

Avant-propos

Aucun véritable « droit du travail » n'existe.

Jamais encore, au sein du système particulier de règles sociales et politiques qu'a inventé l'Occident, le travail n'a été pris suffisamment au sérieux pour que les législateurs se convainquent d'en faire un domaine du droit propre, pensé non pas sur le modèle de la vente ou de la police administrative – comme c'est largement le cas aujourd'hui –, mais à partir de lui-même et pour lui-même.

À travers l'histoire, le travail a été assimilé juridiquement au droit des biens, au droit de la famille, au droit des corporations, au droit de la police, au droit du bail, à la législation industrielle, ou encore – quoique de manière partielle – au droit des relations collectives.

Cette façon de ne traiter le travail que par le prisme d'un autre domaine du droit est plutôt étonnante quand on pense qu'il concerne, au quotidien, la majeure partie de la population. Sans compter qu'à raison de huit heures par jour pendant deux cent vingt-cinq jours par an et durant quarante-cinq ans, une personne peut passer facilement 80'000 heures de sa vie au travail.

Bien qu'admettant le peu de spécificité juridique du travail qui transparaît de cet émiettement de domaines, on pourrait se satisfaire de posséder tout de même le concept prometteur de « droit du travail ». Or voilà que ce concept même est à présent menacé par un courant qui – prenant le contre-pied du consensus politique et social ayant émergé durant le second XX^e siècle au sein de l'État libéral-social – voudrait le restreindre à la portion congrue, voire en faire une simple ramification du droit comptable, en ramenant les travailleurs à une variable d'ajustement financière.

Le droit du travail est donc tout sauf évident.

Parent pauvre du droit, sa position juridique est incertaine, souvent vacillante, contestée et attaquée. Peut-être est-ce le lot de cette réalité du travail qui renvoie à une *Ἀνάγκη* de la condition humaine : être contraint de trouver, sans cesse, parfois avec peine, les moyens de se procurer sa subsistance.

Face à l'éternel recommencement du travail, le droit pourrait pourtant avoir un rôle à jouer pour valoriser ce qui peut aussi devenir un *opus*, et même un accomplissement. Encore faudrait-il ne plus aborder juridiquement le travail que sous son seul aspect quantitatif mais aussi du point de vue qualitatif.

Alors, on pourra espérer passer, pour le plus grand nombre, de la condition humaine à l'humaine condition.

Cet ouvrage présente l'état du droit au 1^{er} novembre 2017.

Toutes les références à des sites internet sont valables à cette même date.

Sommaire

Avant-propos.....	1
Sommaire	3
Abréviations	7
Introduction.....	13
<i>Chapitre 1 : Histoire et géographie du droit du travail.....</i>	<i>19</i>
<i>Chapitre 2 : L'économie en droit du travail.....</i>	<i>45</i>
<i>Chapitre 3 : Sociologie et psychologie du travail.....</i>	<i>55</i>
<i>Chapitre 4 : Philosophie du droit du travail.....</i>	<i>60</i>
Première partie : Le système du droit du travail	71
Titre 1 : Le domaine du droit du travail.....	73
<i>Chapitre 1 : Droit du travail et autres domaines du droit.....</i>	<i>73</i>
<i>Chapitre 2 : Contrat de travail et autres contrats</i>	<i>81</i>
Titre 2 : Sources	101
<i>Chapitre 1 : Sources fédérales</i>	<i>102</i>
<i>Chapitre 2 : Sources cantonales.....</i>	<i>114</i>
<i>Chapitre 3 : Sources internationales</i>	<i>116</i>
Titre 3 : Institutions	131
<i>Chapitre 1 : Le service public de l'emploi</i>	<i>131</i>
<i>Chapitre 2 : Les offices du travail.....</i>	<i>131</i>
<i>Chapitre 3 : Les juridictions du travail.....</i>	<i>132</i>
Deuxième partie : Le rapport d'emploi	137
Titre 1 : La création du rapport d'emploi	139
<i>Chapitre 1 : Le recrutement</i>	<i>139</i>
<i>Chapitre 2 : La conclusion du contrat de travail.....</i>	<i>146</i>
<i>Chapitre 3 : L'interprétation du contrat de travail.....</i>	<i>167</i>
<i>Chapitre 4 : Les contrats de travail spéciaux.....</i>	<i>170</i>
<i>Chapitre 5 : Le rapport d'emploi présentant un caractère international</i>	<i>207</i>
Titre 2 : La rupture du rapport d'emploi	221
<i>Chapitre 1 : Les modes de rupture du rapport d'emploi</i>	<i>221</i>
<i>Chapitre 2 : Les effets de la rupture du rapport d'emploi</i>	<i>325</i>

Titre 3 : Le transfert du rapport d'emploi	355
<i>Chapitre 1 : Le transfert contractuel du rapport d'emploi.....</i>	<i>355</i>
<i>Chapitre 2 : Le transfert d'entreprise.....</i>	<i>357</i>
Troisième partie : Le rapport de travail	367
Titre 1 : Les obligations du travailleur.....	369
<i>Chapitre 1 : La mise à disposition de la force de travail.....</i>	<i>369</i>
<i>Chapitre 2 : L'extension du devoir de fidélité au-delà du temps de travail.....</i>	<i>409</i>
<i>Chapitre 3 : La responsabilité du travailleur.....</i>	<i>410</i>
Titre 2 : Les obligations de l'employeur.....	415
<i>Chapitre 1 : Le versement de la contrepartie patrimoniale du travail.....</i>	<i>415</i>
<i>Chapitre 2 : La protection du travailleur</i>	<i>533</i>
<i>Chapitre 3 : Les autres obligations.....</i>	<i>572</i>
<i>Chapitre 4 : La responsabilité de l'employeur</i>	<i>574</i>
Titre 3 : La modification du rapport de travail	579
<i>Chapitre 1 : Distinction entre éléments contractuels du rapport de travail et conditions d'exécution du travail.....</i>	<i>579</i>
<i>Chapitre 2 : Régime de modification des éléments contractuels du travail</i>	<i>594</i>
<i>Chapitre 3 : Régime de modification des conditions d'exécution du travail</i>	<i>621</i>
Quatrième partie : Les relations collectives de travail.....	627
Titre 1 : La participation collective	629
<i>Chapitre 1 : Les formes de participation collective.....</i>	<i>629</i>
<i>Chapitre 2 : Les domaines de la participation collective</i>	<i>630</i>
<i>Chapitre 3 : Les procédures de la participation collective.....</i>	<i>632</i>
Titre 2 : La représentation collective.....	633
<i>Chapitre 1 : Les représentants du personnel.....</i>	<i>633</i>
<i>Chapitre 2 : Les syndicats.....</i>	<i>636</i>
Titre 3 : Les accords collectifs	645
<i>Chapitre 1 : Les conventions collectives de travail.....</i>	<i>645</i>
<i>Chapitre 2 : Les contrats-types</i>	<i>673</i>
<i>Chapitre 3 : Les contrats-types impératifs.....</i>	<i>675</i>
Titre 4 : Les conflits collectifs.....	677
<i>Chapitre 1 : La manifestation des conflits collectifs</i>	<i>677</i>
<i>Chapitre 2 : La résolution des conflits collectifs.....</i>	<i>681</i>
Cinquième partie : Les conflits individuels autour du travail	685

Titre 1 : Le règlement judiciaire des conflits individuels.....	687
<i>Chapitre 1 : La procédure civile.....</i>	<i>687</i>
<i>Chapitre 2 : La procédure administrative.....</i>	<i>710</i>
Titre 2 : Le règlement extrajudiciaire des conflits individuels.....	713
<i>Chapitre 1 : L'arbitrage en droit du travail.....</i>	<i>713</i>
<i>Chapitre 2 : La transaction en droit du travail.....</i>	<i>716</i>
<i>Chapitre 3 : La médiation en droit du travail.....</i>	<i>718</i>
Table des matières.....	721

Abréviations

a-	devant l'abréviation d'une loi : signifie que la loi était anciennement en vigueur
al.	alinéa
AppG	Appellationsgericht
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
ArbG	Arbeitsgericht
art.	article
ASA	Archives de droit fiscal suisse (Archiv für Schweizerisches Abgaberecht)
ATAF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
AVS	Assurance vieillesse et survivants
BAG	Bundesarbeitsgericht (Allemagne)
BaK	Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (édit.), <i>Obligationenrecht I</i> , Bâle, Helbing Lichtenhahn, 6 ^e éd., 2015
BGH	Bundesgerichtshof (Allemagne)
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation française
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BO	Bulletin officiel
BOAF	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez	<i>Commentaire du contrat de travail</i> , Lausanne, Liaisons sociales, 3 ^e éd., 2004
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation française
CA	Cour d'appel
CAPH	Chambre d'appel des prud'hommes
Carruzzo	<i>Le contrat individuel de travail</i> , Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2009
cass.	cassation
CC	Code civil suisse
CCT	convention collective de travail

CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
aCFO	ancien Code fédéral des obligations
CGSS	Cahiers genevois de sécurité sociale
circ.	circulaire
CJ	Cour de Justice
CJN	Commentaires de jurisprudence numériques (Weblaw)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne (anciennement CJCE)
CN	Conseil national
CO	Code suisse des obligations
coll.	collection
com.	commentaire
Commentaire Dunand/Mahon	<i>Commentaire du contrat de travail</i> , Berne, Stämpfli, 2013
comp.	comparer
cons.	considérant
CP	Code pénal
CR-CO I	<i>Code des obligations I</i> , Genève, Helbing & Lichtenhahn, « Commentaire romand », 2 ^e éd., 2012
CTT	contrat-type de travail
DB	Droit du bail
dir.	direction
DTA	Revue de droit du travail et d'assurance-chômage
Duc/Subilia	<i>Droit du travail</i> , Lausanne, Bis et Ter, 2 ^e éd., 2010
ECS	L'Expert-comptable suisse (Der Schweizer Treuhänder)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
et s.	et suivante(s)
ex.	exemple
FamPra	La pratique du droit de la famille (Die Praxis des Familienrechts)
Favre/Munoz/Tobler	<i>Le Contrat de travail, Code annoté</i> , Éditions Bis et ter, Lausanne, 2 ^e éd., 2010
FF	Feuille fédérale

FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
FJS	Fiches juridiques suisses
Geiser/Müller	<i>Arbeitsrecht in der Schweiz</i> , Berne, Stämpfli, 3 ^e éd., 2015
GesKR	Revue Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
GVP/ZG	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug
<i>ibidem</i>	référence identique à celle qui figure dans la note précédente
<i>infra</i>	plus bas dans le texte
IRLR	Industrial Relations Law Reports (Royaume-Uni)
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JAR	Jarhbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
JCP S	Semaine juridique Social (France)
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne (anciennement JOCE)
JT	Journal des tribunaux
JU-TRAV	Recueil de jugements du droit du travail
N	numéro
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Allemagne)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Allemagne)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
obs.	observation
OG	Obergericht
<i>op. cit.</i>	ouvrage identique à celui qui figure dans la note précédente
p(p).	page(s)
phr.	phrase
PJA	Pratique juridique actuelle (Aktuelle juristische Praxis, AJP)
Portmann/Stöckli	<i>Schweizerisches Arbeitsrecht</i> , Zurich/Saint-Gall, Dike, 3 ^e éd., 2013
Pra	Die Praxis
rapp.	rapport
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse (Zeitschrift für Schweizerisches Recht, ZSR ; Rivista di diritto svizzero)

recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
Rehbinder/Stöckli	<i>Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR</i> , Berne, Stämpfli, « Berner Kommentar », 2010 <i>Der Arbeitsvertrag: Art. 331-355 und 361-362 OR</i> , Berne, Stämpfli, « Berner Kommentar », 2 ^e éd., 2014
Rep. giur.	Repertorio di Giurisprudenzia patria
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RJB	Revue de la Société des juristes bernois (Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, ZBJ ou ZBJV)
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier
RO	Recueil officiel
RS	Recueil systématique
RSAS	Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle (SZS)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (SZW)
RSDIE	Revue suisse de droit international et de droit européen
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (Schweizerische Juristen-Zeitung, SJZ)
RSPC	Revue suisse de procédure civile (Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht, SZZP)
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil (France)
RtiD	Rivista ticinese di diritto
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
SARB	Schweizerisches Arbeitsrecht Basel
SAS	La Société anonyme suisse (Die schweizerische Aktiengesellschaft, SAG)
SECO	Secrétariat d'État à l'économie
SJ	Semaine judiciaire
soc.	social(e)
somm.	sommaire
spéc.	spécialement

Staehelin	<i>Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR</i> , Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, « Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht », 4 ^e éd., 2006
	<i>Der Arbeitsvertrag, Art. 330b-355, Art. 361-362 OR</i> , Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 4 ^e éd., 2014
Streiff/von Känel/Rudolph	<i>Arbeitsvertrag : Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR</i> , Zurich, Schulthess, 7 ^e éd., 2012
<i>supra</i>	plus haut dans le texte
t.	tome
TAF	Tribunal administratif fédéral
TC	Tribunal cantonal
Tercier/Bieri/Carron	<i>Contrats spéciaux</i> , Zurich, Schulthess, 5 ^e éd., 2016
TF	Tribunal fédéral
TFA	Tribunal fédéral des assurances
t. fin.	titre final
TPH	Tribunal des prud'hommes
trad. fr.	traduction française
TREX	L'Expert fiduciaire
UE	Union européenne
Vischer/Müller	<i>Der Arbeitsvertrag</i> , Bâle/Genève/Munich, Helbing Lichtenhahn, 4 ^e éd., 2014
vol.	volume
Wyler/Heinzer	<i>Droit du travail</i> , Berne, Stämpfli, 3 ^e éd., 2014
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSIS	Zeitschrift für Schweizerisches und Internationales Steuerrecht

Les sites internet sont signalés au moyen des crochets suivants : < >.

Les lois, lorsqu'elles sont abrégées, sont désignées par leur abréviation officielle dans le recueil systématique.

Les cantons suisses sont désignés par leur abréviation officielle en deux lettres.

Introduction

Ce que l'on appelle « droit du travail » doit être considéré, dans une première approche, comme l'exposé systématique des règles juridiques qui régissent le travail humain, lorsqu'il est effectué dans certaines circonstances, généralement de subordination juridique ou de dépendance économique.

1

Encore faut-il s'entendre sur ce que sont le **droit** (1), le **travail** (2) et, plus précisément, le **droit du travail** (3).

1) Le droit

Marquant notre dette à l'égard de plusieurs auteurs¹, nous qualifions le droit comme « un art – façonné tant par la politique que par sa technicité intrinsèque, distinct (par une neutralité prétendue) de la morale et de l'idéologie mais pénétré par elles – de donner (au moyen d'une textualité propre, œuvre du groupe des « juristes ») des règles de comportement à un ensemble de personnes, voire d'en imposer le respect de manière coercitive, et de transmuier (autant que possible) la tentation du recours à la violence en une discussion plus ou moins argumentée, nourrie par la référence à un ordre établi ou souhaité ».

2

Une telle définition fait prendre conscience de la complication qui survient dans l'application quotidienne du droit du travail. Par son aspect technique, le droit en général (et le droit du travail en particulier) est d'un accès parfois difficile aux non-juristes auxquels il prétend pourtant s'appliquer.

3

2) Le travail

S'il fallait se donner une preuve du caractère énigmatique du « travail », il suffirait de relever l'obscurité qui entoure toute recherche sur l'origine de ce terme.

4

L'étymologie du mot travail est en effet malaisée à établir. Selon une tradition largement répandue, « travail » serait un déverbal de « travailler », lui-même issu du

¹ Notamment : Ulpian (citant Celse), *Digesta*, liber I, titulus I (éd. H. Hulot, *Digeste*, Metz, Behmer Lamort, 1803, p. 42) ; Michel Villey, *Le Droit romain*, (1^e éd. 1945), Paris, Presses Universitaires de France, 2012, p. 6 ; Aldo Schiavone, *IUS. L'Invenzione del diritto in Occidente*, (1^e éd. 2005), trad. fr. *IUS. L'Invention du droit en Occident* par G. et J. Bouffartigue, Paris, Belin, 2008 ; Simone Goyard-Fabre, *La Textualité du droit*, Paris, Cerf, 2012 ; Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, (1^e éd. 1994), Paris, Presses Universitaires de France, 3^e éd., 2015, p. 262 ; Philippe Jestaz, *Le Droit*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2016. La définition du droit que nous proposons nous permet de nous tenir à distance des définitions qui réduisent le droit à « un ensemble de règles et de principes régissant la vie en société et dont le respect est garanti par la puissance publique » (cf. Jean-Louis Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, « Thémis », 2^e éd., 2016 ; cf. également : Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978) ou de celles, encore plus réductrices, qui ne voient dans le droit qu'un ensemble de règles posées par des législateurs (cf. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, [1^e éd. 1961], Oxford University Press, 2^e éd., 1994).

latin populaire *tripaliare* (signifiant « torturer avec le *trepalium*² »)³. Dès le XII^e siècle, le « travail » désigne en effet un tourment psychologique et une souffrance physique (par exemple, le « travail d'enfant », c'est-à-dire l'accouchement)⁴. Notion de souffrance que l'on retrouve dans l'italien *lavoro* et l'anglais *labour* (français « labeur »), qui eux-mêmes renvoient au latin *labor*, lequel désignait initialement la « peine qu'on se donne pour faire quelque chose »⁵. Sous cet aspect, le *labor* (modalité de l'action) se distingue de l'*opus* (résultat de l'action). Cette double compréhension du travail soit comme peine, soit comme œuvre est commune au latin et au grec ancien. Le grec ancien, en effet, ne connaît pas de terme correspondant à celui de « travail »⁶ : le *πόνος* est « l'effort qu'exige une activité fatigante »⁷ (la racine rappelle celle de « peine »), tandis que l'*ἔργον* (dont la racine est apparentée à celle de l'allemand *Werk* et de l'anglais *work*) désigne pour chaque chose ou pour chaque être le produit de sa vertu propre⁸.

L'allemand ne nous sort pas davantage de l'incertitude, puisque le terme *Arbeit* pourrait, selon certaines hypothèses, soit provenir du latin *arvum* (« terre en labour »), soit encore – moyennant le détour problématique, à notre sens, par l'indo-européen⁹ – être apparenté au vieux slave *robota* (« esclavage », « corvée »)¹⁰.

5 Selon une autre piste – plus convaincante à nos yeux –, « travail » dériverait plutôt du latin *trabs* (« poutre »), voire d'une forme romane *trabacula* (« petite poutre »)¹¹, et exprimerait initialement l'idée d'entrave¹². S'il y a une souffrance dans le « travail », ce serait donc plutôt celle de l'immobilisation. L'idée de placer l'origine de « travail » dans *trabs* peut également ressortir de la mise en regard du mot français avec ses équivalents espagnol (*trabajo*), portugais (*trabalho*), catalan (*trebal*) ou provençal (*trabai*). Mais, pour rendre complètement le sens de ce mot, il faut encore supposer

² Le *trepalium* était un instrument de torture en usage durant le Haut Moyen-Âge (*Trésor de la Langue Française informatisé*, < atilf.atilf.fr >).

³ Alain Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 4^e éd., 2016, p. 2495.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Félix Gaffiot, *Dictionnaire latin-français*, Paris, Hachette, 3^e éd. revue et augmentée sous la direction de Pierre Flobert, 2000, p. 888.

⁶ Jean-Pierre Vernant, *Mythe et pensée chez les Grecs*, (éd. de 1985), Paris, La Découverte, 1996, p. 274.

⁷ Anatole Bailly, *Dictionnaire grec français*, Paris, Hachette, 1950, p. 1604 ; Henry George Liddell/Robert Scott, *A Greek-English Lexicon*, Oxford, Clarendon Press, 1940, p. 1448.

⁸ Jean-Pierre Vernant, *Mythe et pensée chez les Grecs*, (éd. de 1985), Paris, La Découverte, 1996, p. 275.

⁹ Cf. Jean-Paul Demoule, *Mais où sont passés les Indo-Européens ? Aux Origines du mythe de l'Occident*, Paris, Éditions du Seuil, 2014.

¹⁰ Selon le *Trésor de la Langue Française informatisé* (< atilf.atilf.fr >), « robot » est un mot tchèque formé sur « *robota* », qui signifie « travail pénible, corvée », et fut employé en 1920 par l'écrivain Karel Čapek dans sa pièce *RUR*, pour désigner un androïde capable d'exécuter des travaux à la place de l'homme.

¹¹ Paul Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2^e éd. entièrement revue et enrichie par Alain Rey, 1992, tome IX, p. 457.

¹² Adrien Sankèze, « Comment étudier le vocabulaire ancien ? », *Romania*, 124/2006, n° 493, pp. 11-12 ; André Eskénazi, « L'étymologie de Travail », *Romania*, tome 126/2008, n° 503, p. 307 ; Salvatore Battaglia, *Grande Dizionario della Lingua Italiana*, Turin, UTET, 2002, tome XXI, p. 273, col. 3.

qu'au substrat *trabs* viendrait s'adjoindre une seconde idée, peut-être issue d'une contamination sémantique avec le préfixe latin *trans-*, réduit en *tra-*¹³, qui exprime l'idée d'« à travers », d'« au-delà de »¹⁴. Ainsi, « travail » pourrait aller jusqu'à prendre le sens d'une « rupture avec le cours ordinaire des choses »¹⁵. Si l'on adjoint à ce tableau l'anglais *travel* (ou *travail* qui subsiste aussi tel quel dans cette langue), qui exprime l'idée de « déplacement », de « rupture de la sédentarité »¹⁶, le « travail » serait en définitive associé à l'idée de « viser un but qui nécessite de surmonter des résistances »¹⁷.

Ces dernières réflexions, présentant la notion de manière tendue entre immobilité et dynamisme, ont l'avantage de rapprocher le sens originel du travail de son interprétation philosophique comme « type d'action par lequel l'homme agit, selon certaines normes sociales, sur une matière pour la transformer »¹⁸. À l'inverse du jeu, le travail est en effet une activité qui implique un certain effort et est dirigée vers un certain but au-delà de l'amusement¹⁹. D'ailleurs, l'étymologie de travail comme instrument de torture ne pourrait être conservée qu'au prix de l'acceptation d'un paradoxe, puisqu'il est manifeste que le travail est « ce qui mobilise le corps, l'intelligence et la subjectivité », donc aussi ce qui est « source d'émancipation et d'accomplissement »²⁰. La création artistique elle-même peut être considérée comme un travail²¹.

Encore ne faut-il pas négliger que la notion même de travail telle que nous la comprenons aujourd'hui est le fruit de représentations mentales qui ont varié au cours de l'espace et du temps. La signification du travail comme liberté créatrice de l'Homme, « vecteur suprême d'expression de l'Homme et de transformation du monde », est un produit de la pensée du XIX^e siècle²². Certaines sociétés vivent sans connaître le même genre de notion de travail, qui est donc une création anthropologique particulière²³.

¹³ Cf. Marie-France Delpont, « Trabajo-trabajar(se) : étude lexico-syntaxique », *Cahiers de linguistique hispanique médiévale*, 1984, n° 9, pp.161-162.

¹⁴ Félix Gaffiot, *Dictionnaire latin-français*, Paris Hachette, 3^e éd. revue et augmentée sous la direction de Pierre Flobert, 2000, p. 1617.

¹⁵ André Eskénazi, « L'étymologie de Travail », *Romania*, tome 126/2008, n° 503, p. 299.

¹⁶ André Eskénazi, *op. cit.*, p. 322 ; Lesley Brown (éd.), *The New Shorter Oxford English Dictionary*, Oxford, Clarendon Press, 5^e éd., 1993, tome II, p. 3377 : « aller d'un endroit à un autre ».

¹⁷ Flebas, « L'arnaque de l'étymologie du mot "travail" », *Mediapart*, 24 mars 2016.

¹⁸ Armand Cuvillier, *Nouveau Vocabulaire philosophique*, Paris, Armand Colin, 1956, p. 190.

¹⁹ Richard Arneson, « Work, philosophy of », *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, < rep.routledge.com >.

²⁰ Michel Lallement, *Le Travail sous tensions*, Paris, Editions Sciences humaines, 2010, p. 4.

²¹ Cf. Pierre-Michel Menger, *Le Travail créateur. S'accomplir dans l'incertain*, Paris, Gallimard/Seuil, 2009.

²² Dominique Méda, *Le travail. Une valeur en voie de disparition ?*, (1^e éd. 1995), Paris, Flammarion, 2010, p. VII et pp. 98-139.

²³ Dominique Méda, *op. cit.*, p. 31.

8 Fort de toutes ces considérations, nous qualifions de travail « l'activité par laquelle l'Homme mobilise des facultés physiques et intellectuelles comme moyen de répondre aux nécessités imposées par le développement de son existence, dans un environnement naturel et social où les ressources ne sont ni illimitées ni immédiatement accessibles ».

3) Le droit du travail

9 Comme d'innombrables actions de l'Homme, le travail est appréhendé par le droit. Ce saisissement du travail par le droit se conçoit sous différents régimes : travail salarié, entreprise, mandat, société, mais aussi travail ménager, travail administratif nécessaire à la tenue d'un ménage²⁴, travail à domicile, etc.

Le « droit du travail », à proprement parler, ne traite que d'une situation particulière dans laquelle l'homme travaille : celle dans laquelle il apporte son concours à une entreprise collective dont il n'a généralement pas l'initiative. Et encore peut-on préciser aujourd'hui que cette entreprise collective est majoritairement celle qui, d'initiative non prioritairement étatique, vise à rationnellement créer des richesses en faveur de ses propriétaires juridiques – selon une approche rapide du système qu'on qualifie généralement de « capitaliste »²⁵. Ce n'est donc que par une exagération langagière que l'on désigne comme droit du « travail » une matière qui ne concerne en réalité que les seuls travailleurs salariés au sein d'un système économique particulier²⁶ : le « droit du travail » n'est que le **droit du travail salarié**.

10 **Droit du travail salarié et droit du travail non salarié.** Il faudrait s'interroger sur la pertinence de la distinction entre travailleur salarié et travailleur non salarié (ou entre salarié et indépendant, dans notre droit des assurances sociales). En effet, le terme d'indépendance pour certains travailleurs ne correspond pas à leur situation économique²⁷ ni même, dans certains cas, à leur situation juridique²⁸. Le travailleur non-salarié est celui qui est, en principe, propriétaire de ses instruments de travail et qui supporte les risques de son activité et en recueille les profits²⁹.

L'identification d'un domaine du travail non-salarié pose des questions de **délimitations**. Lorsque certaines règles ne s'appliquent qu'à l'une ou l'autre de ces catégories, se pose la question de l'identification des faux indépendants, auxquels devraient s'appliquer les règles du droit du travail salarié ou des assurances sociales pour salariés.

²⁴ Cf. Elizabeth Emens, « Admin », *Georgetown Law Journal*, vol. 103, n° 6, août 2015, p. 1409.

²⁵ Pour davantage de précision sur la notion de « capitalisme », cf. *infra* n° 32.

²⁶ Cf. Gilles Auzero/Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 30^e éd., 2016, N 1, p. 1.

²⁷ Cf. Gérard Lyon-Caen, *Le Droit du travail non salarié*, Paris, Sirey, 1990, p. 3.

²⁸ Au sujet des incertitudes et des évolutions possibles concernant la notion de travailleur au sens de l'article 319 du code des obligations, cf. Aurélien Witzig, « La subordination dans le contrat de travail », *SJ* 2015 II 39.

²⁹ Gérard Lyon-Caen, *Le Droit du travail non salarié*, Paris, Sirey, 1990, p. 5.

Quel est le régime juridique des travailleurs non salariés ? En dehors du droit des sociétés (dont l'importance est cruciale pour les mandataires et les administrateurs), il trouve ses sources en droit constitutionnel et administratif : dans la Constitution, notamment la liberté économique³⁰ ; dans le droit de la formation professionnelle ; dans les lois spéciales régissant certaines professions (par exemple la loi sur la libre circulation des avocats). Il trouve également ses sources dans les lois administratives de police : autorisation d'ouverture et de fermeture des magasins, réglementation sur la vente des produits, etc. Enfin, certaines dispositions pénales répriment directement les infractions contre les devoirs de fonction et les devoirs professionnels (cf. art. 312 et s. CP)³¹. Tout comme les salariés, les travailleurs non-salariés peuvent se grouper en syndicats, afin de défendre leurs droits³².

11

Face à l'« ubérisation du monde du travail », se pose désormais la question de savoir comment améliorer la situation juridique des indépendants³³. Il serait fécond de réfléchir à l'élaboration d'un **droit du travail indépendant**³⁴.

12

Les buts du droit du travail. La seule définition du droit du travail n'en épuise pas la signification. Comme le suggère la définition du droit que nous avons donnée, éclairer la volonté qui préside à la constitution de ce domaine du droit suppose encore d'en découvrir les buts, autrement dit l'« ordre à établir » qu'il vise. Cependant, cette découverte est, elle aussi, délicate.

13

On pourrait envisager que la fonction du droit du travail soit de protéger la « partie faible », le travailleur³⁵. Il est vrai que le droit du travail moderne est fils de l'industrialisation et des réactions face à la situation particulièrement défavorable qu'ont connue les travailleurs dans les fabriques au XIX^e siècle³⁶. Les travailleurs, qui représenteraient une « classe » en « position d'infériorité », seraient ainsi protégés par le droit du travail³⁷.

³⁰ Pour un exemple récent, cf. TF, 23 décembre 2016, 2C_694/2016 (médecin se voyant infliger une interdiction de pratiquer comme sanction disciplinaire).

³¹ Pour un exemple d'application récente, cf. TF, 7 mars 2017, 2C_980/2016.

³² Cf. par exemple la *Charte suisse des indépendants*, *GI Indépendant-e-s, syndicom* (disponible sur < syndicom.ch >), qui porte un certain nombre de revendications pour améliorer la situation des indépendants.

³³ Pour quelques pistes de réflexion à ce sujet, cf. Aurélien Witzig, « L'ubérisation du monde du travail », RDS 2016 457.

³⁴ Il faudrait alors déterminer si un tel droit du travail indépendant devrait se constituer par analogie avec le droit du travail salarié ou en contraste avec ce dernier : Gérard Lyon-Caen, *Le Droit du travail non salarié*, Paris, Sirey, 1990, p. 94.

³⁵ Cf. notamment : TF, 12 juin 1988, ATF 114 II 164, JT 1989 I 74, cons. 1a ; plus récemment : TF, 20 février 2004, ATF 130 III 353, JT 2005 I 12, cons. 2.1.1 : « Le droit du travail a [...] également pour objectif, avec ses dispositions impératives, de protéger le travailleur, partie faible au contrat. »

³⁶ Arthur Nikisch, *Arbeitsrecht*, (1^e éd. 1951), Tübingen, J. C. B. Mohr, 3^e éd., 1961, p. 1. Pour l'histoire du droit du travail, cf. *infra* n° 17 et s..

³⁷ Lionello Levi-Sandri, « Observations sur la notion de droit du travail, sa nature et ses limites », *Mélanges offerts à Léon Eli-Trochet*, Bruxelles, Institut de Sociologie de l'Université libre de Bruxelles, 1967, p. 196.

- 14 Une perspective marxiste mettra en outre l'accent sur la façon dont le droit du travail, au sein du mode de production dit capitaliste, régit l'exploitation du travail humain ; en ce sens, le droit du travail organiserait à la fois les conditions d'extraction de la plus-value et les protections concédées aux travailleurs pour préserver leur force de travail³⁸. Les penseurs de cette école insisteront sur la lutte permanente que se livrent les capitalistes, qui cherchent à élargir l'exploitation, et les travailleurs, qui tentent au contraire d'en limiter les effets³⁹.

Une perspective quelque peu différente verra le droit du travail comme un « droit du pouvoir »⁴⁰. Dans cette perspective, le droit du travail relèverait non pas tellement du droit privé mais plutôt du droit public (ce qui conduit certains, aux États-Unis, à classer le droit du travail parmi les branches du droit public)⁴¹. On y attacherait dès lors des thématiques propres au droit public comme celles des droits fondamentaux ou de l'exercice démocratique du pouvoir⁴². Dans cette veine, on peut voir dans le droit du travail le moyen d'« assurer le respect des droits fondamentaux de la personne humaine au travail »⁴³.

- 15 De manière plus ambitieuse, le droit du travail peut être considéré comme un véritable moyen d'organiser l'entreprise⁴⁴, et même comme une partie de l'« ordonnancement social »⁴⁵. Certains vont même jusqu'à voir le développement du droit du travail comme « le développement de l'Humanité et de la liberté dans la relation entre travail et propriété »⁴⁶.

³⁸ En janvier 1951, le juriste Gérard Lyon-Caen, in « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Droit ouvrier*, donnait du droit du travail cette définition : « L'ensemble des règles qui régissent : 1° l'exploitation du travail humain en régime capitaliste ; 2° les instruments de la lutte ouvrière contre cette exploitation ; 3° les résultats de cette lutte, c'est-à-dire les modifications incessantes subies par le régime d'exploitation lui-même. »

³⁹ Cf. par exemple Gérard Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail », *Archives de philosophie du droit*, tome XIII, 1968. Pour une réflexion à ce sujet, cf. François Gaudu, *L'Emploi dans l'entreprise privée : essai de théorie juridique*, Paris, Université de Paris I, 1986.

⁴⁰ Gilles Auzero/Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 30^e éd., 2016, N 3, p. 3. Sur la notion de « pouvoir », cf. Emmanuel Gaillard, *Le Pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985, notamment, p. 232 : « Le pouvoir est la prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui. »

⁴¹ Pour une réflexion à ce sujet, cf. Karl Klare, « The Public/Private Distinction in Labour Law », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 130, 1982, pp. 1358-1422.

⁴² Cf. Emmanuel Dockès, « Pouvoir patronal et démocratie », *Semaine sociale Lamy* 2008, n° 1340, pp. 85-90. Cf. également : Emmanuel Dockès, « Le pouvoir dans les rapports de travail », *Droit social* 2004, p. 620 et s.

⁴³ Robert Badinter, « Rapport au Premier ministre – Comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail », *La Documentation française*, janvier 2016, p. 6.

⁴⁴ Synthèse des idées de Georges Scelle et de Paul Durand par Francis Collin et alii, in *Le Droit capitaliste du travail*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1980, p. 10.

⁴⁵ Cf. Arthur Nikisch, *Arbeitsrecht*, (1^e éd. 1951), Tübingen, J. C. B. Mohr, 3^e éd., 1961, p. 1 : « *Das Arbeitsrecht als Teil der sozialen Ordnung* ».

⁴⁶ Hugo Sinzheimer, « Das Wesen des Arbeitsrechts », (1^e éd. 1927), in *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, Francfort/Cologne, Europäische Verlagsanstalt, 1976, pp. 113-114.

Le plus grand achèvement du droit du travail serait peut-être alors la « paix » au travail⁴⁷.

Bien que parent pauvre du droit, le travail n'est pas, comme l'entreprise⁴⁸, un point aveugle du savoir. Juristes travaillistes, nous avons la chance de pouvoir nous alimenter à diverses sources de connaissance, qui nous permettent de mieux appréhender notre discipline.

16

D'abord, le droit du travail est le fruit de l'**histoire** : le droit du travail tel que nous le connaissons aujourd'hui est une construction récente⁴⁹, qu'il est impossible de comprendre sans en retracer l'évolution, dans le **temps** et dans l'**espace** (**Chapitre 1 : Histoire et géographie du droit du travail**).

Sous l'influence de courants de pensée dont il faudra révéler les intentions et interroger la légitimité, le droit du travail est, aujourd'hui plus que jamais, aux prises avec l'**économie** (**Chapitre 2 : L'économie en droit du travail**).

Une enquête sérieuse sur le cadre de déploiement du droit du travail ne saurait se passer d'un aperçu de la **sociologie** et de la **psychologie** du travail (**Chapitre 3 : Sociologie et psychologie du travail**).

Enfin, puisque plane sur tout ouvrage de doctrine la menace de verser, consciemment ou non, dans l'idéologie⁵⁰, l'honnêteté et la rigueur intellectuelle commandent d'interroger de la façon la plus rationnelle possible notre matière, par le recours – si précieux – à la **philosophie** (**Chapitre 4 : Philosophie du droit du travail**).

Chapitre 1 : Histoire et géographie du droit du travail

Mésopotamie. L'un des plus anciens recueils « juridiques » au monde, rédigé durant le règne de Lipit-Ishtar, contenait déjà quelques règles concernant les esclaves – notamment sur l'affranchissement – et les serviteurs (§§ 12-16)⁵¹. On y trouve aussi une règle qui anticipe l'article 1780 du code Napoléon et l'article 334, alinéa 3 de notre code des obligations, en montrant la menace qui a toujours pesé sur une

17

⁴⁷ Hans Peter Tschudi, « Der Arbeitsfrieden Ziel des Arbeitsrechts », in Bettina Kahil-Wolff/Pierre-Yves Greber/Mirela Çaçi (édit.), *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc*, Lausanne, Institut de recherches sur le droit de la responsabilité civile et des assurances, 2001, pp. 383-398.

⁴⁸ Blanche Segrestin/Baudoin Roger/Stéphane Vernac (dir.), *L'Entreprise. Point aveugle du savoir*, Paris, Editions Sciences Humaines, 2014.

⁴⁹ Simon Deakin, « The Many Futures of the Contract of Employment », in Joanne Conaghan/Richard Fischl/Karl Klare (éd.), *Labour Law in an Era of Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 178-179.

⁵⁰ Simone Goyard-Fabre, *La Textualité du droit*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2012, p. 66.

⁵¹ Cf. Martha T. Roth, *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor*, Atlanta, Scholars Press, 1995.

subordination trop longue : un homme libre, même s'il se mettait au service d'un autre homme, ne devait pas être réduit en esclavage mais conserver sa liberté (§ 16).

Postérieur d'un siècle à celui de Lipit-Ishtar, le « code »⁵² d'Hammurabi traite également des esclaves (§§ 278 à 282)⁵³, en particulier de leur propriété. Par exemple, la sentence 282 énonce : « Si un esclave dit à son propriétaire "tu n'es pas mon propriétaire", son propriétaire prouvera qu'il s'agit bien de son esclave et lui coupera l'oreille. » D'autres sentences du code d'Hammurabi nous intéressent également en ce qu'elles concernent la situation des laboureurs dans les fermages (par exemple, le § 47 qui énonce que le laboureur a le droit de continuer à labourer un champ si ce champ n'a rien donné la première année de son travail)⁵⁴. On y découvre aussi une distinction entre les cultivateurs (*engar* ou *ikkarum*), payés à la fonction, et les simples laboureurs (*erresum*), payés au *pro rata* de la surface cultivée⁵⁵. Le « salaire » du bouvier, par exemple, devait être de 1800 litres de grains par an (§ 258). Quant aux sentences sur les médecins et les maçons et les bateliers, elles traitent principalement de la responsabilité en cas de faute.

18 **Grèce.** Les anciens Grecs envisageaient le rapport de travail comme un lien personnel de dépendance, liant directement un travailleur et un client ou un usager⁵⁶. L'esclavage était en Grèce une pratique courante et – sauf exception – moralement admissible. Aristote, par exemple, justifiait l'existence du travail subordonné notamment par une science propre au maître, qui, pour accomplir son œuvre, doit mettre en mouvement les instruments de production, dont font partie non seulement des choses inanimées mais aussi des êtres vivants : « Si les navettes tissaient toutes seules, si l'archet jouait tout seul de la cithare, les entrepreneurs se passeraient d'ouvriers, et les maîtres, d'esclaves. »⁵⁷

19 Si les esclaves furent si nombreux durant l'Antiquité, c'est que l'esclavage pouvait résulter tant d'une défaite militaire que d'une forme de prison pour dettes, lorsque le débiteur se trouvait devoir travailler pour son créancier⁵⁸. Dans certaines contrées, l'esclavage pouvait même découler d'une mise en gage de sa propre personne en garantie d'un emprunt⁵⁹.

⁵² Plutôt qu'un « code » au sens moderne du mot, la stèle conservée au Louvre constitue davantage un « recueil de sentences » et même, plus précisément, un « traité de l'exercice du pouvoir judiciaire, par l'exemple » (cf. Jean Bottéro, « Le "Code" de Hammurabi », [1^e éd. 1982], in *Mésopotamie. L'écriture, la raison et les dieux*, Paris, Gallimard, 1987, p. 304).

⁵³ Cf. André Finet, *Le Code de Hammurabi*, Paris, Les éditions du Cerf, 4^e éd., 2002, pp. 138-139.

