné à la discrétion de son employeur, même lorsque le pouvoir disciplinaire a été stipulé au sein du contrat de travail. L'employeur doit ainsi garantir « *l'exercice équitable et impartial de son pouvoir disciplinaire* »⁹¹⁴. A ce titre, il convient de souligner que l'art. 321e CO n'exclut pas la mise en place d'un système de sanctions disciplinaires et que ces dernières peuvent donc être prévues dans un contrat de travail, le plus souvent sous la forme de clauses pénales, mais aussi d'un blâme ou d'un avertissement. De plus, les sanctions disciplinaires ne peuvent servir à contourner l'application des dispositions générales relatives à l'inexécution contractuelle, un travailleur ne pouvant être sanctionné du fait qu'il n'a pas atteint les objectifs fixés⁹¹⁵. Les sanctions disciplinaires peuvent se trouver dans un contrat individuel de travail, dans des conditions générales de travail, dans une CCT ou dans un règlement d'entreprise (art. 38 LTr).⁹¹⁶
262. **Clause pénale.** Pour être valide, une clause pénale au sein d'un contrat de travail, doit revêtir un caractère disciplinaire⁹¹⁷. A ce titre, le montant de la peine doit se trouver dans un rapport de proportionnalité avec la violation contractuelle⁹¹⁸. De plus, les actes constituant ladite violation doivent être clairement définis ainsi que la sanction qui en découle. Il est donc nécessaire que les comportements incriminés soient précisément décrits sous forme d'états de fait individuels. L'intérêt d'une telle clarté réside dans la connaissance du régime disciplinaire par le travailleur, afin d'éviter tout abus de la part de l'employeur. Le TF a considéré qu'une clause pénale qui ne définissait pas assez précisément les comportements pouvant entraîner son application, se contentant de considérer que toutes les violations contractuelles entraînaient son application, était nulle.⁹¹⁹

⁹¹⁴ WYLER/HEINZER, p. 130. V. également ZEN-RUFFINEN, n° 566, p. 196.

⁹¹⁵ V. CSLTr-VISCHER, art. 38 LTr, n° 25, p. 488, qui précise que les sanctions disciplinaires servent principalement à sanctionner l'indiscipline et la violation de prescription de sécurité.

⁹¹⁶ Pour le paragraphe, ATF 119 II 162, c. 2 ; ATF 144 III 327, c. 5.1 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 15, p. 205 ; WITZIG, *Droit du travail*, n° 1235 ss, p. 405s. ; ZEN-RUFFINEN, n° 566, p. 196. V. également, WYLER/HEINZER, p. 130, qui soulignent toutefois que « [l']avertissement doit être compris dans un sens plus large que la sanction disciplinaire, en ce sens qu'il n'a pas besoin d'être prévu contractuellement. En effet l'avertissement peut être invoqué par l'employeur comme l'état préliminaire justifiant la résiliation immédiate du contrat pour justes motifs, en cas de violations répétées du contrat par le travailleur (art. 337 CO) ». Nous excluons, par souci de brièveté, l'analyse des règles relatives au règlement d'entreprise. V. également, ArbGer ZH, JAR 1991, p. 117s.

⁹¹⁷ GIORGIS, p. 10.

⁹¹⁸ GIORGIS, p. 11, qui considère que l'exigence du principe de proportionnalité limite l'intérêt des sanctions disciplinaires.

⁹¹⁹ Pour le paragraphe, ATF 144 III 327, c. 5.5.2 ; ATF 119 II 162, c. 2 ; ALTHERR, p. 110 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321e CO, n° 15, p. 205 ; WYLER/HEINZER, p. 130 ; ZEN-RUFFINEN, n° 566s., p. 196, qui précise que les sanctions disciplinaires n'ont pas d'effet sur le droit à la résiliation ou à celui d'obtenir des dommages-intérêts.