⁵⁴ Selon la traduction d'André Finet, *op. cit.*, p. 64.

⁵⁵ André Finet, *op. cit.*, p. 130.

⁵⁶ Alain Supiot, « Les notions de contrat de travail et de relation de travail en Europe », in *Rapport pour la Commission des Communautés européennes*, janvier 1992, p. 1.

⁵⁷ Aristote, *πολιτικά*, trad. fr. *Politiques* par J. Barthélémy-Saint-Hilaire, Paris, Ladrance, 1874, livre I, chap. II, § 4.

⁵⁸ Paul Veyne, *La Vie privée dans l'Empire romain*, (1^e éd. 1985, revue et complétée en 1999), Paris, Seuil, 2015, p. 119.

⁵⁹ Exemple en Égypte en 592 avant Jésus-Christ, d'un contrat d'engagement personnel pour dette : « Je suis satisfaite de l'argent pour lequel je deviens ta servante. Je suis ta servante. Je ne pourrai plus me considérer comme

Diverses théories tentent de remonter aux origines de l'esclavage (théories évolutionnistes sous l'influence de Darwin, idée d'un progrès sur le cannibalisme, approche transitionnelle, approche marxiste et théorie des cinq stades). Par exemple, Louis de Jaucourt, dans son article « Esclavage » de l'*Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert, exprime l'idée que du fait de la nécessité, le pauvre viendrait entrer au service d'un plus riche. On privilégie aujourd'hui une approche globale de la question, en mettant en évidence le rôle de facteurs économiques et sociaux (une société où il devient possible d'accumuler des surplus et où les inégalités internes et externes — entre sociétés différentes — se renforcent) et d'un facteur culturel (l'esclave est toujours exclu ou transformé en un « autre » selon un principe d'altérité)⁶⁰.

20

Après la Grèce, en ligne descendante directe avec notre droit du travail, le proto-droit puis le droit du travail ont parcouru les étapes suivantes :

21

- **Rome**, temps d'esclavage et de louage (**section 1**),
- l'**Europe médiévale et moderne** où se maintient le louage et où apparaissent les corporations (**section 2**),
- la **rupture révolutionnaire du XVIII^e siècle** et l'avènement de contractants présumés libres et égaux (**section 3**),
- la révolution industrielle et la **naissance du droit du travail moderne** (**section 4**),
- puis son **développement** (**section 5**)
- jusqu'à **aujourd'hui** (**section 6**).

Section 1 : Rome : esclavage et louage

Esclavage. À l'instar du reste du monde antique, l'esclavage était une réalité incontournable du monde romain. Durant l'ancienne époque romaine, les prisonniers de guerre n'étaient ni plus ni moins que la chose du soldat qui les avait capturés. Ce dernier, ayant ses esclaves sous sa *potestas*⁶¹, pouvait les frapper, ou les tuer⁶². Ce sort peu enviable s'améliora quelque peu par la suite. Mais, si Sénèque put, dans une épître à Lucilius, accorder aux esclaves une certaine égalité avec les autres hommes, il n'en restait pas moins que, juridiquement, les esclaves n'étaient pas des sujets de droit⁶³.

22

une personne privée indépendante vis-à-vis de toi, jusqu'à ce que j'aie remboursé tout argent, tout grain, toute autre chose au monde, avec les enfants qui naîtront de moi, avec tout ce qui m'appartient et tout ce que je vais produire, avec les vêtements que je porte sur le dos... » (référence du Musée du Louvre : N 706, trad. fr. d'après B. Menu)

⁶⁰ Olivier Pétré-Grenouilleau, « Et les hommes inventèrent l'esclavage », *Sciences humaines*, mars 2011.

⁶¹ Mario Bretonne, *Storia del diritto romano*, (1^e éd. 1987), trad. fr. *Histoire du droit romain* par L.-A. Sanchi, Paris, Éditions Delga, 2016, p. 119.

⁶² Michel Villey, *Le Droit romain*, (1^e éd. 1945), Paris, Presses Universitaires de France, 2012, p. 60.

⁶³ Michel Villey, *op. cit.*, p. 65.

Même si, tenant un « rôle », ils étaient considérés, au sens romain, comme des personnes⁶⁴, les esclaves demeuraient soumis à la puissance de leur maître, qui disposait de leur existence, et ils ne possédaient rien en propre, selon certains textes⁶⁵.

23 Il leur restait l'espoir de l'affranchissement, qui devint de plus en plus fréquent à mesure que les sentiments chrétiens progressaient⁶⁶. Faute d'affranchissement, deux réconforts subsistaient pour les esclaves : l'institution du pécule⁶⁷ et les constitutions des empereurs qui, à l'instar d'Antonin, tolérèrent de moins en moins la cruauté des maîtres⁶⁸. On considéra progressivement que les maîtres ne devaient sévir outre mesure et sans motif contre leurs esclaves (*supra modum et sine causa*)⁶⁹. Le Digeste alla jusqu'à consacrer l'idée que l'esclavage était une institution contraire au droit naturel⁷⁰. Ainsi, en régime de droit naturel, l'esclave pouvait s'obliger, comme toute autre personne juridique (c'est d'ailleurs ainsi que naquit la théorie de l'obligation naturelle)⁷¹.

24 **Louage.** Contrat consensuel et de bonne foi selon les catégories du droit romain (comme la vente, le mandat et la société)⁷², le louage permettait à un propriétaire de louer diverses choses en sa possession, notamment son esclave, à une personne en quête de main-d'œuvre. Le droit romain voyait dans le procédé de location d'un esclave le louage d'une « chose » (*locatio rei*)⁷³. Cette qualification du travail de l'esclave sous la direction d'autrui comme contrat de louage entraînait diverses conséquences : en cours de contrat, le preneur versait une rémunération (appelée *merces*) au propriétaire de l'esclave, à titre de loyer ; en fin de contrat, le preneur restituait la chose louée, c'est-à-dire que l'esclave retournait chez son maître⁷⁴.

⁶⁴ Michel Villey, *op. cit.*, p. 60.

⁶⁵ Gaius, *Institutionum libri quattuor*, Commentarius primus, § 52, texte fr. *Institutes* établi et traduit par J. Reinach, (1^e éd. 1951), Paris, Les Belles Lettres, 2003, p. 9.

⁶⁶ Michel Villey, *Le droit romain*, (1^e éd. 1945), Paris, Presses Universitaires de France, 2012, p. 65.

⁶⁷ Michel Villey, *op. cit.*, p. 65.

⁶⁸ Gaius, *Institutionum libri quattuor*, Commentarius primus, § 52, texte fr. *Institutes* établi et traduit par J. Reinach, (1^e éd. 1951), Paris, Les Belles Lettres, 2003, p. 9.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Digesta*, liber I, titulus I, § 4 (édition H. Hulot, *Digeste*, Metz, Behmer Lamort, 1803, p. 42).

⁷¹ Michel Villey, *Le Droit romain*, (1^e éd. 1945), Paris, Presses Universitaires de France, 2012, p. 65.

⁷² Cf. Wilhelm Birchmeier, *Der Lohnanspruch aus Dienstvertrag im schweizerischen Obligationenrecht*, Buchdruckerei J. Dossenbach, Baar, 1926, p. 3. Ces quatre contrats, les plus utilisés en pratique, sont soumis aux actions de bonne foi (*judicia bonae fidei*) lesquelles s'opposent aux actions de droit strict (*actiones stricti juris*) notamment par une formule procédurale particulière. « Dans les actions de bonne foi, le juge est le maître d'estimer, suivant sa prudence, ce que le défendeur doit rendre au demandeur » (*ex bono et aequo aestimandi*) (*Institutionum seu elementorum Divi Justiniani sacratissimi principis*, liber IV, titulus VI, § 30 [trad. fr. *Les Institutes de l'Empereur Justinien* par M. Hulot, Metz, Behmer, 1806, p. 224] ; Jean-Pierre Lévy/André Castaldo, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2010, pp. 721-722).

⁷³ Hans Peter Tschudi, *Geschichte des schweizerischen Arbeitsrechts*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1987, p. 1. Le fait de considérer fictivement un esclave comme une chose n'est rendu possible que par la distinction préalable qu'opère le droit romain entre personne et chose, distinction inconnue d'autres civilisations, par exemple du droit chinois classique (Alain Supiot, *Homo juridicus*, Paris, Éditions du Seuil, 2005, p. 48 et s.).

⁷⁴ Lévy/Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, Paris, 2^e éd., 2010, p. 730.

Lorsque des esclaves voulurent, de leur propre initiative, se louer à des employeurs, la rémunération, qui restait obligatoire dans le louage sauf à le transformer en prêt (« commodat ») ou en mandat, revenait au maître de l'esclave ou alimentait le pécule de celui-ci⁷⁵.

Dans une étape ultérieure, des personnes libres conclurent le même genre de contrat⁷⁶. À côté des esclaves, des ouvriers agricoles, des artisans, pouvaient ainsi être loués – la plupart du temps oralement – pour effectuer des tâches déterminées⁷⁷. En cas de mauvais comportement des ouvriers, l'employeur romain se faisait justice lui-même, comme si ces employés étaient des esclaves⁷⁸. Comme nous allons le voir par la suite, notre contrat de travail est l'héritier conceptuel du contrat de louage du droit romain⁷⁹.

25

Section 2 : Europe médiévale et moderne : louage et corporations

Louage. Affublés du même nom que les esclaves romains (*servi*), les serfs médiévaux se virent, jusqu'au XIII^e siècle au moins, appliquer un régime juridique assez similaire à celui de leurs homonymes anciens⁸⁰. Le louage de services subsista donc durant plusieurs siècles, constituant moins un régime juridique librement consenti qu'une véritable condition sociale, un statut bien souvent héréditaire⁸¹, la pensée médiévale ayant coutume de diviser la société en trois ordres et d'assigner le travail productif à l'ordre inférieur des *laboratores*, c'est-à-dire des travailleurs manuels⁸². Dans les campagnes, la main d'œuvre agricole louée était souvent placée sous la dépendance d'un maître les hébergeant⁸³.

26

Cette antique tradition romaine du louage ne manqua pas d'évoluer sur le plan conceptuel. Au XVII^e siècle, Jean Voët distingua le louage de *chose* (*locatio rei*), le louage d'*ouvrage* (*locatio rei faciendi*) et le louage de *services* (*locatio operarum*)⁸⁴. Cette distinction fut recueillie par Robert-Joseph Pothier au siècle suivant⁸⁵.

⁷⁵ *Digesta*, liber XXXIII, titulus II, § 2 (édition H. Hulot, *Digeste*, Metz, Behmer Lamort, 1803, p. 523).

⁷⁶ Lévy/Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, Paris, 2^e éd., 2010, pp. 730-731.

⁷⁷ Paul Veyne, *La Vie privée dans l'Empire romain*, (1^e éd. 1985, revue et complétée en 1999), Paris, Éditions du Seuil, 2015, p. 119.

⁷⁸ Paul Veyne, *op. cit.*, p. 120.

⁷⁹ Wilhelm Birchmeier, *Der Lohnanspruch aus Dienstvertrag im schweizerischen Obligationenrecht*, Buchdruckerei J. Dossenbach, Baar, 1926, p. 3.

⁸⁰ Michel Villey, *Le Droit romain*, (1^e éd. 1945), Paris, Presses Universitaires de France, 2012, p. 66.

⁸¹ Guillaume-Henri Camerlynck, *Contrat de travail*, in *Traité de droit du travail*, tome I, Paris, Dalloz, 1968, p. 1.

⁸² Dorothee Rippmann, « Travail », in *Dictionnaire historique de la Suisse*, < hls-dhs-dss.ch >.

⁸³ Frédéric-Jérôme Pansier, *Droit du travail*, Paris, LexisNexis, 2011, p. 5.

⁸⁴ Cf. Auguste Maurice, *Table des commentaires de J. Voet sur les Pandectes, analysés dans leurs rapports avec chacun des articles des cinq codes français*, Bruxelles, Librairie polytechnique, 1841.

⁸⁵ Robert-Joseph Pothier, *Traité du contrat de louage*, Paris, Debure l'aîné, 1764 ; cf. également, Jean Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, (1^e éd. 1689/1694), Paris, Nyon aîné, 1777, livre I, titre IV, sections VII et

27 Demeurant dans le même mépris que l'Antiquité pour le travail subordonné⁸⁶, Pothier ne traita des relations de travail que dans un seul paragraphe, principalement consacré au louage de services des domestiques. Le travail demeure chez lui largement en dehors du droit, ne représentant qu'une simple affaire « d'ordre intérieur » pouvant être réglée au sein de l'atelier ou de la corporation, voire une affaire relevant des autorités policières⁸⁷.

On trouve de nombreuses règles intéressantes chez Pothier, dont certaines sont encore en vigueur en droit suisse. Notamment, en l'absence de précision, on observera pour les ouvriers se louant à la journée le « prix » en usage dans les lieux (comp. avec art. 322 CO)⁸⁸. Pour déterminer si la faute alléguée par le maître pour renvoyer l'ouvrier ou le serviteur avec effet immédiat existe, le juge doit trancher en se déterminant « par les circonstances et par la dignité du maître » (comp. avec art. 337, al. 3 CO)⁸⁹. Si un renvoi a lieu avant terme sans faute du serviteur, ce dernier a droit aux gages restant à courir et même à des dommages-intérêts (comp. avec art. 337c CO)⁹⁰.

28 **Corporations.** Ce désintérêt des juristes savants pour le travail se comprend en partie parce qu'à l'époque médiévale et moderne, les personnes étaient bien souvent enserrées dans des groupes, qui formaient tout à la fois des structures de subordination et de protection⁹¹. Ceci explique que le travail fût alors généralement « encadré », tant par la police que par la corporation⁹².

Le régime corporatif se rapprochait d'une relation de vassalité, dans laquelle une protection était accordée par un maître à un compagnon qui lui promettait fidélité ; le régime de cette relation était principalement statutaire et fondé sur la confiance entre personnes⁹³. La condition du compagnon se trouvait déterminée moins par un contrat individuel que par les statuts de la corporation concernée, laquelle formait un « groupement obligatoire et organisé, à direction strictement patronale, et doté d'attributions quasi réglementaires »⁹⁴. Toutefois, le salariat était censé être un état transitoire, au point que les maîtres-ouvriers de Lyon pouvaient écrire en 1761 : « Le

VIII ; Luigi Mengoni, « Le contrat de travail en droit italien », in *Le Contrat de travail dans le droit des pays membres de la CECA*, Luxembourg, 1965, p. 424.

⁸⁶ Robert-Joseph Pothier, *op. cit.*, p. 11.

⁸⁷ Gérard Aubin/Jacques Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, p. 30.

⁸⁸ § 40.

⁸⁹ § 175.

⁹⁰ § 173.

⁹¹ Gérard Aubin/Jacques Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, p. 11.

⁹² Gérard Aubin/Jacques Bouveresse, *op. cit.*, p. 31.

⁹³ Gérard Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail », *Archives de philosophie du droit*, tome XIII, 1968, p. 59.

⁹⁴ Guillaume-Henri Camerlynck, *Contrat de travail*, in *Traité de droit du travail*, tome I, Paris, Dalloz, 1968, pp. 6-7.

motif de celui qui se destine à un métier est d'y travailler, non pas comme ouvrier toute sa vie, mais comme maître. »⁹⁵

Des réglementations visaient à organiser les relations au sein des ateliers et fabriques qui commençaient à émerger. Ainsi de l'*Obrigkeitslich errichtete Fabrikordnung*, édictée en 1717 à Zurich⁹⁶.

Schématiquement, on peut donc dire que s'affirma progressivement une dualité de conceptions juridiques des relations de travail, tributaire d'un côté de l'héritage romaniste – caractérisé par une approche plutôt contractuelle de la relation de travail – et, d'un autre côté, d'une conception plus germaniste – davantage imprégnée par les rapports de communauté et le statut⁹⁷. Dans les faits, les « gens de bras » s'opposaient aux « gens de métier » (par exemple les artisans)⁹⁸. La Suisse, placée qu'elle était à la charnière des mondes gallo-romain et germanique⁹⁹, a pleinement partagé ces deux conceptions.

29

C'est sous ces deux aspects de louage et de corporations que le travail se présente devant la Révolution.

Section 3 : La Révolution des Lumières : des contractants présumés libres et égaux

La conception du travail comme objet contractuel. Pour comprendre les fondements de notre droit du travail contemporain, il faut prendre la mesure de la révolution intellectuelle, politique, sociale et économique qui s'est opérée dans le monde occidental au cœur du XVIII^e siècle. Alors que, dans le système de valeurs que nous avait légué la période médiévale, il n'y avait de « prise de conscience d'une situation [...] professionnelle qu'à travers une participation [...] à un univers religieux »¹⁰⁰, ce qui impliquait notamment de placer les relations corporatistes sous la tutelle d'un saint protecteur spécifique et de reconnaître la diversité des réglementations propres aux différentes professions¹⁰¹, les codificateurs des XVIII^e et XIX^e siècles marquèrent leur rejet d'une conception à la fois statutaire et diversifiée du travail. La conception d'une diversité de situations de travail a progressivement laissé la place à une conception unifiée du travail dépendant, sous l'égide d'une

30

⁹⁵ Cf. Gérard Aubin/Jacques Bouveresse, *op. cit.*, p. 35.

⁹⁶ William Rappard, *La Révolution industrielle et les origines de la protection légale du travail en Suisse*, (1^e éd. 1914), Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2008, p. 177.

⁹⁷ Sur ces questions, cf. Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, (1^e éd. 1994), Paris, Presses Universitaires de France, 3^e éd., 2015, pp. 13-38.

⁹⁸ Gilles Auzero/Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 30^e éd., 2016, p. 3.

⁹⁹ Paul Guichonnet, « Suisse », in *Encyclopedia universalis*, < universalis.fr >.

¹⁰⁰ Jacques Le Goff, *Pour un autre Moyen Âge*, Paris, Gallimard, 1977.

¹⁰¹ Guillaume-Henri Camerlynck, *Le Contrat de travail*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1982, p. 2.

réglementation contractuelle uniformément applicable. Alors que, depuis l'Antiquité, il n'existait pas de conception unifiée du « travail », mais bien plutôt une diversité de tâches concrètes, diversement qualifiées et diversement réglementées¹⁰², la logique nouvelle estompa la diversité des travaux humains. La variété du travail se fondait ainsi dans une même catégorie abstraite : les produits du travail, tous divers par leur usage, devinrent des marchandises toutes comparables entre elles¹⁰³. « Le travail est donc une marchandise que son possesseur, le salarié, vend au capital. »¹⁰⁴ Le travail humain, quelle que fût sa réalité propre, put ainsi devenir l'objet d'un rapport d'échange, c'est-à-dire – du point de vue juridique – d'un contrat. Par une évolution historique propre à l'Occident, le travail en est venu à être considéré chez nous comme une marchandise, que l'argent peut acheter¹⁰⁵.

31 Cette révolution fut le produit d'une conjonction d'idées.

Le premier facteur fut la **rationalisation de l'économie** : ayant pour but l'enrichissement matériel, cette rationalisation signa le mariage de la rationalité formelle (calculabilité, prévisibilité, quantification) – en somme d'un projet intellectuel de mathématisation de l'univers¹⁰⁶ –, et de la rationalité instrumentale (nivellement de la fin à la hauteur des moyens, analyse des coûts et des bénéfices tenant compte simultanément des moyens, de la fin et des conséquences indirectes)¹⁰⁷. Produit de cet alliage, notre système économique se caractérisa par une conception abstraite et quantitative du travail. Cette conception particulière fut l'un des fondements du capitalisme.

32 La notion de « **capitalisme** » a fait l'objet de nombreuses théories. Max Weber considère que le capitalisme se définit par l'existence d'entreprises dont le but est l'accumulation indéfinie de richesses par l'organisation rationnelle du travail et de la production¹⁰⁸ ; Jon Elster l'envisage comme un grand courant économique qui va du XVI^e siècle à nos jours et se caractérise, du point de vue microéconomique, par la rationalité, le salariat et le dynamisme et, du point de vue macroéconomique, par une opposition à la théorie mercantiliste – théorie qui considère, comme dans la théorie des forces, que si les uns s'enrichissent, c'est que les autres s'appauvrissent – et par une

¹⁰² Alain Supiot, « Les notions de contrat de travail et de relation de travail en Europe », *Rapport pour la Commission des Communautés européennes*, janvier 1992, p. 2.

¹⁰³ Karl Marx, *Das Kapital*, (1^e éd. 1867), trad. fr. *Le Capital* par M. Jacob/J. Roy/M. Rubel/S. Voute, Paris, Gallimard, 2008, chap. I.

¹⁰⁴ Karl Marx, *Lohnarbeit und Kapital* (1^e éd. 1849), trad. fr. *Travail salarié et capital* par M. Rubel et L. Evrard, in *Œuvres*, vol. I, Paris, Gallimard, 1965.

¹⁰⁵ Micheline Jamouille, *Seize leçons sur le droit du travail*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1994, p. 61 ; Hans Peter Tschudi, *Geschichte des schweizerischen Arbeitsrechts*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1987, p. 3.

¹⁰⁶ Cf. Franz Borkenau, *Der Übergang vom Feudalen zum Bürgerlichen Weltbild : Studien zur Geschichte der Philosophie der Manufakturperiode*, (1^e éd. 1934), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1971.

¹⁰⁷ Jon Elster, *Leibniz et la formation de l'esprit capitaliste*, Paris, Aubier-Montaigne, 1975, p. 14.

¹⁰⁸ Max Weber, *Die protestantische Ethik und der « Geist » des Kapitalismus*, (1^e éd. 1904-1905), trad. fr. *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme* par I. Kalinowski, Paris, Flammarion, 3^e éd., 2002 ; cf. Raymon Aron, *Les Étapes de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard, 1967, p. 531.

adhésion à la théorie de la croissance perpétuelle¹⁰⁹ ; pour Alain Supiot, le propre du capitalisme est de faire du marché un principe général de régulation de la vie économique¹¹⁰ ; dans la même veine, Joyce Appleby voit le capitalisme comme le temps où les impératifs et les stratégies d'investissement privés en viennent à dominer¹¹¹ ; Karl Polanyi, enfin, fait le lien entre les bases intellectuelles du capitalisme et le travail : le capitalisme repose sur la triple fiction consistant à considérer le travail, la terre et la monnaie comme des marchandises, c'est-à-dire comme des biens quantifiables et échangeables¹¹².

Parmi les idées tout à fait essentielles à l'origine de cette révolution, on compte celles des physiocrates et de leurs successeurs : ces penseurs se sont faits les promoteurs de l'ordre naturel et providentiel qui adviendrait si était établie la liberté de la concurrence¹¹³. Il s'agissait de « laisser faire et laisser passer »¹¹⁴. On pensa que des « vices privés » naissait la « vertu publique »¹¹⁵ ; on promut la métaphore d'une « main invisible » qui gouvernerait l'économie¹¹⁶. On retrouva des conceptions qui peuvent rappeler, par certains aspects, celles d'Aristote lorsqu'il justifiait l'esclavage¹¹⁷ : par exemple, dans le préambule de l'édit de Turgot proclamant en 1776 la liberté pour quiconque d'exercer un commerce ou un art manuel¹¹⁸, il fut proclamé que « toute entreprise [...] d'industrie exige le concours de deux espèces d'hommes : d'entrepreneurs qui font les avances de matières premières, des ustensiles nécessaires à chaque commerce ; et de simples ouvriers qui travaillent pour le compte des premiers, moyennant un salaire convenu ».

La conception contractuelle de la relation de travail résulta également de la **philosophie des Lumières**, telle qu'elle se propagea en Europe occidentale au XVIII^e siècle. Régna alors l'idée qu'une personne ne pouvait soumettre sa volonté à celle d'une autre personne que par son propre consentement. Cette logique ouvrit la voie à la consécration légale de la liberté et de l'égalité formelles de tous les contractants.

¹⁰⁹ Jon Elster, *Leibniz et la formation de l'esprit capitaliste*, Paris, Aubier-Montaigne, 1975, p. 15.

¹¹⁰ Alain Supiot, « Contribution à une analyse juridique de la crise économique de 2007 », *Revue internationale du travail*, 2010, p. 167.

¹¹¹ Joyce Appleby, *The Relentless Revolution. A History of Capitalism*, (1^e éd. 2010), trad. fr. *Capitalisme. Histoire d'une révolution permanente* par L. Bury, Paris, Piranha, 2016, p. 13.

¹¹² Karl Polanyi, *The Great Transformation*, (1^e éd. 1944), trad. fr. *La grande transformation* par C. Malamoud, Paris, Gallimard, 1983, pp. 102 et s. ; cf. également Jérôme Maurcourant, *Avez-vous lu Polanyi ?*, Paris, Flammarion, rééd., 2011.

¹¹³ Cf. par exemple, François Quesnay, *Maximes générales du gouvernement agricole le plus avantageux au genre humain*, Paris, Bureau de 'la Correspondance', 1775, XXV.

¹¹⁴ Cf. Vincent de Gournay, *Réflexions sur la contrebande*, (1^e éd. 1753), disponible sur < institutcoppet.org >.

¹¹⁵ Bernard Mandeville, *The Fable of the Bees: or, Private Vices, Publick Benefits*, (1^e éd. 1714 et 1729), trad. fr. *La Fable des abeilles* par L. et P. Carrière, Paris, Vrin, 2010.

¹¹⁶ Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, (1^e éd. 1776), trad. fr. *La Richesse des nations* par G. Garnier, Paris, Flammarion, 1991.

¹¹⁷ Cf. *supra* n° 18.

¹¹⁸ Gérard Aubin/Jacques Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, p. 26.

35 On connaît le rôle décisif joué par Kant dans la genèse de la notion d'« autonomie de la volonté » (bien que la notion fût utilisée par le philosophe de Königsberg dans une perspective toute différente de celle que retiendra la tradition juridique de la fin du XIX^e siècle) : « L'autonomie est un principe de la nature humaine et de toute autre nature raisonnable. »¹¹⁹ L'idée d'autonomie se manifesta notamment dans toute la théorie du « contrat social », qui de Grotius et Hobbes à Rousseau en passant par Pufendorf, revint à considérer que « comme tous les hommes ont une égale liberté, il est injuste de prétendre les assujettir à quoi que ce soit sans un consentement de leur part [...] ou sans qu'ils aient donné droit par quelque acte propre de les dépouiller de leur liberté »¹²⁰. Il conviendrait, pour être précis, de parler aussi de l'importance de l'émergence du concept d'État dans le « processus de civilisation » de l'Occident : la pacification des relations sociales, des rapports de forces et de la domination passent alors d'une contrainte extérieure vers une autocontrainte¹²¹. Cette conception de l'État, proprement occidentale, s'oppose notamment à la conception traditionnelle chinoise de l'État davantage comme famille (en chinois moderne, l'État s'écrit littéralement « pays-maison »)¹²².

36 **Mise en œuvre de cette conception.** C'est la Révolution française qui, de manière nette, promut le contrat de travail abstrait contre le système corporatif¹²³, issu de la tradition germaniste et perçu alors comme hiérarchique et autoritaire¹²⁴. Les textes fondateurs de la nouvelle conception furent le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 qui supprima les corporations (« Il sera libre à toute personne [...] d'exercer telle profession, art ou métier, qu'elle trouvera bon [...] ») et la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791 qui interdit l'organisation de tout mouvement collectif. Le législateur visait ainsi à instaurer la liberté d'embauche de la main d'œuvre : pour exercer librement toute forme d'activité commerciale, artisanale ou industrielle, le patron devait pouvoir embaucher librement la main d'œuvre¹²⁵. En Suisse, après quelques prémisses au niveau cantonal durant le XVIII^e siècle¹²⁶, la loi consacrant le principe de

¹¹⁹ Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, (1^e éd. 1785), trad. fr. *Fondements de la métaphysique des mœurs* par V. Delbos, Paris, Livre de Poche, 1907, Deuxième partie.

¹²⁰ Samuel von Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, (1^e éd. 1672), trad. fr. *Droit de la nature et des gens* par J. Barbeyrac, Caen, Réimpression par la Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 1987, livre III, chapitre 2, § 8.

¹²¹ Cf. Norbert Elias, *Über den Prozess der Zivilisation*, (1^e éd. 1939, 2^e éd. 1969), trad. fr. du tome II *La Dynamique de l'Occident* par P. Kamnitzer, Paris, Calmann-Lévy, 1975, pp. 181 et s.

¹²² Anne Cheng, *Histoire de la pensée chinoise*, Paris, Éditions du Seuil, 1997, p. 48.

¹²³ William Rappard, *La Révolution industrielle et les origines de la protection légale du travail en Suisse*, (1^e éd. 1914), Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2008, p. 4.

¹²⁴ Micheline Jamoulle, *Seize leçons sur le droit du travail*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1994, pp. 59-60.

¹²⁵ Guillaume-Henri Camerlynck, *Contrat de travail*, in *Traité de droit du travail*, tome I, Paris, Dalloz, 1968, p. 8.

¹²⁶ William Rappard, *La Révolution industrielle et les origines de la protection légale du travail en Suisse*, (1^e éd. 1914), Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2008, p. 69.

liberté du commerce et de l'industrie fut promulguée par le Directoire helvétique en 1798¹²⁷.

La Révolution découvrit que les conceptions romaines seyaient bien au nouvel ordre économique, individualiste et libéral¹²⁸, ce qui explique que les auteurs du code civil français les codifièrent. Prenant, à l'image de Pothier, le contrat de bail comme contrat modèle, le législateur soumit le travail subordonné à deux principes cardinaux : liberté et force obligatoire des contrats. Avec cette épuration drastique du régime juridique du travail, le code civil français de 1804 pouvait réduire la réglementation du louage de services à deux articles spécifiques (art. 1780 et 1781), le droit commun du louage étant applicable pour le surplus. Le contrat de travail se lut dès lors à l'aune du contrat matriciel du louage, à savoir le contrat de vente. Le contrat de vente – et à sa suite le contrat de louage – étant un contrat consensuel, synallagmatique et commutatif¹²⁹ (cf. art. 184 CO), le travail se constitua juridiquement selon ces caractères. C'est pour cette raison que le contrat de vente ouvre, encore aujourd'hui, la partie de notre code sur les contrats spéciaux, suivi dans l'ordre par le contrat de bail puis par le contrat de travail.

37

Sous ces aspects particuliers, le louage de services s'est alors répandu dans toute l'Europe – l'Angleterre connaissant une variante sous l'appellation *contract of service*¹³⁰ –, notamment en Allemagne (*Dienstvertrag*) et en Suisse (« louage de services » du code fédéral des obligations de 1881, repris dans le code des obligations de 1911).

En somme, le code Napoléon traduisit, sur le plan juridique, les conceptions économiques libérales qui triomphèrent à ce moment-là (harmonie naturelle, intérêt individuel, libre concurrence)¹³¹. La société ainsi préconisée fut une société de petits producteurs, maîtres de leur outil de travail et de leurs mouvements¹³². Une éventuelle protection des travailleurs dépendants ne faisait aucunement partie des préoccupations politiques de l'heure. Le cœur nucléaire du système ne fut donc en rien le travail, mais la propriété. L'article 641 de notre code civil en porte encore témoignage : « Le

38

¹²⁷ Bundesarchiv, 1798, vol. 548, fol. 159.

¹²⁸ Gérard Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail », *Archives de philosophie du droit*, tome XIII, 1968, p. 59.

¹²⁹ Cf. Guillaume-Henri Camerlynck, *Contrat de travail*, in *Traité de droit du travail*, tome I, Paris, Dalloz, 1968, p. 2.

¹³⁰ Sur la distinction, propre aux droits de Common law, entre « *contract of service* » et « *contract for services* », cf. Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, (1^e éd. 1994), Paris, Presses Universitaires de France, 3^e éd., 2015, p. 15 et Deborah Lockton, *Employment Law*, Londres, Palgrave Macmillan, 7^e éd., 2010, p. 21. En droit anglais, le modèle de base est le modèle « *master-servant* », qui a connu son apogée au milieu du XIX^e siècle (Simon Deakin, « The Many Futures of the Contract of Employment », in Joanne Conaghan/Richard Fischl/Karl Klare [éd.], *Labour Law in an Era of Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 180).

¹³¹ Guillaume-Henri Camerlynck, *Contrat de travail*, in *Traité de droit du travail*, tome I, Paris, Dalloz, 1968, p. 10.

¹³² Gérard Aubin/Jacques Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, p. 41.

propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi. » La liberté du propriétaire est d'ailleurs toujours la règle et doit être présumée¹³³.

39 Dans ce système, le contrat individuel de travail apparut comme le mécanisme juridique le plus approprié à la disposition du chef d'entreprise, en même temps que comme la clef de voûte de tout l'édifice des rapports de travail¹³⁴. Selon cette vision optimiste du libéralisme, le travail, libéré de ses anciennes attaches, devait garantir à la fois la maîtrise de l'existence individuelle et le progrès collectif¹³⁵.

Par ce montage juridique notamment, l'usage extensif du travail subordonné était rendu possible dans la réalité.

Section 4 : La Révolution¹³⁶ industrielle : naissance du droit du travail

40 Lorsque le travail industriel devint une réalité pour un nombre important de personnes en Europe au XIX^e siècle, son régime juridique – relecture des règles romaines de la *locatio conductio operarum*, sur lesquelles vinrent s'inscrire les principes de liberté et d'égalité formelles des contractants – se révéla particulièrement mal adapté¹³⁷. « Les faits devaient rapidement démontrer [que] la discussion n'intervient pas entre deux "bons pères de famille", conçus *in abstracti* et discutant sur un pied d'égalité, mais entre un travailleur de condition sociale inférieure, "économiquement faible", disposant de son seul salaire et ne pouvant attendre au lendemain, et un patron mieux armé par son instruction plus poussée, ses capitaux, son autorité morale, et qui, en fait dictera ses conditions. Or dans le contexte d'une économie libérale, le jeu de la libre concurrence et de la loi de l'offre et de la demande amène fatalement l'employeur à imposer de bas salaires et des conditions de travail défavorables, afin de diminuer les frais généraux de l'entreprise et d'abaisser ainsi le prix de revient. »¹³⁸ Le sort de ce qu'on put alors identifier comme la « classe ouvrière » fut noir, notamment en raison de l'insécurité (accidents, chômage) à laquelle s'ajoutaient le déracinement, l'insalubrité du logement et la dureté des conditions de travail¹³⁹.

Pour rendre raison de manière plus complète de la prolétarianisation d'une partie de la population européenne au XIX^e siècle, il faudrait sans doute encore faire une place au

¹³³ TF, 18 mai 1923, ATF 49 I 293.

¹³⁴ Guillaume-Henri Camerlynck, *Contrat de travail, in Traité de droit du travail*, tome I, Paris, Dalloz, 1968, p. 10.

¹³⁵ Mario König, « Travail », in *Dictionnaire historique de la Suisse*, < hls-dhs-dss.ch >.

¹³⁶ L'industrialisation, ou plus exactement l'« industrialisation », puisant ses sources bien en amont du XVIII^e siècle (cf. Pierre Musso, « Et l'industrie naquit dans les monastères », *Le Monde diplomatique*, juillet 2017), le terme de « Révolution » industrielle est sujet à caution. Nous le conservons ici par commodité.

¹³⁷ Arthur Nikisch, *Arbeitsrecht*, (1^e éd. 1951), Tübingen, J. C. B. Mohr, 3^e éd., 1961, p. 13.

¹³⁸ Guillaume-Henri Camerlynck, *Contrat de travail, in Traité de droit du travail*, tome I, Paris, Dalloz, 1968, p. 12.

¹³⁹ Jean-Charles Asselain, « Révolution industrielle », in *Encyclopedia Universalis*, < universalis.fr >.

processus de fermeture des communs (*enclosures*)¹⁴⁰, dont certains jugent qu'il a entraîné un dénuement ne laissant d'autre possibilité aux personnes que la location de leur force de travail¹⁴¹ : « Les structures capitalistes ont établi les employeurs comme seuls pourvoyeurs d'argent (avec les financiers). »¹⁴²

Dès que fut dressé le tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures¹⁴³, il devint manifeste que le régime juridique du travail salarié engendrait des atrocités sociales, lesquelles représentaient une forme symbolique de « révolte des faits contre le droit ». Le caractère fictif d'un contrat conclu entre parties inégales put être mis en évidence, tout comme le recours nécessaire, pour rétablir l'équilibre des forces en présence, soit à l'intervention étatique, soit au groupement des travailleurs¹⁴⁴.

41

Cette prise de conscience conduisit à l'apparition du droit du travail salarié moderne¹⁴⁵ – enfant tant de la révolution politique que de la révolution industrielle¹⁴⁶ – qui se détacha progressivement du tronc commun du droit des obligations. Après avoir été conceptuellement rattaché au droit des biens, puis au droit abstrait des contrats, le droit régissant le travail devint alors législation industrielle¹⁴⁷.

La question de l'articulation du travail et des formes de domination qu'il présente (notamment par la hiérarchisation des fonctions et la subordination) avec la théorie du républicanisme définissant la liberté comme non-domination a également nourri la réflexion au XIX^e siècle¹⁴⁸.

Législation industrielle. Des lois furent peu à peu votées, pour interdire le travail des enfants en dessous d'un certain âge, limiter la journée de travail, etc. La Suisse fut un pays précurseur en la matière¹⁴⁹ : dès le 7 novembre 1815, une ordonnance sur le travail des enfants dans les fabriques était mise en œuvre à Zurich. En outre la Suisse,

42

¹⁴⁰ Pour davantage de détails, cf. Francis Demier, « Actes d'enclosure », in *Encyclopedia Universalis*, < universalis.fr >.

¹⁴¹ Frédéric Lordon, *Capitalisme, désir et servitude*, Paris, La Fabrique éditions, 2010, p. 24.

¹⁴² Frédéric Lordon, *op. cit.*, p. 30.

¹⁴³ Louis-René Villermé, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, (1^e éd. 1840), Paris, La Découverte, 1986 ; Friedrich Engels, *Die Lage der arbeitende Klasse in England*, (1^e éd. 1845), trad. fr. *La Situation de la classe laborieuse en Angleterre en 1844* par G. Badia et J. Frédéric, Paris, Éditions sociales, 1960 ; cf. également, Manfred Rehinder, « Über die Geburt des Arbeitsrechts aus dem Geiste der Rechtssoziologie. Die Pionierarbeit von Philipp Lotmar », ArbR 2002 9.

¹⁴⁴ Gaston Morin, *La Révolte des faits contre le code*, Paris, Grasset, 1920.

¹⁴⁵ Cf. Alain Supiot, « Pourquoi un droit du travail ? », *Droit social*, 1990, p. 485.

¹⁴⁶ Jean-Philippe Dunand/Bruno Schmidlin/Bénédict Winiger, *Droit privé romain II. Obligations*, Genève, Schulthess, 2010, p. 106.

¹⁴⁷ Cf. par exemple : TF, 6 février 1905, ATF 31 I 123.

¹⁴⁸ Vincent Bourdeau, « Le travail des républicains », 26 avril 2012, < implications-philosophiques.org >.

¹⁴⁹ Certains historiens anglais se targuent que leur pays ait connu la première législation du travail répondant aux situations issues de la Révolution industrielle : Johannes Schregle/Wilfred Jenks, « Labour Law », in *Encyclopedia Britannica*, < britannica.com >



à travers une ordonnance glaronnaise de 1846, fut l'une des premières nations d'Europe à faire l'expérience d'une législation industrielle réglementant non seulement le travail des enfants, mais aussi celui des adultes¹⁵⁰. La législation du canton de Glaris, notamment par une loi du 10 août 1864, servit ensuite de prototype à la première loi fédérale sur le travail dans les fabriques de 1877¹⁵¹.

- 43 Pour comprendre l'évolution juridique qui s'opéra à ce moment-là, il est nécessaire de garder à l'esprit que, durant la seconde moitié du XIX^e siècle, l'industrie suisse se composait notamment d'ateliers de construction de locomotives et de machines, d'ateliers de tissage d'étoffes et de rubans de soie, d'ateliers de tissage et filatures de coton et de lin, d'ateliers de broderies mécaniques, fabriques d'étoffes imprimées, de papeteries et de fabriques de papier et carton-bois, de fabriques d'objets de paille, de fabriques de cigares, de verreries, de fabriques d'horlogerie et de pièces à musique¹⁵². Les problèmes rencontrés par les ouvriers étaient l'inhalation de substances nocives, des risques de blessure, une durée du travail excessive, un travail des enfants, un travail de nuit, le dimanche et les jours fériés, des modes de paiements désavantageux, des règlements de fabriques trop restrictifs. En somme, les ouvriers encouraient des dangers « pour [leur] santé et pour [leur] vie »¹⁵³.
- 44 Depuis le milieu du XIX^e siècle, les cantons passèrent donc des lois visant à protéger et donner des droits aux ouvriers. La loi fédérale sur le travail dans les fabriques a été voulue comme un remède aux « sérieux inconvénients qui se produisent dans l'industrie manufacturière », dans le but de « faire droit aux justes désirs de la classe ouvrière »¹⁵⁴. La législation sur le travail ne voulait pas s'opposer frontalement au principe de liberté des métiers et du commerce¹⁵⁵. Le but était un « correctif », conciliant les intérêts des ouvriers et ceux des patrons¹⁵⁶. Il faut rappeler qu'à l'époque, l'industrie était vue comme possédant une « mission civilisatrice »¹⁵⁷.
- 45 En dehors des prescriptions visant à préserver la santé et la sécurité des ouvriers, la loi sur les fabriques était surtout importante en ce qu'elle prévoyait une responsabilité objective de l'employeur : « Si l'exploitation d'une fabrique occasionne la mort d'un ouvrier ou des lésions, le propriétaire est responsable des dommages qui en résultent, à moins qu'il ne puisse établir que l'accident doit être attribué à la faute de la victime elle-même. » (art. 4)¹⁵⁸ C'est évidemment très important puisque c'était le moyen

¹⁵⁰ René Lavollée, *Les Classes ouvrières en Europe*, Paris, Guillaumin et cie, 2^e éd., 1884, tome II, p. 13.

¹⁵¹ William Rappard, *La Révolution industrielle et les origines de la protection légale du travail en Suisse*, (1^e éd. 1914), Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2008, p. 218.

¹⁵² Rapport de la Commission du Conseil national, 24 mai 1876, FF 1876 II 800.

¹⁵³ Rapport précité, FF 1876 II 798.

¹⁵⁴ Rapport de la Commission du Conseil national, 24 mai 1876, FF 1876 II 797.

¹⁵⁵ Rapport précité, FF 1876 II 798.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ FF 1876 II 830.

pour l'ouvrier d'obtenir une indemnisation en cas d'accident. Il avait été envisagé que les principes admis pour la responsabilité des administrations de chemins de fer pussent être appliqués dans certains cas. Un tel régime de responsabilité fut justifié de la manière suivante : « En présence du rôle toujours plus important que la vapeur joue comme moteur dans les exploitations industrielles, on ne saurait objecter que l'ouvrier est libre de chercher de l'occupation dans des entreprises moins dangereuses ou prétendre, d'une manière générale, que le salaire constitue déjà une prime pour celui qui s'expose à de semblables dangers. L'ouvrier de fabrique est obligé d'avoir confiance dans les mesures prises, en faveur de sa sécurité personnelle, par son patron et de s'en remettre souvent aveuglément à ce dernier. Comment dès lors s'opposer à ce que la responsabilité de l'entrepreneur soit proportionnelle à la grandeur des dangers auxquels est exposé celui qu'il emploie¹⁵⁹. » Ce faisant, c'est la logique *ubi onus ibi emolumentum* qui était appliquée : « Cette pensée du législateur a parfaitement sa raison d'être, que celui qui, dans un but de gain, utilise les forces de la nature, doit être responsable des dommages dont elles peuvent être la source, surtout lorsqu'il s'agit de la perte de la santé ou de la mort d'un homme, et que la victime nourrissait au travail de ses mains une famille qui reste plongée dans la plus profonde misère. »¹⁶⁰ Les retenues sur salaire étaient également réglementées¹⁶¹, tout comme le délai de préavis, la durée du travail, et des dispositions pour protéger les femmes et les mineurs.

À côté de cette législation industrielle, la conception contractuelle romaine continuait cependant à régir le contrat de travail. Ainsi de la loi fédérale sur les obligations du 14 juin 1881, qui n'apporta que peu de dérogations au principe de liberté contractuelle¹⁶².

Syndicalisme. La législation industrielle ne fut pas la seule manifestation du droit du travail naissant. Assez rapidement, il apparut qu'un travailleur – surtout lorsqu'il était, comme à l'époque, révocable quasiment *ad nutum* – ne pouvait seul obtenir par la négociation une amélioration des termes de l'échange contractuel. Unis, les travailleurs constituaient en revanche une force suffisamment importante pour peser dans la discussion face aux propriétaires juridiques des fabriques. Ces années, durant lesquelles la seconde « révolution industrielle » favorisa en Suisse la houille blanche, le tourisme, l'horlogerie, les machines et les produits alimentaires, furent donc celles où la Fédération ouvrière suisse, regroupant Parti socialiste et syndicats, préconisa une politique sociale forte¹⁶³. Ainsi naquit le mouvement syndical. Dans son sillage se constitua une institution tout à fait particulière, celle du contrat non pas individuel mais collectif. L'une des premières consécutions légales nationales (peut-être au niveau mondial) des conventions collectives fut l'œuvre du code des obligations de 1911¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Rapport de la Commission du Conseil national, 24 mai 1876, FF 1876 II 803.

¹⁶⁰ Rapport précité, FF 1876 II 804.

¹⁶¹ FF 1876 II 837.

¹⁶² Stéphanie Perrenoud, « L'évolution historique du droit de la relation de travail », in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Stéphanie Perrenoud (édit.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2016, p. 35.

¹⁶³ Bernard Debarbieux, « Suisse », in *Encyclopedia Universalis*, < universalis.fr >.

¹⁶⁴ Manfred Rehbindler, « Philipp Lotmar », in *Dictionnaire historique de la Suisse*, Bâle, Schwabe, 2009, vol. 8.

48 **Droit au travail.** À côté de la législation industrielle et du syndicalisme, il faut encore faire une place à une thématique qui occupa beaucoup les esprits au XIX^e siècle : le droit au travail. Dès lors qu'avait été organisée, dans les bassins d'industrie, la quasi-impossibilité pour les personnes modestes et non bourgeoises, de se procurer des moyens de subsistance hors de l'entrée dans le contrat de louage de services, une revendication se fit jour : celle du droit au travail. Un tel droit devait garantir non pas un travail exercé dans des conditions moins difficiles, mais la simple possibilité de pouvoir exercer un travail¹⁶⁵.

49 **Histoire comparée du droit social.** Les pays voisins de la Suisse connurent des évolutions similaires. En France, des lois sur le travail des enfants dans les manufactures (22 mars 1841), sur le droit au travail (Constitution de 1848), sur la suppression du délit de coalition (25 mai 1864), sur le travail des enfants et la création du corps de l'inspection du travail (19 mars 1874), sur la légalisation des groupements professionnels (21 mars 1884), sur la rupture abusive du contrat de louage de services à l'initiative de l'employeur (27 décembre 1890), sur un système de réparation des accidents du travail indépendant du droit de la responsabilité (9 avril 1898), aboutirent à l'adoption, en 1910, d'un Code du travail. En Allemagne, la grande loi fut la *Reichsgewerbeordnung* du 21 juin 1869. Le droit du travail allemand, à proprement parler, ne naquit qu'au XX^e siècle, et encore, de façon parcellaire. Alors même que la Constitution de Weimar avait prévu la constitution d'un droit du travail unifié (art. 157 : « *Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht.* »¹⁶⁶), un tel projet est resté inachevé¹⁶⁷. La même évolution d'un droit civiliste à un droit public des usines est observable aux États-Unis¹⁶⁸.

Une mention particulière doit également être faite pour les droits sociaux, qui amorcèrent une timide existence juridique, dans le sillage du droit du travail¹⁶⁹. L'une des premières consécration constitutionnelles fut l'œuvre de la Constitution néerlandaise de 1814 (art. 226 en faveur du droit à l'instruction publique)¹⁷⁰.

¹⁶⁵ Sur le régime juridique du droit au travail, cf. *infra* n° 142 et s.

¹⁶⁶ Cf. également article 7, n° 9 de la Constitution de Weimar. Précurseur de cette idée : Hugo Sinzheimer, « Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland », (1^e éd. 1914), in *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, Francfort/Cologne, Europäische Verlagsanstalt, 1976, pp. 35-61.

¹⁶⁷ Arthur Nikisch, *Arbeitsrecht*, (1^e éd. 1951), Tübingen, J. C. B. Mohr, 3^e éd., 1961, p. 2.

¹⁶⁸ Cf. Donald Rogers, « From Common Law to Factory Laws : The Transformation of Workplace Safety Law in Wisconsin Before Progressivism », *American Journal of Legal History*, vol. 39, n° 2, avril 1995, p. 177.

¹⁶⁹ Carlos Miguel Herrera, *Les Droits sociaux*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009, p. 54 : certains considèrent que « le travail constitue l'axe, et même le noyau à partir duquel se développent les autres droits sociaux ».

¹⁷⁰ Carlos Miguel Herrera, *op. cit.*, pp. 47-48.

Section 5 : Développement du droit du travail

Dans le contexte révolutionnaire que connaissait l'Europe, et notamment la Suisse, au début du XX^e siècle, les autorités n'hésitaient pas à faire usage de la force contre les travailleurs, de manière brutale et radicale. Ainsi, en 1918, une vague de grèves révolutionnaires fut brisée par l'action de l'armée¹⁷¹.

50

En parallèle, certaines initiatives virent le jour, tandis que législation industrielle, syndicalisme et droit au travail constituèrent, dès la seconde moitié du XIX^e siècle, la triade fondatrice du droit social. De leur logique sortit ce qui forme encore aujourd'hui largement nos droits du travail et des assurances sociales.

Initiatives pour un progrès social. Dans cette veine fut conçue, en 1894, une initiative populaire visant le partage du temps de travail, l'organisation de bourses du travail destinées à procurer gratuitement du travail à ceux qui en auraient besoin, une protection des ouvriers contre les « renvois injustifiés », une forme d'assurance contre le chômage, une protection des syndicats et des juridictions spécialisées en matière de travail¹⁷². Rejetée par 80 % des votants, elle resta lettre morte, jusqu'à ce qu'en 1919, un projet de loi unique susceptible de régir l'ensemble des conditions de travail fût adopté par l'Assemblée fédérale¹⁷³. Ce projet connut toutefois le même sort et fut également rejeté lors de la votation populaire du 21 mars 1920.

51

Cette votation populaire avait été demandée par des signataires résidant principalement dans les cantons de Vaud, Fribourg et Berne¹⁷⁴. Sur 500 000 votants, la loi a été repoussée à une majorité minime de 1946 voix¹⁷⁵. Les rejetants se trouvaient de manière écrasante dans les cantons de Vaud et de Fribourg, un peu moins à Berne, Lucerne, en Valais, et dans les Grisons¹⁷⁶. Schématiquement, on peut dire que l'alliance des cantons de Vaud et de Fribourg a eu raison d'une innovation souhaitée par le Parlement fédéral et les cantons de Zurich, Bâle et Genève.

L'initiative de 1894 ne fut pas, de loin, la seule à ne pas avoir rencontré les faveurs du peuple. Furent rejetées : en 1946, l'initiative « Droit au travail » ; en 1947, l'initiative « Réforme économique et droits du travail » ; en 1951, l'initiative « Garantie du pouvoir d'achat et du plein emploi (initiative pour la monnaie franche) » ; en 1958, l'initiative « Pour l'introduction de la semaine de 44 heures » ; en 1976, l'initiative « Pour la participation des travailleurs » ; la même année, l'initiative « Introduction de la semaine de 40 heures » ; en 1984, l'initiative « Pour une protection efficace de la maternité » ; en 1985, l'initiative « Extension de la durée des vacances payées » ; en 1988, l'initiative « Pour la réduction de la durée du travail » ; en 2002, l'initiative

¹⁷¹ Bernard Debarbieux, « Suisse », in *Encyclopedia Universalis*, < universalis.fr >.

¹⁷² < Admin.ch >.

¹⁷³ FF 1919 III 880.

¹⁷⁴ Rapport du Conseil fédéral, 19 avril 1920, FF 1920 II 428.

¹⁷⁵ Rapport précité, FF 1920 II 429.

¹⁷⁶ Rapport précité, FF 1920 II 430.

« Pour une durée du travail réduite » ; en 2013, l'initiative « 1:12 – Pour des salaires équitables » ; en 2014, l'initiative « Pour la protection de salaires équitables (Initiative sur les salaires minimums) » ; en 2016, l'initiative « Pour un revenu de base inconditionnel ». Dans cette longue liste furent seules acceptées : en 1993, l'initiative « Pour un jour de la fête nationale férié » et, en 2013, l'initiative « Contre les rémunérations abusives ».

52 Malgré le rejet de ces différentes initiatives, l'évolution du droit du travail se concrétisa par l'adoption de toute une série de lois : loi fédérale du 2 novembre 1898 concernant la fabrication et la vente des allumettes, loi fédérale du 18 juin 1914 sur le travail dans les fabriques, loi fédérale du 31 mars 1922 sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers, loi fédérale du 26 septembre 1931 sur le repos hebdomadaire, loi fédérale du 24 juin 1938 sur l'âge minimum des travailleurs, loi fédérale du 12 décembre 1940 sur le travail à domicile, loi fédérale du 13 juin 1941 sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce, loi fédérale du 1^{er} avril 1949 restreignant le droit de résilier un contrat de travail en cas de service militaire, loi fédérale du 20 septembre 1963 sur la formation professionnelle, etc¹⁷⁷.

53 Par ailleurs, la répartition des profits entre capital et travail a été âprement disputée en Suisse à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle. L'accord dans l'industrie des machines et des métaux de 1937 (*Friedensabkommen*) a marqué l'adoption d'un partenariat social d'un genre particulier¹⁷⁸. Depuis lors, les conflits collectifs ont été réduits à peau de chagrin¹⁷⁹. La confiance réciproque entre employeurs et travailleurs est une des bases de ce que l'on appelle en Suisse la « paix du travail »¹⁸⁰.

54 Durant l'après seconde guerre mondiale, le droit du travail suisse fut modifié et structuré jusqu'à nos jours par l'adoption de trois grandes lois successives : sur le droit collectif du travail (loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail), sur la législation industrielle (loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce) et sur le contrat de travail (loi fédérale du 25 juin 1971).

Tirillée entre progressisme et conservatisme, la Suisse aura tout de même été le pays qui aura pris les premières initiatives officielles visant à provoquer la conclusion de conventions internationales destinées à régler les questions du travail d'une manière uniforme dans tous les États industriels¹⁸¹.

¹⁷⁷ Pour davantage de détails, cf. Stéphanie Perrenoud, « L'évolution historique du droit de la relation de travail », in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Stéphanie Perrenoud (édit.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2016, pp. 4 à 215.

¹⁷⁸ Hans Peter Tschudi, « Der Arbeitsfrieden Ziel des Arbeitsrechts », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc*, Lausanne, IRAL, 2001, p. 385.

¹⁷⁹ Hans Peter Tschudi, *ibidem*.

¹⁸⁰ Hans Peter Tschudi, *ibidem*.

¹⁸¹ Hector G. Bartolomei de la Cruz/Alain Euzéby, *L'Organisation internationale du travail*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997, p. 7.

Critique de la conception romaniste et mise en valeur de la conception germaniste. Nous avons observé que la législation industrielle continua à se développer et à s'appliquer à la fin du XIX^e siècle et, dans une certaine mesure, jusqu'à nos jours. Proche d'un droit de police, la législation industrielle appartenait à l'activité de la police elle-même, laquelle était amenée à constater – et à sanctionner parfois – des dépassements de l'horaire de travail prévu¹⁸². La législation industrielle, devenue droit du travail, est à l'origine du premier développement international des droits sociaux avec la création, après la première guerre mondiale, de l'Organisation internationale du travail¹⁸³.

55

Toutefois, la législation industrielle ne rendait pas véritablement justice à la notion de travail, puisqu'elle n'ôtait rien à la conception romaniste d'un louage contractuel d'une chose contre une autre chose. Du point de vue civiliste, une certaine conception de la protection des travailleurs par les voies de la responsabilité civile¹⁸⁴ se manifesta.

Mais l'innovation majeure survint sous l'impulsion majeure de Philipp Lotmar¹⁸⁵ et d'Hugo Sinzheimer¹⁸⁶, qui développèrent la critique de la conception romaine du louage de services¹⁸⁷ et préparèrent le terrain à l'avènement intellectuel d'une autre conception du droit du travail. Il est à cet égard symptomatique de constater qu'un auteur comme Sinzheimer, tant sociologue que juriste, ait été désireux de voir « advenir la justice sociale »¹⁸⁸. Ce dernier espérait que le droit du travail pût « rendre commune » l'économie (*Gemeinwesen der Wirtschaft*), en ce sens que cette dernière ne fût plus l'œuvre de personnes privées mais qu'elle fût pilotée et administrée comme un tout par une volonté économique commune (*wirtschaftlicher Gemeinwille*) reposant sur des piliers à la fois multiples et formant communauté.

56

Ainsi, la conception romaniste se mit peu à peu à coexister tout à la fois avec la législation industrielle et le retour en grâce d'une conception germaniste. L'influence de Lotmar sur le code des obligations de 1911 est importante¹⁸⁹. Eugen Huber a synthétisé cette influence en des termes clairs : « Le contrat de services [...] n'est pas que le simple échange d'une prestation de travail et d'un salaire ; au sein du contrat de services s'exprime en outre un élément de la synergie de l'employeur et du travailleur

57

¹⁸² Cf. TF, 6 février 1905, ATF 31 I 123.

¹⁸³ Carlos Miguel Herrera, *Les Droits sociaux*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009, p. 53.

¹⁸⁴ Cf. par exemple : TF, 24 mars 1916, ATF 42 II 64.

¹⁸⁵ Cf. notamment : Philipp Lotmar, « Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern », *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*, Band 15, 1900, pp. 1-122 ; Philipp Lotmar, *Der Arbeitsvertrag*, 2 vol., 1902 et 1908. Cf. également : Iole Fergnoli (éd.), *Philipp Lotmar : letzter Pandektist oder erster Arbeitsrechtler ?*, Francfort, Klostermann, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 2014.

¹⁸⁶ Cf. notamment ses œuvres décisives : *Der korporative Arbeitsnormenvertrag*, en 1907 ; *Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*, en 1916 ; *Grundzüge des Arbeitsrechts*, en 1921 et 1927.

¹⁸⁷ Gérard Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail », *Archives de philosophie du droit*, tome XIII, 1968, p. 60.

¹⁸⁸ Cf. Otto Kahn-Freund, « Hugo Sinzheimer (1875-1914) », préface in Hugo Sinzheimer, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, Francfort/Cologne, Europäische Verlagsanstalt, 1976, p. 1.

¹⁸⁹ Manfred Rehbinder, « Philipp Lotmar », in *Dictionnaire historique de la Suisse*, Bâle, Schwabe, 2009, vol. 8.

[...]. Il en résulte qu'on ne peut absolument pas comprendre le régime juridique du contrat de services si l'on s'en tient uniquement à l'échange rigide et exsangue [en version originale : *blutlos*] du travail et du salaire. »¹⁹⁰ Cette double conception du travail perdura, si bien que le Conseil fédéral put affirmer, lors de la dernière refonte du droit du travail dans les années 1960 : « Les rapports de service ne représentent pas seulement un échange de prestations, [...] ils créent aussi un lien de communauté. »¹⁹¹

58 Juridiquement, on questionna le recours même au contrat se demandant s'il n'y avait pas en réalité qu'un acte unilatéral de l'employeur, exprimant la volonté de l'offrant et non celle de l'adhérent¹⁹². « Peut-on parler raisonnablement d'un contrat de louage de service entre l'employeur puissant capitaliste et l'ouvrier [?] De contrat, il n'y en a point. »¹⁹³ « Les actes d'adhésion n'ont de contractuel que le nom. [...] L'opération se décompose en l'émission d'une volonté réglementaire à laquelle une autre volonté vient adhérer. C'est la volonté réglementaire seule qui compte au point de vue de l'interprétation. »¹⁹⁴

59 La « théorie de l'entreprise » marqua alors un effacement du rôle joué par le contrat. L'idée est qu'« à côté des contrats, où les ouvriers interviennent comme parties, il y a l'institution organique, dont ils deviennent membres »¹⁹⁵. L'entreprise représente une « communauté de travail » qui, en tant que telle, constitue une « société naturelle »¹⁹⁶. Ainsi, naquit la « théorie de l'entreprise », laquelle impliquait au préalable la disparition de la notion, plus concrète, de « fabrique », dont il fut assez vite reconnu qu'elle n'était pas stable¹⁹⁷. Le contrat de travail devenait, dans cette logique, un droit de statut, c'est-à-dire que son régime juridique devenait le plus souvent indépendant de la volonté du travailleur, voire de celle de l'employeur¹⁹⁸.

S'opposèrent à cette théorie institutionnelle à la fois les économistes classiques (lesquels répugnent à la remise en cause du rôle du contrat) et leurs frères ennemis, les marxistes (qui refusent la disparition du concept de classe).

60 **Taylorisme et libre-échange, piliers du second XX^e siècle.** Le taylorisme, cette forme de gestion dite scientifique des entreprises, marqua durablement la structure des entreprises. Dans sa variante du fordisme, il exclut les questions du contenu et de

¹⁹⁰ Eugen Huber, in *Bulletin sténographique de l'Assemblée fédérale*, CN 1909, p. 594.

¹⁹¹ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 353.

¹⁹² Georges Dereux, « De la nature juridique des contrats d'adhésion », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910, p. 505.

¹⁹³ Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, (1^e éd. 1901), Paris, Dalloz, 2013, p. 55.

¹⁹⁴ Maurice Hauriou, in *Sirey*, 1908. 3. 19, col. 1 et 3.

¹⁹⁵ Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, Paris, Arthur Rousseau, 1912, p. 290.

¹⁹⁶ André Rouast/Paul Durand, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 1963, p. 117.

¹⁹⁷ TF, 26 juin 1930, ATF 56 I 217, cons. 2.

¹⁹⁸ Cf. Georges Scelle, *Précis élémentaire de législation industrielle*, Paris, Sirey, 1927.

l'organisation du travail du périmètre de la justice sociale¹⁹⁹. Il est symptomatique de remarquer qu'Henry Ford, qui vouait une grande admiration à Adolph Hitler²⁰⁰, affirma dans ses Mémoires s'être inspiré des abattoirs de Chicago pour créer sa chaîne de montage à Detroit²⁰¹.

Dès 1972, la Confédération s'est engagée dans une politique de libre-échange avec la Communauté européenne. L'adhésion à l'espace économique européen (E.E.E.) fut refusée par votation populaire le 6 décembre 1992. Le 5 février 1993, le Conseil fédéral a toutefois présenté un programme visant à adapter les lois suisses à celles de la Communauté européenne (« paquet Swisslex ») dans des domaines économiques significatifs, notamment en droit du travail.

Du point de vue social, dès les années 1960, la haute conjoncture et l'amélioration du bien-être et de la formation pesèrent sur le concept traditionnel du travail. Un désir de « réalisation de soi » dans le travail et une aspiration à davantage de loisirs apparurent²⁰². Dès les années 1970 se fit jour un début de valorisation du travail des femmes, à la suite de vives critiques sur l'absence de reconnaissance du travail féminin²⁰³. Cette époque est aussi celle des enfants internés ou placés et du travail forcé en Suisse²⁰⁴.

Section 6 : Les enjeux du droit du travail dans le monde et en Suisse au XXI^e siècle

Persistance de l'esclavage et de la pauvreté. Premier constat, concernant l'esclavage : il n'a pas disparu, y compris dans les pays occidentaux. En 2013, par exemple, la Grande-Bretagne comptait environ 13'000 esclaves sur son sol (prostitués, personnel de maison, travailleurs dans les champs, les usines et la pêche)²⁰⁵. Selon l'organisation non gouvernementale Walk Free, il y aurait trente millions d'esclaves

¹⁹⁹ Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, (1^e éd. 1994), Paris, Presses Universitaires de France, 3^e éd., 2015, préface à la troisième édition, pp. XI à XVI.

²⁰⁰ Admiration d'ailleurs réciproque entre les deux hommes : cf. Michael Löwy, « Henry Ford, inspirateur d'Adolf Hitler », *Le Monde diplomatique*, avril 2017.

²⁰¹ Catherine Vincent, « La philosophie à l'épreuve de la viande », *Le Monde Culture et idées*, 24 décembre 2014.

²⁰² Mario König, « Travail », in Dictionnaire historique de la Suisse, < hls-dhs-dss.ch >.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ Cf. le site du Délégué aux victimes de mesures de coercition à des fins d'assistance : < fuersorgerischezwangsmassnahmen.ch >. Cf. également le témoignage de Louise Buchard-Molteni, *Le tour de Suisse en cage. L'enfance volée de Louissette*, Yens, Éditions Cabédita, 1995.

²⁰⁵ David Batty/Chris Johnston, « Up to 13,000 working as slaves in UK », *The Guardian*, 29 novembre 2014.

dans le monde en 2013²⁰⁶. Au Bahreïn, une agence de recrutement va jusqu'à proposer des soldes sur les « bonnes à tout faire » durant le mois de ramadan²⁰⁷.

L'esclavage est aujourd'hui largement qualifié de « crime contre l'humanité »²⁰⁸. Si la victoire intellectuelle des abolitionnistes n'a pas été gagnée sans heurts²⁰⁹, il ne se trouve aujourd'hui quasiment plus personne – à part peut-être l'État islamique – pour défendre ouvertement cette pratique.

64 Quant à la pauvreté, elle ne cesse de s'étendre depuis une dizaine d'années. On constate que la répartition des revenus et de la fortune est de plus en plus inégalitaire : entre 1980 et 2006, les rémunérations les plus élevées ont sextuplé aux États-Unis²¹⁰, tandis qu'entre 1973 et 2004, le salaire moyen en dollars constants des travailleurs masculins n'est passé que de 15, 24 \$ à 15, 26 \$²¹¹. De même, en Suisse, de 2000 à 2008, les salaires élevés (corrigés de l'inflation) ont augmenté de 10 % alors que la hausse des bas et moyens salaires n'a été que de 3 % environ (la croissance moyenne de la productivité a été de 6,6 % sur cette période)²¹². Certains experts en viennent à prôner l'augmentation des salaires : le déséquilibre historique entre salaires et profits pénaliserait la croissance²¹³.

65 Selon l'Office fédéral de la statistique, 530'000 personnes – un adulte sur quinze et un enfant sur vingt – vivaient sous le seuil de pauvreté en Suisse en 2014. Un tiers d'entre elles exerçaient pourtant une activité rémunérée. Ce phénomène de « travailleurs pauvres » tend à montrer que le fait de posséder un emploi n'est pas une garantie contre la pauvreté²¹⁴. Le risque de pauvreté – c'est-à-dire vivre avec 60 % ou moins de la médiane du revenu national – menaçait plus d'un million de personnes cette année-là²¹⁵. Le Conseil d'État genevois a annoncé récemment que la facture des différentes

²⁰⁶ Cordélia Bonal, « Trente millions d'esclaves dans le monde », *Libération*, 17 octobre 2013.

²⁰⁷ Nedal Al Salman, « Offres spéciales et soldes : au Bahreïn, on vend les femmes comme une marchandise », *France 24*, 5 mai 2017.

²⁰⁸ Cf. Laurent Testot, « L'esclavage persiste-t-il aujourd'hui ? », *Sciences humaines*, mars 2011.

²⁰⁹ Jean-Yves Grenier, « Faut-il rétablir l'esclavage en France ? », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2010, n° 2, pp. 7-49.

²¹⁰ Jean-Fritz Stöckli, « Spitzenlöhne und das kollektivarbeitsrechtliche Zumutbarkeitsprinzip », *ArbR* 2006 173.

²¹¹ Robert Reich, « An Economy Raised on Pork », *The New York Times*, 3 septembre 2005.

²¹² Jean-Luc Ferrière, « Revenus et fortune en Suisse : une répartition toujours plus injuste », *Sit info*, mai 2011. L'article, fondé sur une étude de l'Union syndicale suisse, précise que le pourcent le plus riche de la population suisse possède 41 % des richesses du pays.

²¹³ Cf. *L'Expansion*, décembre 2010. On peut aussi établir un lien entre rémunération variable et contrôle de la politique d'investissement des banques, par le phénomène de la modulation du salaire des banquiers (Cf. « En Chine aussi, les salaires des banquiers méritent d'être encadrés ? », *L'Expansion*, 10 mars 2010.)

²¹⁴ Pour une étude européenne de la question, cf. Eurostat, « Pauvreté des travailleurs », 2005, < ec.europa.eu >.

²¹⁵ < Bfs.admin.ch >.

prestations sociales délivrées par le Canton allait croître de 100 millions de francs en 2017²¹⁶.

La concentration d'une part de la richesse entre les mains d'une petite fraction de la population tend à retrouver au début du XXI^e siècle les taux que connaissait le début du XX^e, le cœur de ce siècle ayant pourtant été marqué par une répartition plus homogène des richesses²¹⁷.

Financiarisation et mondialisation. Au niveau des entreprises, le taylorisme a eu tendance à être en partie remplacé par des stratégies dites de « management par objectifs », censées donner plus d'autonomie aux travailleurs. Véritable « révolution managériale », elle a appelé en retour une « montée des attentes de reconnaissance individuelle »²¹⁸. Depuis une trentaine d'années, le schéma « classique » d'un salaire mensuel fixe agrémenté de diverses primes ponctuelles tend à perdre son rôle de modèle, au profit d'un mouvement d'individualisation des salaires. En Suisse en 2011, la part de rémunération variable représentait les trois quarts de la rémunération des directeurs des sociétés financières du SMI et les deux tiers de la rémunération des autres membres de la direction générale²¹⁹.

66

Ce phénomène s'inscrit dans une tendance plus générale de flexibilisation des différents aspects du travail dépendant (contrats atypiques ou précaires comme le travail intérimaire, temps de travail éclaté, télétravail, etc.)²²⁰. Ce mouvement, qui s'est accéléré lors de la dernière décennie, est loin d'être propre au droit suisse : il intervient chez nous par une double contamination, à la fois factuelle (par la globalisation des politiques de rémunération des entreprises) et juridique (par la reprise de règles consacrées par les droits voisins). Les contrats « zéro heure » concernent 50 % des créations d'emploi depuis 2010 en Grande-Bretagne²²¹.

67

Aujourd'hui, la mode est donc à l'individualisation²²², laquelle prend le contre-pied du droit du travail qui s'est précisément construit en réaction à l'individualisme libéral²²³.

68

²¹⁶ Richard Etienne, « La pauvreté s'étend à Genève, loin des projecteurs », *La Tribune de Genève*, 17 décembre 2016.

²¹⁷ Cf. Thomas Piketty, *Le Capital au XXI^e siècle*, Paris, Éditions du Seuil, 2013.

²¹⁸ Maëlezig Bigi/Olivier Cousin/Dominique Méda/Laetitia Sibaud/Michel Wiewiorka, *Travailler au XXI^e siècle*, Paris, Robert Laffont, 2015.

²¹⁹ Étude réalisée par Ethos, *Rémunération 2011 des instances dirigeantes*, septembre 2012, < ethosfund.ch >.

²²⁰ Cf. TF, *Rapport de gestion 2011*, p. 21.

²²¹ Chuka Umunna, « In Cameron's casualised Britain, zero-hours contracts create a climate of fear », *The Guardian*, 19 août 2013.

²²² L'individualisation est « un mouvement vers l'individu ». Cela signifie soit qu'on découvre l'individu là où il n'existait pas, soit qu'on le renforce là où il est déjà présent (Patrice Adam, *L'Individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 5). Le phénomène d'individualisation marque le passage d'une société originellement holiste et organique à une société d'hommes libres et responsables (Alain Laurent, *Histoire de l'individualisme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993, p. 11). Il renvoie au processus de désagrégation des communautés traditionnelles, comme la famille ou le village ; il souligne la réduction de l'emprise des groupes sur les individus et la possibilité, voire la nécessité pour chacun de décider librement de sa vie (Norbert Elias, *Die Gesellschaft der Individuen*, (1^e éd. 1987), trad. fr. *La Société des individus* par J. Etoré, Paris, Fayard, 1991, p. 220).

Elle signe un certain retour au modèle du XIX^e siècle et prétend tout ramener à l'idée de contrat, par opposition à la loi et au droit collectif²²⁴. Elle brise l'uniformité de la rémunération dans l'espace de l'entreprise, et la continuité de la rémunération dans le temps du travail du salarié. Elle équivaut à une « logique des compétences »²²⁵, qui engage la responsabilité du salarié dans les moindres détails de son travail. Elle est porteuse d'une évaluation individuelle des performances (donc de différenciation salariale) et d'une reconnaissance des droits individuels (donc de contractualisation)²²⁶.

69 L'individualisation de la relation de travail n'implique d'ailleurs pas automatiquement une absence de règles ; elle ne signifie pas non plus un recours unique à la négociation de gré à gré dans la définition des conditions de travail (la négociation collective de branche peut être maintenue)²²⁷. Mais elle implique l'allocation de droits individuels indépendamment de l'appartenance à une collectivité ou à une institution déterminée²²⁸. Car un droit individuel, de manière générale, est un droit dont l'individu constitue à la fois l'origine et la finalité²²⁹. Dans le contexte du droit du travail, il revient alors au travailleur de défendre ses intérêts propres, lesquels deviennent irréductibles à un quelconque intérêt collectif²³⁰. Sorte de monade leibnizienne, le travailleur-individu doit s'instituer auto-entrepreneur de son destin à l'intérieur de l'entreprise. Ce sont bien les différences et les inégalités, censées accroître la motivation et l'implication individuelles, qui sont recherchées par les gestionnaires favorisant les processus d'individualisation²³¹. Pour autant, l'individualisation des rémunérations peut aussi répondre à une exigence de justice²³² puisque la rémunération correspond plus précisément à la prestation propre de chaque salarié. Au total, la logique d'individualisation conduit inévitablement à un éclatement des notions de statut et de la rémunération au temps, mais aussi à un éclatement des temps et des lieux de travail.

70 La mondialisation, que les travailleurs dont les entreprises sont achetées par des étrangers peuvent expérimenter de manière concrète au quotidien²³³, se manifeste de

²²³ Patrice Adam, *L'Individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 9.

²²⁴ Antoine Jeammaud, « Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation », *Droit ouvrier*, 1998, p. 246.

²²⁵ Christian Bessy, *La Contractualisation de la relation de travail*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 153.

²²⁶ Cf. Aurélien Witzig, *Le Renouveau des rémunérations variables*, Genève, Slatkine, 2015.

²²⁷ Christian Bessy, *La Contractualisation de la relation de travail*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 153.

²²⁸ Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, (1^e éd. 1994), Paris, Presses Universitaires de France, 3^e éd., 2015, p. 92.

²²⁹ Nicole Maggi-Germain/Adrien Correia, « L'évolution de la formation professionnelle continue », *Droit social*, 2001, p. 838.

²³⁰ Patrice Adam, *L'Individualisation du droit du travail, Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 64.

²³¹ Patrice Adam, *op. cit.*, p. 222.

²³² Dominique Rollin-Clerc, *Prescription salariale et évaluation du travail. Les formes historiques du salaire de performance*, thèse Grenoble 2, IREPD, 1994, p. 163.

²³³ Olivier Wurlot, « Ciel, mon patron est chinois ! », *Tribune de Genève*, 12 janvier 2017.

plus en plus comme une « globalisation »²³⁴, soit une concurrence exacerbée au niveau de la planète, sous l'hégémonie croissante du capital financier international²³⁵. Elle crée une forme de polarisation entre ceux pour qui le travail est une activité riche et les travailleurs précaires (main d'œuvre flexible, bout de chaîne de la sous-traitance, travailleurs sans papiers)²³⁶.

Face aux multinationales, qui se comportent comme des « *global players* », une réponse peut être l'adoption de standards internationaux en matière de travail. Ces standards reposeraient sur les principes sur lesquels un certain consensus se serait manifesté au niveau international, par exemple le droit à la négociation collective, l'élimination du travail des enfants et du travail forcé, l'élimination des discriminations²³⁷.

Encore faudrait-il que, conformément à la Déclaration de Philadelphie et à la Charte de La Havane, on accepte d'« évaluer l'ordre économique et financier international à l'aune de la justice sociale », c'est-à-dire « une juste division du travail, respectueuse des Hommes comme de leur environnement »²³⁸. Il faudrait, pour cela, « placer le travail et non le marché, au cœur du politique et reposer à nouveaux frais la question – soulevée en 1919 par la Constitution de l'OIT – d'un "régime de travail réellement humain" »²³⁹.

Les nouveaux défis : numérisation et robotisation. Alors même que les problématiques posées par la financiarisation et la mondialisation ne sont pas résolues, voici qu'elles sont exacerbées par des innovations technologiques qui chamboulent encore davantage le paysage dans lequel s'inscrivent les relations de travail²⁴⁰. La numérisation, liée à la fois à certains outils (l'ordinateur, le téléphone portable), à certains procédés (principalement l'algorithme) et à certains usages (le recours massif à l'informatique pour accéder à l'information et organiser sa vie professionnelle et personnelle), et la robotisation, soit la création de robots toujours plus puissants et toujours plus autonomes, marquent une nouvelle ère, la quatrième depuis la Révolution industrielle selon certains qui parlent, pour la décrire, de « Travail 4.0 »²⁴¹. Les robots

²³⁴ Encore une fois, la langue française nous permet de penser une distinction ignorée de l'anglais entre « globalisation », soit le phénomène d'extension à l'échelle du globe de certains rapports économiques et sociologiques, et « mondialisation », soit le monde tel que nous souhaitons l'habiter. Cf. le colloque organisé au Collège de France par Alain Supiot le 12 juin 2017, intitulé « Mondialisation vs Globalisation : les leçons de Simone Weil », < college-de-france.fr >.

²³⁵ Propos de Robert Castel in Thomas Grillot, « Le travail : valeurs, attentes et frustrations. Un entretien avec Robert Castel, Dominique Méda, et Laurence Roulleau-Berger », *La Vie des idées*, 26 février 2013.

²³⁶ Michel Lallement, *Le Travail sous tensions*, Paris, Éditions Sciences humaines, 2010.

²³⁷ Roger Blanpain/Michele Colucci, *The Globalization of Labour Standards, The Soft Law Track*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, p. 6.

²³⁸ Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, (1^{re} éd. 1994), Paris, Presses Universitaires de France, 3^e éd., 2015, préface à la troisième édition, p. XV.

²³⁹ Alain Supiot, *ibidem*.

²⁴⁰ Cf. Luca Cirigliano, « La numérisation, défi pour le droit du travail ? », Jusletter 6 février 2017.

²⁴¹ Cf. par exemple la brochure de Syndicom, « Comment nous définissons le travail 4.0 », < syndicom.ch >.

industriels pourraient occuper une place de plus en plus importante dans plusieurs pays et dans différents domaines d'activité (par exemple les métaux ou l'automobile). Selon une étude, 1.33 million de robots étaient employés en 2013 ; ce serait le double en 2018²⁴². Des projets visant un monde piloté par les robots sont aujourd'hui mis en œuvre²⁴³.

- 73 Il semble qu'une période s'achève et qu'une autre s'ouvre, au cours de laquelle le travail diminuera peut-être²⁴⁴, à moins que ne s'opère un transfert massif des emplois de certains secteurs à d'autres²⁴⁵.

L'avènement d'une robotique efficiente ne manquera pas d'emporter des conséquences sur le droit du travail (en matière de pouvoir de direction, d'égalité, de sécurité, de salaire, de temps de travail, de licenciement, de protection des données, etc.)²⁴⁶. En effet, la modification de la structure du travail et des travailleurs emporte généralement des transformations sur les relations de travail²⁴⁷. Un exemple : grâce aux technologies de réalité augmentée, les ouvriers peuvent suivre les instructions qui se superposent à leur environnement de travail²⁴⁸.

- 74 Grâce aux nouvelles technologies qui leur permettent de piloter la main-d'œuvre, des entreprises comme Uber et Deliveroo poussent la logique du taylorisme à l'extrême ; on parle de *gig economy* (économie de petits boulots) : le « management algorithmique » permet de donner des instructions, surveiller et évaluer tout un bataillon de travailleurs occasionnels qu'elles n'emploient, et s'assurer qu'ils fournissent un service réactif, homogène et standardisé²⁴⁹. Dans certaines entreprises

²⁴² Florencia Abd, « La era de los robots », *La Nación*, 28 mai 2016, trad. fr. « Au boulot les robots ! », *Courrier international*, 18 août 2016.