VIII. Conclusion

263. Au terme du présent mémoire, il nous incombe d'en souligner les limites. Ainsi, nous avons déjà exclu, au fil du texte, l'analyse de plusieurs points qu'il ne convient pas de reprendre ici. Au contraire, nous souhaitons discuter le caractère (déjà) obsolète de ce travail. En effet, l'intérêt de ce mémoire semblerait s'estomper, au fur et à mesure que la société se robotise. C'est un axiome, le droit du travail s'applique aux travailleurs. La naissance d'un « droit de la robotique » laisse supposer l'émergence de nouvelles normes de responsabilité, dont il faut souligner la différence de paradigme avec l'art. 321e CO. Les plus fervents défenseurs de l'avancée technologique concluraient peut-être à la mort palliative de l'art. 321e CO. Qu'ils ne nous comptent pas parmi les leurs ! Nous sommes d'avis que le glas de la société au sein de laquelle nous nous épanouissons, articulée autour du travail, n'a pas encore sonné. Ainsi un robot doit être construit, ou du moins conçu, par une personne. Cette dernière sera sans nul doute liée par un contrat de travail. Et quand bien même plus aucun contrat de travail ne serait conclu, la survivance des critères et des principes dégagés de l'art. 321e CO serait garantie, dans une certaine mesure, par les auteurs qui considèrent que les critères et principes détiennent une portée plus large que le titre dixième du CO. C'est là le premier constat de notre mémoire, la portée de l'art. 321e CO dépasse celle d'un chef de responsabilité ordinaire. A ce titre, nous reprenons maintenant, partie par partie, à l'exception des « *Prolégomènes* », les spécificités de l'art. 321e CO.
264. Plusieurs spécificités résident déjà dans le champ d'application de l'art. 321e CO. Cet article régit la responsabilité de tant de situations différentes, qui semblaient de prime à bord soumises à d'autres dispositions. Il convient déjà de féliciter la simplicité du droit helvétique et sa résistance à l'inflation législative dont souffrent plusieurs de nos voisins. Mais cette disposition sert aussi de fondement à plusieurs prétentions du travailleur, qu'il s'agisse du « *Freistellungsanspruch* » ou d'une prétention en dommages-intérêts due à un dommage survenu dans le patrimoine du travailleur. Ces actions puisent leurs fondements dans le fait que l'employeur assume le risque d'entreprise. Malheureusement, ce risque peut être intégralement reporté sur le travailleur et ce sans son accord, en présence d'un employeur insolvable. A ce titre, il convient de rappeler que le TF refuse de faire supporter le risque d'insolvabilité au lésé, de sorte qu'en l'absence d'une modification législative, la protection du travailleur se trouve diminuée. Par rapport au débiteur ordinaire, l'action récursoire du travailleur n'obéit pas à l'art. 51 al. 2 CO mais à l'art. 321e CO, qui constitue une *lex specialis* de la première disposition. On ne peut donc conclure que le travailleur soit, sur ce point, assimilé un débiteur ordinaire. Et nous constatons au contraire que l'art. 321e CO complète les normes de la partie générale en assurant une certaine protection au travailleur.
265. En application de l'art. 321e CO, la majorité des conditions générales de responsabilité se retrouve inchangée. Ainsi, le droit du travail subit de plein fouet la controverse doctrinale relative à la distinction entre la violation contractuelle de l'obligation de diligence et l'élément objectif de la faute. A notre sens, la majorité des spécificités, que nous avons mises en exergue découle non pas de la loi, mais des spécificités factuelles d'une relation de travail, en particulier du lien de subordination. Il s'agit, par exemple, des directives que l'employeur peut ordonner, ces dernières pouvant être qualifiées de consentement, ou de la controverse relative à l'exclusion de la responsabilité en cas de faute légère. Il existe aussi certaines particularités qui découlent d'autres dispositions légales, tels que les art. 324 et 324a CO où survient, à nouveau, le risque d'entreprise ou l'art. 337d CO et ses effets sur le dommage à réparer. Force est donc de constater que l'art. 321e CO ne contient effectivement qu'un rappel des conditions de responsabilité des art. 97 ss CO. A cet égard, nous pourrions apporter une critique à la rédaction de l'art. 321e al. 1 CO qui n'explicite pas les différentes distinctions de la violation contractuelle. Ce serait faire un grief injuste envers le législateur. En effet, cet alinéa est particulièrement clair pour le courageux laïc qui chercherait une réponse. De plus, les subtilités relatives au régime de responsabilité émanent de dispositions dont la place n'est pas à l'art. 321e CO.