²⁴³ Wieland Wagner, *Der Spiegel*, 3 juin 2017, trad. fr. « Le gourou japonais de l'intelligence artificielle », *Courrier international*, 29 juin 2017.

²⁴⁴ Cf. les analyses de Jeremy Rifkin in *End of Work: The Decline of the Global Labor Force and the Dawn of the Post-Market Era*, New York, G. P. Putnam's Sons, 1995. Selon cet auteur, en raison du progrès technique, des gains de productivité, de la mondialisation, du remplacement incessant des travailleurs humains par des machines, l'économie ne peut plus fournir suffisamment de postes de travail à toutes les personnes en âge de travailler et le pourra de moins en moins (Camille Dorival, *Le Travail, non merci !*, Paris, Les petits matins, 2011, p. 175).

²⁴⁵ Cf. Alfred Sauvy, *La Machine et le chômage*, Paris, Dunod, 1980 ; Denis Pennel, « Non, le travail n'est pas en train de disparaître », *Le Temps*, 9 février 2017.

²⁴⁶ Pour une étude de ces différents éléments : Isabelle Wildhaber, « Die Roboter kommen – Konsequenzen für Arbeit und Arbeitsrecht », RDS 2016 I 330-350.

²⁴⁷ Otto Kahn-Freund, *Labour Relations, Heritage and Adjustment*, Oxford, Oxford University Press, 1979, p. 63. Pour une étude récente de la question, cf. le Rapport du Conseil fédéral, « Conséquences de la numérisation sur l'emploi et les conditions de travail : opportunités et risques », 8 novembre 2017, disponible sur < admin.ch >.

²⁴⁸ Sara Castellanos, « Augmented Reality, Hologram-like Images Enter the Workplace », *The Wall Street Journal*, 12 décembre 2016, trad. fr. « Les hologrammes s'invitent à l'usine », *Courrier international*, 2 février 2017.

²⁴⁹ Sarah O'Connor, « When your boss is an algorithm », *Financial Times*, 8 septembre 2016, trad. fr. « Mon patron est un algorithme », *Courrier international*, 13 octobre 2016 : « Des travailleurs sans lieu de travail, en grève contre une entreprise qui ne les emploie pas, encadrés non par des supérieurs mais par un algorithme en contact avec eux par l'intermédiaire de leur smartphone, et qui se rebiffent contre la dernière mise à jour d'une application. » Selon Guy Standing, cité dans l'article, les algorithmes ouvrent « un boulevard à l'exploitation sans pitié » des travailleurs qui sont déjà les plus mal placés sur le marché du travail. « Ils permettent à l'entreprise de ne rémunérer que le

américaines actuelles, les conditions de travail ne sont pas loin de rappeler la violence physique subie par les ouvriers du XIX^e siècle²⁵⁰. Le paradoxe est qu'« au lieu de penser l'ordinateur comme un moyen d'humaniser le travail, on pense le travailleur sur le modèle de l'ordinateur (programmable et réactif 24h/24) »²⁵¹.

Vu le genre d'environnement de travail mis en œuvre dans ces pays, on comprend que la productivité soit en berne. Ainsi, depuis plusieurs années, les Britanniques « travaillent plus mais en font moins » : la quantité d'heures travaillées et le nombre de personnes employées n'ont jamais été aussi élevés, mais la productivité globale s'effondre²⁵².

Les débats autour de la raréfaction du travail et de la transformation numérique et robotique ont ravivé les réflexions menées, en matière de protection sociale, autour du « revenu universel », soit une allocation étatique versée à toutes les personnes, indépendamment de toute condition²⁵³. Une telle proposition a été rejetée par référendum le 5 juin 2016²⁵⁴.

75

Désormais armés d'une conception historique ferme de notre matière, il nous est possible de préciser les caractéristiques contemporaines du droit du travail suisse : ce dernier repose sur une conception civiliste, combinée avec une législation industrielle et un droit collectif, mâtinée d'un peu de théorie de l'entreprise et de reprise de droit du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne.

76

Chapitre 2 : L'économie en droit du travail

L'économie apporte plusieurs informations utiles pour la compréhension du droit du travail. Elle renseigne notamment sur la **répartition concrète du travail** au sein de la société (**Section 1**).

77

temps de travail dont elles ont strictement besoin, tout en ayant accès à une main-d'œuvre disponible à tout moment. »

²⁵⁰ Cf. l'enquête édifiante et assez effrayante conduite par Jodi Kantor/David Streitfeld : « Inside Amazon: Wrestling Big Ideas in a Bruising Workplace », *New York Times*, 15 août 2015.

²⁵¹ Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, (1^e éd. 1994), Paris, Presses Universitaires de France, 3^e éd., 2015, préface à la troisième édition, p. XVI.

²⁵² Charlotte Seager, « Why are UK workers so unproductive ? », *The Guardian*, 16 août 2016, trad. fr. « Royaume-Uni : la productivité en berne », *Courrier international*, 29 septembre 2016.

²⁵³ Cf. par exemple : Gérard Fonouni, « Revenu universel ou réduction du temps de travail ? », *Les Échos*, 20 janvier 2017 ; Alexandra Borchardt, « Das Grundeinkommen ist nur ein Märchen », *Süddeutsche Zeitung*, 30 décembre 2016, trad. fr. « Donnez-nous plutôt du travail », *Courrier international*, 26 janvier 2017.

²⁵⁴ < Admin.ch >.

Il faut ensuite mesurer *l'influence* de l'économie sur le droit du travail (**Section 2**), sans omettre de rappeler les *fonctions distinctes* de l'économie et du droit (**Section 3**).

Section 1 : Le travail en Suisse

78 En comparaison avec les autres pays occidentaux, le travail en Suisse se caractérise par un taux d'emploi très élevé et un nombre d'heures de travail relativement modeste.

Ainsi, selon les données de l'Organisation de coopération et de développement économique²⁵⁵, la Suisse présente au 4^e trimestre 2016 le deuxième taux d'emploi le plus élevé des pays membres (81,3 %) et ce, pour toutes les catégories d'âge, en particulier pour les 15-24 ans où le taux d'emploi culmine à 64,4 %. Particularité corrélative, la Suisse présente également le deuxième plus fort taux d'emploi partiel (à 26,8 %) et un nombre annuel d'heures travaillées relativement bas (autour de 1600 heures par travailleur en moyenne)²⁵⁶. Autre élément : le produit intérieur brut par heure travaillée en Suisse, bien qu'ayant décuplé depuis le début du XX^e siècle, voit sa progression demeurer en deçà de celle des pays comparables²⁵⁷.

En 2015, la population active comptait 4'819'000 personnes, dont 9 % étaient non salariées²⁵⁸. Le droit du travail s'applique donc à un peu moins de 4,4 millions de personnes en Suisse. La Suisse consacre en moyenne 1,25 % de son produit intérieur brut au bon fonctionnement de son « marché du travail »²⁵⁹.

Les petites et moyennes entreprises sont particulièrement représentées dans le tissu économique suisse. Certaines d'entre elles occupent des positions de niche sur le marché mondial, grâce à des produits à haute valeur ajoutée²⁶⁰.

79 Par ailleurs, la Suisse se caractérise par son « corporatisme démocratique libéral », soit une forme de consensus  est recherché entre les différents acteurs du système politique (État, partis politiques et syndicats), sous l'égide du marché, c'est-à-dire avec une implication forte des acteurs privés²⁶¹. Le droit consacre d'ailleurs cette conception qui vise à créer « un environnement favorable au secteur de l'économie privée » (art. 94, al. 3 Cst.). Le principe est donc celui de la liberté économique, les restrictions n'étant admises que si elles sont légalement prévues par la Constitution fédérale ou les droits régaliens des cantons (art. 94, al. 4 Cst.).

²⁵⁵ Données disponibles sur < oecd.org >.

²⁵⁶ Le nombre d'heures de travail annuel est de 2246 au Mexique, 1790 aux États-Unis, 1719 au Japon, 1612 en Suisse, 1482 en France et 1371 en Allemagne (données OCDE, exposées dans *Courrier international*, 2 mars 2017).

²⁵⁷ Données collectées par Angus Madison, in *The World Economy, A Millennial Perspective*, Paris, OCDE, 2001.

²⁵⁸ Données disponibles sur < oecd.org >.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ Dusan Sidjanski/Frédéric Esposito, « Suisse », in *Encyclopedia Universalis*, < universalis.fr >.

²⁶¹ *Ibidem*.

Section 2 : L'influence de l'économie sur le droit du travail

Il est clair que le droit du travail remplit une fonction économique en ce qu'il « participe à l'organisation des entreprises qui, pour la plupart, fonctionnent sur la base de relations de pouvoir (hiérarchie, contrôle, direction, ordres et directives) »²⁶².

80

L'économie a dès lors la prétention d'intervenir sur le droit du travail, par exemple lorsqu'elle affirme pouvoir allouer de la manière la plus efficiente les offreurs et les demandeurs de travail, déterminer la meilleure rémunération pour une prestation donnée, ou choisir de prendre ou non en considération au niveau des échanges entre États la diversité dans laquelle les biens et les services sont produits.

§ 1 : Le droit du travail chez les économistes

A. Aperçu des écoles de pensée

Les classiques²⁶³, comme Adam Smith et David Ricardo, rejetèrent les corporations qu'ils accusaient de fausser le libre jeu du marché du travail ; ils pensaient que les salaires devaient être livrés à la concurrence²⁶⁴. Le premier se prononçait tout de même en faveur de l'existence d'un salaire minimum. Pour Thomas Malthus, le seul moyen de hausser le prix du travail était toutefois de diminuer le nombre des ouvriers²⁶⁵.

81

Dans la perspective des classiques, Léon Walras conçut un modèle analytique, devant servir de référence à un « optimum » : un « secrétaire de marché » est censé y centraliser l'ensemble des offres et des demandes afin de déterminer les prix permettant de les équilibrer, avant de les communiquer aux agents économiques qui échangent alors de manière décentralisée. L'affectation des ressources est, dans cette perspective, la plus efficace possible grâce au « prix d'équilibre »²⁶⁶.

Cette conception est retenue par un certain nombre de juristes qui étudient la conclusion des contrats de travail et la rémunération du travail. Mais elle est **impraticable**. Nous en voulons pour preuve la tentative, jamais réitérée dans l'histoire

82

²⁶² Pascal Lokiec, *Droit du travail. Tome I, Les Relations individuelles de travail*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, p. 62.

²⁶³ La réflexion sur l'organisation du travail n'a pas attendu les « économistes » pour exister. Platon, dans *Περί πολιτείας*, avait déjà identifié le concept de division du travail : « On produit toutes choses en plus grand nombre, mieux et plus facilement, lorsque chacun, selon ses aptitudes et dans le temps convenable, se livre à un seul travail, étant dispensé de tous les autres. » (trad. fr. *La République* par R. Baccou, Paris, Garnier Flammarion, 1966, II, 370c).

²⁶⁴ Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, trad. fr. *La Richesse des nations* par G. Garnier, Paris, Flammarion, 1991 ; David Ricardo, *On the Principles of Political Economy and Taxation*, (3^e éd. 1821), trad. fr. *Des Principes de l'économie politique et de l'impôt* par C. Soudan, Paris, Flammarion, 1992.

²⁶⁵ Thomas Malthus, *An Essay on the Principle of Population*, (1^{re} éd. 1798-1826), trad. fr. *Essai sur le principe de population* par P. et G. Prevost, Paris, Flammarion, 1992.

²⁶⁶ Léon Walras, *Éléments d'économie politique pure*, (1^{re} éd. 1874), Whitefish, Kessinger Publishing, 2010.

à notre connaissance, opérée par Gustave de Molinari d'instaurer un réseau de bourses où le travail serait coté et cette cotation publiée, dans le but de diriger les travailleurs vers les lieux où le salaire est plus élevé (preuve d'une demande non satisfaite des entreprises). Cette tentative, mal accueillie tant par les travailleurs que par les employeurs, se solda par un échec²⁶⁷. D'ailleurs, l'ensemble de la théorie de Walras est une **fiction** : dans la réalité, les prix sont fixés de manière bilatérale ; il n'existe pas de centralisation des rencontres entre l'offre et la demande²⁶⁸. Le prix dépend donc éminemment des spécificités de la situation bilatérale entre les parties (notamment asymétries d'informations, interdépendances, etc.).

- 83 Nous n'entrons pas dans le débat relatif au « pouvoir de marché », notion utilisée par les économistes pour décrire la source d'un éventuel déséquilibre contractuel : le déséquilibre provient de l'extérieur du contrat censément conclu entre deux individus libres, égaux et responsables et s'explique par une asymétrie de substituabilité, qui permet à celui qui est le moins substituable (l'employeur lorsqu'il existe du chômage), d'imposer ses conditions à l'autre²⁶⁹.

En conséquence, il ne faut admettre la pertinence du modèle walrassien qu'à ce seul titre de fiction, c'est-à-dire de modèle intellectuel.

- 84 Dans une perspective autre, Ferdinand Lassalle, s'appuyant sur les réflexions de David Ricardo et Thomas Malthus, conçut sa « loi d'airain des salaires », qui prétend constater que le prix naturel de la « force de travail » se règle sur le coût de celle-ci, comme cela est vrai pour toute marchandise ; le coût de la force de travail équivaut donc au coût de la machine humaine (subsistance du salarié et amortissement, c'est-à-dire entretien des enfants du salarié appelés à le remplacer)²⁷⁰. Dès lors, sur le marché du travail, la concurrence entre travailleurs ramènerait inéluctablement le salaire à son niveau minimal, celui assurant tout juste la reproduction de la force de travail²⁷¹. Karl Marx, à la suite de Pierre-Joseph Proudhon²⁷², construisit alors sa théorie de la plus-value, pour dénoncer les injustices de la fixation du salaire des prolétaires : la plus-value, qui est la valeur du « surtravail », c'est-à-dire du travail non payé accompli par

²⁶⁷ Guillemette de Larquier, « Recrutement et détermination du salaire : l'importance des règles et des conventions », *Problèmes économiques*, hors-série n°3, février 2013, p. 23.

²⁶⁸ Éric Brousseau, « L'économiste, le juriste et le contrat », in *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 154.

²⁶⁹ Éric Brousseau, *op. cit.*, p. 162.

²⁷⁰ Gérard Lyon-Caen, *Le salaire*, Paris, Dalloz, 1981, p. 2.

²⁷¹ Ferdinand Lassalle, « Das Arbeiterprogramm (1862) und Das Offene Antwortschreiben (1863) », in Friedrich Jenaczek (édit.), *Ferdinand Lassalle Reden und Schriften*, Munich, Deutscher Taschenbuch Verlag, 1970. Un auteur précise cette théorie, contredite par les faits : « Le salaire ne peut durablement s'élever au-dessus de ce niveau car l'accroissement du nombre des ouvriers, par suite de l'amélioration de leur existence et de la concurrence qui en résulterait, le ramènerait à son taux primitif. Il ne peut non plus être longtemps inférieur car l'émigration, le célibat, la réduction du nombre des naissances, diminueraient le nombre des ouvriers et, par concurrence, ramèneraient le salaire à son taux antérieur. » (Jean-Paul Huet, « Loi d'airain », in *Encyclopædia Universalis*, < universalis.fr >).

²⁷² Pierre-Joseph Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété ?*, (1^e éd. 1840), Paris, Le Livre de Poche, 2009.

le travailleur pour le capitaliste, est précisément ce qui forme la base de l'accumulation du capital²⁷³.

John Maynard Keynes renouvela la réflexion sur l'économie du contrat de travail en préconisant une relance de la demande par l'augmentation des salaires et des dépenses publiques ; la consommation est supposée s'ensuivre, selon lui, à la grande satisfaction des entrepreneurs²⁷⁴. Dans cette lignée, Joseph Stiglitz proposa de remplacer le paradigme de la main invisible par celui de la « poignée de main invisible » : la hausse des salaires doit inciter ses bénéficiaires à augmenter leur productivité, donc à produire davantage de richesse.

85

En revanche, en réponse à la théorie économique récente dite des « incitations » qui considère l'individualisation de la rémunération comme une pratique indispensable à l'efficacité économique²⁷⁵, cet auteur pointe les effets pervers de la « distorsion des incitations »²⁷⁶ tout comme Maya Bacache-Beauvallet, qui montre comment un indicateur peut devenir source d'effets pervers lorsqu'il revient à payer un agent (un travailleur) pour ce qu'on ne souhaite pas vraiment lorsque ce qu'on souhaite est difficile à libeller dans le contrat de travail. Ce phénomène, appelé « incomplétude du contrat incitatif » est dû au fait qu'on ne peut pas spécifier dans le contrat tout ce qu'on souhaite de l'agent dans tous les cas de figure. On pourrait penser que les mesures subjectives sont exemptes de telles contradictions. Mais l'évaluation subjective a aussi des effets pervers (biais pour une évaluation complaisante du chef incité à garder de

86

²⁷³ Karl Marx, *Das Kapital*, 1867, trad. fr. *Le Capital* par M. Jacob/J. Roy/M. Rubel/S. Voute, Paris, Gallimard, 2008. Voir des réflexions similaires chez Jean de Sismondi, *Nouveaux principes d'économie politique*, Paris, Delaunay, 1819, p. 105.

²⁷⁴ Joseph Maynard Keynes, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, (1^e éd. 1936), trad. fr. *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie* par J. de Largentaye, Paris, Payot & Rivages, 2005.

²⁷⁵ Cf. Cécile Aubert/Thérèse Aubert-Monpeyssen, *L'Individualisation de la rémunération : approches économiques et juridiques*, Rapport préparé pour la CFE-CGC, mars 2005, notamment p. 10 « La théorie économique des incitations s'attache à caractériser les meilleurs contrats qui peuvent être signés entre un "principal" ou "mandant" (ici l'employeur) et un "agent" ou "mandataire" (ici l'employé) lorsque ce dernier possède une meilleure information que le premier sur des éléments pertinents pour le contrat. Lorsque cette meilleure information porte sur les actions entreprises par l'agent, il est indispensable de rémunérer sa bonne performance afin de l'inciter à choisir les actions adéquates. L'individualisation des rémunérations est donc une conséquence logique de cette analyse, mais cette individualisation doit en général prendre la même forme pour tous les employés dont les caractéristiques, en termes de travail à effectuer, de capacité à effectuer ce travail et de coût associé, sont les mêmes. » Dans cette même logique, il faut également mentionner la « théorie du tournoi » (« *Tournament theory* ») conçue par Edward Lazear et Sherwin Rosen : la forte rémunération des cadres dirigeants doit motiver les cadres positionnés en dessous d'eux à atteindre le même niveau (Hans Caspar von der Crone, « *Salärgovernance und Markt für Führungskräfte* », in *Festschrift für Rolf Weber zum 60. Geburtstag*, Berne, Stämpfli, 2011).

²⁷⁶ Joseph Stiglitz, *Freefall*, (1^e éd. 2010), trad. fr. *Le Triomphe de la cupidité* par P. Chemla, Les Liens qui libèrent, 2010, pp. 255-257 (Les cadres dirigeants rémunérés par des stock-options ayant une incitation à faire tout ce qu'ils peuvent pour que le cours de l'action de leur entreprise monte risquent d'être amenés à manipuler les bilans — notamment en transférant hors bilan des pertes potentielles —, afin d'augmenter les profits annoncés, en vue de faire monter le cours de l'action de leur entreprise. D'après Stiglitz, les dirigeants « savaient que plus les profits [seulement] annoncés étaient élevés, plus les cours allaient monter, et ils savaient aussi qu'il était facile de tromper les marchés »); cf. également Daniel Cohen, *Homo economicus, prophète (égaré) des temps nouveaux*, Paris, Albin Michel, 2012, p. 13 : « En multipliant les primes, en aiguisant parfois la rivalité entre leurs propres employés, les firmes [...] font disparaître la valeur travail : le souci de bien faire, la recherche de l'approbation de ses collègues. »

bons rapports avec ses subordonnés, biais vers la moyenne qui fait que tous les salariés tournent autour de la même évaluation, biais vers les « *yes-men* », ces salariés qui disent « oui » à tout pour plaire à leur chef)²⁷⁷.

B. Situation actuelle

87 Le travail est aujourd'hui de plus en plus souvent mesuré à l'aune de **statistiques** et de **normes comptables**²⁷⁸.

Depuis deux décennies environ²⁷⁹, un certain discours prétend voir le salut dans l'allègement du droit du travail, dans la déréglementation²⁸⁰ de cette matière : la réforme du droit du travail semble être devenue le nouvel impératif économique²⁸¹. Le droit du travail est ainsi pris en étau entre un impératif économique de flexibilité et une nécessité sociale de fonction protectrice²⁸². La flexibilité est multidimensionnelle : on observe la flexibilité numérique externe (nombre d'employés), la flexibilité du temps de travail (rémunération qui varie parce que le temps de travail varie), la flexibilité fonctionnelle, la flexibilité des rémunérations²⁸³. En réalité, la rémunération variable est favorisée parce qu'elle répond au mouvement de financiarisation de l'économie qui est le nouveau credo. Économiquement, elle entraîne un renversement du paradigme classique : le travail n'est plus une richesse²⁸⁴, il devient un coût. Juridiquement, elle implique une valorisation de la figure du discrétionnaire.

88 Au total, le contrat de travail ou la relation de travail standard sont attaqués, considérés comme étant devenus inutiles face à la désintégration verticale de la production, au déclin du modèle de la famille reposant sur un mari et père apportant à manger pour toute la famille, à la fin du plein emploi comme but de la politique du gouvernement et

²⁷⁷ Maya Bacache-Beauvallet, « Incitations et désincitations : les effets pervers des indicateurs », *La Vie des idées* 22 février 2008 ; Maya Bacache-Beauvallet, *Les Stratégies absurdes, Comment faire pire en croyant faire mieux*, Paris, Éditions du Seuil, 2009.

²⁷⁸ Alain Supiot, *L'Esprit de Philadelphie*, Paris, Éditions du Seuil, 2010, p. 125.

²⁷⁹ Hans-Peter Tschudi, « Deregulierung oder Ausbau des Arbeitsrechts ? », *ArbR* 1999 9 : « *In jüngster Zeit werden von Arbeitgebern und von Vertretern der Wirtschaftswissenschaft Forderungen nach weitgehender Deregulierung, nach grösstmöglicher Vertragsfreiheit bezüglich der Arbeitsbedingungen erhoben.* »

²⁸⁰ Les anglomanes parlent de « dérégulation », ignorant que l'anglais méconnaît la différence que nous apporte le français entre « réglementation » et « régulation ».

²⁸¹ Anne Frétel, « La réforme du droit du travail : le nouvel impératif économique », *Revue française de socio-économie*, 2016, n° 1, pp. 5-18.

²⁸² Cf. Hans-Peter Tschudi, « Flexibilität und Schutzfunktion des Arbeitsrechts », *ArbR* 1991 9.

²⁸³ Alain Lefebvre/Dominique Méda, « Performances nordiques et flexicurité : quelles relations ? », *Travail et Emploi*, janvier-mars 2008, p. 138.

²⁸⁴ Cf. Jean Bodin : « Il n'y a richesse [...] que d'hommes. » (*Six Livres de la République*, Paris, Jacques du Puys, 1576, livre V, chapitre II).

à la montée d'une compétition juridique globalisée²⁸⁵. Toutefois, si le contrat de travail a vocation à évoluer, cela ne signifie pas pour autant qu'il n'existera plus à l'avenir²⁸⁶.

§ 2 : Le droit du travail dans les accords de libre-échange

La place accordée au travail est absolument marginale dans la construction des traités de libre-échange conçus sous l'égide du GATT puis de l'OMC. Dans les principes généraux du GATT, la question du travail n'apparaît principalement que sous la forme spécifique du travail en prison, contre lequel certaines dérogations aux principes visant à favoriser le libre-échange pourraient, à certaines conditions spécifiques, être admises. Il est presque inquiétant de voir à quel point le travail, qui est pourtant la matière même des biens qui font l'objet de ces conventions et traités, est passé sous silence.

89

Tout de même, selon certains commentateurs, l'exception de **moralité publique** consacrée à l'article XX (a) du GATT de 1994 pourrait permettre de prendre en compte des considérations non commerciales comme la protection des droits des travailleurs²⁸⁷.

90

Section 3 : Les fonctions distinctes de l'économie et du droit

Une tendance contemporaine consiste à vouloir retirer le droit du champ de la décision démocratique collective²⁸⁸. En se fondant sur une connaissance affirmée (et dogmatique) de l'être humain, les tenants de cette logique refusent très largement que les règles juridiques soient fixées par le législateur. Paradoxalement, ils estiment toutefois que les institutions existantes « incorporent » une « sagesse collective »²⁸⁹.

91

Cet « économisme » est notamment l'héritier intellectuel de la pensée de Friedrich Hayek²⁹⁰ et de celle de Ronald Coase²⁹¹. Il revient à traiter le droit du travail de plus en

92

²⁸⁵ Simon Deakin, « The Many Futures of the Contract of Employment », in Joanne Conaghan/Richard Fischl/Karl Klare (éd.), *Labour Law in an Era of Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 177-178.

²⁸⁶ Simon Deakin, *op. cit.*, p. 179.

²⁸⁷ Émilie Conway, « De quelques apports de la doctrine de la "marge d'appréciation" à l'interprétation de l'exception de moralité publique en droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) », *Les Cahiers du droit*, vol. 54, n° 4, décembre 2013, p. 736 ; Robert Howse, « The World Trade Organization and the Protection of Workers' Rights », *Journal of Small & Emerging Business Law*, vol. 3, 1999, p. 131 ; Renee Chartres/Bryan Christopher Mercurio, « Call for an Agreement on Trade-Related Aspects of Labor : Why and How the WTO Should Pay a Role in Upholding Core Labor Standards », *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 37, 2012, p. 665.

²⁸⁸ Pour une réflexion courte en forme de tribune, cf. Aurélien Witzig, « Face aux libéraux dogmatiques », *Le Temps*, 19 mai 2017.

²⁸⁹ Cf. par exemple, Ejan Mackaay/Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2008. Ces auteurs ne sont pas à un paradoxe près, enclins qu'ils sont à rejeter, comme orienté, l'**avis** que des travailleurs portent sur leurs propres conditions salariales, tout en se fondant sur un **sondage d'opinion** pour défendre le rejet de mesures visant à faire baisser les discriminations dont est victime la communauté noire aux États-Unis (pp. 5-6).

plus sur le seul mode du schéma, du répertoire et de l'enregistrement de données chiffrées, comme la branche d'une science nouvellement découverte qui viserait à gérer les ressources humaines comme on établit une comptabilité. Cette approche, tributaire d'une foi non pas dans le marché — qui est vieux comme le monde —, mais dans le « tout-marché », c'est-à-dire dans le projet de tout soumettre à la loi du marché, entraîne le passage du « gouvernement par les lois » à la « gouvernance par les nombres »²⁹². Or, « le marché est un instrument de réalisation de la justice dans la production et la répartition des biens matériels. Il n'est donc ni un but en lui-même, ni un principe général d'organisation de la société, mais il s'inscrit dans un état de droit qui tout à la fois le fonde et le délimite »²⁹³. On comprend donc bien que, sous couvert de neutralité axiologique, ces économistes cherchent à imposer un véritable projet politique²⁹⁴.

93 Loin de nous l'idée de soutenir que la règle de droit ne provoquerait pas des effets particuliers dans le monde réel, effets qu'il est toujours intéressant de chercher à connaître – dans la mesure du possible – avant l'adoption d'une nouvelle loi. En outre, l'intérêt intellectuel à étudier les externalités occasionnées aux tiers lors de la passation d'un contrat, les asymétries d'information et le pouvoir de marché, tout comme la capacité et la rationalité limitée²⁹⁵, est réel et fécond. Toutefois, le moment de la conception du droit est celui de la détermination en commun d'un *Sollen*, c'est-à-dire d'une représentation du monde tel qu'il devrait être. Dans le système démocratique politiquement libéral – que nous prônons –, la détermination du *Sollen* relève toujours, en dernier ressort au moins, du choix des membres de l'assemblée de personnes qui se donnent à elles-mêmes une règle. L'erreur d'Hayek est selon nous de penser que le « marché » est un ordre spontané, alors que, comme toute institution politique, juridique ou sociale, les règles qui sont acceptées ou qui gouvernent l'allocation des biens et des actes des personnes au sein d'un  blement sont l'œuvre d'une construction intellectuelle : en synthèse, le marché n'est pas un ordre spontané, c'est un ordre construit.

94 C'est bien pour cette raison qu'il a fallu aux Lumières « gagner la bataille des idées ». Il est possible – et même très probable – qu'un marché tel que le prônait par exemple Adam Smith (et dans lequel la puissance publique joue d'ailleurs un rôle éminent) permette de créer davantage de richesses qu'une structure fondée sur des privilèges. Il n'en demeure pas moins que le ralliement au libéralisme économique s'est produit par

²⁹⁰ Notamment : *The Road to Serfdom*, 1944, trad. fr. *La Route de la servitude* par G. Blumberg, Paris, Presses Universitaires de France, 5^e éd., 2010 ; *Law, Legislation and Liberty*, 1973-1976, trad. fr. *Droit, législation et liberté* par R. Audouin, Paris, Presses Universitaires de France, 1982.

²⁹¹ Notamment : « The Nature of the Firm », *Economica*, vol. 4, 1937, n° 16, pp. 386-405 ; « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, pp. 1-44.

²⁹² Alain Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015.

²⁹³ Alain Supiot, « Le droit du travail bradé sur le marché des normes », *Droit social*, décembre 2005, pp. 1087-1096.

²⁹⁴ Joseph Stiglitz in Rana Foroohar, « 8 Questions with Joseph Stiglitz », *Time*, 29 août 2016 : le fait de considérer que les marchés sont toujours efficaces est en soi politique.

²⁹⁵ Ejan Mackaay/Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2008, pp. 365 et s.

une décision politique, laquelle s'est traduite par l'adoption de toute une série de règles juridiques correspondantes. En somme, « il n'y a pas de pouvoir ni de légitimité ni la vie du commerce social de la parole sans mises en scène, sans la théâtralisation du monde et l'emblème d'une Référence totémique »²⁹⁶.

Or, le modèle du nouvel ordre politique et économique, à savoir du post-communisme et de la post-économie sociale de marché, qui se construit avec la libéralisation en cours du droit du travail et de la fonction publique ne se trouve en tout cas ni dans la révolution américaine, ni dans la révolution française, ni non plus dans les ordres démocratiques qui ont été érigés après la seconde guerre mondiale dans l'esprit de Philadelphie ; le modèle se trouve davantage dans une certaine « économie communiste de marché » ; dans une perspective européenne, il s'agit d'un projet de croissance, d'efficience et de dignité humaine rendue flexible²⁹⁷.

Il serait bon de garder à l'esprit que « le travail n'est pas seulement une place dans un ordre hiérarchique, il est aussi un échange entre une force de travail, quelle qu'en soit la nature, et un revenu. Dès lors, il s'inscrit dans un jeu de comparaisons et de mesures des contributions et des rétributions construit sur une conception du mérite susceptible de fonder des inégalités justes »²⁹⁸. Or, « en ne pensant la société que comme une collection d'individus, la vision dominante de l'économie appréhende l'entreprise comme un individu-entreprise négociant avec un individu-salarié. L'asymétrie fondamentale entre le salarié et l'employeur qui se traduit par un rapport de subordination est occultée. C'est justement parce que le salarié n'est plus un sujet de droit au sein de l'entreprise tel que peut le concevoir le code civil que le droit du travail vient y remédier »²⁹⁹. C'est ainsi que, « le droit du travail a eu et a toujours pour première raison d'être, de pallier ce manque, c'est-à-dire de "civiliser" le pouvoir patronal, en le dotant d'un cadre juridique là où il s'exerce, c'est-à-dire dans l'entreprise »³⁰⁰.

La question est désormais de savoir si les personnes doivent conserver le droit de se prononcer sur les règles qui doivent gouverner la vie économique et sociale ou si ces domaines doivent être soustraits au domaine politique.

Si l'on considère que la vie économique et sociale ne doit pas être soustraite à la décision démocratique, il faut rejeter la tendance contemporaine consistant à subordonner le juridique à l'économique, tendance si présente dans la doctrine du droit du travail : procédant d'une volonté de réduire la diversité des enjeux de la vie humaine à des éléments mathématisables et comptables, elle participe de ce

²⁹⁶ Pierre Legendre, *Ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident*, (1^e éd. 2004), Mille et une nuits, Paris, 2008, préface.

²⁹⁷ Clemens Porschlegel, *Nach dem Poststrukturalismus*, Vienne/Berlin, Turia + Kant, 2014, p. 154.

²⁹⁸ François Dubet, *Injustices*, Paris, Éditions du Seuil, 2006, p. 20.

²⁹⁹ Anne Frétel, « La réforme du droit du travail : le nouvel impératif économique », *Revue française de socio-économie*, 2016, n° 1, pp. 5-18.

³⁰⁰ Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, (1^e éd. 1994), Paris, Presses Universitaires de France, 3^e éd., 2015, 151.

mouvement de « positivisme logique » identifié depuis déjà plusieurs décennies³⁰¹. Elle revient à ériger les faits et les valeurs en une dichotomie inconciliable. Elle va jusqu'à dire que l'on ne pourrait tenir de discours rationnel que sur les faits et jamais sur les valeurs, lesquelles devraient dès lors être abandonnées à des jugements purement subjectifs. Ce faisant, on autorise l'éparpillement des valeurs en une poussière d'individualités qui sont comme autant de monades qui viennent s'entrechoquer les unes contre les autres : seules les plus violentes et les mieux armées peuvent imposer leur vision du monde à d'autres qui sont réduites à se mettre sous leur pouvoir³⁰².

98 Une des métaphores les plus néfastes à la démocratie est celle qui assimile le « corps » social au corps humain³⁰³. Cette métaphore biologiste méconnaît une réalité : la définition d'un ordre politique juste, à la différence de ce que les scientifiques peuvent parfois prétendre du fonctionnement du corps biologique, ne va jamais de soi³⁰⁴.

Il n'existe pas de fondement strictement rationnel à la définition de la justice : « la collectivité [...] qui agit politiquement [...] s'auto-institue lucidement », sans pouvoir recourir à une quelconque vérité « extra-sociale »³⁰⁵. Ceci explique que la démocratie doive demeurer le lieu d'un débat – conflictuel³⁰⁶ – d'idées.

³⁰¹ Cf. par exemple l'intervention de Georges Gusdorf lors de la séance de la Société française de philosophie du 24 novembre 1962, « Les Sciences humaines et la philosophie », *Bulletin de la Société française de Philosophie*, 1963, p. 74 : « Voilà donc la situation : d'un côté une philosophie complètement étrangère aux sciences humaines, une philosophie sans contenu, et qui prétend enseigner la sagesse et donner l'image de l'homme alors qu'elle ne sait pas ce qu'est l'homme ; et, de l'autre côté, des sciences humaines qui veulent être sciences, mais qui ne savent pas ce que c'est que l'homme et qui ne veulent pas le savoir. »

³⁰² Cf. Hilary Putnam, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy*, 2002, trad. fr. *Fait/valeur : la fin d'un dogme* par M. Caveribère et J.-P. Cometti, Paris/Tel-Aviv, Éditions de l'éclat, 2004.

³⁰³ Cf. Claude Lefort, *L'Invention démocratique. Les limites de la domination totalitaire*, Paris, Fayard, 1981, 109. 

³⁰⁴ Georges Canguilhem, « Le problème des régulations dans l'organisme et dans la société », *Cahiers de l'Alliance israélite universelle*, septembre-octobre 1955, p. 64 ; Alain Supiot, « Contribution à une analyse juridique de la crise économique de 2007 », *Revue internationale du travail*, 2010, p. 174.

³⁰⁵ Garry Haldec, « Castoriadis – La politique et la question de la justice », < labyrinthes.wordpress.com >.

³⁰⁶ Cf. Chantal Mouffe, *On the Political*, (1^e éd. 2005), trad. fr. *L'illusion du consensus* par P. Colonna d'Istria, Paris, Albin Michel, 2016.

Chapitre 3 : Sociologie et psychologie du travail

Section 1 : Les enjeux sociologiques du travail

Si le travail est le parent pauvre du droit, il est également, à l'exception notable des écoles française et américaine de sociologie, le parent pauvre des sciences sociales. En outre, il ne reçoit qu'un faible écho dans les médias³⁰⁷.

99

La sociologie est pourtant d'une grande utilité pour aborder le droit du travail. Elle permet de ne pas séparer la norme des faits et de se rendre compte que le droit n'est pas le seul produit des lois de l'État. Elle permet aussi, depuis notamment Savigny et Frédéric Le Play, d'observer les processus de formation des règles juridiques en partant de la société et non de l'État³⁰⁸. Elle peut aller jusqu'à la préconisation de Raymond Saleilles d'assouplir les textes législatifs « par une interprétation judiciaire innovante, tenant compte à la fois du social et de l'individuel dans l'être humain »³⁰⁹. François Génys, notamment, dont l'influence sur Eugen Huber – principal rédacteur du code civil suisse – fut importante³¹⁰, intégra l'étude sociologique des faits dans sa « libre recherche scientifique »³¹¹. L'influence de Jhering également, en ce qu'il souhaitait accorder une place centrale au but de toute règle juridique, suscita un intérêt pour le « droit réel » appliqué dans la société. Ainsi, le mouvement du *freies Recht*, initié par Eugen Ehrlich, s'opposa à Hans Kelsen pour défendre une science du « droit vivant », combinant la méthode positiviste et l'approche sociologique³¹². On compte parmi les penseurs influents de cette école Holmes, Pound, Gurvitch, etc.

La sociologie est notamment un guide important pour l'historien du droit du travail. Elle a permis de prendre la mesure du fait qu'à l'époque industrielle, le travail a pu sembler être la réalité la plus fondamentale de la condition humaine et sociale, allant jusqu'à commander l'ensemble des pratiques sociales³¹³. Après cette « civilisation industrielle » au XIX^e siècle, les années qui suivirent la Seconde guerre mondiale virent tellement progresser le nombre de travailleurs salariés, qu'on put alors parler de

100

³⁰⁷ Cf. Clemens Porschlegel, *Nach dem Poststrukturalismus*, Vienne/Berlin, Turia + Kant, 2014, p. 141.

³⁰⁸ Jean-Louis Halpérin, « École sociologique du droit », in *Encyclopædia Universalis*, < universalis.fr >.

³⁰⁹ Jean-Louis Halpérin, *ibidem*.

³¹⁰ Cf. Walter Yung, « François Génys et la jurisprudence en Suisse », *Le Centenaire du doyen François Génys*, Paris, Dalloz, 1963, p. 85.

³¹¹ François Génys, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, (1^e éd. 1899), Paris, L.G.D.J., 1995.

³¹² Jean-Louis Halpérin, « École sociologique du droit », *Encyclopædia Universalis*, < universalis.fr >.

³¹³ Alain Touraine et al., *Histoire générale du travail* (en particulier : tome IV, *La Civilisation industrielle*), Paris, Nouvelle Librairie de France, 1964.

« société salariale »³¹⁴. Rares sont aujourd'hui ceux qui font le choix de ne pas travailler³¹⁵.

101 Aux États-Unis, dès 1930, apparaît une sociologie industrielle, qui s'intéresse aux processus de rationalisation des entreprises. Par exemple, une expérience est menée de 1927 à 1939 à Chicago dans les ateliers de la Western Electric où est observée la parcellisation des tâches et le travail à la chaîne³¹⁶. Les auteurs de cette étude en concluent que, vue du terrain, la prétendue organisation scientifique du travail de Taylor est en porte-à-faux avec le comportement humain³¹⁷.

102 En France, la sociologie du travail est importante : un auteur qualifie le taylorisme d'« aventure doctrinaire »³¹⁸. Les nouvelles rationalisations de la production sont étudiées³¹⁹, tout comme la disparition des identités à partir desquelles pouvaient se forger les relations dans l'entreprise³²⁰. Plusieurs travaux portent sur le mouvement ouvrier et les relations professionnelles³²¹, dès lors que, selon un postulat non déterministe, les acteurs sociaux (qu'ils soient dirigeants ou dirigés) sont présumés avoir le pouvoir de desserrer l'étau supposé de la rationalisation capitaliste³²². Au-delà de la rationalisation des entreprises, il est montré que c'est l'intervention simplement informelle des personnes concernées qui dicte généralement les modalités concrètes de la régulation productive³²³.

103 La sociologie permet également de comprendre que, pour les parties, « ce qui est, légalement et réglementairement, parfaitement licite n'est pas pour autant légitime »³²⁴. Par exemple, dans la plupart des cas, la rémunération du salarié ne correspond pas à la contrepartie directe et proportionnelle à l'effort productif fourni³²⁵, mais à ce qui lui est nécessaire pour garantir sa « position sociale »³²⁶. Plus

³¹⁴ Robert Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, Paris, Fayard, 1995.

³¹⁵ Pour leur portrait, cf. Camille Dorival, *Le Travail, non merci !*, Paris, Les petits matins, 2011.

³¹⁶ Denis Segrestin, « Travail », in Massimo Borlandi/Raymond Boudon/ Mohamed Cherkaoui/Bernard Valade (dir.), *Dictionnaire de la pensée sociologique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2015, pp. 709-711.

³¹⁷ Fritz Jules Roethlisberger/William Dickson/Harold Wright, *Management and the Worker*, Cambridge, Harvard University Press, 1939.

³¹⁸ Georges Friedmann, *La Crise du progrès, esquisse d'histoire des idées (1895-1935)*, Paris, Gallimard, 1936 ; du même auteur, à propos de la nouvelle civilisation technicienne : *Où va le travail humain ?*, Paris, Gallimard, 1970.

³¹⁹ Gilbert de Terssac/Pierre Dubois (éd.), *Les Nouvelles Rationalisations de la production*, Toulouse, Cepaduès Éditions, 1992.

³²⁰ Renaud Sansaulieu, *L'identité au travail*, Paris, FNSP, 1977.

³²¹ Denis Segrestin, « Travail », in Massimo Borlandi/Raymond Boudon/ Mohamed Cherkaoui/Bernard Valade (dir.), *Dictionnaire de la pensée sociologique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2015, pp. 709-711.

³²² Georges Friedmann/Pierre Naville, *Traité de sociologie du travail*, Paris, Armand Colin, 1964.

³²³ Michel Crozier/Erhard Friedberg, *L'Acteur et le système*, Paris, Éditions du Seuil, 1977.

³²⁴ Philippe d'Iribarne, *La Logique de l'honneur*, Paris, Éditions du Seuil, 1989, p. 34.

³²⁵ Michel Lallement, *Le travail. Une sociologie contemporaine*, Paris, Gallimard, 2007, pp. 149-150.

³²⁶ Karl Polanyi, *The Great Transformation*, (1^e éd. 1944), trad. fr. *La grande transformation* par C. Malamoud, Paris, Gallimard, 1983, p. 75.

généralement, « le travail confère un statut, il assigne une position dans l'ordre social »³²⁷.

La sociologie autorise également à aborder la question de la **hiérarchie**, et notamment de sa subsistance problématique dans un ordre démocratique. « Suivant en cela Tocqueville, on peut penser que l'ordre démocratique affirmant que tous les individus sont fondamentalement égaux est moins l'abolition des hiérarchies que le déploiement de la position aristocratique. »³²⁸ Cela revient à dire que « l'égalité démocratique ne serait qu'un ordre hiérarchique parmi d'autres ; simplement, ce serait un ordre mettant à plat les hiérarchies "naturelles" pour leur substituer une hiérarchie paradoxale dans laquelle tous les individus seraient "naturellement" égaux tout en occupant des positions inégales. Puisque l'égalité fondamentale est conduite à s'accommoder des inégalités de fait, elle doit se transformer en une conception des inégalités hiérarchiques considérées comme justes ». L'expérience des inégalités renvoie alors « pour une part aux conceptions des hiérarchies légitimes, même quand ces hiérarchies élargissent la sphère de l'égalité en définissant la communauté des égaux comme l'espace de la démocratie³²⁹. Et toute atteinte à cette égalité ou à ces inégalités justes, les deux se combinant souvent, entraîne une critique de type moral puisque c'est la cohésion de base de la société qui est en jeu »³³⁰.

104

Il est important de comprendre que de nombreuses options retenues en politique économique dépendent aussi de **priorités dans la vie**. Ainsi, lorsque l'on demande aux parents quelles sont, dans l'ordre, les trois priorités pour leurs enfants entre « être heureux dans la vie », « avoir un mode de vie sain », « gagner suffisamment pour vivre confortablement », « avoir une carrière professionnelle réussie » et « accomplir son potentiel », 86 % des parents français indiquent être heureux dans la vie, contre 77 % des parents britanniques, 72 % des parents américains, 63 % des parents chinois et 61 % des parents singapouriens³³¹.

105

Ce qui peut surprendre, c'est que ce sont les États où les personnes sont le plus attachées à la protection de l'individu qui sont aussi ceux qui promeuvent volontiers des politiques sociales, tandis que des États où l'individu doit céder le pas devant l'intérêt commun sont souvent moins interventionnistes³³².

³²⁷ François Dubet, *Injustices*, Paris, Éditions du Seuil, 2006, p. 16.

³²⁸ François Dubet, *op. cit.*, p. 18 ; Philippe d'Iribarne, *Vous serez tous des maîtres*, Paris, Éditions du Seuil, 1996.

³²⁹ Cf. Louis Dumont, *Homo aequalis*, Paris, Gallimard, 1985.

³³⁰ François Dubet, *Injustices*, Paris, Éditions du Seuil, 2006, p. 19.

³³¹ HSBC, *The Value of Education. Global Report 2015*, p. 9, < hsb.com >.

³³² Cf. par exemple l'enquête Medscape sur l'éthique des médecins, avril 2015, disponible sur < medscape.fr > : quasiment trois fois moins de médecins américains que de médecins français considèrent qu'il faut protéger le secret médical individuel lorsqu'une maladie contagieuse pourrait être transmise.

Section 2 : Les enjeux psychologiques du travail

- 106 Les psychologues revendiquent de plus en plus le statut d'experts, y compris au sein de la vie de l'entreprise³³³. L'administration recommande de faire appel à leurs services, et la jurisprudence sanctionne les employeurs qui n'auraient pas désigné une personne de confiance pour résoudre les conflits interpersonnels au sein de l'entreprise³³⁴.
- 107 La psychologie du travail s'est, pendant longtemps, attachée à dénoncer les méfaits du taylorisme, considérée de ce point de vue comme une « folie rationnelle »³³⁵. En effet, au lieu de laisser l'homme agir, le système taylorien « dissocie son activité en ne lui demandant qu'un certain geste artificiel ou une vigilance uniforme et sans gestes »³³⁶. En un certain sens, Taylor ne réclame pas trop au travailleur mais trop peu³³⁷. « Ne pensez pas » semble être sa devise. En choisissant le mouvement qui réclame de sa part le moins d'entremise, on prive l'homme de son initiative³³⁸. Or « l'amputer de son initiative pendant sa journée de travail, pendant ses huit ou dix heures de travail, aboutit à l'effort le plus dissociant, le plus fatigant, le plus épuisant qui se puisse trouver »³³⁹. D'ailleurs, l'effort n'est pas seulement celui que le travailleur fait pour suivre la cadence : c'est également celui qu'il doit consentir pour refouler sa propre activité³⁴⁰. On exige de lui un sacrifice qui « l'ampute d'une grande partie de ses disponibilités, qui laisse dans le silence toute une série d'activités nécessaires, de mouvements qui sont nécessaires parce qu'ils font un tout en quelque sorte organique avec les gestes exigés. On condamne l'homme à une immobilité qui est une tension continue. Or cette tension qui ne peut se dépenser en mouvements entraîne des troubles, des dissociations qui détraquent la machine humaine »³⁴¹. Le calibrage du geste est une amputation du mouvement³⁴².
- 108 Aujourd'hui, beaucoup de travailleurs se sentent débordés. Selon santésuisse, un million de personnes dans notre pays souffriraient du stress, ce qui engendrerait des coûts de l'ordre de cinq milliards de francs par an³⁴³. Au Japon, le « karoshi » est

³³³ Eva Illouz, *Les sentiments du capitalisme*, Paris, Éditions du Seuil, 2006, p. 28.

³³⁴ Pour une synthèse pratique, cf. Aurélien Witzig, « Gérer les conflits entre employés : Le point sur les nouveaux mécanismes », *Market*, février 2013, p. 70.

³³⁵ Bernard Doray, *Le taylorisme, une folie rationnelle ?*, Paris, Dunod, 1981.

³³⁶ Henri Wallon, « Culture générale et orientation professionnelle », (1^e éd. 1932), in *Lecture d'H. Wallon. Choix de textes*, Paris, Éditions sociales, 1932/1976, p. 209.

³³⁷ Yves Clot, *La fonction psychologique du travail*, Paris, Presses Universitaires de France, 6^e éd., 2015, p. 4.

³³⁸ *Ibidem*.

³³⁹ Henri Wallon, « Culture générale et orientation professionnelle », (1^e éd. 1932), in *Lecture d'H. Wallon. Choix de textes*, Paris, Éditions sociales, 1976, p. 210.

³⁴⁰ Yves Clot, *La fonction psychologique du travail*, Paris, Presses Universitaires de France, 6^e éd., 2015, p. 4.

³⁴¹ Henri Wallon, « Culture générale et orientation professionnelle », (1^e éd. 1932), in *Lecture d'H. Wallon. Choix de textes*, Paris, Éditions sociales, 1976, p. 210.

³⁴² Yves Clot, *op. cit.*, p. 4.

³⁴³ Serge Guertchakoff, « Les Romands sont-ils heureux au boulot ? », *Bilan*, 1^{er} juillet 2016.

reconnu juridiquement : il s'agit de la mort par excès de travail³⁴⁴. D'autres cherchent à se réapproprier le temps, en faisant d'autres activités sur le lieu de travail quand ce dernier manque de sens ou que le travailleur se sent frustré³⁴⁵.

Logiquement, la psychologie du travail s'est donc intéressée à la « souffrance au travail », avant d'étudier les « risques psycho-sociaux », puis de décliner un vocabulaire du bien-être ou encore de la qualité de vie au travail (« QVT »)³⁴⁶. Ce qui fait dire à un auteur, non sans ironie : « Dans le domaine de la santé mentale, les mots s'usent donc à grande allure. »³⁴⁷

En réponse, la mode est aujourd'hui au « bonheur au travail ». On recherche un « management par la discussion »³⁴⁸. On crée des diplômes d'« ingénierie des systèmes humains » (*sic*). Selon certains « experts », une équation simple devrait animer tout directeur de ressources humaines moderne : liberté + responsabilité = bonheur + performance³⁴⁹. Des sociétés privées se lancent dans la création d'un « Observatoire de la qualité de vie au travail ». La réalité est parfois plus ardue que ces prophètes ne le souhaiteraient et l'intensification du travail tend plutôt à exercer un effet négatif sur le sentiment de bonheur lorsque la pression augmente sur les épaules des travailleurs³⁵⁰.

Il faut dire que « le travail cristallise un ensemble de mécanismes et de rapports sociaux particulièrement propices à la manifestation du sentiment d'injustice »³⁵¹. Par exemple, des aspects psychologiques influencent largement la perception qu'ont les travailleurs de leur propre niveau de rémunération. Un sondage a montré que la plupart des gens préfèrent gagner 10 % de moins que ce qu'ils gagnent actuellement s'ils savent que d'autres personnes gagneront 20 % de moins, plutôt que gagner 10 % de plus si les autres gagnent 20 % de plus³⁵². Cette attitude s'explique par le besoin presque maladif de se comparer aux autres, ressort essentiel de la nature humaine. Du coup, « le bonheur dépend des comparaisons que chacun établit avec un groupe de référence, les amis ou les collègues »³⁵³.

Dans les éléments qui comptent le plus pour les travailleurs suisses se trouvent, dans l'ordre, le fait d'avoir de bonnes relations avec ses collègues, avec ses supérieurs, des

³⁴⁴ *Courrier international*, 15 décembre 2016, p. XIII.

³⁴⁵ Cf. Roland Paulsen, *Empty Labor : Idleness and Workplace Resistance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

³⁴⁶ Yves Clot, *op. cit.*, p. VII.

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ Cf. Mathieu Detchessahar, « Faire face aux risques psycho-sociaux : quelques éléments d'un management par la discussion », *Négociations*, n° 19, 2013, pp. 57-80.

³⁴⁹ Valentine Zenker, « Les multiples facettes du bonheur au travail », *Bilan*, 21 septembre 2016.

³⁵⁰ Christian Baudelot/Michel Gollac, *Travailler pour être heureux ?*, Paris, Fayard, 2003.

³⁵¹ François Dubet, *Injustices*, Paris, Éditions du Seuil, 2006, p. 15.

³⁵² Daniel Cohen, *Homo economicus, prophète (égare) des temps nouveaux*, Paris, Albin Michel, 2012, p. 22.

³⁵³ *Ibidem*.

remarques positives sur leur travail, un équilibre satisfaisant entre vie professionnelle et vie personnelle, un travail intéressant, des tâches stimulantes, un salaire fixe attractif, etc³⁵⁴.

Chapitre 4 : Philosophie du droit du travail

Section 1 : Philosophie du travail

112 Comme nos recherches sur la définition du mot « travail » l'ont montré³⁵⁵, ce concept révèle autant l'idée de contrainte que celle d'émancipation. Ainsi, le travail fait l'esclave comme il fait le démiurge³⁵⁶. Autrement dit, il est conçu à la fois comme nécessité de la nature humaine et comme violence faite à cette nature³⁵⁷, voire comme son parachèvement, l'Homme se mettant lui-même au monde en s'affrontant³⁵⁸.

113 Aussi ne doit-on guère s'étonner que le travail ait pu être à la fois loué et méprisé.

Le mépris du travail semble être la chose la mieux partagée du monde antique, puisqu'on compte parmi ses contempteurs : les Égyptiens, les Thraces, les Scythes, les Perses, les Lydiens et les Grecs³⁵⁹. Chez ces derniers, le travail était prioritairement le lot du bas de l'échelle sociale. Dans le mythe de l'âge d'or, les hommes « vivaient comme les dieux », « libres d'inquiétudes, de travaux et de souffrances »³⁶⁰ ; ils n'avaient pas besoin de cultiver la terre, qui « ne sentait pas encore la blessure du soc, et donnait ses fruits d'elle-même »³⁶¹. Comme le dit Platon, « la nature n'a fait ni cordonnier, ni forgeron ; de pareilles occupations dégradent les gens qui les exercent³⁶² ». La vie vertueuse, selon lui, ne peut être qu'une vie oisive³⁶³. Xénophon

³⁵⁴ Enquête réalisée par The Boston Consulting Group, « Swiss Workers : Going Where Life is Good », 6 octobre 2014, disponible sur < bcgperspectives.com >.

³⁵⁵ Cf. *supra* n° 4 et s.

³⁵⁶ Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, (1^e éd. 1994), Paris, Presses Universitaires de France, 3^e éd., 2015, p. 3.

³⁵⁷ Sylvain Auroux/Yvonne Weil, *Dictionnaire des auteurs et des thèmes de la philosophie*, Paris, Hachette, 1991, p. 479.

³⁵⁸ Jean-François Collange, « À la sueur de ton front : le travail et la peine selon Genèse 3, 17-19 », *Autres Temps. Les cahiers du christianisme social*, vol. 40, 1993, n° 1, p. 25.

³⁵⁹ Hérodote, *Ἱστορίαι*, (env. 445 av. J.-C.), trad. fr. *Histoire* par E. Pessonneaux, Paris, Charpentier, 1889, livre II.

³⁶⁰ Hésiode, *Ἔργα καὶ Ἡμέραι*, (fin VIII^e s. av. J.-C.), trad. fr. *Les Travaux et les jours* par A. Bignan, Paris, Lefèvre, 1841.

³⁶¹ Ovide, *Metamorphoseon libri*, (env. 9 apr. J.-C.), trad. fr. *Les Métamorphoses* par Puget/Guiard/Chevriau/Fouquier, Paris, Firmin-Didot, 1850, livre I, p. 254.

³⁶² Platon, *Περὶ πολιτείας*, trad. fr. *La République* par R. Baccou, Paris, Garnier Flammarion, 1966, livre V.

³⁶³ Paul Veyne, *La Vie privée dans l'Empire romain*, (1^e éd. 1985, revue et complétée en 1999), Paris, Éditions du Seuil, 2015, p. 122.

enfonce le clou : « Les gens qui se livrent aux travaux manuels ne sont jamais élevés aux charges et on a bien raison. »³⁶⁴ Aristote et Plotin ne disent pas autre chose. Selon Cicéron, « on doit regarder comme quelque chose de bas et de vil le métier de tous ceux qui vendent leur peine et leur industrie ; car quiconque donne son travail pour de l'argent se vend lui-même et se met au rang des esclaves ». Sénèque est d'accord avec lui. Tite-Live raconte que Brutus accusa Tarquin le tyran d'avoir fait des artisans et des maçons avec des citoyens libres³⁶⁵. Seuls les métiers de la terre – célébrés par les poètes dans le genre de la géorgique et dans celui de la bucolique représentant les éleveurs et les agriculteurs au quotidien³⁶⁶ – et des armes trouvaient grâce à leurs yeux³⁶⁷. On peut tout  trouver dans la description dite homérique un processus rhétorique consistant à « décrire quelque chose en passant par la série des actes d'un travail technique »³⁶⁸.

Au total, l'« Antiquité a été l'époque de l'oisiveté tenue pour un mérite », le loisir étant exalté comme la condition nécessaire d'une vie d'homme « libéral »³⁶⁹. Le travailleur était un être socialement inférieur, et même ignoble. Mais c'est moins le travail en tant que tel qui est dédaigné mais les personnes qui sont obligées de travailler pour vivre³⁷⁰ : « Le dédain de la valeur travail était dédain social des travailleurs. »³⁷¹ Ce qui est en réalité stigmatisé, c'est la contrainte physique qu'impose le travail, tout comme le mensonge auquel incite le commerce.

Comme durant l'Antiquité – mais avec en partie la justification nouvelle de la punition divine racontée dans la Genèse³⁷², qui explique « comment la souffrance et la mort sont arrivées dans la création, tout en insistant sur le fait que, malgré la sanction divine, la vie reste possible »³⁷³ –, le travail ne fut que peu valorisé durant la période médiévale, l'*opus manuum* demeurant au-dessous de l'*opus Dei*³⁷⁴. Toutefois, s'il n'avait pas de valeur en soi, le travail effectué pour le prochain et la communauté

114

115

³⁶⁴ Xénophon, *Oikonomikós*, trad. fr. *Économique* par L. Feuillet, Paris, Eugène Belin, 1882.

³⁶⁵ Tite-Live, *Ab Urbe condita libri*, trad. fr. *Histoire romaine* par M. Gauchet, Paris, Hachette, 1893, livre I.

³⁶⁶ Philippe Hamon/Alexandrine Viboud, *Dictionnaire thématique du roman de mœurs*, Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 2008, entrée « Travail », p. 354.

³⁶⁷ Cf. Caton, *De Re rustica*, trad. fr. *Économie rurale* par M. Nisard, Paris, Firmin-Didot, 1877, V (sur les devoirs du régisseur d'esclaves).

³⁶⁸ Philippe Hamon/Alexandrine Viboud, « Travail », in *Dictionnaire thématique du roman de mœurs*, Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 2008, p. 354.

³⁶⁹ Paul Veyne, *La Vie privée dans l'Empire romain*, (1^e éd. 1985, revue et complétée en 1999), Paris, Éditions du Seuil, 2015, p. 120.

³⁷⁰ Paul Veyne, *op. cit.*, p. 121.

³⁷¹ *Ibidem*.

³⁷² Gen., 3, 17-19.

³⁷³ Thomas Römer, « La condition humaine : Proche-Orient ancien et Bible hébraïque », *Cours et travaux du Collège de France. Résumés 2012-2013*, p. 404.

³⁷⁴ Dorothee Rippmann, « Travail », in *Dictionnaire historique de la Suisse*, < hls-dhs-dss.ch >.

pouvait conduire à Dieu³⁷⁵. Ainsi la règle bénédictine, par exemple, ne méprise-t-elle pas le travail³⁷⁶.

116 Plus tard, l'intérêt porté par Luther à la notion de vocation (*Beruf*)³⁷⁷ permit de rapprocher, à la suite notamment de Maître Eckhart, la *vita activa* et la *vita contemplativa*³⁷⁸. Calvin put alors affirmer que le travail était un service rendu à Dieu, conférant de la dignité à celui qui l'accomplit³⁷⁹. Calvin s'éleva tout de même contre l'abus de pouvoir socio-économique des riches³⁸⁰. Les penseurs politiques du siècle des Lumières poursuivirent cette approche, certains en maintenant son aspect religieux³⁸¹ et sévère³⁸², d'autres, comme Rousseau, en la sécularisant et en voyant dans le travail une des caractéristiques de la démocratie³⁸³.

117 La consécration juridique de cette conception fut le fait du code Napoléon, où Portalis, dans une perspective lockienne³⁸⁴, relie l'industrie et le travail à la propriété, réputée « âme universelle de toute la législation » : « L'homme, en naissant, n'apporte que des besoins ; il est chargé du soin de sa conservation ; il ne saurait exister ni vivre sans consommer ; il a donc un droit naturel aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien. Il exerce ce droit par l'occupation, par le travail, par l'application

³⁷⁵ *Ibidem*.

³⁷⁶ Cf. le chapitre XLVIII de la *Regula Sancti Benedicti*, intitulé « De opera manum cotidiana ».

³⁷⁷ Il faudrait toutefois nuancer l'idée selon laquelle la valorisation du *Beruf* proviendrait de motivations authentiquement religieuses : cf. Annette Disselkamp, « Prédication et métier. Une critique de *L'Éthique protestante* de Max Weber », *Autres Temps. Les cahiers du christianisme social*, vol. 40, 1993, n° 1, p. 29 : le catholicisme avait développé une morale double, avec d'un côté les *préceptes* pour ceux qui s'engagent dans la vie monacale, de l'autre les *commandements* pour la grande masse des croyants ; le luthéranisme, s'opposant à l'idée d'une élite religieuse, rompt avec cette tradition ; « adressant les mêmes exigences à chacun, il définit le travail quotidien comme le domaine où un chrétien doit exceller ». En d'autres termes, si la tendance du protestantisme à valoriser le travail quotidien doit être considérée comme acquise, son origine n'aurait pas été valablement expliquée par Weber.

³⁷⁸ Dorothee Rippmann, « Travail », in *Dictionnaire historique de la Suisse*, < hls-dhs-dss.ch >.

³⁷⁹ Martin Körner, « Travail », in *Dictionnaire historique de la Suisse*, < hls-dhs-dss.ch >.

³⁸⁰ *Ibidem*.

³⁸¹ Cf. Thomas Jefferson, *Notes on the State of Virginia*, (1^{re} éd. 1787), trad. fr. *Observations sur l'État de Virginie* par F. Specq, Paris, Éditions Rue d'Ulm, 2015, p. 200 : « Ceux qui travaillent la terre sont le peuple élu de Dieu [...] et il a fait de leurs poitrines le réceptacle privilégié de la vertu la plus concrète et la plus authentique. [...] Les siècles et les nations n'offrent pas un seul exemple d'un peuple de cultivateurs à la morale corrompue. »

³⁸² Cf. Adolphe Thiers, cité par Claude Bernard, in *Comment nos ministres font l'histoire, Le Discours de l'instruction publique et ses procédés de persuasion*, réédition, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 1990, 167 : « [P]ropager cette bonne philosophie qui apprend à l'homme qu'il est ici-bas pour souffrir et non cette autre philosophie qui dit au contraire à l'homme : jouis. »

³⁸³ Rousseau, *Projet de constitution pour la Corse*, (1^{re} éd. 1765), Paris, Natilus, 2000, p. 33 : « La Suisse en général est un pays pauvre et stérile. Son gouvernement est partout républicain. Mais dans les cantons plus fertiles que les autres tels que ceux de Berne, de Soleure et de Fribourg, le gouvernement est aristocratique. Dans les plus pauvres, dans ceux où la culture est plus ingrate et demande un plus grand travail le gouvernement est démocratique. »

³⁸⁴ Cf. Portalis, « Présentation, au corps législatif, du projet de loi sur la propriété », in P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, tome XI, pp. 112 et s. : « C'est par notre industrie que nous avons conquis le sol sur lequel nous existons ; c'est par elle que nous avons rendu la terre plus habitable, plus propre à devenir notre demeure. La tâche de l'homme était, pour ainsi dire, d'achever le grand ouvrage de la création. »

raisonnable et juste de ses facultés et de ses forces. Ainsi le besoin et l'industrie sont les deux principes créateurs de la propriété. »³⁸⁵

Avec les économistes classiques du XIX^e siècle, le travail – qui reste une malédiction pour Adam Smith³⁸⁶ – devint un instrument de mesure et la source des richesses. La tendance, à cette période, fut à la valorisation de la jouissance des fruits de son labeur³⁸⁷. Elle va jusqu'à mener Hegel à voir dans le travail le stade essentiel de la formation de la conscience, permettant à l'Homme de se réaliser 

118

La Révolution industrielle fut également l'objet de critiques renouvelées à l'encontre du travail. Sont depuis lors attaqués la spoliation³⁸⁸, l'aliénation³⁸⁹, l'idolâtrie du travail³⁹⁰, son utilisation comme police³⁹¹.

119

Le travail manuel fut alors représenté dans l'art, par exemple chez Victor Hugo³⁹² ou Émile Zola³⁹³, et surtout chez les peintres du réalisme pictural que sont Courbet et Millet. Sont notamment décrits les lieux du travail tels que l'atelier, l'usine, le champ, tout comme les hiérarchies (patrons et ouvriers) et les événements que sont l'accident du travail, la grève, le chômage, etc.³⁹⁴. Si, chez Balzac, le travail présente des vertus régénératrices³⁹⁵, il est, chez Flaubert, la valeur bourgeoise par excellence³⁹⁶.

120

³⁸⁵ *Ibidem*.

³⁸⁶ Cf. Karl Marx, « Le travail ne sera jamais pur amusement », (1^e éd. 1858), in *Écrits philosophiques*, Paris, Flammarion, 2011, p. 323.

³⁸⁷ Cf. notamment Thomas Paine, *Agrarian Justice*, (1^e éd. 1795), trad. fr. *La Justice agraire*, Paris, La citoyenne Ragouleau, 1797.

³⁸⁸ Cf. la revendication du « droit au produit intégral du travail » comme « droit que le travailleur possède sur la richesse qu'il a produite sans avoir à subir aucun prélèvement dû à la possession privée des moyens de production » : Armand Cuvillier, *Nouveau Vocabulaire philosophique*, Paris, Armand Colin, 1956, p. 190.

³⁸⁹ Cf. Herbert Marcuse, *Eros and Civilization*, (1^e éd. 1955), trad. fr. à partir de la version all. *Eros et civilisation* par J. G. Nény et B. Fraenkel, Paris, Les Éditions de Minuit, 1963 : l'aliénation correspond au travail ; elle provient non seulement de ce que nous sommes spoliés du produit de notre travail, ou que, pour satisfaire nos besoins, il nous faut toujours travailler plus (et, par conséquent, renoncer à notre plaisir), mais de ce que la société crée des besoins (gadgets, automobiles, etc.) qui nous enchaînent. Cf. également : Frédéric Lordon, *Capitalisme, désir et servitude*, Paris, La Fabrique éditions, 2010, p. 9.

³⁹⁰ Paul Lafargue, dans son *Droit à la paresse*, parle du travail comme d'un « dogme désastreux », d'une « passion moribonde ».

³⁹¹ Nietzsche, *Aurore* (1^e éd. 1881), trad. fr. J. Hervier, Gallimard, 1970, livre 3, § 173 : « Dans la glorification du « travail », dans les infatigables discours sur la « bénédiction du travail », je vois la même arrière-pensée que dans les louanges adressées aux actes impersonnels et utiles à tous : à savoir la peur de tout ce qui est individuel. Au fond, on sent aujourd'hui, à la vue du travail – on vise toujours sous ce nom le dur labeur du matin au soir –, qu'un tel travail constitue la meilleure des polices, qu'il tient chacun en bride et s'entend à entraver puissamment le développement de la raison, des désirs, du goût de l'indépendance. Car il consume une extraordinaire quantité de force nerveuse et la soustrait à la réflexion, à la méditation, à la rêverie, aux soucis, à l'amour et à la haine, il présente constamment à la vue un but mesquin et assure des satisfactions faciles et régulières. Ainsi une société où l'on travaille dur en permanence aura davantage de sécurité : et l'on adore aujourd'hui la sécurité comme la divinité suprême. »

³⁹² Victor Hugo, *Les Travailleurs de la mer*, 1^e éd. 1866.

³⁹³ Émile Zola, *La Terre*, 1^e éd. 1887.

³⁹⁴ Cf. Émile Zola, *Germinal*, 1^e éd. 1885.

- 121 Chez notre contemporain Habermas, la sphère du travail serait schématiquement celle de l'intérêt technique, premier des trois intérêts de connaissance, avant l'intérêt pratique (sphère du langage) et l'intérêt émancipatoire (réunissant le projet technique et le projet pratique mais se heurtant à la domination)³⁹⁷. Reste alors à concevoir une forme de travail qui ne soit pas aliénante³⁹⁸ (peut-être l'autogestion ?)³⁹⁹, en tout cas qui ait du sens⁴⁰⁰, voire qui engage dans la vie spirituelle⁴⁰¹.
- 122 Encore faudrait-il pour cela créer un vrai statut du travail libre dans l'entreprise et renverser la logique du principe ancré à l'article 537, alinéa 3 du code des obligations, selon lequel l'associé n'a droit à aucune indemnité pour son travail personnel dans la société. On peut donc rêver d'un droit de l'entreprise – au sens fort du terme⁴⁰² – qui fusionnerait droit du travail et droit des sociétés⁴⁰³.

Section 2 : Le droit du travail pris dans ses antinomies

- 123 La question du travail conduit à interroger la fonction même du droit, dans sa capacité à changer la réalité vécue. En effet, confrontés à la dureté des conditions d'existence des travailleurs salariés lors de la révolution industrielle, les penseurs ont adopté deux positions opposées à l'égard du droit : pour les uns, ce dernier n'était pas capable en tant que tel d'apporter le progrès aux travailleurs ; il fallait donc le réduire à néant, l'État devant pour sa part « dépérir » ou « s'éteindre »⁴⁰⁴. Pour les autres, l'outil juridique recelait des « virtualités »⁴⁰⁵ qu'il était possible de mettre en œuvre pour rendre le travail plus humain.

³⁹⁵ Cf. Honoré de Balzac, *Le Curé de village*, 1^{re} éd. 1839 ; Philippe Hamon/Alexandrine Viboud, « Travail », in *Dictionnaire thématique du roman de mœurs*, Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 2008, p. 354.

³⁹⁶ Gustave Flaubert, *Dictionnaire des idées reçues*, « Artistes ».

³⁹⁷ Gérard Raulet, « Jürgen Habermas (1929-) », in *Encyclopædia Universalis*, < universalis.fr >.

³⁹⁸ Comme par exemple : Georges Friedmann, *Le Travail en miettes*, Paris, Gallimard, 2^e éd., 1964.

³⁹⁹ Nadia Koromyslova, « Vive les entreprises sans patron », *Le Devoir*, 25 mars 2017.

⁴⁰⁰ Cf. David Foster Wallace, *The Pale King*, (1^{re} éd. 2011), trad. fr. *Le Roi pâle* par C. Recoursé, Vauvert, Au diable vauvert, 2012 : ce roman met en scène un employé d'un centre de traitement de déclarations fiscales qui meurt à son poste de travail, en une sorte de « satire critiquant la futilité d'un travail monotone et déshumanisant » (Margherita Nasi, « L'inactivité au travail, une forme de résistance au manque de sens professionnel ou à une frustration », *Le Monde*, 17 août 2016).

⁴⁰¹ Cf. Khalil Gibran, *Le Prophète*, trad. fr. C. Aboussouan, Paris, Casterman, 1956 : « Le travail est l'amour rendu visible. » Cf. également le projet de *Tour du travail* d'Auguste Rodin, en 1898-1899, qui devait être surmontée d'un chapiteau rappelant que le travail est fait « d'amour et de joie ».

⁴⁰² Alain Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Paris, Dalloz, 2015.

⁴⁰³ Cf. Michel Despax, *L'entreprise et le droit*, Paris, L.G.D.J., 1957.

⁴⁰⁴ Cf. Friedrich Engels, « Herrn Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaft », (1^{re} éd. 1877/1878), trad. fr. *Anti-Dühring* par É. Bottigelli, Paris, Éditions sociales, 3^e éd., 1973.

⁴⁰⁵ Cf. Alain Coeuret/Bernard Gauriau/Michel Miné, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2013, p. 3.

Par ailleurs, les limites du droit se font ressentir vivement dans les situations du travail. 124
Ainsi, il est difficile d'imaginer une relation de travail satisfaisante si les parties se contentaient d'appliquer le droit de manière rigide⁴⁰⁶. Les alternatives au droit sont toutefois limitées aux rapports de force ou à la coopération⁴⁰⁷.

En soi, « le droit offre trois grands modèles de régulation des rapports de travail : le 125
contrat (règle de droit élaborée par ceux auxquels elle s'applique), le pouvoir (une des parties est investie du pouvoir de déterminer unilatéralement les termes de la relation) et le statut (les parties n'ont aucune prise sur la définition de la règle de droit, qui est élaborée de l'extérieur) »⁴⁰⁸.

Les choses se compliquent encore puisque le droit du travail repose sur un certain 126
nombre d'antinomies⁴⁰⁹ : il revient à faire du travailleur une chose mais aussi une personne, il prétend justifier la subordination par la liberté, il oscille entre la loi et la norme. Le parallèle entre le droit du travail et le travail tout court est alors tentant et l'on peut se dire qu'après tout, le travail fait de nous des objets avant de faire de nous des personnes, qu'il nous asservit mais peut aussi nous libérer, qu'il est le lieu d'application de choix collectifs librement débattus mais aussi de normes issues de la recherche scientifique.

En outre, le pouvoir de direction prend à revers les deux grands principes sur lesquels 127
repose le droit des contrats : égalité des parties et liberté contractuelle⁴¹⁰. Tandis que le droit des contrats postule l'autonomie de la volonté individuelle, le droit du travail organise la soumission de la volonté⁴¹¹. Dans cette mesure, le contrat de travail incorpore une antinomie juridique : un homme libre se met au service d'autrui⁴¹².

⁴⁰⁶ Voir un exemple en droit talmudique, donné par François-Xavier Licari, *Le Droit talmudique*, Paris, Dalloz, 2015, p. 43 : sur la question de savoir si un salarié congédié a droit à une indemnité de licenciement, rien n'est prévu ni dans la Torah, ni dans le Talmud, ni dans l'immense majorité des sources post-talmudiques ; seul un décisionnaire du XIII^e siècle, Aharon de Barcelone, a raisonné par analogie avec le serviteur hébreu auquel le maître doit donner des cadeaux lorsqu'il le quitte à l'expiration de ses six ans de service (*ha'anakah* ; *Deutéronome*, 15, 13-15). La *ratio legis* de cette obligation biblique étant de « développer en nous les qualités de bonté et de générosité », son champ d'application temporel et matériel peut s'étendre : « lorsqu'un Juif a profité pendant un temps plus ou moins long des services d'un autre, à titre de salarié, il doit lorsque celui-ci le quitte, lui donner une gratification, selon la bénédiction dont l'Eternel l'aura comblé. » Toutefois, les décisionnaires suivants ont émis l'opinion que le versement d'une indemnité de licenciement, si elle constitue une obligation morale, ne constitue pas une obligation légale, sauf si un usage professionnel ou local existe. Elle pourrait aussi trouver sa source dans la surrogation, dès lors qu'« en de nombreux passages du Talmud, les Sages exhortent à aller au-delà des exigences purement légales » : « c'est faire montre de piété que de se montrer plus généreux que ce que la *halakhah* exige, par exemple en octroyant une indemnité de licenciement, alors même que la *halakhah* stricte ne le requiert pas ».

⁴⁰⁷ Pascal Lokiec, *Droit du travail, Tome I. Les relations individuelles de travail*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, pp. 73-74.

⁴⁰⁸ Pascal Lokiec, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁰⁹ Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, (1^e éd. 1994), Paris, Presses Universitaires de France, 3^e éd., 2015.

⁴¹⁰ *Ibidem*.

⁴¹¹ *Ibidem*.

⁴¹² *Ibidem*.

128 Comment une telle antinomie est-elle concevable ? Le droit romain la rejetait expressément. Cicéron explique notamment qu'il tient pour vile et indigne d'un homme libre la profession du mercenaire, dont on paie le travail et non le talent⁴¹³. Dès lors, le salaire ne peut être que le « *prix de la servitude* »⁴¹⁴.

Toutefois, avec la philosophie des Lumières s'est épanoui le concept d'autonomie de la volonté. On trouve par exemple chez Pufendorf l'idée que, tous les hommes ayant une égale liberté, « il est injuste de prétendre les assujettir à quoi que ce soit sans un consentement de leur part [...] ou sans qu'ils aient donné droit par quelque acte propre de les dépouiller de leur liberté »⁴¹⁵.

129 Ainsi que l'explique Alain Supiot, la volonté libre de celui qui se subordonne peut devenir le fondement d'une entorse au principe d'égalité⁴¹⁶. Cette fiction permet de fonder sur l'autonomie de la volonté la force obligatoire d'un rapport hiérarchique comme le lien de subordination et, *in fine*, d'instaurer une hiérarchie entre égaux⁴¹⁷. La difficulté principale vient de ce que considérer le travail comme un bien quantifiable et échangeable est une fiction juridique⁴¹⁸ : le travail de l'Homme, en tant que tel, se distingue du produit du travail, il n'est pas une réalité saisissable⁴¹⁹. Cette fiction a seule permis l'élaboration d'une théorie juridique du travail comme objet contractuel.

130 Si l'on reprend la distinction proposée par Emmanuel Gaillard entre droits subjectifs et pouvoir⁴²⁰, on constate que les deux sont présents en droit du travail. Les deux parties sont titulaires de droits subjectifs dans la relation de travail (droit d'entrer dans la relation de travail, droit d'y mettre fin, etc.). Seul l'employeur est titulaire d'un pouvoir, entendu comme « la prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui »⁴²¹.

⁴¹³ L'idée perdurera longtemps, puisqu'on retrouve chez Pothier, in *Traité du contrat de louage*, Paris, Debure l'aîné, 1764, pp. 10-11 : « Il n'y a que les services ignobles et appréciables à prix d'argent qui soient susceptibles du contrat de louage, tels que ceux des serviteurs et servantes, des manœuvres, des artisans etc. Ceux que leur excellence, ou la dignité de la personne qui les rend, empêchent de pouvoir s'apprécier à prix d'argent, n'en sont pas susceptibles. »

⁴¹⁴ Cicéron, *De Officiis*, (44 av. J.-C.), Paris, Belles Lettres, 1974, livre I, § XLII.

⁴¹⁵ Samuel von Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, (1^e éd. 1672), trad. fr. *Droit de la nature et des gens* par J. Barbeyrac, Caen, Réimpression par la Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 1987, L. III, Ch. 2, § 8.

⁴¹⁶ Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, (1^e éd. 1994), Paris, Presses Universitaires de France, 3^e éd., 2015.

⁴¹⁷ *Ibidem*.

⁴¹⁸ Alain Supiot, *Le Droit du travail*, Paris, Presses Universitaires de France, 2006, p. 12.

⁴¹⁹ Cf. également Georges Ripert, *Les Forces créatrices du droit*, L.G.D.J., Paris, 1955, p. 275 : « Le travail, c'est l'homme même, dans son corps et dans son esprit [...]. » L'auteur en tirait une conclusion radicale : « Il n'y a pas là l'objet possible d'un contrat de droit privé. »

⁴²⁰ Emmanuel Gaillard, *Le Pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985.

⁴²¹ Emmanuel Gaillard, *op. cit.*, pp. 137 et s.

On se rend dès lors compte que le lien de subordination est, fondamentalement, incompatible avec l'exigence d'une détermination précise de l'obligation du salarié⁴²². « Le droit de direction permet à l'employeur d'utiliser la force de travail du salarié au mieux des intérêts de l'entreprise. [...] L'obligation du salarié comporte en général une large indétermination. [...] Dans les autres contrats, le créancier fixe seulement, d'accord avec le débiteur, l'objet de l'obligation. Dans le contrat de travail, l'employeur acquiert un droit de direction continue sur l'activité du salarié pendant le cours du contrat. »⁴²³

131

En effet, si l'ensemble des tâches est précisément défini *ab initio* par le contrat, il n'existe plus aucune place pour que s'épanouisse le pouvoir de direction de l'employeur⁴²⁴. La subordination implique donc une large indétermination des obligations concrètes qui pèseront sur le travailleur pendant l'exécution du contrat⁴²⁵. L'objet de l'obligation qui forme la matière de l'engagement du salarié peut donc être redéfini de manière nouvelle comme le renoncement à sa volonté autonome, autrement dit la soumission de sa volonté à celle de l'autre partie ou, encore plus simplement, l'obéissance aux ordres, dans le cadre tout de même de la qualification professionnelle et du poste de travail. En bref, si, dans le contrat civil, la volonté s'engage, dans contrat de travail, la volonté se soumet⁴²⁶.