266. Bien que l'art. 321e CO n'apporte pas de modifications substantielles aux conditions de responsabilité, sa semi-impérativité influe considérablement sur les modifications contractuelles qui interviennent à ce sujet. En l'absence d'une telle mention à l'art. 362 CO, l'intérêt de l'art. 321e CO se trouverait largement amputé. Les employeurs mal intentionnés pourraient profiter de la situation de dépendance du travailleur pour aggraver sa responsabilité. L'art. 362 CO rend ainsi semi-impératives les conditions de responsabilité de l'art. 97 CO. Toutefois, une mention directe de l'art. 97 CO à l'art. 362 CO, peut-être envisageable, aurait soulevé plus de difficultés d'interprétation que la solution actuelle, qui liste uniquement des dispositions légales du titre dixième. La protection du travailleur se trouve ainsi renforcée. La spécificité de l'art. 321e CO intervient aussi en relation avec l'art. 341 CO, dans la mesure où le travailleur dispose de certaines prétentions à l'égard de son employeur. Au demeurant, le TF a prolongé cette protection au moyen de l'ATF 110 II 344, dont nous saluons l'ingéniosité et le courage. Toutefois, cette protection ne découle pas de l'art. 321e CO, mais des spécificités factuelles d'un rapport de travail, en l'occurrence la confiance que se doivent les parties au contrat de travail, qui résulte du lien personnel qu'elles entretiennent.
267. Ce lien personnel se manifeste aussi dans la mesure de la diligence. En effet, au vu des critères de l'art. 321e al. 2 CO, il appartient à l'employeur de bien choisir son co-contractant. Cette mesure de la diligence, à première vue propre au contrat de travail, s'étend en partie à d'autres régimes de responsabilité contractuelle. Cette précision de la diligence est en réalité nécessaire, car elle pallie une lacune de la partie générale, cette dernière ne définissant ni la diligence, ni sa mesure. Toutefois le critère du risque professionnel est propre à la responsabilité du travailleur. Ce dernier constituant une concrétisation du risque d'entreprise, sa reprise par d'autres régimes serait un non-sens. Du reste, certains auteurs considèrent que ledit critère ne mesure pas la diligence. Ainsi, la majeure partie de l'art. 321e CO est un élément nécessaire de l'ensemble du droit privé helvétique.
268. Tous ces critères ont aussi des effets sur le montant des dommages-intérêts. La liste des éléments n'est cependant pas exhaustive, de sorte que le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, prendre en compte d'autres critères. A nouveau, la constellation contractuelle particulière du contrat de travail semble y jouer un rôle plus important que le simple art. 321e CO. Les autres moyens de droit dont dispose l'employeur découlent d'autres dispositions contractuelles. Ils ont toutefois pour effet de modifier considérablement le régime prévu par les art. 97 ss CO. Il s'agit en particulier des dispositions relatives au licenciement. Nous ne pouvons que saluer la clarté de ces dispositions et leur rôle protecteur du travailleur, gages d'un système juridique sûr et équilibré, permettant une certaine information à tout travailleur.
269. Forts des considérations précédentes, il nous incombe d'affirmer que l'art. 321e CO est une norme nécessaire au sein du droit suisse, dans la mesure où cette disposition garantit une certaine justice sociale en matière de responsabilité civile. Cette disposition affirme, dans une certaine mesure et à l'aide d'autres dispositions, que l'employeur conserve la charge du risque d'entreprise. En application des seules dispositions de la partie générale, l'ordre juridique courrait le danger d'un report du risque d'entreprise sur le travailleur. Certes, nous faisons amplement confiance au pouvoir judiciaire, qui aurait certainement fait preuve d'une ingéniosité suffisante pour éviter un tel report, néanmoins, la sécurité juridique offerte par l'art. 321e CO doit être saluée. En définitive, notre réponse à la question des *prolégomènes* est la suivante : l'art. 321e CO ancre la responsabilité du travailleur dans une réalité presque laïque, reconnaissant ainsi une certaine humanité au travailleur en admettant, dans une certaine mesure, que l'erreur est humaine.