132

La contradiction entre autonomie de la volonté et subordination de la volonté ne peut se concevoir que si l'on comprend que le salarié est appréhendé dans l'entreprise à la fois comme sujet et comme objet du contrat. La première raison d'être du droit du travail consiste dès lors à faire ressurgir le salarié en tant que sujet de droit dans l'entreprise, autrement dit à faire ré-émerger sa personne au-delà de sa simple position contractuelle⁴²⁷.

133

Le droit du travail connaît aujourd'hui un certain nombre d'évolutions : alors que le travailleur était, comme le propriétaire ou l'actionnaire, principalement appréhendé dans sa dimension patrimoniale, sa personne ressurgit⁴²⁸ ; dès lors, à l'individualisme

134

⁴²² Approchant également de cette idée, mais sous un angle quelque peu différent : Manfred Rehbinder/Jean-Fritz Stöckli, *Berner Kommentar*, Berne, Stämpfli, 2^e éd., 2014, N 1 *ad* art. 321d CO.

⁴²³ Paul Durand/Robert-Edouard Jaussaud, *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, 1947, tome 1, N 352, p. 430.

⁴²⁴ Cf. également Philipp Lotmar, *Der Arbeitsvertrag*, Leipzig, von Duncker & Humblot, 1902, tome I, pp. 8-9 : « Bei der Leistung Arbeit ist der Schuldner, persönlich oder in Person seines Vertreters, vom Anfang bis zum Ende der Leistung mit ihr verwachsen, sie macht einen Teil seines Lebens aus, so dass jede Bestimmung der Arbeit, die das Recht ihr gibt, oder von den Parteien geben lässt – ob sie bei Tag oder bei Nacht, zu Wasser oder zu Land, daheim oder in der Fabrik, mit der Hand oder machinell, im Chor oder solo zu verrichten ist –, unmittelbar den Arbeitnehmer ergreift. Seine Person oder die seines Gehülfen ist in den Vertragsvollzug verflochten und damit Anstrengungen, Umbilden oder Gefahren ausgesetzt, die der sächlichen Leistung fern zu bleiben pflegen. »

⁴²⁵ Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, (1^e éd. 1994), Paris, Presses Universitaires de France, 3^e éd., 2015.

⁴²⁶ *Ibidem*.

⁴²⁷ *Ibidem*.

⁴²⁸ Pascal Lokiec, *Droit du travail, Tome I. Les relations individuelles de travail*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, p. 8.

contractuel classique du droit du travail se superposent à présent des droits individuels (émergeant de la notion de protection de la personnalité)⁴²⁹. Ainsi l'essor des droits fondamentaux vient-il concurrencer la protection de la partie faible par les mécanismes du droit impératif⁴³⁰.

135 En matière de droit du travail, mériteraient d'être étudiés de manière approfondie des concepts tels que ceux :

- d'**égalité** – objectif constitutionnel convoqué notamment en matière de différences entre les sexes ;

- d'**équité** – dès lors que, dans de nombreuses situations (caractère abusif d'un licenciement ou d'une directive de l'employeur ; caractère justifié d'un licenciement avec effet immédiat ; nécessité d'une clause de non-concurrence ; fixation du salaire non prévu par les parties, etc.), le juge est amené à décider en équité ;

- d'**abus de droit** : inauguré par le *summum jus summa injuria* de Cicéron⁴³¹, éclairé par Louis Josserand⁴³² et sa théorie des droits subjectifs comme « droits-fonctions » à « esprit altruiste », l'abus consistant en un détournement du droit de sa finalité sociale⁴³³, très fréquent en droit du travail également ;

- de **protection de la personnalité**, notamment du statut juridique de cette notion : s'agit-il d'un droit privé ? d'un droit constitutionnel ? d'un droit quasi-constitutionnel (comme nous le pensons, mais il faudrait s'entendre sur la définition d'un droit « quasi-constitutionnel »⁴³⁴) ?

- d'**intérêt de l'entreprise** : employée pour justifier une atteinte à un droit fondamental du travailleur (cf. art. 336, al. 1, b CO), cette notion pourrait renvoyer à une conception épicurienne et utilitariste⁴³⁵.

⁴²⁹ Pascal Lokiec, *op. cit.*, pp. 26-27.

⁴³⁰ Pour une réflexion à ce sujet, cf. Pascal Lokiec, *op. cit.*, p. 59.

⁴³¹ *De officiis*, livre I, X, 33.

⁴³² Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz, 2^e éd. 1939, pp. 394 et s.

⁴³³ Patrick Morvan, « Le juste en droit du travail », in Bernard Teyssié (dir.), *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Paris, Economica, 2011, p. 31.

⁴³⁴ Cf. *infra* n° 229.

⁴³⁵ Cf. Arnaud Martinon, « L'utile en droit du travail », in Bernard Teyssié (dir.), *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Paris, Economica, 2011, p. 8.

Plan de l'ouvrage. Le droit suisse du travail s'organise comme un **système (Partie I)**, dont la colonne vertébrale est le ***rapport d'emploi* (Partie II)**, sur lequel vient s'inscrire le ***rapport de travail* (Partie III)**. Conjointement se nouent des ***relations collectives* (Partie IV)**. Parfois, des ***conflits individuels*** surviennent (**Partie V**).

136

Première partie : Le système du droit du travail

Comprendre le système du droit du travail commande de délimiter son *domaine* (**Titre 1**), d'identifier ses *sources* (**Titre 2**) et de connaître ses *institutions* (**Titre 3**).

137

Titre 1 : Le domaine du droit du travail

Le **droit du travail** vient s'inscrire dans l'architecture générale du droit suisse, en se distinguant des **autres domaines du droit** (Chapitre 1).

138

Le **contrat de travail** lui-même se distingue des **autres contrats spéciaux** (Chapitre 2).



Chapitre 1 : Droit du travail et autres domaines du droit

Janus bifrons puisqu'il traite à la fois d'un des moyens qu'ont les Hommes de se procurer un revenu au sein de la société, et des rapports contractuels qu'ils nouent entre eux à cet effet, le droit du travail trouve sa place d'abord dans les domaines plus généraux du **droit social** (Section 1) et du **droit civil** (Section 2).

139



Section 1 : Droit du travail et droit social

La notion de « droit social » n'est pas fixée de manière précise en droit suisse. Nous donnons au « droit social » le sens d'un droit régissant les buts sociaux que l'État s'est fixés : sécurité sociale, soins nécessaires à la santé, protection et encouragement de la famille, droit à un travail exercé dans des conditions équitables, droit à un logement approprié à des conditions supportables, droit à une formation (initiale et continue), intégration sociale, culturelle et politique des plus jeunes (cf. art. 41 Cst.). Dans cette conception, « social » ne renvoie pas seulement à une interaction entre plusieurs personnes au sein d'un groupe donné, mais acquiert une portée normative⁴³⁶, par laquelle on envisage une société plus harmonieuse, du point de vue des moyens de se procurer un revenu.

140

Pour comprendre la façon dont le droit du travail *stricto sensu* interagit avec ces autres droits sociaux, nous allons resserrer le propos sur la façon dont les individus peuvent se procurer, par l'intermédiaire d'autrui, des moyens de subsistance. En ce sens, le droit social englobe aussi bien le **droit au travail** (§ 1) que le **droit du chômage** (§ 2), le **droit des (autres) assurances sociales** (§ 3) et le **droit de l'aide sociale** (§ 4).

141

⁴³⁶ Cf. Philippe Légé, « Critique de la justice sociale selon Hayek », 1^{er} mars 2008, < revue-projet.com >.

§ 1 : Le droit au travail

142 Avant même la naissance véritable du droit *du* travail, le droit *au* travail a occupé la scène politique durant une grande partie du XIX^e siècle. En effet, à une époque où aucune vraie sécurité sociale étatique n'avait été mise en place et où nombre de personnes ne trouvaient pas de travail, la première priorité parut de donner un travail aux nécessiteux. Une des toutes premières initiatives populaires fédérales, en 1894, s'intitulait d'ailleurs « droit au travail ». Rejetée par 80 % des votants, elle visait le partage du temps de travail, l'organisation de bourses du travail destinées à procurer gratuitement du travail à ceux qui en auraient besoin, une protection des ouvriers contre les « renvois injustifiés », une forme d'assurance contre le chômage, une protection des syndicats et des juridictions spécialisées en matière de travail⁴³⁷. Une seconde initiative populaire, également intitulée « droit au travail », fut balayée en 1946. Le droit au travail devait également être garanti dans une initiative sur laquelle un vote fut organisé l'année suivante, sans succès⁴³⁸.

143 Depuis lors, le droit au travail a connu une forme de reconnaissance juridique, aux niveaux constitutionnel et international. Cependant, cette double reconnaissance ne présente qu'une effectivité extrêmement réduite pour les particuliers.

En effet, si notre ordre juridique est témoin de l'engagement de la Confédération et des cantons, aux termes duquel toute personne capable de travailler doit pouvoir, en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée, assurer son entretien par un travail qu'elle exerce dans des conditions équitables (cf. art. 41, al. 1, d Cst.), ce droit au travail n'est pas opposable à l'État, puisqu'aucun droit subjectif à des prestations de l'État ne peut être déduit directement des buts sociaux constitutionnels (cf. art. 41, al. 4 Cst.).

144 Par ailleurs, si l'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels adopté le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations unies dispose que « les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit » (al. 1) et que « les mesures que chacun des États parties au présent Pacte prendra en vue d'assurer le plein exercice de ce droit doivent inclure l'orientation et la formation techniques et professionnelles, l'élaboration de programmes, de politiques et de techniques propres à assurer un développement économique, social et culturel constant et un plein emploi productif dans des conditions qui sauvegardent aux individus la jouissance des libertés politiques et économiques fondamentales » (al. 2), le Tribunal fédéral a jugé que ce Pacte ne

⁴³⁷ Détails disponibles sur < admin.ch >.

⁴³⁸ Cf. la votation populaire du 18 mai 1947 ; dans la même veine, on peut également citer l'initiative populaire « Garantie du pouvoir d'achat et du plein emploi (initiative pour la monnaie franche) », rejetée en 1951, toutes deux disponibles sur < admin.ch >.

présentait pas un caractère directement applicable de façon générale⁴³⁹, si bien qu'un justiciable ne peut que difficilement s'en prévaloir devant le juge suisse.

§ 2 : Le droit du chômage

Historique. Les origines du droit du chômage remontent à des initiatives prises vers la fin du XIX^e siècle au niveau syndical et cantonal⁴⁴⁰. La première loi fédérale sur l'assurance-chômage fut adoptée en 1951 ; elle n'instituait de protection que facultative. Le choc de la récession économique de 1973 conduisit à l'adoption, quelques années plus tard, d'une nouvelle assurance-chômage, rendue obligatoire pour la plupart des travailleurs dépendants (cf. LACI⁴⁴¹).

145

Contenu. Le droit du chômage présente un volet de prévention de la perte d'emploi et de retour à l'emploi, et un volet de compensation de la perte de revenu due à l'absence d'emploi (cf. art. 7 LACI). L'assurance sert non seulement des indemnités de chômage (cf. art. 8 et s. LACI), mais aussi des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (cf. art. 31 et s. LACI), en cas d'intempéries (cf. art. 42 et s. LACI) et en cas d'insolvabilité de l'employeur (cf. art. 51 et s. LACI).

146

L'employeur ne peut être tenu pour responsable du recours à l'assurance-chômage par un travailleur licencié dans la même mesure où il peut l'être à l'égard du recours à l'assurance-accident s'il n'a pas pris les dispositions idoines pour éviter qu'un accident ne survienne⁴⁴². On pourrait toutefois concevoir que l'employeur doive garantir, autant que possible, l'adaptation du travailleur à son poste de travail et envisager toutes les solutions possibles avant de le licencier. On éviterait ainsi une contradiction entre la protection contre le recours à l'assurance-accident, dont on peut tenir l'employeur pour responsable, et l'absence d'imputation sur l'employeur du recours à l'assurance-chômage.

147

En dehors de l'assurance-chômage proprement dite, des avantages fiscaux favorisaient la création de « réserves de crise » par les entreprises privées, afin de promouvoir l'équilibre de l'évolution conjoncturelle et de prévenir et de combattre le chômage (cf. par exemple, l'ancienne loi du 20 décembre 1985 sur la constitution de réserves de crise bénéficiant d'allègements fiscaux⁴⁴³).

148

Observation du marché du travail. Dans une perspective de connaissance de la situation de l'emploi en Suisse, une observation du marché du travail est mise en

149

⁴³⁹ TF, 4 mai 2010, 4A_54/2010, ATF 136 I 290, JT 2011 II 204, SJ 2010 I 416, PJA 2011 983, Pra 2011 7 46, RDAF 2011 I 392, com. Geiser *in* PJA 2011 243, com. Würger *in* DTA 2011 102, com. Schmid *in* PJA 2011 983.

⁴⁴⁰ Pierre-Yves Greber, « Brève histoire de la sécurité sociale suisse à travers quelques événements », CGSS, n° 41, 2008, p. 52.

⁴⁴¹ RS 837.0.

⁴⁴² Pour les sanctions pénales potentielles, cf. art. 112 LAA.

⁴⁴³ Cette loi a été abrogée par une ordonnance du 4 décembre 2015. Pour une explication au sujet de cette abrogation, cf. Message du Conseil fédéral, 22 juin 2005, FF 2005 4572-4573.

place : les offices du travail cantonaux doivent examiner la situation et l'évolution du marché du travail dans leur canton et en faire rapport au SECO (cf. art. 36 LSE ; cf. également art. 18 LSE et art. 46 OSE en matière d'observation du marché de la location de services). Il existe également un système d'information en matière de placement et de statistique du marché du travail (« PLASTA »), réglementé par une ordonnance du 1^{er} novembre 2006⁴⁴⁴.

§ 3 : Le droit des (autres) assurances sociales

- 150 **Système.** Les assurances sociales représentent un système de protections collectives en faveur d'assurés pour des risques considérés comme « sociaux ». Davantage qu'un simple mécanisme de prise en charge des risques, la sécurité sociale, par la dimension qu'elle a prise dans nos États, représente aujourd'hui, « par son ampleur et par la force de son action, un des plus puissants facteurs de transformation des sociétés contemporaines »⁴⁴⁵.
- 151 Initialement, un travailleur vieillissant ou malade ne se voyait que difficilement apporter du secours. Accidenté, il n'avait d'autre choix que de mettre en jeu la responsabilité de son employeur pour tenter d'obtenir la réparation de son dommage. Une telle situation posait problème tant pour les travailleurs, soumis à une grande incertitude juridique et économique, que pour les employeurs (exposés à la ruine de leur entreprise)⁴⁴⁶. Craignant la montée de l'agitation ouvrière consécutive à ce régime juridique insatisfaisant, Bismarck fit le premier adopter en Allemagne des lois sur l'assurance-maladie (en 1883), sur l'assurance-accidents (en 1884) et sur l'assurance-invalidité et vieillesse (en 1887). Dans la conception qui a présidé à la législation allemande, il fut fait référence aux « sentiments d'humanité » et aux « préceptes du christianisme »⁴⁴⁷. Le but était également de « prouver » aux « classes peu aisées de la population » que l'État est une institution « non seulement nécessaire mais bienfaisante »⁴⁴⁸.
- 152 Dans ce système, dit « bismarckien », la protection est obligatoire ; le système est organisé autour de caisses autonomes supervisées par l'État ; son financement repose sur des cotisations proportionnelles au salaire ; les prestations sont accordées dès lors que les conditions d'octroi en sont remplies⁴⁴⁹.

⁴⁴⁴ RS 823.114.

⁴⁴⁵ Paul Durand, *La politique contemporaine de Sécurité sociale*, (1^e éd. 1953), Paris, Dalloz, 2005, § 283.

⁴⁴⁶ Pierre-Yves Greber, « Brève histoire de la sécurité sociale suisse à travers quelques événements », CGSS, n° 41, 2008, p. 31.

⁴⁴⁷ Exposé des motifs du premier projet de loi allemande, cité dans FF 1890 I 315.

⁴⁴⁸ Message du Conseil fédéral, 28 novembre 1889, FF 1890 I 309.

⁴⁴⁹ Pierre-Yves Greber, « Brève histoire de la sécurité sociale suisse à travers quelques événements », CGSS, n° 41, 2008, p. 32.

La Suisse a adopté le système bismarckien par une loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents (aLAMA), entrée en vigueur le 1^{er} avril 1918⁴⁵⁰. Une série de lois sont venues, notamment à partir de l'après-seconde guerre mondiale, créer peu à peu un édifice complexe au sein duquel une partie générale (LPGA, OPGA) commande toute une série de règles particulières sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS, RAVS), l'assurance-invalidité (LAI, RAI), les prestations complémentaires à l'assurance vieillesse et survivants et à l'assurance invalidité (LPC, OPC-AVS/AI), la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP, OFF, OEPL, LFLP, OLP, OPP 1, OPP 2, OPP 3), la prévoyance privée, l'assurance-maladie (LAMal, OAMal), l'assurance-accidents (LAA, OLAA), la prévention des accidents et des maladies professionnels (OPA), l'assurance-militaire (LAM, OAM), les allocations pour perte de gain (LAPG, RAPG), les allocations familiales (LFA, RFA, LAFam, OAFam), l'assurance-chômage (LACI, OACI) et l'assurance-maternité. Ainsi, toute personne doit être assurée contre les conséquences économiques de l'âge, de l'invalidité, de la maladie, de l'accident, du chômage, de la maternité, de la condition d'orphelin et du veuvage (art. 41, al. 2 Cst.).

153

Évolution de la notion de « risques sociaux ». Par essence, la notion de « risques sociaux » couverts par la sécurité sociale est malléable et peut appeler des adaptations en fonction des évolutions de l'économie. Ces risques sociaux ont connu une évolution historique : initialement, il s'agissait de tous les risques qui pouvaient obliger un ouvrier à cesser son travail, soit temporairement, soit définitivement : risques physiologiques communs à tous les hommes (maladie, invalidité, vieillesse, décès) et certains risques intéressant la vie professionnelle (chômage, accident du travail, maladie professionnelle). À l'époque, la protection sociale était un élément de la législation ouvrière⁴⁵¹. Par la suite, le risque social ne consista plus seulement dans la perte de l'emploi, mais aussi dans la diminution du niveau de vie d'un travailleur (allocations familiales, extension à toutes les activités professionnelles)⁴⁵².

154

Aujourd'hui, devant l'importance prise par la numérisation et la robotisation de l'économie, se pose la question du passage d'un système d'assurances sociales bismarckien à un système beveridgien, soit à une assurance nationale, bénéficiant de manière universelle à toute la population⁴⁵³. Les évolutions économiques et idéologiques ont même fait surgir sur le devant de la scène l'hypothèse du versement d'un revenu dit universel à l'ensemble de la population et indépendamment de tout emploi effectif. Ce mécanisme, qui séduit des penseurs tant ultra-libéraux que progressistes, prétend faire le constat que les systèmes de protection fondés sur le salariat ne seraient plus adaptés aux enjeux contemporains.

155

Liens entre droit du travail et droit des assurances sociales. Compte tenu du but de droit social partagé par les droits du travail et des assurances sociales, on ne s'étonnera

156

⁴⁵⁰ Pierre-Yves Greber, *op. cit.*, p. 38.

⁴⁵¹ Paul Durand, *La politique contemporaine de Sécurité sociale*, (1^e éd. 1953), Paris, Dalloz, 2005, § 4.

⁴⁵² Paul Durand, *op. cit.*, § 5.

⁴⁵³ Patrick Morvan, *Droit de la protection sociale*, Paris, LexisNexis, 7^e éd., 2015, p. 5.

pas que des liens particuliers existent entre eux. C'est le cas notamment du régime des institutions de prévoyance en faveur du personnel institué aux articles 331 à 331f du code des obligations.

Un autre lien réside dans la détection précoce en matière d'assurance-invalidité, dont le but consiste à maintenir autant que possible les personnes en emploi et éviter l'invalidité. Les mesures d'intervention précoces aident les personnes en incapacité de travail partielle ou totale à conserver leur emploi ou à en trouver un autre, dans leur entreprise d'origine ou dans une entreprise disposée à les accueillir. Ces mesures peuvent comporter l'aménagement du poste de travail, le placement à un autre poste plus adapté, l'orientation professionnelle, le suivi d'une formation etc⁴⁵⁴.

Certaines coordinations peuvent également être nécessaires, notamment du fait que l'assurance-accidents prévoit un délai de carence avant de couvrir la perte de gain d'un assuré (art. 16, al. 2 LAA), tandis que l'employeur est tenu de verser au travailleur au moins 80 % durant un tel délai d'attente (art. 324b, al. 3 CO).

- 157 Le droit du travail étant étroitement lié au droit des assurances sociales, une véritable coordination entre ces deux domaines du droit serait indispensable⁴⁵⁵. Pourtant, une telle coordination reste aujourd'hui très empirique.

§ 4 : Le droit de l'aide sociale

- 158 L'article 12 de la Constitution fédérale consacre le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse : « Quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine. » Aussi les cantons sont-ils chargés de fournir une telle aide aux personnes en détresse.
- 159 L'aide sociale a pour but non seulement de fournir une aide matérielle, mais également de favoriser l'intégration professionnelle des personnes dans le besoin⁴⁵⁶. L'aide matérielle est censée n'être que subsidiaire par rapport au revenu que les personnes concernées peuvent se procurer par leurs propres moyens en exerçant une activité lucrative⁴⁵⁷. Une telle subsidiarité suppose toutefois que les personnes exerçant une activité lucrative à plein temps perçoivent un revenu qui leur suffit pour vivre⁴⁵⁸. L'article 41, alinéa 1, d de la Constitution énonce en outre comme but social que la Confédération et les cantons s'engagent à ce que toutes les personnes capables de

⁴⁵⁴ Cf. Centre d'information AVS / AI/Office fédéral des assurances sociales, Mémento 4.12 « Prestations de l'AI, Détection et intervention précoces », état au 1^{er} janvier 2015.

⁴⁵⁵ TF, 22 décembre 2016, 8C_161/2015, cons. 4.3.

⁴⁵⁶ TF, 21 juillet 2017, 2C_774/2014, cons. 7.5.5.

⁴⁵⁷ *Ibidem* ; cf. également : TF, 14 janvier 2004, 2P.251/2003, ATF 130 I 71, JT 2005 I 377, RDAF 2005 I 490, cons. 5.4 ; TF, 23 juillet 2013, 8C_962/2012, ATF 139 I 218, RDAF 2014 I 267, Plaidoyer 2013 5 55, cons. 3.5.

⁴⁵⁸ TF, 21 juillet 2017, 2C_774/2014, cons. 7.5.5.

travailler puissent assurer leur entretien par un travail qu'elles exercent dans des conditions équitables⁴⁵⁹.

Section 2 : Droit du travail et droit civil

Des raisons idéologiques, dont nous avons retracé l'histoire⁴⁶⁰, ont conduit à inscrire le droit du travail en partie au sein du droit civil, plus précisément au sein du droit des obligations, plus précisément encore au sein du droit des contrats. Cette façon, partiellement réductrice, d'apparier droit du travail et droit civil ne peut manquer de soumettre le **caractère commun des règles** de ces deux domaines du droit – dont il faut d'abord constater l'ampleur (§ 1) –, à une interrogation sur la possibilité – et peut-être la réalité – d'une **autonomie** du droit du travail par rapport au droit civil (§ 2).

160

§ 1 : Règles communes

De nombreuses règles du droit des obligations, et même du droit civil en général, sont applicables en droit du travail, que l'on songe au titre préliminaire du code civil, au droit des personnes, en particulier la protection de la personnalité (cf. art. 27 et s. CC), à la partie générale du droit des obligations, au droit de la responsabilité civile, etc.

161

§ 2 : Autonomie du droit du travail ?

Dans les rapports entre droit du travail et droit civil, plusieurs conceptions sont possibles. La première d'entre elles appréhende les rapports de travail de manière purement civiliste : le travail serait traité uniquement au prisme de la matrice du contrat de vente. Ses particularités pourraient être reconnues⁴⁶¹, comme pour n'importe quel contrat spécial, mais il ne mériterait pas de connaître des institutions et des juridictions propres, une doctrine spécifique, des avocats spécialisés, etc.

162

Il est toutefois manifeste que, par la convention collective et le contrat-type, le droit du travail possède des institutions qui lui sont propres. Même si, par certains aspects, des similitudes peuvent être observées dans la conception du contrat-type de travail et dans celle d'autres contrats-types, il n'en demeure pas moins que l'originalité des outils du droit collectif sont réfractaires à toute assimilation par  avec les outils juridiques existant dans les autres branches du droit.

Par ailleurs, le caractère atypique d'une réglementation trouvant sa source dans trois domaines propres (droit des contrats, droit de police, droit collectif) ceint le droit du

⁴⁵⁹ *Ibidem*.

⁴⁶⁰ Cf. *supra* introduction.

⁴⁶¹ Cf. note Blaise/Savatier sous Cour de cass. fr., soc., 1^{er} mars 1979 et Cour de cass. fr., soc., 3 mai 1979, *Droit social*, 1980, p. 41.

travail d'un particularisme que l'on ne peut nier qu'au prix d'un mépris de sa réalité juridique propre.

163 Dans une conception autonomiste du droit du travail, il s'agit de comprendre que le particularisme du droit du travail doit mener à son autonomie⁴⁶². Une telle conception autorise à traiter les rapports de travail en un pôle de réglementation spécifique, décliné soit en un droit du travail pur, soit en un droit social (incluant la sécurité sociale), voire en un droit de l'entreprise ou un droit du revenu. La conception d'un droit du travail autonome peut ainsi devenir un outil pour développer la théorie du droit du travail⁴⁶³.

164 Un autre argument en faveur de l'autonomie du droit du travail est que si l'on veut que le droit du travail atteigne un degré satisfaisant de cohérence fonctionnelle, il doit évoluer comme un sous-système indépendant du système juridique général au sein duquel il se trouve⁴⁶⁴. On ne peut qu'approuver cette idée eu égard à l'éclatement actuel du droit du travail suisse entre plusieurs dizaines de réglementations éparses, qui le rendent difficilement accessible et intelligible au plus grand nombre.

165 Certes, en Suisse comme en Allemagne, les projets envisagés de législation autonome du travail n'ont pas abouti⁴⁶⁵. En de nombreux pays toutefois, la poussée vers l'autonomie du droit du travail paraît effective⁴⁶⁶. Par ailleurs, avec l'essor des dispositions impératives et des protections que nous appelons « quasi-constitutionnelles »⁴⁶⁷ (protection de la personnalité, égalité des sexes, etc.), on peut se demander s'il reste quelque chose de la liberté contractuelle⁴⁶⁸. Cette dernière se voit en effet cerner par le droit impératif, le droit de la protection de la personnalité, le droit des étrangers (cf. art. 21a LETr), le droit international public (cf. convention n° 183 de l'OIT, jurisprudence de la CEDH, ALCP), le droit des marchés publics, le droit des assurances sociales (cf. art. 18a LAI)⁴⁶⁹.

166 Parler d'autonomie du droit du travail ne signifie pas simplement mentionner l'absence d'effet que tel ou tel domaine du droit peut produire sur lui (par exemple, la règle selon

⁴⁶² Paul Durand, « Le particularisme du droit du travail », *Droit social*, 1944, p. 276.

⁴⁶³ Cf. Mark Freedland, « Otto Kahn-Freund, the Contrat of Employment and the Autonomy of Labour Law », in Alan Bogg *et alii* (édit.), *The Autonomy of Labour Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2015, p. 31 ; cf. également Alain Coeuret/Bernard Gauriau/Michel Miné, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2013, p. 10.

⁴⁶⁴ Mark Freedland, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁶⁵ Pour l'Allemagne dans les années 1920 et 1930 : cf. Arthur Nikisch, *Arbeitsrecht*, (1^e éd. 1951), Tübingen, J. C. B. Mohr, 3^e éd., 1961, pp. 10-11. Pour la Suisse, cf. *supra* n° 51.

⁴⁶⁶ Par exemple en droit anglais : Kenneth Wedderburn, « Labour Law : From Here to Autonomy ? », *Industrial Law Journal*, juin 1987, p. 1.

⁴⁶⁷ Cf. *infra* n° 229.

⁴⁶⁸ Pour une réflexion du même acabit, cf. François Gaudu/Raymonde Vatinet, *Les contrats du travail*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 1.

⁴⁶⁹ Kurt Pärli, « "Publicisation" des Arbeitsrechts - Tour d'horizon durch jüngere Entwicklungen », in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique - droit suisse et droit comparé*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2016, pp. 243 et s.

laquelle la révocation d'une procuration ou d'un mandat commercial ne porte pas préjudice aux droits qui peuvent résulter du contrat individuel de travail – art. 465, al. 1 CO –, ou celle selon laquelle la non-observation des conditions de travail légales ou contractuelles qui sont également imposées à la concurrence ou qui sont conformes aux usages professionnels ou locaux représente un acte de concurrence déloyale – art. 7 LCD). Il ne s'agit pas non plus de se contenter de préserver son indépendance à l'égard d'autres domaines du droit, comme une fois encore le droit de la concurrence qui s'interdit de considérer les conventions collectives comme des pratiques anticoncurrentielles illicites (cf. art. 3 al. 1 lit. a LCart)⁴⁷⁰.

Il s'agit plutôt de mettre en exergue les parentés que le droit du travail présente avec de récents domaines, comme le droit de la consommation : les deux prennent en charge la protection de la santé et de la sécurité, des intérêts économiques et des intérêts procéduraux de la partie réputée faible⁴⁷¹.

L'argument de ceux qui souhaitent maintenir coûte que coûte le droit du travail dans l'étroit giron du droit civil, sous prétexte que toute émancipation de ce dernier conduirait à un « éclatement de la matière »⁴⁷², paraît assez léger au regard des éléments que nous venons de rappeler.

Au total, le droit du travail est un droit mixte⁴⁷³, tissé de normes de droit privé comme de droit public. Ses particularités, en matière de sources du droit (notamment de présence de droit impératif, privé et public), d'instruments (comme ceux issus du droit collectif du travail), de mises en œuvre (procédurales principalement), font du droit du travail une matière à part entière qu'il convient de considérer comme telle.

167

Chapitre 2 : Contrat de travail et autres contrats

Au vu de la construction actuelle de notre système juridique, la délimitation du domaine du droit du travail dépend principalement de la qualification que l'on retient pour le contrat de travail.

168

Caractère impératif. À titre liminaire, il convient de relever le caractère impératif de la qualification d'un contrat : la qualification juridique d'un contrat est une question de

169

⁴⁷⁰ Christian Bovet, « Le droit de la concurrence en tant que droit social », in Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (édit.), *Regards croisés sur le droit du travail*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2015, p. 44.

⁴⁷¹ Cf. Pascal Pichonnaz, « Les contrats dans le droit de la consommation », in *Actualités du droit des contrats, Le contrat à la croisée des chemins*, Lausanne, CEDIDAC, 2008, pp. 47-48.

⁴⁷² Tercier/Bieri/Carron, p. 361.

⁴⁷³ Gabriel Aubert, « Les rapports entre le droit privé et le droit public – Quelques étapes », in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2016, p. VII.

droit⁴⁷⁴. Saisi, le juge détermine la nature de la convention d'après l'aménagement objectif de la relation contractuelle (*objektive Vertragsgestaltung*), sans être lié par la qualification, même concordante, donnée par les parties⁴⁷⁵. La dénomination d'un contrat par les parties n'est donc pas déterminante pour évaluer sa nature juridique (art. 18, al. 1 CO)⁴⁷⁶.

170 En vertu des principes généraux d'interprétation des *instrumenta* des parties contractuelles, le juge doit s'efforcer de rechercher la réelle et commune intention des parties sur tous les points à propos desquels une telle volonté peut être établie. Lorsque la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou que les volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations et comportements des parties selon le principe de la confiance⁴⁷⁷. Sur la base de l'ensemble de ces éléments, il détermine la nature juridique de la convention en se référant aux éléments constitutifs des types de contrats entrant en considération et aux critères de distinction posés par la jurisprudence et la doctrine⁴⁷⁸.

171 **Charge de la preuve.** En vertu de la maxime *actori incumbit probatio*, il appartient à la partie qui invoque l'existence d'un rapport juridique pour en déduire l'existence d'un droit de rapporter la preuve de l'existence de ce rapport juridique (art. 8 CC). C'est donc le travailleur qui supporte le risque de la preuve de l'existence d'un contrat de travail.

172 Dès lors que la qualification du contrat de travail est impérative⁴⁷⁹, le juge qui requalifie en contrat de travail une relation que les parties avaient qualifiée d'une autre manière n'a pas à garantir un *droit d'être entendu* à l'employeur sur ce point⁴⁸⁰.

Section 1 : Les critères du contrat de travail

173 La chose la plus frappante lorsque l'on part à la recherche des critères du contrat de travail – autrement dit des critères d'application du droit du travail – est leur caractère historiquement mouvant. Ce qui compte n'est pas la sorte de travail exercé, mais la

⁴⁷⁴ TF, 3 septembre 2015, 4A_200/2015, JAR 2016 321, DTA 2015 298, cons. 4.1.3.

⁴⁷⁵ TF, 7 octobre 1958, ATF 84 II 493, cons. 2 ; TF, 5 juillet 2011, 4A_194/2011, com. Wyler in JT 2012 II 198, cons. 5.3 ; TF, 3 septembre 2015, 4A_200/2015, JAR 2016 321, DTA 2015 298, cons. 4.1.3.

⁴⁷⁶ TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, ATF 129 III 664, JT 2004 I 60, Pra 2004 67 381, cons. 3.1 ; TF, 3 septembre 2015, 4A_200/2015, JAR 2016 321, DTA 2015 298, cons. 4.1.3.

⁴⁷⁷ Cf. *infra* n° 419 et s.

⁴⁷⁸ TF, 3 septembre 2015, 4A_200/2015, JAR 2016 321, DTA 2015 298, cons. 4.1.4.

⁴⁷⁹ TF, 2 mai 2011, 4A_71/2011, cons. 2.3.

⁴⁸⁰ Le Tribunal fédéral juge ainsi que l'employeur ne peut plus se plaindre devant lui de la qualification de contrat de travail retenue par un tribunal cantonal pour une relation avec un salarié vendeur d'aspirateur – malgré la dénomination de contrat d'agence retenue par les deux parties –, dès lors qu'il n'a ni contesté cette qualification devant la cour d'appel cantonale, ni invoqué la nécessité de compléter les faits devant lui (TF, 2 mai 2011, 4A_71/2011, cons. 2.2).

forme selon laquelle il s'exerce⁴⁸¹. Deux **critères** demeurent **constants**⁴⁸² (§ 1) : la **prestation de travail (A)** et la **rémunération (B)** : le travail, au sens du droit du travail, n'est ni jeu ni bénévolat.

Mais bien d'autres contrats mettent en jeu une prestation de travail et une rémunération. Reste à trouver un critère véritablement distinctif pour le contrat de travail. Or, c'est sur ce critère distinctif qu'aucun consensus n'a jamais émergé de manière durable. Sûrement parce que les formes de travail ne cessent d'évoluer – depuis la fabrique et l'entreprise fordiste jusqu'à la numérisation et la robotisation –, le domaine du droit du travail tend à s'agrandir ou à s'amoindrir en fonction d'objectifs de politique sociale. Aussi le critère distinctif du droit du travail est-il **variable** (§ 2).

174

C'est ainsi que la définition du contrat de travail donnée par l'article 319 du code des obligations correspond à l'état du droit et de la société dans les années 1960 : « Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche). Est aussi réputé contrat individuel de travail le contrat par lequel un travailleur s'engage à travailler régulièrement au service de l'employeur par heures, demi-journées ou journées (travail à temps partiel). »

175

§ 1 : Les critères constants

A. La prestation de travail

Le catalogue de ce qu'il convient d'entendre sous le terme de « prestation de travail » n'est pas limitatif. Il inclut toute activité humaine, qu'elle soit manuelle, physique, intellectuelle ou artistique^{483 484}.

176

Le droit comparé nous apprend que même une participation à un jeu télévisé sous forme de télé-réalité peut être considérée comme une prestation de travail⁴⁸⁵.

B. La rémunération

Le critère de la rémunération peut se prévaloir de l'avantage d'être mentionné tant à l'article 319 qu'à l'article 320 du code des obligations. Ce dernier article pose la présomption – irréfutable – de l'existence d'un contrat de travail, lorsque les

177

⁴⁸¹ Arthur Nikisch, *Arbeitsrecht*, (1^e éd. 1951), Tübingen, J. C. B. Mohr, 3^e éd., 1961, p. 4.

⁴⁸² Ils sont bien établis depuis le début du XX^e siècle, cf. TF, 24 mars 1916, ATF 42 II 64.

⁴⁸³ TF, 8 avril 1916, ATF 42 II 144, cons. 3 ; TF, 4 février 1986, ATF 112 II 41, JT 1986 I 253, SJ 1986 388, cons. 1a/aa.

⁴⁸⁴ Cf. Jean-Philippe Dunand, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 9 ad art. 319 CO.

⁴⁸⁵ Cour cass. fr., soc., 3 juin 2009, *Île de la tentation*, n° 08-40981, *Droit social* 2009 p. 788, com. Radé in *Droit social* 2009 p. 930, com. Auzero in *Revue de droit du travail* 2009 p. 507 ; Cour cass. fr., 1^e civ., 24 avril 2013, n° 11-19091.

circonstances font apparaître que le salaire est un motif essentiel du travail fourni (art. 320, al. 2 CO)⁴⁸⁶.

Il en résulte que, lorsque les éléments caractéristiques du contrat de travail sont objectivement réunis, il faut admettre la conclusion d'un tel contrat même lorsque les parties n'ont pas déterminé spécifiquement la quotité de la rémunération⁴⁸⁷, ou qu'elles n'ont expressément convenu d'aucune rémunération⁴⁸⁸.

- 178 À l'inverse, la présomption de la conclusion tacite d'un contrat de travail ne vaut pas lorsque les parties ont manifestement et clairement convenu de la gratuité⁴⁸⁹. En conséquence, sauf si les parties n'ont renoncé que momentanément à une rémunération⁴⁹⁰, lorsqu'une personne accepte de travailler gratuitement sous la direction d'autrui, il n'y a pas contrat de travail⁴⁹¹ : il y a soit mandat (art. 394, al. 2 CO), soit contrat innommé, lequel peut revêtir la forme d'un acte de complaisance (accompli, par exemple, par amitié⁴⁹²) ou du bénévolat (travail en faveur d'une cause souvent idéale comme la politique ou le service social⁴⁹³).
- 179 Le champ d'application du bénévolat est assez large – peut-être trop jugeront certains – en droit suisse. Par exemple, un établissement peut admettre de bonne foi qu'un médecin ait pu accepter de travailler bénévolement parmi d'autres médecins non rémunérés durant plusieurs années, en considération des connaissances professionnelles et du savoir-faire qu'elle pouvait développer de cette manière⁴⁹⁴.
- 180 D'anciennes décisions avaient reçu une institution particulière : le contrat de travail dit « partiaire ». Il s'agissait d'un contrat *sui generis*⁴⁹⁵ dans lequel la rémunération n'était pas garantie mais dépendait du résultat économique de l'activité exercée. Cette figure juridique inutilement compliquée semble toutefois avoir disparu de la jurisprudence.

⁴⁸⁶ TF, 6 octobre 1987, ATF 113 II 414, JT 1988 I 93, SJ 1988 209, RNRF 70 1989 98, cons. 2a ; TF, 21 novembre 2014, 4A_398/2014, cons. 2.2.

⁴⁸⁷ TF, 24 mars 1916, ATF 42 II 64.

⁴⁸⁸ TF, 28 janvier 2016, 4A_504/2015, DTA 2016 23, cons. 2.

⁴⁸⁹ TF, 20 mai 2015, 4A_19/2015, DTA 2015 302, cons. 3.

⁴⁹⁰ TF, 13 mai 1969, ATF 95 II 126, cons. 3d ; TF, 11 septembre 1981, ATF 107 Ia 107, cons. 2b.

⁴⁹¹ TF, 24 novembre 2004, 4P.194/2004, JAR 2005 304, cons. 2.4 ; Gabriel Aubert, in CR-CO I, N 14 *ad* art. 319 CO ; Rémy Wyler, in Commentaire Dunand/Mahon, N 29 *ad* art. 320 CO ; Wyler/Heinzer, p. 31.

⁴⁹² TF, 20 septembre 1990, ATF 116 II 695, JT 1991 I 625, SJ 1991 298, cons. 2b/bb ; TF, 24 novembre 2004, 4P.194/2004, JAR 2005 304, cons. 2.4.

⁴⁹³ Streiff/von Känel/Rudolph, N 2 *ad* art. 319 CO.

⁴⁹⁴ TF, 6 mars 2013, 4A_641/2012, DTA 2013 127, cons. 3.

⁴⁹⁵ TF, 12 mai 1980, ATF 106 II 45, JT 1980 I 600, SJ 1981 41.

§ 2 : Les critères variables

Les critères de la prestation de travail et de la rémunération sont communs à bien des contrats : ils ne permettent pas de distinguer le contrat de travail du contrat d'entreprise, du contrat de mandat, du contrat d'agence, du contrat de société... La recherche d'un troisième critère s'impose donc. De façon un peu étonnante – mais cet étonnement disparaît dès lors que l'on comprend que le droit du travail est un droit qui n'est pas né d'une volonté d'organisation systématique, mais qu'il est né des désordres factuels engendrés par une systématisation juridique inadaptée à la réalité vécue –, le critère déterminant du droit du travail n'a pas fait l'objet d'un consensus historique. Au contraire, plusieurs critères différents ont prétendu à ce titre.

181

Évolution historique. Le code fédéral des obligations de 1881 définissait le contrat de louage de services comme le « contrat par lequel l'une des parties s'oblige envers l'autre à certains services personnels moyennant une rémunération » (art. 338, al. 1 aCFO) ; ainsi seuls les critères de la « prestation de travail » et de la « rémunération » étaient mentionnés. Dans le code des obligations de 1911, la notion de durée est venue s'adjoindre aux deux notions précédentes : « Le contrat de travail est la convention par laquelle une personne (l'employé) promet à une autre (l'employeur) son travail pour un temps déterminé ou indéterminé, contre paiement d'un salaire » (art. 319, al. 1 aCO). Le Message du Conseil fédéral du 3 mars 1905 précisait que le critère de qualification décisif était le fait de « promettre son travail dans la durée » et non de « promettre la fabrication d'un objet ou l'accomplissement d'un acte ». Inversement, face à un produit du travail pris en considération sans tenir compte du temps durant lequel le travailleur s'était trouvé au service du donneur d'ouvrage, on se trouvait en présence d'un mandat⁴⁹⁶. Selon le législateur, il convenait de rechercher « si un ouvrier a mis, à terme ou sans terme fixe, son activité à la disposition d'un employeur ou s'il n'a entrepris que d'accomplir un acte ou d'exécuter un ouvrage sans s'être lié pour un certain laps de temps, de telle sorte que le contrat expire par l'accomplissement de l'acte ou l'exécution de l'ouvrage. [...] Si l'ouvrier, même après qu'il a terminé sa pièce de broderie, demeure l'ouvrier de son patron, nous avons [un contrat de travail]⁴⁹⁷ ». La diligence dans l'exécution du travail devient une simple obligation du travailleur, qui n'est pas pertinente pour la qualification mais vient s'ajouter à la mise à disposition par le travailleur de ses facultés physiques et intellectuelles⁴⁹⁸.

182

Avec cette logique, le législateur de 1905 se situait dans la lignée de la systématisation moderne du droit romain, à laquelle procéda notamment Jan Voet au XVII^e siècle. Ce dernier avait distingué le « louage de chose » (*locatio rei*), qui est devenu notre contrat de bail, le « louage d'ouvrage » (*locatio rei faciendi*), notre contrat d'entreprise, et le

⁴⁹⁶ Message du Conseil fédéral, 3 mars 1905, FF 1905 II 28.

⁴⁹⁷ *Ibidem*.

⁴⁹⁸ Cf. Message du Conseil fédéral, 3 mars 1905, FF 1905 II 32 : « On est en droit d'exiger que le locateur apporte ici tout le soin voulu [...] ».

« louage de services » (*locatio operarum*), notre contrat de travail⁴⁹⁹. Alors que le louage d'ouvrage consistait à faire une chose en faveur du maître, le louage de services consistait à louer ses capacités physiques, sur le modèle du louage d'esclave qu'avait connu le droit romain⁵⁰⁰. Cette conception avait l'avantage de placer sous la protection du droit du travail les travailleurs à domicile, dès lors que ces derniers recevaient régulièrement du travail à accomplir de la part de l'employeur, la notion d'accomplissement du travail prévalant sur celle d'ouvrage effectué⁵⁰¹. À défaut, les travailleurs à domicile auraient été considérés comme des « entrepreneurs » indépendants. De la même manière, les voyageurs de commerce auraient pu, dans bien des cas, être considérés comme des mandataires indépendants.

Le Message du Conseil fédéral de 1967 sur la révision du droit du travail dans le code des obligations apporta de nouvelles précisions : le contrat de travail fut alors caractérisé par le fait que le travail était « accompli au service d'autrui » et en ce qu'il consistait « non pas dans n'importe quel travail déterminé, mais dans le travail qui est confié à l'une des parties, en raison de sa situation dans l'entreprise ou le ménage de l'autre »⁵⁰². Le critère mis en évidence fut le fait que « le travailleur s'oblige à entrer au service de l'employeur afin de permettre à celui-ci, dans les limites des obligations contractuelles, de disposer pour ses propres fins et besoins de l'activité du travailleur »⁵⁰³. La suprématie de la subordination comme critère de qualification du contrat de travail est donc récente puisqu'initialement, la notion de subordination n'était pas encore apparue comme critère déterminant⁵⁰⁴. Le statut actuel de la subordination n'est rien d'autre que le produit de l'histoire juridique du droit du travail, qui a conduit à voir s'affiner les éléments caractéristiques du contrat de travail au cours des réformes législatives successives⁵⁰⁵.

- 183 Dans la jurisprudence récente, un véritable mixte est forgé pour définir le contrat de travail. On y compte les critères suivants : ***exécution dans la durée (A), dépendance économique (B), lien de subordination (C) et intégration dans l'entreprise d'autrui (D)***.

⁴⁹⁹ Cf. Auguste Maurice, *Table des commentaires de J. Voet sur les Pandectes, analysés dans leurs rapports avec chacun des articles des cinq codes français*, Bruxelles, Librairie polytechnique, 1841.

⁵⁰⁰ Pour une synthèse, cf. Aurélien Witzig, *Le renouveau des rémunérations variables*, Genève, Slatkine, 2015, note n° 3, pp. 443-446.

⁵⁰¹ Cf. l'exemple donné dans Message du Conseil fédéral, 3 mars 1905, FF 1905 II 29.

⁵⁰² Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 284.

⁵⁰³ Message précité, FF 1967 II 285.

⁵⁰⁴ Cela se voit par exemple dans l'analyse effectuée par le grand juriste allemand Philipp Lotmar, lequel ne mentionne pas la notion de subordination dans sa critique du droit positif suisse du début du XX^e siècle : Philip Lotmar, *Schweizerisches Arbeitsvertragsrecht, Forderungen an den Gesetzgeber*, Berne, Stämpfli, 1991, pp. 30-32.

⁵⁰⁵ Cf. Jean-Philippe Dunand, in Commentaire Dunand/Mahon, N 7 *ad* art. 319 CO.

A. L'exécution dans la durée

Le véritable sens du critère de la durée dans le contrat de travail, parfaitement clair dans l'esprit des rédacteurs du code de 1911⁵⁰⁶, s'est peu à peu perdu. Du fait de l'ignorance du sens véritable de la notion de durée comme critère du contrat de travail, on sent la jurisprudence hésitante, parlant d'un « élément de durée », l'opposant au mandat qui pourrait n'être qu'occasionnel⁵⁰⁷, alors que le contrat de travail aussi peut être occasionnel !

184

En définitive, le terme germanique retenu par la jurisprudence récente, *Dauerschuldverhältnis*, est éclairant : il désigne une « obligation de durée », en tant qu'elle se rapporte à l'idée que c'est la durée mise à disposition de son temps par le travailleur qui est rémunérée. Durant l'exécution du contrat de travail, le travailleur doit son temps à l'employeur⁵⁰⁸.

185

B. La dépendance économique

Le critère de la dépendance économique reflète une définition, non pas systématique ou substantielle mais fonctionnelle de la dépendance, qui vise à ajuster le champ d'application du droit du travail sur les catégories que l'on souhaite protéger, dans une perspective inductive⁵⁰⁹. Le but de ce critère consiste dès lors à inclure dans la protection du droit du travail les catégories qu'on souhaite voir en bénéficier. La jurisprudence et la doctrine utilisent parfois concurremment le fondement de la « relation de dépendance » (*Abhängigkeitsverhältnis*), celui de la dépendance économique du travailleur⁵¹⁰, et celui de son intégration dans la structure de l'entreprise d'autrui⁵¹¹.

186

Cette position est favorisée par le code, lequel pose une présomption légale⁵¹², selon laquelle un contrat de travail est réputé conclu lorsqu'une personne accepte, pour une période donnée, l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être

187

⁵⁰⁶ Cf. *supra* n° 55 et s.

⁵⁰⁷ TF, 16 mars 2017, 4A_592/2016, cons. 2.

⁵⁰⁸ TF, 19 décembre 1947, ATF 73 I 415, JT 1948 I 562.

⁵⁰⁹ Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, (1^e éd. 1994), Paris, Presses Universitaires de France, 3^e éd., 2015.

⁵¹⁰ TF, 20 avril 2005, 4C.462/2004, cons. 4.3.3 ; TF, 25 janvier 2007, 4C.276/2006, cons. 4.3 ; TF, 9 février 2009, 4A_553/2008, cons. 4.2 ; CAPH/GE, 9 avril 2010, JAR 2001 459, cons. 2.4.

⁵¹¹ TF, 4 février 2000, JAR 2001 135 ; TF, 9 mars 2004, 4P.83/2003.

⁵¹² Cette présomption légale est ancienne puisqu'elle était déjà présente dans le code fédéral des obligations de 1881 (art. 338, al. 2) ainsi que dans le code des obligations de 1911 (art. 320, al. 2). Elle est considérée aujourd'hui, après des hésitations doctrinales (cf. Hermann Becker, *Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse*, Berne, Stämpfli, « Berner Kommentar », 1934, N 4 *ad* art. 320 CO), comme une **présomption irréfragable**, autrement dit une fiction légale (Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 304 ; pour une approche critique, voir Adrien Vion, « L'art. 320 al. 2 CO : une règle compatible avec les dispositions sur la conclusion des contrats ? », SJ 2013 II 29).

fourni qu'en échange d'une rémunération (art. 320, al. 2 CO)⁵¹³.

L'intérêt de la fiction posée par cet alinéa consiste, selon nous, à soustraire l'accord sur la rémunération des conditions d'existence du contrat de travail. Cette particularité isole le contrat de travail de la matrice des contrats spéciaux qu'est le contrat de vente, dans lequel le prix est un élément constitutif de l'accord des parties⁵¹⁴.

188 Selon le Tribunal fédéral, le critère de la dépendance économique doit être relativisé, d'une part parce qu'une telle dépendance peut se rencontrer dans d'autres types de contrats, et d'autre part parce qu'elle n'existe pas nécessairement dans toutes les relations de travail⁵¹⁵. Aussi la présomption de l'article 320, alinéa 2 du code des obligations ne se voit-elle plus reconnaître aujourd'hui qu'une place subsidiaire par rapport au critère de la subordination : « *Die Fiktion von Art. 320 Abs. 2 OR kommt nicht zur Anwendung, wenn die Elemente der Entgeltlichkeit oder der Subordination fehlen.* »⁵¹⁶

189 En outre, les relations personnelles, voire intimes entre les parties, peuvent justifier une exception à la présomption posée par l'article 320, alinéa 2 du code des obligations⁵¹⁷. Bien que des conjoints ou des enfants puissent passer un contrat de travail formel avec d'autres membres de leur famille⁵¹⁸, il ne leur sera généralement pas possible de se prévaloir de la présomption de l'article 320, alinéa 2 du code des obligations pour réclamer un salaire en l'absence de contrat de travail formel. En effet, dans une telle hypothèse, la relation sera régie par les dispositions spécifiques du droit de la famille⁵¹⁹, lesquelles ne prévoient que le versement d'une « indemnité équitable »⁵²⁰. À l'inverse, le concubin peut en principe bénéficier de la présomption de l'article 320, alinéa 2⁵²¹.

⁵¹³ TF, 6 mars 2013, 4A_641/2012, DTA 2013 127 ; Christoph Senti, « Zulagen, Zuschläge und 13. Monatslohn », PJA 2006 289.

⁵¹⁴ Cf. art. 184 CO : « La vente est un contrat par lequel le vendeur s'oblige à livrer la chose vendue à l'acheteur et à lui en transférer la propriété, moyennant un prix que l'acheteur s'engage à lui payer. ». Pour un exposé de la jurisprudence relative à la qualification de contrat de travail du fait de l'exécution d'une prestation devant être rémunérée, voir Streiff/von Känel/Rudolph, N 7 *ad* art. 320 CO.

⁵¹⁵ TF, 25 janvier 2007, 4C.276/2006, cons. 4.6.1 ; TF, 16 mars 2017, 4A_592/2016, cons. 2.

⁵¹⁶ TF, 2 mai 2006, 4C.390/2005, cons. 2.6.

⁵¹⁷ Rémy Wyler, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 24 *ad* art. 320 CO.

⁵¹⁸ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 14 *ad* art. 319 CO ; Rémy Wyler, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 25 *ad* art. 320 CO.

⁵¹⁹ Pour un cas d'application, cf. TF, 12 septembre 1994, ATF 120 II 280, JT 1997 I 316, SJ 1995 341, Pra 1996 13 30.

⁵²⁰ Cf. *infra* n° 1266.

⁵²¹ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 14 *ad* art. 319 CO.

C. Le lien de subordination

1) Critères

Le contrat de travail se distingue avant tout des autres contrats de prestations de services, en particulier du mandat, par l'existence d'un lien de subordination⁵²², qui place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, organisationnel et temporel, et dans une certaine mesure économique⁵²³. Le travailleur est assujéti à la surveillance, aux ordres et instruction de l'employeur, il est intégré dans l'organisation de travail d'autrui et y reçoit une place déterminée⁵²⁴. Le mandataire, en revanche, doit certes suivre les instructions du mandant, mais il agit de manière indépendante et sous sa seule responsabilité, alors que le travailleur se trouve au service de l'employeur ; d'autres indices complémentaires peuvent également aider à la distinction, tels l'élément de durée propre au contrat de travail, alors que le mandat peut aussi n'être qu'occasionnel⁵²⁵.

Le rapport de subordination caractérise donc prioritairement la relation entre le travailleur et l'employeur⁵²⁶. Certaines décisions vont jusqu'à désigner le rapport de subordination comme « une des caractéristiques essentielles et fondamentales du rapport de travail »⁵²⁷, ce que la doctrine approuve⁵²⁸.

⁵²² TF, 4 février 1986, ATF 112 II 41, JT 1986 I 253, SJ 1986. 388, cons. 1a/aa et 1a/bb ; TF, 21 décembre 1998, ATF 125 III 78, SJ 1999 I 385, Pra 1999 91 506, cons. 4 ; TF, 3 septembre 2015, 4A_200/2015, JAR 2016 321, DTA 2015 298, cons. 4.2.1 ; cf. également TF, 9 janvier 2004, 4C.258/2003, ATF 130 III 213, JT 2004 I 223, PJA 2004 1426, recht 2004 160, cons. 2.1 ; TF, 23 octobre 2007, 4A_48/2007, ATF 134 III 102, SJ 2008 I 301, Pra 2008 90 587, com. von Kaenel in DTAonline 2008 289, com. Geiser in PJA, 2009 138, com. Geiser/Häfliger in RSJ 2009 336, com. Koller/Graber in RJB 2010 1084, cons. 3.1.2.

⁵²³ TF, 3 septembre 2015, 4A_200/2015, JAR 2016 321, DTA 2015 298, cons. 4.2.1 ; TF, 16 mars 2017, 4A_592/2016, cons. 2 ; cf. TF, 17 novembre 1981, ATF 107 II 430, JT 1982 I 94, SJ 1982 241, cons. 1 ; TF, 8 juin 1995, ATF 121 I 259, SJ 1996 93, cons. 3a. Cf. également, en matière fiscale ; TF, 5 mai 1969, ATF 95 I 21, cons. 5b.

⁵²⁴ TF, 5 juillet 2011, 4A_194/2011, JT 2012 II 198, cons. 5.6.1 ; TF, 27 mars 2014, 4A_602/2013, DTA 2014 192, cons. 3.2 ; TF, 3 septembre 2015, 4A_200/2015, JAR 2016 321, DTA 2015 298, cons. 4.2.1.

⁵²⁵ TF, 21 mars 2006, 4P.337/2005, cons. 3.3.2 ; TF, 3 septembre 2015, 4A_200/2015, JAR 2016 321, DTA 2015 298, cons. 4.2.1.

⁵²⁶ TF, 24 novembre 1964, ATF 90 II 483, JT 1965 I 254, cons. 1 ; TF, 8 juin 1995, ATF 121 I 259, SJ 1996 93, cons. 3a ; TF, 21 décembre 1998, ATF 125 III 78, SJ 1999 I 385, Pra 1999 91 506, cons. 4 ; TF, 1^{er} septembre 2000, 4C.135/2000, cons. 3a ; TF, 9 mars 2004, 4P.83/2003, cons. 3.2 ; TF, 5 juillet 2011, 4A.194/2011, cons. 5.6.1 ; TF, 5 juillet 2011, 9C_1062/2010, cons. 7 ; TF, 24 octobre 2011, 4A_381/2011, cons. 6 ; TF, 16 juillet 2012, 4A_139/2011, cons. 5 ; Gabriel Aubert, « La compétence des tribunaux genevois de prud'hommes à la lumière de la jurisprudence récente », SJ 1982 202.

⁵²⁷ TF, 21 décembre 1998, ATF 125 III 78, SJ 1999 I 385, Pra 1999 91 506, cons. 4 : « *una delle caratteristiche essenziali e imprescindibili del rapporto di lavoro* » ; cf. également : TF, 9 janvier 2004, ATF 130 III 213, JT 2004 I 223, cons. 2.1 ; TF, 8 juin 2005, 4C.39/2005, cons. 2.1 (« critère décisif ») ; TF, 6 octobre 2008, 4A_325/2008, cons. 3 (« la subordination est caractéristique du contrat de travail ») ; TF, 27 mars 2014, 4A_602/2013, DTA 2014. 192, cons. 3.2.

⁵²⁸ Gabriel Aubert, in CR-CO I, N 6 ad art. 319 CO ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 6 ad art. 319 CO ; Duc/Subilia, N 16 ad art. 319 CO et N 2 ad art. 321d CO ; Jean-Philippe Dunand, in Commentaire Dunand/Mahon, N 1 ad art. 321d CO ; Wyler/Heinzer, p. 20 ; Sara Rousselle-Ruffieux, « Activité dépendante et indépendante au regard du CO et de la LAVS », in Rémy Wyler (édit.), *Panorama II en droit du travail*, Berne, Stämpfli, 2012, p. 180.

- 191 Les critères formels, tels l'intitulé du contrat, les déclarations des parties ou les déductions aux assurances sociales n'étant pas déterminants⁵²⁹, il faut observer la manière dont la prestation est effectivement exécutée, le degré de liberté accordé dans l'organisation de travail et du temps, l'existence ou non de rendre compte de l'activité ou de suivre les instructions, ou encore l'identification de la partie qui supporte le risque économique⁵³⁰. Le critère de la subordination doit ainsi être examiné à l'aune de l'ensemble des circonstances du cas particulier⁵³¹. En principe, des instructions qui ne se limitent pas à de simples directives générales sur la manière d'exécuter la tâche, mais qui influent sur l'objet et l'organisation du travail en instaurant un pouvoir de contrôle, révèlent l'existence d'un contrat de travail plutôt que d'un mandat⁵³². Concrètement, le fait de formuler, sans autre précision, le reproche de ne pas « respecter ses horaires » a pu, dans une espèce, être compris sans arbitraire comme un indice de ce que le travailleur était astreint à un certain horaire et, par conséquent, être utilisé en droit comme un des éléments contribuant à retenir la qualification de contrat de travail⁵³³.
- 192 Pour découvrir un lien de subordination, la jurisprudence a hésité entre plusieurs combinaisons : elle a reconnu la subordination de celui qui était placé dans la « dépendance » (*Abhängigkeit*) de l'employeur d'un point de vue « personnel », « organisationnel » et « temporel »⁵³⁴. Elle a aussi reconnu la subordination dans le fait d'être placé « sous les ordres de quelqu'un » (*Unterordnung*) d'un point de vue « personnel » (*persönlich*), « fonctionnel » (*betrieblich*) et « économique » (*wirtschaftlich*)⁵³⁵. Par la suite, la jurisprudence a précisé que la subordination impliquait que le travailleur soit placé dans la dépendance de l'employeur sous l'angle « temporel », « spatial » et « hiérarchique »⁵³⁶ ou sous l'angle « personnel », « fonctionnel », « temporel », et dans une certaine mesure⁵³⁷, « économique »⁵³⁸.

⁵²⁹ TF, 16 mars 2017, 4A_592/2016, cons. 2 ; TF, 21 avril 2017, 4A_713/2016, cons. 4.2 ; TF, 19 juillet 2017, 4A_10/2017, cons. 3.1.

⁵³⁰ TF, 14 décembre 2010, 2C_714/2010, JAR 2011 383, DTA 2011 115, cons. 3.4.2 ; TF, 3 septembre 2015, 4A_200/2015, JAR 2016 321, DTA 2015 298, cons. 4.2.2 ; TF, 19 juillet 2017, 4A_10/2017, cons. 3.1.

⁵³¹ TF, 3 septembre 2015, 4A_200/2015, JAR 2016 321, DTA 2015 298, cons. 4.2.2 ; TF, 19 juillet 2017, 4A_10/2017, cons. 3.1.

⁵³² TF, 21 mars 1995, 4C.216/1994, cons. 1a.

⁵³³ TF, 21 avril 2017, 4A_713/2016, cons. 4.2.

⁵³⁴ TF, 8 juin 1995, ATF 121 I 259, SJ 1996 93, cons. 3a ; TF, 24 novembre 2004, 4P.194/2004, JAR 2005 304, cons. 2.3 ; TF, 14 décembre 2010, 2C_714/2010, JAR 2011 383, DTA 2011 115, cons. 3.4.2 ; CAPH/GE, 23 mai 1989, SJ 1990 185, cons. 4d.

⁵³⁵ TF, 24 février 1997, 4C.460/1995, JAR 1998 104, cons. 2a ; TF, 2 mai 2006, 4C.390/2005, cons. 2.5.

⁵³⁶ TF, 20 avril 2005, 4C.462/2004, cons. 4.3.3 ; TF, 24 mai 2005, 4P.36/2005, JAR 2006 238, cons. 2.3.

⁵³⁷ Temporalisation ajoutée à partir de TF, 5 juillet 2011, 4A_194/2011, JT 2012 II 198, cons. 5.6.1.

⁵³⁸ TF, 9 février 2009, 4A_553/2008, cons. 4.1 ; TF, 27 mars 2014, 4A_602/2013, DTA 2014 192, cons. 3.2.

Une idée-force transparaît également dans plusieurs décisions : le travailleur est assujéti à la surveillance, aux ordres et aux instructions de l'employeur⁵³⁹. Dans cette perspective, le pouvoir de direction reconnu à l'employeur⁵⁴⁰ fonde la subordination juridique⁵⁴¹. *A contrario*, une personne qui serait actionnaire et administrateur unique d'une société ne saurait prétendre être soumise à un rapport de subordination⁵⁴². Sa relation ne peut être qualifiée de contrat de travail par ce biais. 193

À propos des critères de la subordination personnelle et de la subordination fonctionnelle, la jurisprudence précise qu'ils n'exigent pas forcément que le travailleur se voie attribuer une place de travail dans un lieu précis : le travail peut être effectué en dehors de l'entreprise, voire même dans un lieu choisi par le travailleur lui-même. Ce qui est déterminant, c'est que le travailleur soit « intégré dans une organisation qui soit extérieure à lui » (« *in eine fremde Organisation eingegliedert* »), qu'il se voie assigner une place spécifique et qu'il reçoive des instructions de supérieurs déterminés⁵⁴³. 194

En revanche, l'existence d'un lien de subordination doit être niée dans le cas d'une « personnalité » qui se contente d'être interviewée et de collaborer pendant quatorze jours à la réalisation d'un film sur sa vie, malgré que des frais lui soient remboursés forfaitairement et qu'une indemnité de 1'500 francs lui soit allouée⁵⁴⁴. 195

2) Variations du degré de la subordination

Le lien de subordination peut connaître des variations de degrés en fonction des différentes situations d'emploi⁵⁴⁵. 196

a. Cadres dirigeants

Ainsi, le degré de dépendance peut varier à l'intérieur même du rapport de subordination : les cadres dirigeants peuvent se voir reconnaître une large autonomie dans l'organisation de leur travail⁵⁴⁶. Selon la jurisprudence et la doctrine, 197

⁵³⁹ Cf. TF, 9 janvier 2004, ATF 130 III 213, JT 2004 I 223, cons. 2.1 ; TF, 8 juin 2005, 4C.39/2005, cons. 2.1 ; TF, 3 février 2006, 4C.359/2005, cons. 2.1 ; TF, 14 décembre 2010, 2C_714/2010, JAR 2011 383, DTA 2011 115, cons. 3.4.2.

⁵⁴⁰ Cf. *infra* n° 1206 et s.

⁵⁴¹ Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, *in* BaK, N 14 *ad* art. 319 CO.

⁵⁴² TF, 21 décembre 1998, ATF 125 III 78, SJ 1999 I 385, Pra 1999 91 506 ; Werner Gloor, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 2 *ad* art. 339b CO. ; Portmann/Stöckli, N 14, p. 8 ; Duc/Subilia, N 19 *ad* art. 319 CO.

⁵⁴³ TF, 25 janvier 2007, 4C.276/2006, cons. 4.3.1 ; TF, 5 juillet 2011, 4A_194/2011, JT 2012 II 198, cons. 5.6.1 ; TF, 27 mars 2014, 4A_602/2013, DTA 2014 192, cons. 3.2 ; Kantonsgericht/BL, 8 octobre 2002, JAR 2003 145.

⁵⁴⁴ TF, 8 mars 2016, 4A_21/2015.

⁵⁴⁵ TF, 4 février 2000, 4C.346/1999, JAR 2001 137, cons. 2c ; cf. TF, 9 janvier 2004, ATF 130 III 213, JT 2004 I 223, cons. 2.1 ; cf. Geiser/Müller, pp. 39-40.

⁵⁴⁶ Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez, N 6 *ad* art. 319 CO ; Jean-Philippe Dunand, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 17 *ad* art. 319 CO ; Wyler/Heinzer, p. 21.

l'indépendance de l'employé est alors beaucoup plus grande et la subordination essentiellement organisationnelle⁵⁴⁷. Aussi les directeurs, malgré leur position de dirigeants, se trouvent-ils en principe soumis au pouvoir de direction du conseil d'administration, de telle sorte qu'ils sont liés à l'entreprise par un contrat de travail⁵⁴⁸. Même un conseiller d'administration, dès lors qu'il est intégré dans l'organisation d'une société et reçoit des directives, peut être lié à cette dernière par un contrat de travail et non par un contrat de mandat⁵⁴⁹. Dans un tel cas, plaident notamment en faveur du contrat de travail la rémunération fixe ou périodique, la mise à disposition d'une place de travail et des outils de travail, ainsi que la prise en charge par le donneur d'ouvrage du risque d'entreprise⁵⁵⁰ ; en d'autres termes, « le travailleur renonce à participer au marché comme entrepreneur assumant le risque économique et abandonne à un tiers l'exploitation de sa prestation, en contrepartie d'un revenu assuré »⁵⁵¹.

198 De manière générale, les rapports juridiques entre une société anonyme et les membres du conseil d'administration ou de la direction peuvent relever à la fois du droit des sociétés et du droit des contrats ; sous ce dernier aspect, la tendance est plutôt de considérer que les directeurs sont liés par un contrat de travail et les administrateurs par un mandat ou un contrat *sui generis* analogue au mandat⁵⁵². En tous les cas, lorsque l'organe dirigeant exerce son activité à titre principal, le critère décisif en faveur du contrat de travail est le rapport de subordination, l'intéressé étant alors soumis à des instructions, par exemple du conseil d'administration⁵⁵³. Par définition, il n'existe aucun rapport de subordination lorsqu'il y a identité économique entre la personne morale et son organe dirigeant ; un contrat de travail ne saurait ainsi lier une société anonyme et son actionnaire et administrateur unique⁵⁵⁴.

b. Professions libérales

199 Selon la jurisprudence, le critère de la subordination doit aussi être relativisé dans le cas des personnes exerçant des professions typiquement libérales puisque l'indépendance de l'employé est beaucoup plus grande et que la subordination est alors

⁵⁴⁷ TF, 3 septembre 2015, 4A_200/2015, JAR 2016 321, DTA 2015 298, cons. 4.2.3 ; TF, 16 mars 2017, 4A_592/2016, cons. 2 ; Wyler/Heinzer, p. 21.

⁵⁴⁸ TF, 10 décembre 2001, 4C.234/2001, ATF 128 III 129, JT 2003 I 10, SJ 2002 I 389, com. Stutz/von der Crone in RSDA 2002 260, com. Wiegand in RJB 139 2003 862, com. Bär in RJB 2004 601, cons. 1a.

⁵⁴⁹ TF, 10 décembre 2015, 4A_293/2015, 4A_295/2015, cons. 5.

⁵⁵⁰ TF, 3 septembre 2015, 4A_200/2015 JAR 2016 321, DTA 2015 298, cons. 4.2.3 ; Staehelin, N 33 *ad art.* 319 CO ; Rehbinders/Stöckli, N 44 *ad art.* 319 CO.

⁵⁵¹ TF, 3 septembre 2015, 4A_200/2015, JAR 2016 321, DTA 2015 298, cons. 4.2.3 ; TF, 27 mars 2014, 4A_602/2013, cons. 3.2 ; Rehbinders/Stöckli, N 64 *ad art.* 319 CO.

⁵⁵² TF, 10 décembre 2001, ATF 128 III 129, JT 2003 I 10, SJ 2002 I 389, cons. 1a/aa ; TF, 9 janvier 2004, ATF 130 III 213, JT 2004 I 223, PJA 2004 1426, recht 2004 160, cons. 2.1 ; TF, 8 juin 2005, 4C.39/2005, cons. 2.3 ; TF, 10 décembre 2015, 4A_293/2015, cons. 5 ; TF, 19 juillet 2017, 4A_10/2017, cons. 3.1.

⁵⁵³ TF, 10 décembre 2001, ATF 128 III 129, JT 2003 I 10, SJ 2002 I 389, cons. 1a/aa ; TF, 9 janvier 2004, ATF 130 III 213, JT 2004 I 223, PJA 2004 1426, recht 2004 160, cons. 2.1 ; TF, 8 juin 2005, 4C.39/2005, cons. 2.3 ; TF, 10 décembre 2015, 4A_293/2015, cons. 5 ; TF, 19 juillet 2017, 4A_10/2017, cons. 3.1.

⁵⁵⁴ TF, 21 décembre 1998, ATF 125 III 78, cons. 4 ; TF, 19 juillet 2017, 4A_10/2017, cons. 3.1.

essentiellement organisationnelle⁵⁵⁵. Ainsi un médecin peut-il accomplir son métier dans le cadre d'un contrat de travail⁵⁵⁶, même si cette profession est classiquement considérée comme une profession libérale. Il en va de même pour un avocat⁵⁵⁷. Le critère déterminant devient souvent, comme pour les cadres dirigeants, celui de la prise en charge par l'employeur du risque d'entreprise et le fait que « le travailleur renonce à participer au marché comme entrepreneur assumant un risque économique et abandonne à un tiers l'exploitation de sa prestation, en contrepartie d'un revenu assuré »⁵⁵⁸. Toutefois, il n'y a pas de lien de subordination lorsque la personne a une position d'organe au sein de la société⁵⁵⁹.

c. Autres formes spécifiques d'emploi

Les formes spécifiques d'emploi, comme l'emploi de **voyageur de commerce**, n'empêchent pas de reconnaître, si nécessaire, l'existence d'un lien de subordination⁵⁶⁰. Par exemple, des contraintes imposées à un représentant dans l'organisation de son travail et dans l'usage de son temps, son incorporation dans une organisation hiérarchisée de l'entreprise représentée, son assujettissement à des instructions et directives strictes, comportant des obligations de fournir des rapports périodiques, de visiter un nombre minimum de clients ou d'atteindre un chiffre d'affaires minimum, sont les indices d'un rapport de subordination et, partant, d'un contrat de voyageur de commerce⁵⁶¹.

200

Il en va de même du contrat d'**apprentissage**⁵⁶² et du contrat de **travail à domicile**⁵⁶³, bien que, dans ces hypothèses, le lien de subordination connaisse une force atténuée, tant du point de vue spatial que du point de vue temporel⁵⁶⁴. Dans le cadre du travail à domicile, la subordination hiérarchique demeure car le travailleur à domicile doit obéir aux instructions de l'employeur (art. 351a et art. 321d applicable par renvoi de l'art. 355 CO)⁵⁶⁵.

201

⁵⁵⁵ TF, 5 juillet 2011, 4A_194/2011, JT 2012 II 198, cons. 5.6.1 ; TF, 27 mars 2014, 4A_602/2013, DTA 2014 192, cons. 3.2. Moins explicite : TF, 8 juin 2005, 4C.39/2005, cons. 2.1. Également dans la doctrine : Wyler/Heinzer, p. 21.

⁵⁵⁶ CAPH/GE, 9 avril 2010, JAR 2011 459 ; Jean-Philippe Dunand, in Commentaire Dunand/Mahon, N 18 ad art. 319 CO ; cf. Rehbindler/Stöckli, N 6 ad art. 319 CO.

⁵⁵⁷ TF, 6 décembre 2013, 2C_433/2013, ATF 140 II 102, cons. 4.2.1.

⁵⁵⁸ TF, 5 juillet 2011, 4A_194/2011, JT 2012 II 198, cons. 5.6.1 ; TF, 27 mars 2014, 4A_602/2013, DTA 2014 192, cons. 3.2.

⁵⁵⁹ TF, 4 juin 1992, ATF 118 III 46, cons. 3.

⁵⁶⁰ TF, 3 février 2006, 4C.359/2005, cons. 2.1 ; Jean-Philippe Dunand, in Commentaire Dunand/Mahon, N 17 ad art. 319 CO ; David Aubert, in Commentaire Dunand/Mahon, N 18 ad art. 347 CO ; David Aubert, in Commentaire Dunand/Mahon, N 13 ad art. 348 CO et N 4 ad art. 348b CO.

⁵⁶¹ TF, 29 avril 2015, 4A_86/2015, cons. 4.1.

⁵⁶² David Aubert, in Commentaire Dunand/Mahon, N 20 ad art. 344 CO.

⁵⁶³ David Aubert, *op. cit.*, N 16 ad art. 351 CO.

⁵⁶⁴ David Aubert, *op. cit.*, N 20 ad art. 351 CO.

⁵⁶⁵ *Ibidem*.

202 Ajoutons encore que, même dans l'hypothèse d'un contrat initialement qualifié de contrat de franchise, il peut être judicieux, selon la jurisprudence, d'appliquer par analogie les dispositions destinées à protéger le travailleur, notamment lorsque le franchisé se trouve vis-à-vis du franchiseur dans un rapport de subordination comparable à celui existant entre un travailleur et un employeur⁵⁶⁶.

203 Les formes contemporaines de l'emploi contribuent souvent à atténuer, du moins en apparence, le rapport de subordination : télétravail⁵⁶⁷, horaires flexibles, etc. La reconnaissance d'un lien de subordination ne doit pas s'en trouver affectée en principe.

3) Pertinence temporelle du critère de la subordination

204 Le critère de la subordination étant un critère de qualification du contrat de travail, il est valable autant pour déterminer le moment où commence la relation contractuelle⁵⁶⁸ que le moment où elle se termine. Le critère est surtout pertinent pour déterminer le moment où commence le « mois qui suit la fin » du contrat de travail, pendant lequel le travailleur est protégé contre toute renonciation aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective (art. 341, al. 1 CO)⁵⁶⁹.

205 La fin du contrat de travail au sens de cette disposition correspond à la fin de la relation de subordination⁵⁷⁰. Dans l'hypothèse où l'employeur aurait résilié le contrat de travail avec effet immédiat mais où le travailleur aurait continué à exercer des tâches sous sa direction pendant un certain temps, il faut prendre comme *dies a quo* du délai de protection d'un mois le moment où le travailleur a effectivement cessé de travailler sous la direction de l'employeur, c'est-à-dire le moment où la relation de subordination a cessé effectivement, plutôt que le moment de la fin juridique du contrat⁵⁷¹, qui est concomitante au prononcé du licenciement avec effet immédiat.

4) Pertinence du critère de la subordination en cas de groupe de sociétés

206 Le critère du lien de subordination est pertinent pour déterminer la société employeuse dans le cadre d'un groupe de sociétés⁵⁷².

En principe, c'est l'employeur lui-même qui est titulaire du pouvoir de direction. Toutefois, ce pouvoir peut être entièrement ou en partie délégué à un tiers, sans que ce tiers ne devienne pour autant employeur⁵⁷³. Dans les groupes de société, il est

⁵⁶⁶ TF, 26 mars 1992, ATF 118 II 157, cons. 4.

⁵⁶⁷ Cf. David Aubert, in Commentaire Dunand/Mahon, N 28 ad art. 351 CO.

⁵⁶⁸ Cf. Rehbindler/Stöckli, N 6 ad art. 319 CO.

⁵⁶⁹ Cf. *infra* n° 926 et s.

⁵⁷⁰ TF, 2 mai 2006, 4C.390/2005, cons. 2.1 : « *Massgebend für Beginn und Ende des Schutzes des Arbeitnehmers ist somit dessen Abhängigkeitsverhältnis, dessen Unterordnung (Subordination) unter die Arbeitgeberin.* »

⁵⁷¹ François Bohnet/Patricia Dietschy, in Commentaire Dunand/Mahon, N 11 ad art. 341 CO.

⁵⁷² Pour davantage de précisions sur les groupes de société, cf. *infra* n° 363 et s.

⁵⁷³ TF, 10 décembre 2015, 4A_344/2015, com. Geiser in PJA 2016 1376, cons. 3.4.

envisageable qu'une société-mère délègue son pouvoir de direction à une filiale, ou inversement qu'une filiale délègue son pouvoir de direction à sa société-mère. Savoir si une société-mère a délégué son pouvoir de direction à l'égard d'un travailleur à une filiale doit être déterminé au cas par cas en se fondant sur le contrat de travail⁵⁷⁴. Quant à l'employeur, il pourra être la société-mère, la filiale ou les deux sociétés conjointement. Le choix se fera selon une interprétation de la volonté des parties, guidée par les stipulations contractuelles et le principe de la confiance.

D. L'intégration dans l'entreprise d'autrui

Certains auteurs, parfois qualifiés d'« institutionnalistes », ont vu dans le fait de travailler non pour sa propre entreprise, mais pour l'entreprise d'autrui, le critère du contrat du travail⁵⁷⁵. La protection spécifique du contrat de travail se justifierait dans un tel cas du fait que le travailleur ne serait plus un travailleur indépendant. Par ailleurs, les travailleurs unis dans l'entreprise d'autrui formeraient, naturellement, une communauté qui devrait se voir reconnaître des droits propres pour défendre ses intérêts⁵⁷⁶.

207

Le critère de l'« intégration dans une structure de travail extérieure » (« *Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation* »)⁵⁷⁷, pourtant distincte de celle de subordination, est parfois confondue avec cette dernière, ou utilisée comme indice de son existence. Or, à proprement parler, l'intégration n'est pas automatiquement synonyme de la subordination : la subordination est une conséquence non obligatoire de l'intégration⁵⁷⁸.

208

Le critère de l'intégration s'enchevêtre parfois également avec celui de la dépendance économique. Par exemple, dans une affaire où le salarié était incorporé dans l'entreprise, puisqu'il occupait un bureau dans les locaux de la société et disposait d'une

209

⁵⁷⁴ *Ibidem*.

⁵⁷⁵ Cf. par exemple Arthur Nikisch, *Arbeitsrecht*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 3^e éd., 1961, p. 3 : « So mannigfaltig die von den einzelnen Arbeitnehmern ausgeübten Tätigkeiten sind, so unterschiedlich ihre berufliche und soziale Stellung sein kann, ein Merkmal ist ihnen allen gemeinsam : sie arbeiten in fremden Diensten, sie sind nicht selbständig. »

⁵⁷⁶ Arthur Nikisch, *op. cit.*, p. 3 : on voit ici comment cette théorie est pénétrée tout à la fois d'une conception individualiste (le travailleur indépendant étant vu comme une monade autonome ne méritant pas de protection particulière : « *Der Selbständige ist auf sich allein gestellt und hat seinen eigenen Betrieb. [...] Der Selbständige muß seine Besonderheit behaupten [...].* ») et d'une conception holiste (les travailleurs, dès lors qu'ils sont au sein de l'entreprise d'autrui, forment une communauté naturelle, « *eine natürliche Gemeinschaft* »). Cet auteur va jusqu'à s'opposer à l'érection d'un droit du travail unique pour les dépendants et les indépendants (p. 4), en partie à tort selon nous, cf. *supra* n° 10.

⁵⁷⁷ Dans la jurisprudence, voir par exemple : TF, 4 février 2000, 4C.346/1999, JAR 2001 135 (avec les termes « *Unterordnung unter eine fremde Betriebsorganisation* » et « *Einordnung in die fremde Betriebsorganisation* »). Dans la doctrine, voir par exemple, chez Geiser/Müller, N 108, p. 39 ; Portmann/Stöckli, N 10, p. 7 ; Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, in BaK, N 14 *ad* art. 319 CO ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 2 *ad* art. 319 CO ; Rehbinder/Stöckli, N 6 *ad* art. 319 CO. Certains auteurs romands la citent également : Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez, N 6 *ad* art. 319 CO.

⁵⁷⁸ Cf. Anne Meier, « Pour un retour au critère de l'intégration dans la définition du contrat de travail », DTA 2013 101.

adresse courriel au même format que celui utilisé par celle-ci, les juges se sont appuyés sur le critère de la dépendance économique (rebaptisé pour l'occasion « subordination économique ») pour reconnaître l'existence d'un contrat de travail par le jeu de la présomption de l'article 320, alinéa 2, du code des obligations⁵⁷⁹.

- 210 On observe une évolution de la jurisprudence qui tend à retenir davantage le critère de l'intégration dans l'entreprise d'autrui comme critère déterminant du contrat de travail, au détriment du rapport de subordination. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a indiqué comme critère « *die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (sog. Subordinationsverhältnis)* »⁵⁸⁰. Pourtant, le rapport de subordination n'est pas l'intégration dans l'entreprise d'autrui. Le premier est un critère juridique, le second est davantage économique.

- 211 **Évolutions.** Les bouleversements technologiques actuels nous invitent à repenser les critères de qualification du contrat de travail. Une piste consisterait à partir de la situation concrète du travailleur, et de l'inclure dans le domaine du droit du travail, s'il exécute son travail soit *sous le pouvoir de fait d'autrui*, soit *sous la dépendance d'autrui*. Dans un tel contexte, le « pouvoir de fait d'autrui » serait entendu comme « la capacité dont dispose une personne d'en commander une autre et de s'en faire obéir » ; quant à la « dépendance d'autrui », elle désignerait « la situation de faiblesse qui peut être constatée lorsque l'activité professionnelle d'une personne dépend des moyens ou de la volonté d'autrui »⁵⁸¹. Il s'agirait donc d'un critère alternatif, qui n'empêcherait pas de prévoir en sus quelques adaptations pour les travailleurs qui sont autonomes, dans leur travail ou dans l'organisation de leur emploi du temps, et ainsi que pour les travailleurs « externalisés », soit ceux qui exercent leur travail en dehors des locaux de leur donneur d'ouvrage⁵⁸².

Section 2 : Délimitations

- 212 Le contrat de travail se distingue du contrat d'*entreprise* (§ 1), du contrat de *mandat* (§ 2), du contrat d'*agence* (§ 3), du contrat de *société* (§ 4) et de contrats *innommés* (§ 5).

⁵⁷⁹ TF, 22 octobre 2009, 4A_404/2009, cons. 4.

⁵⁸⁰ TF, 10 décembre 2015, 4A_344/2015, com. Geiser in PJA 2016 1376, cons. 3.2.

⁵⁸¹ Emmanuel Dockès (dir.), *Proposition de Code du travail*, Paris, Dalloz, 2017, pp. 4-6.

⁵⁸² Emmanuel Dockès (dir.), *op. cit.*, pp. 7-8.

§ 1 : Contrat de travail et contrat d'entreprise

Tandis que l'entrepreneur promet un « ouvrage »⁵⁸³, et qu'il est libre de s'organiser comme il l'entend⁵⁸⁴, la prestation du travailleur est envisagée comme telle, indépendamment de son résultat⁵⁸⁵. Par ailleurs, l'entrepreneur – contrairement au travailleur – n'est pas intégré dans la structure du maître de l'ouvrage⁵⁸⁶.

213

§ 2 : Contrat de travail et contrat de mandat

Aux termes de la loi, le mandataire « rend des services » à quelqu'un (art. 394, al. 1 CO). Le mandataire se distingue ainsi du travailleur salarié qui se trouve « au service » d'autrui⁵⁸⁷.

214

Certes, le mandant peut aussi donner des directives au mandataire (art. 397 CO)⁵⁸⁸. Par ailleurs, l'activité est généralement semblable dans le mandat et dans le contrat de travail⁵⁸⁹. Aussi le critère de la subordination est-il parfois considéré comme moins utile pour distinguer le contrat de travail du contrat de mandat que le critère du risque économique⁵⁹⁰. Pour résoudre cette difficulté, on peut se concentrer sur le degré de l'obligation de respecter les instructions⁵⁹¹. Ainsi, dans le cadre du contrat de travail, les instructions doivent influencer directement l'activité du travailleur⁵⁹². L'employeur n'est pas pour autant contraint de toujours donner des instructions détaillées au travailleur : lorsque l'activité du travailleur demande des connaissances spécialisées, il est fréquent que l'employeur lui-même ne les possède pas⁵⁹³.

En définitive, si les instructions sont précises, on a plutôt affaire à un travailleur ; si les instructions sont plus lâches, on a plutôt affaire à un mandataire. En toute hypothèse, on constate néanmoins que le critère de la subordination paraît impuissant à distinguer, à lui seul et de manière décisive, le contrat de travail du contrat du mandat⁵⁹⁴.

215

⁵⁸³ Wyler/Heinzer, p. 23 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 4 *ad* art. 319 CO, p. 82. Cf. également : TF, 17 novembre 1981, ATF 107 II 430, JT 1982 I 94, SJ 1982. 241, cons. 1.

⁵⁸⁴ Gabriel Aubert, *in* CR-CO I, N 13 *ad* art. 319 CO.

⁵⁸⁵ Jean-Philippe Dunand, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 10 *ad* art. 319 CO.

⁵⁸⁶ TF, 4 février 1986, ATF 112 II 41, JT 1986 I 253, SJ 1986. 388, cons. 1a/aa. Pour un exposé de la jurisprudence relative à la distinction entre contrat de travail et contrat d'entreprise, voir Streiff/von Känel/Rudolph, N 5 *ad* art. 319 CO.

⁵⁸⁷ TF, 9 mars 2004, 4P.83/2003, cons. 3.2 ; TF, 24 novembre 2004, 4P.194/2004, JAR 2005 304, cons. 2.3 ; Duc/Subilia, N 6 *ad* art. 319 CO.

⁵⁸⁸ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 6 *ad* art. 319 CO.

⁵⁸⁹ Jean-Philippe Dunand, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 11 *ad* art. 319 CO.

⁵⁹⁰ NE, 4 octobre 1995, JU-TRAV 1997 6.

⁵⁹¹ Cf. TF, 14 décembre 2010, 2C_714/2010, JAR 2011 383, DTA 2011 115, cons. 3.4.2 ; cf. Tribunal civil de la Sarine, 7 décembre 2000, RFJ 2001 306, cons. 3.

⁵⁹² Cf. TF, 21 mars 1995, JAR 1996 95.

⁵⁹³ TF, 2 mai 2006, 4C.390/2005, cons. 2.5.

§ 3 : Contrat de travail et contrat d'agence

- 216 L'agent exerce une fonction économique identique à celle du voyageur de commerce⁵⁹⁵. Comme le mandataire au sens large, il est indépendant et n'est pas soumis aux instructions et contrôles que doit subir le voyageur de commerce⁵⁹⁶ ; en outre, il n'est pas inclus dans l'organisation de l'employeur⁵⁹⁷. Même si les parties au contrat d'agence peuvent prévoir un remboursement des frais de l'agent, la présence d'une clause de ce genre est généralement un indice en faveur d'un contrat de travail⁵⁹⁸.

§ 4 : Contrat de travail et contrat de société

- 217 La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun (art. 530, al. 1 CO).

Alors que le travailleur n'a pas d'influence ni de droit de contrôle formel sur la marche des affaires, l'associé est l'égal de ses associés (CO, art. 534) ; il n'y a donc pas de rapport de subordination possible entre associés⁵⁹⁹.

§ 5 : Contrat de travail et contrats innommés

- 218 Le contrat de travail doit être distingué du *travail d'intérêt général*, lequel représente une sanction pénale, et n'est pas rémunéré (art. 37 CP).

Le contrat de travail doit également être distingué du *service militaire* et du *service civil*. Le service civil ne doit pas compromettre des emplois existants, ni entraîner une dégradation des conditions de salaire et de travail au sein de l'établissement d'affectation, ni fausser le jeu de la concurrence (art. 6 LSC).

⁵⁹⁴ Pour un exposé de la jurisprudence relative à la distinction entre contrat de travail et contrat de mandat, voir Streiff/von Känel/Rudolph, N 7 *ad* art. 319 CO. Sur la combinaison des critères de subordination, de dépendance économique et d'intégration dans l'entreprise d'autrui, cf. *supra* n° 211.

⁵⁹⁵ TF, 29 avril 2015, 4A_86/2015, cons. 4.1.

⁵⁹⁶ TF, 30 octobre 1973, ATF 99 II 313 ; TF, 19 mars 2002, 4C.390/2001, ATF 128 III 174, cons. 2a ; TF, 7 octobre 2010, 4A_229/2010, ATF 136 III 518, cons. 4.4 ; TF, 22 novembre 2010, 4A_461/2010, ATF 137 III 32, cons. 2.4.2.

⁵⁹⁷ Cf. TF, 21 juin 2011, 4A_184/2011, cons. 6 ; David Aubert, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 31 *ad* art. 347 CO ; Wyler/Heinzer, p. 26. Pour un exposé de la jurisprudence relative à la distinction entre contrat de travail et contrat d'agence, voir Streiff/von Känel/Rudolph, N 8 *ad* art. 319 CO.

⁵⁹⁸ TF, 23 mai 1978, ATF 104 II 108, JT 1980 I 77, cons. 3b ; TF, 29 avril 2015, 4A_86/2015, cons. 4.1.

⁵⁹⁹ TF, 17 juillet 2007, 4A_59/2007, cons. 3.2 ; TF, 5 juillet 2011, 4A_194/2011, JT 2012 II 198, cons. 5.6.1 ; cf. également : TF, 12 mai 1980, ATF 106 V 45, SJ 1981. 41 ; Gabriel Aubert, *in* CR-CO I, N 13 *ad* art. 319 CO ; Duc/Subilia, N 23 *ad* art. 319 CO ; Wyler/Heinzer, p. 28. Pour un exposé de la jurisprudence relative à la distinction entre contrat de travail et contrat de société, voir Streiff/von Känel/Rudolph, N 10 *ad* art. 319 CO.

Enfin, le droit suisse ne reconnaît pas le droit coutumier qui autoriserait un **contrat « d'intégration à la famille »** avec un salaire absolument dérisoire⁶⁰⁰.

Section 3 : Les enjeux de la qualification

Une erreur ou une méconnaissance des critères de qualification du contrat de travail peuvent entraîner des sanctions, tant au niveau **civil** (§ 1) qu'au niveau **administratif et pénal** (§ 2).

219

§ 1 : La sanction civile : la requalification judiciaire

Une fois les critères du contrat de travail découverts, la qualification de la relation en contrat de travail est impérative⁶⁰¹, c'est-à-dire qu'elle n'est pas laissée à la libre disposition des parties⁶⁰². Certes, la volonté des parties étant première en matière contractuelle, c'est par elle qu'il convient de débiter pour interpréter le contrat (cf. art. 18 CO)⁶⁰³. Mais le juge qui constate que les éléments caractéristiques du contrat de travail sont présents requalifiera obligatoirement la relation contractuelle en contrat de travail⁶⁰⁴. La qualification choisie par les parties peut tout au plus constituer un indice guidant le juge dans son interprétation⁶⁰⁵. Quant à la qualification retenue en droit de la sécurité sociale et en droit fiscal, elle est en principe autonome⁶⁰⁶.

220

§ 2 : Les sanctions administratives et pénales : le travail au noir et la concurrence déloyale

Compte tenu du régime légal du contrat de travail et de ses implications en matière d'assurances sociales et d'impôts, la tentation peut être grande, pour certains employeurs ou pour certains travailleurs, de refuser de s'y soumettre. Lorsque les

221

⁶⁰⁰ TF, 24 septembre 2004, 6P.95/2004 et 6S.270/2004, ATF 130 IV 106, JT 2006 IV 215, SJ 2005 I 52, Pra 2005 32 243.

⁶⁰¹ TF, 2 mai 2011, 4A_71/2011, cons. 2.3 ; cf. également : TF, 17 novembre 1981, ATF 107 II 430, JT 1982 I 94, SJ 1982 241, cons. 1 ; TF, 4 février 1986, ATF 112 II 41, JT 1986 I 253, SJ 1986 388, cons. 1a/aa ; TF, 21 mars 1995, JAR 1996 95 ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, ATF 129 III 664, JT 2004 I 60, cons. 3 ; BL, 8 octobre 2002, JAR 2003 145 ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 6 ad art. 319 CO.

⁶⁰² *Pro multis* : TF, 21 mars 1995, JAR 1996 95 ; TF, 8 juin 2005, 4C.39/2005, cons. 2.1 ; TF, 14 décembre 2010, 2C_714/2010, JAR 2011 383, DTA 2011 115, cons. 3.4.2 ; TF, 5 juillet 2011, 4A.194/2011, cons. 5.3 ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 6 ad art. 319 CO ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 2 ad art. 319 CO.

⁶⁰³ Cf. *infra* n° 419 et s.

⁶⁰⁴ Cf. TF, 30 octobre 1973, ATF 99 II 313. Dans l'hypothèse d'une requalification, le juge déterminera dans le même mouvement le montant de la rémunération due si rien n'était prévu : TF, 23 août 1999, JAR 2000 109.

⁶⁰⁵ TF, 3 février 2006, 4C.359/2005, cons. 2.1 ; cf. également : Geiser/Müller, N 110, p. 40 ; Portmann/Stöckli, N 14, p. 8.

⁶⁰⁶ TF, 8 juin 2005, 4C.39/2005, cons. 2.1 ; cf. TF, 14 décembre 2010, 2C_714/2010, JAR 2011 383, DTA 2011 115, cons. 3.4.2 ; cf. également : Geiser/Müller, N 110, p. 40 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 2 ad art. 319 CO.

parties à un rapport de travail ne respectent pas les obligations de déclarations administratives, on parle de « travail au noir ». Ce dernier est sanctionné par une loi spéciale, qui institue des simplifications administratives et des mécanismes de contrôle et de répression (art. 1 LTN)⁶⁰⁷.

222 En outre, le fait de ne pas observer les conditions de travail légales ou contractuelles qui sont également imposées à la concurrence ou qui sont conformes aux usages professionnels ou locaux représente un acte de concurrence déloyale (art. 7 LCD), susceptible d'être sanctionné comme tel⁶⁰⁸.

⁶⁰⁷ Pour le régime du travail au noir, cf. *infra* n° 347 et s.

⁶⁰⁸ Pour davantage de précisions sur le régime de l'article 7 LCD, cf. Rémy Wyler, in Vincent Martenet/Pascal Pichonnaz (édit.), *Loi contre la concurrence déloyale*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2017, pp. 338-347 ; Anne Meier, « Droit collectif du travail et droit de la concurrence », SJ 2017 II 102-109. Sur les possibilités juridiques offertes par le droit de la concurrence déloyale en droit du travail, cf. Stefanie Meier-Gubser, « Arbeitsrechtlicher Gedankenflug übers UWG », PJA 2014 1486-1500. Pour une réflexion d'ensemble à ce sujet, cf. Christian Bovet, « Le droit de la concurrence en tant que droit social », in Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (édit.), *Regards croisés sur le droit du travail*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2015, pp. 41 et s.

Titre 2 : Sources

Ce titre présentera les sources proprement juridiques du droit du travail. Concédonsons-le d'emblée : ce qui détermine les personnes à agir de telle ou telle manière dans une relation de travail au quotidien relève bien davantage, dans la pratique, de règles non juridiques, qu'il appartient plutôt à la sociologie et à la psychologie de révéler⁶⁰⁹. Le rapport de travail présentant une double nature, économique et relationnelle, il est aussi possible de trouver dans l'éthique une source juridique spécifique, au-delà des sources « classiques » du droit⁶¹⁰. Cette source éthique transparaît notamment dans l'interprétation de la bonne foi et de l'abus de droit, dont les juges font de nombreux cas d'application en droit du travail⁶¹¹.

223

Les sources du droit du travail sont **fédérales (Chapitre 1), cantonales (Chapitre 2) et internationales (Chapitre 3)**.

Hierarchie des normes. Les sources du droit du travail s'inscrivent dans un système de hiérarchie où les normes viennent s'agencer comme dans une pyramide. Ainsi, le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international (art. 190 Cst.).

224

Toutefois, il n'existe pas de **contrôle de constitutionnalité** des lois fédérales, ni *a priori*, ni *a posteriori*.

225

En outre, le Tribunal fédéral se montre, pour l'heure, bien souvent réticent à reconnaître le caractère directement applicable des normes internationales⁶¹². Bien que la Suisse soit un pays moniste – elle reconnaît au droit international une validité immédiate sur le plan interne –, le droit international n'y est directement applicable qu'à la condition, ou bien qu'il se désigne lui-même comme directement applicable⁶¹³, ou bien qu'il soit suffisamment précis pour fonder une décision dans un cas particulier⁶¹⁴. Par conséquent, il n'est possible d'invoquer directement certaines dispositions d'un traité international portant sur le droit du travail devant les tribunaux suisses que dans la mesure où les dispositions en question, considérées dans leur contexte et à la lumière tant de l'objet que du but du traité, sont inconditionnelles et suffisamment précises pour produire un effet direct et s'appliquer comme telles à un cas d'espèce et, ainsi, constituer le fondement d'une décision concrète. Ainsi, le

⁶⁰⁹ Cf. *supra* n° 99 et s.

⁶¹⁰ Alexandre Barège, *L'éthique et le rapport de travail*, Paris, L.G.D.J., 2008.

⁶¹¹ Cf. *infra* n° 419 et s.

⁶¹² Cf. *infra* n° 468.

⁶¹³ Cette situation se rencontre rarement en pratique : Jan Grunder, « Fluggast- und Handgepäckkontrollen an Flughäfen Konzept, Rechtsgrundlagen und Verfassungsmässigkeit der Kontrollen zur Verhinderung von unrechtmässigen Eingriffen in den zivilen Luftverkehr », *Zürcher Studien zum öffentlichen Recht*, n° 248, 2017, p. 71.

⁶¹⁴ Rapport du Conseil fédéral, 5 mars 2010, FF 2010 I 2068.

Tribunal fédéral a pu juger que l'application du principe d'égalité salariale entre hommes et femmes, pourtant consacré dans une convention de l'Organisation internationale du Travail ratifiée par la Suisse, requérait la mise en œuvre préalable de lois ou d'arrêtés d'exécution⁶¹⁵. Cette position a été confirmée par la suite à propos des conventions de l'Organisation internationale du Travail n° 98, 150 et 154 en matière de droit d'organisation et de négociation collective, dont les dispositions sont supposées requérir une transcription dans le droit national et ne sont pas directement applicables⁶¹⁶.

- 226 À défaut de disposition légale applicable, le juge doit prononcer selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur (art. 1, al. 2 CC). Le législateur lui enjoint de s'inspirer des solutions consacrées par la doctrine et par la jurisprudence elle-même (art. 1, al. 3 CC).

Chapitre 1 : Sources fédérales

- 227 Les sources fédérales ont rang *constitutionnel* (Section 1), *légal* (Section 2) ou *réglementaire* (Section 3).

L'étude complète de la matière impose d'ajouter les sources d'ordre **professionnel** (Section 4), **contractuel** (Section 5), **jurisprudentiel** (Section 6) et **doctrinal** (Section 7).

Section 1 : Sources constitutionnelles et assimilées

- 228 **Normes constitutionnelles *stricto sensu*.** Quelques dispositions constitutionnelles intéressent directement le droit du travail : au niveau du droit matériel, l'égalité entre hommes et femmes (art. 8 Cst.) ; au niveau de l'organisation des pouvoirs, le mandat législatif octroyé à la Confédération en matière de protection des travailleurs, de rapports entre employeurs et travailleurs – notamment la réglementation en commun des questions intéressant l'entreprise et le domaine professionnel (art. 110 Cst.) –, ainsi que, plus généralement, en matière de droit civil et de procédure civile (art. 122 Cst.)⁶¹⁷. En particulier, l'article 110, alinéa 1, d et alinéa 2 donne à la Confédération la compétence de légiférer sur l'extension du champ d'application des conventions

⁶¹⁵ TF, 12 octobre 1977, ATF 103 Ia 517, SJ 1978 449, cons. 4f. Cf. également : TF, 19 septembre 2017, 8C_696/2016, cons. 4.1.

⁶¹⁶ TF, 15 janvier 2008, 9C_83/2007 / 9C_84/2007, ATF 134 I 23, RDAF 2009 I 592, cons. 6.4.

⁶¹⁷ TF, 21 juillet 2017, 2C_774/2014, cons. 7.3.

collectives, ce à quoi elle a, selon la jurisprudence, exhaustivement procédé en adoptant la loi sur l'extension des conventions collectives⁶¹⁸.

C'est la Constitution fédérale qui institue le 1^{er} août comme jour férié obligatoirement rémunéré (art. 110, al. 3 Cst.).

Enfin, de grands principes irradiant tout le droit suisse sont consacrés à l'article 5 de la Constitution fédérale : État de droit, c'est-à-dire droit comme base et limite de l'activité de l'État, intérêt public, proportionnalité et bonne foi.

Normes « quasi-constitutionnelles ». Outre les normes constitutionnelles proprement dites, un phénomène nouveau nous semble apparaître : l'émergence de normes que nous qualifions de « quasi-constitutionnelles ». Ainsi de la protection de la personnalité du travailleur, dont le spectre s'étend de manière si protéiforme et irrévocable, qu'elle semble avoir acquis rang de valeur fondamentale au sein de notre ordre juridique. La consécration constitutionnelle formelle de la protection de la personnalité nous paraîtrait la conséquence logique de cet état juridique.

229

Principes généraux du droit. Un certain nombre de principes généraux du droit sont pertinents pour le droit du travail, au point qu'ils traversent la matière de manière régulière et remarquable :

230

- l'**impératif de bonne foi** : « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. » (art. 2, al. 1 CC) ;

- l'**interdiction de l'abus de droit** : « L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. » (art. 2, al. 2 CC). Le principe de la bonne foi et l'interdiction de l'abus de droit sont des principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse (art. 5 al. 3 Cst.)⁶¹⁹ ;

- la **présomption de bonne foi** : « La bonne foi est présumée, lorsque la loi en fait dépendre la naissance ou les effets d'un droit. » (art. 3, al. 1 CC) ;

- l'**usage autorisé de l'argument de bonne foi** : « Nul ne peut invoquer sa bonne foi, si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui. » (art. 3, al. 2 CC) ;

- le **pouvoir d'appréciation du juge en équité** : « Le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs. » (art. 4 CC) ;

- la **répartition du fardeau de la preuve** : « Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. » (art. 8 CC) ;

- la **non-rétroactivité des lois** : principe de non-rétroactivité (art. 1 t. fin. CC), tempéré par l'application immédiate des règles établies dans l'intérêt de l'ordre public et des

⁶¹⁸ TF, 23 décembre 2011, 2C_728/2011, cons. 7.2 ; TF, 21 juillet 2017, 2C_774/2014, cons. 7.3.2 ; cf. également, TF, 25 juin 2001, ATF 128 II 13, SJ 2002 I 74, Pra 2002 162 864, RDAF 2003 I 483, RDAF 2003 I 570.

⁶¹⁹ TF, 26 janvier 2017, 4A_590/2016, cons. 2.1.

mœurs (art. 2 t. fin. CC), ainsi que pour les cas réglés indépendamment de la volonté des parties (art. 3 t. fin. CC) et ceux dont il ne résulte pas de droits acquis (art. 4 t. fin. CC).

Section 2 : Sources légales

- 231 En l'absence de code du travail, le droit du travail suisse se compose d'une multiplicité de lois, que l'on classe aussi bien dans le droit privé que dans le droit public.

Cette particularité a pu conduire certains à voir dans le droit du travail un droit unique, relevant tant du droit public que du droit privé et liant intrinsèquement ces deux domaines⁶²⁰. Contre l'unification du droit privé et du droit public du travail pourrait plaider l'idée selon laquelle le droit public aurait pour mission de contrôler le pouvoir et de le soumettre aux principes de l'État de droit, tandis que le droit privé du travail viserait davantage à effectuer une balance entre les intérêts des employeurs et ceux des travailleurs, balance que le pouvoir législatif aurait pour rôle d'effectuer⁶²¹.

- 232 Le droit public du travail comprend notamment la loi sur le travail (LTr)⁶²², la loi sur le travail à domicile (LTrD)⁶²³, la loi sur la participation⁶²⁴, la loi sur les étrangers (LEtr)⁶²⁵, la loi sur le service de l'emploi et la location de services (LSE)⁶²⁶, la loi sur la formation professionnelle (LFPr), la loi sur le travail au noir (LTN)⁶²⁷, la loi sur l'égalité (dans une certaine mesure) (LEg)⁶²⁸, et leurs ordonnances d'application.

- 233 Le caractère éparé des lois formant le droit du travail complique la tâche du juriste dès lors que la plupart de ces lois possèdent un *champ d'application* qui leur est propre (§ 1). De ces champs d'application propres découle le risque de *conflit entre normes légales* (§ 2).

⁶²⁰ Hugo Sinzheimer, « Das Wesen des Arbeitsrechts », (1^e éd. 1927), in *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, Francfort/Cologne, Europäische Verlagsanstalt, 1976, p. 108.

⁶²¹ Réflexion en partie inspirée par Acl Davies, « Labour Law as Public Law », in Alan Bogg et alii (édit.), *The Autonomy of Labour Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2015, p. 231.

⁶²² RS 822.11.

⁶²³ RS 822.31.

⁶²⁴ RS 822.14.

⁶²⁵ RS 142.20.

⁶²⁶ RS 823.11.

⁶²⁷ RS 822.41.

⁶²⁸ RS 151.1.

§ 1 : Champ d'application des lois spéciales en droit du travail

Loi sur la participation. La loi sur la participation s'applique à « toutes les entreprises privées qui, en Suisse, occupent des travailleurs en permanence » (art. 1 de la loi sur la participation). Vu le caractère large de ce champ d'application, il est possible de s'en référer au domaine du droit du travail tel que la définition du contrat de travail le circonscrit⁶²⁹. 234

Loi sur le travail au noir et loi sur les travailleurs détachés. La loi sur le travail au noir présente un article intitulé « champ d'application » qui concerne en réalité uniquement le régime de la procédure simplifiée de prélèvements des cotisations et des impôts (art. 2 LTN)⁶³⁰. Pour le reste, elle s'applique à tous les employeurs et à tous les travailleurs en Suisse. Il en va de même pour la loi sur les travailleurs détachés⁶³¹. 235

Lois relatives à certaines formes spéciales d'emploi. Concernant les formes spéciales d'emploi qui existent dans le travail à domicile, le travail des voyageurs de commerce, des apprentis, dans les entreprises de transport, en cas de location de services etc., nous renvoyons aux chapitres spécifiques qui leur sont consacrés. 236

Loi sur le travail. Le champ d'application de la loi sur le travail est l'un des plus complexes. En effet, cette loi ne s'applique qu'à **certaines employeurs (A)** et à **certaines travailleurs (B)**. De telles exclusions interrogent (C). 237

A. Employeurs assujettis à la loi sur le travail

Principes. En principe, la loi sur le travail s'applique à toutes les entreprises publiques et privées (art. 1, al. 1 LTr). Il y a « entreprise », au sens de la loi sur le travail, lorsqu'un employeur occupe un ou plusieurs travailleurs de façon durable ou temporaire, même sans faire usage d'installations ou de locaux particuliers (art. 1, al. 2, 1^e phr. LTr). Selon la jurisprudence, la notion d'entreprise doit être interprétée très largement : il s'agit de toute organisation de travail qui emploie durablement ou temporairement au moins un employé ; par ailleurs, l'entreprise au sens de la loi sur le travail n'est pas nécessairement identique à l'employeur : le rapport de travail peut exister non pas avec le propriétaire de l'entreprise mais avec un tiers, par exemple en matière de location de services⁶³². 238

Lorsque les conditions d'application de la loi ne sont remplies que pour certaines parties d'une entreprise, celles-ci sont seules soumises à la loi (art. 1, al. 2, 2^e phr. LTr).

Exceptions. Il existe un certain nombre d'exceptions au champ d'application de la loi sur le travail tel qu'il vient d'être délimité : cette loi ne s'applique ni aux 239

⁶²⁹ Cf. *supra* n° 168 et s.

⁶³⁰ Cf. *infra* n° 348 et s.

⁶³¹ Cf. *infra* n° 566 et s.

⁶³² TF, 20 juin 2016, 2C_703/2015, cons. 2 et 3.

administrations fédérales, cantonales et communales (art. 2, al. 1, a LTr), sous certaines réserves (cf. art. 2, al. 2 LTr), ni aux entreprises soumises à la législation fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics (art. 2, al. 1, b LTr), ni aux entreprises soumises à la législation fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse (art. 2, al. 1, c LTr), ni aux entreprises agricoles ou aux services accessoires qui ont pour activité prépondérante de traiter ou d'utiliser les produits de l'exploitation principale, ni aux offices locaux collecteurs de lait ou aux entreprises qui y sont rattachées et travaillent le lait (art. 2, al. 1, d LTr), ni aux entreprises se livrant surtout à la production horticole de plantes, sous certaines réserves (cf. art. 2, al. 1, e LTr) ou à la pêche (art. 2, al. 1, f LTr), ni enfin aux ménages privés (art. 2, al. 1, g LTr).

- 240 Toutefois, les dispositions de la loi sur le travail relatives à la protection de la santé (à savoir principalement les art. 6, 35 et 36a LTr) s'appliquent aussi à l'administration fédérale ainsi qu'aux administrations cantonales et communales (art. 3a, a LTr).

Les dispositions de la loi et de ses ordonnances relatives à l'âge minimum s'appliquent aux entreprises agricoles, horticoles, piscicoles et aux ménages privés (art. 2, al. 4 LTr)⁶³³.

- 241 **Entreprises familiales.** La loi ne s'applique pas aux entreprises dites « familiales », soit celles dans lesquelles sont seuls occupés le conjoint ou le partenaire enregistré du chef de l'entreprise, ses parents en ligne ascendante et descendante et leurs conjoints ou partenaires enregistrés, ainsi que les enfants du conjoint ou du partenaire enregistré du chef de l'entreprise (art. 4, al. 1 LTr)⁶³⁴. Autrement dit, seules les personnes appartenant à la famille sont soustraites à la protection de la loi sur le travail⁶³⁵. Une société commerciale ne peut pas être qualifiée d'entreprise familiale⁶³⁶. Lorsque d'autres personnes que celles qui viennent d'être listées travaillent aussi dans l'entreprise, la loi sur le travail s'applique à elles (art. 4, al. 2 LTr). Certaines prescriptions de la loi peuvent, par ordonnance, être rendues applicables à des jeunes gens membres de la famille du chef de l'entreprise, si c'est nécessaire pour protéger leur vie ou leur santé ou pour sauvegarder leur moralité (art. 4, al. 3 LTr)⁶³⁷.

- 242 **Entreprises industrielles.** Sont réputées « industrielles » les entreprises qui font usage d'installations fixes à caractère durable pour produire, transformer ou traiter des biens ou pour produire, transformer ou transporter de l'énergie, lorsque l'emploi de machines ou d'autres installations techniques ou bien l'exécution d'opérations en série déterminent la manière de travailler ou l'organisation du travail et que le personnel d'exploitation comprend, pour ces activités, au moins six travailleurs, ou lorsque des

⁶³³ Sur la question de l'âge minimum d'admission à l'emploi, cf. *infra* n° 377 et s.

⁶³⁴ Pour des précisions sur la notion d'entreprise familiale, cf. Roland Müller/André Bomatter, « Die juristische Person als Familienbetrieb im Sinne von Art. 4 ArG », PJA 2012 975 et s.

⁶³⁵ TF, 21 décembre 2015, 2C_1135/2015, DTA 2015 313.

⁶³⁶ TF, 29 juin 2013, 2C_886/2012 ; TF, 1^{er} juillet 2013, 2C_129/2013 ; Thomas Geiser, « Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 2013 », PJA 2014 118.

⁶³⁷ Sur les protections spéciales en faveur des jeunes, cf. *infra* n° 1178 et s.

procédés automatiques exercent une influence déterminante sur la manière de travailler ou l'organisation du travail, ou lorsque la vie ou la santé des travailleurs sont exposées à des dangers particuliers (art. 5, al. 2 LTr). Les prescriptions spéciales de la présente loi relatives aux entreprises industrielles ne sont applicables à une entreprise ou à certaines parties d'une entreprise qu'en vertu d'une décision d'assujettissement rendue par l'autorité cantonale (art. 5, al. 1 LTr).

B. Travailleurs protégés par la loi sur le travail

Principes. Tous les travailleurs qui exercent leur activité auprès d'un employeur assujetti à la loi sur le travail bénéficient en principe des protections conférées par cette loi.

243

Par « travailleur », on entend toute personne occupée dans une entreprise soumise à la loi, de manière durable ou temporaire, durant tout ou partie de l'horaire de travail (art. 1, al. 1 OLT 1). Sont également réputés travailleurs les apprentis, stagiaires, volontaires et autres personnes qui travaillent dans l'entreprise principalement à des fins de formation ou pour se préparer au choix d'une profession (art. 1, al. 2 OLT 1).

Par ailleurs, la loi s'applique, dans la mesure où les circonstances le permettent, aux travailleurs occupés en Suisse par une entreprise sise à l'étranger (art. 1, al. 3 LTr). En revanche, elle ne s'applique pas aux travailleurs employés par une entreprise suisse à l'étranger, même si le contrat de travail est soumis au droit suisse⁶³⁸.

Exceptions. Toutefois, la loi sur le travail ne s'applique pas aux ecclésiastiques et aux autres personnes qui sont au service d'une église, ni aux membres des maisons professes, des maisons mères ou d'autres communautés religieuses (art. 3, a LTr), au personnel domicilié en Suisse de l'administration publique d'un État étranger ou d'une organisation internationale (art. 3, b LTr), aux équipages des entreprises suisses de transport aérien (art. 3, c LTr), aux travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée, une activité artistique indépendante ou une activité scientifique (art. 3, d LTr), aux enseignants des écoles privées, ni aux enseignants, assistants sociaux, éducateurs et surveillants occupés dans des établissements (art. 3, e LTr), aux travailleurs à domicile (art. 3, f LTr), aux voyageurs de commerce selon la législation fédérale (art. 3, g LTr) ni aux travailleurs soumis à l'accord du 21 mai 1954 concernant les conditions de travail des bateliers rhénans (art. 3, h LTr).

244

Selon l'article 9 OLT 1, exerce une *fonction dirigeante élevée* quiconque dispose, de par sa position et sa responsabilité et eu égard à la taille de l'entreprise, d'un pouvoir de décision important, ou est en mesure d'influencer fortement des décisions de portée majeure concernant notamment la structure, la marche des affaires et le développement d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise. Selon la jurisprudence, la notion de

245

⁶³⁸ TF, 11 septembre 2013, 4A_103/2013, ATF 139 III 411, JT 2014 II 175, SJ 2014 I 34, com. Lienhard *in* ius.focus 2013 11 10, com. Geiser/Häfliger *in* RSJ 2014 382, com. Portmann *in* RJB 2016 144, com. Geiser *in* RJB 2016 239.

« fonction dirigeante élevée » doit être interprétée restrictivement⁶³⁹. Les affaires dont se charge celui qui occupe une fonction dirigeante élevée doivent être de nature à influencer de façon durable la marche et la structure de l'entreprise dans son ensemble, ou du moins dans l'une de ses parties importantes⁶⁴⁰. La jurisprudence estime que ne sont pas des critères décisifs le fait de revêtir une position de confiance, de posséder la compétence de signer au nom de l'employeur ou celle de donner des instructions, puisqu'ils peuvent aussi être conférés à des travailleurs qui n'exercent pas de fonction dirigeante élevée⁶⁴¹. Au total, la portée de l'exception portant sur les hauts cadres dirigeants doit être déterminée de cas en cas, sans égard ni au titre ni à la formation de la personne concernée, mais d'après la nature réelle de sa fonction. Il faut aussi tenir compte de la grandeur de l'entreprise⁶⁴². Ainsi, dans une petite entreprise, celui qui est appelé à remplacer régulièrement le patron et à prendre des décisions importantes à sa place pourra être considéré comme exerçant une fonction dirigeante élevée, même s'il ne porte aucun titre spécial et n'a reçu aucune formation supérieure⁶⁴³.

246 En revanche, les dispositions de la loi sur le travail relatives à la protection de la santé (à savoir principalement les art. 6, 35 et 36a LTr) s'appliquent aussi aux travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée, une activité artistique indépendante ou une activité scientifique (art. 3a, b LTr) et aux enseignants des écoles privées, de même qu'aux enseignants, assistants sociaux, éducateurs et surveillants occupés dans des établissements (art. 3a, c LTr).

247 Des dispositions spéciales visant certaines catégories d'entreprises (petites entreprises artisanales, magasins dans les gares à forte fréquentation, dans les stations-services, dans les aéroports, hôtels, restaurants et cafés, les journaux, les hôpitaux, les pharmacies, etc.) ou de travailleurs peuvent être prévues (art. 27 LTr). De telles dispositions aménagent les protections issues de la loi sur le travail en fonction de spécificités propres à certaines branches (cf. OLT 2).

C. Pertinence des exclusions au champ d'application de la loi sur le travail

248 Par bien des aspects, la loi sur le travail est une loi du XIX^e siècle. Son caractère encore marqué de loi de police administrative, son champ d'application limité à certains types d'entreprises, sa préoccupation portée sur la durée du travail, le travail

⁶³⁹ TF, 16 mars 2000, ATF 126 III 337, cons. 5a ; TF, 14 février 2003, 4C.310/2002, cons. 5.2 ; TF, 23 août 2010, 4A_258/2010, cons. 1 ; TF, 27 mars 2015, 2C_745/2014, com. Dunand *in* Droitdutravail.ch mai 2015, cons. 3 ; cf. aussi la Directive du SECO aux autorités d'exécution et concernant les contrôles de l'enregistrement de la durée du travail, Berne, 2013, N 2 A.

⁶⁴⁰ TF, 23 juin 1972, ATF 98 Ib 344, cons. 2 ; TF, 16 mars 2000, ATF 126 III 337, cons. 5b ; TF, 14 février 2003, 4C.310/2002, cons. 5.2 ; TF, 27 mars 2015, 2C_745/2014, com. Dunand *in* Droitdutravail.ch mai 2015, cons. 3.

⁶⁴¹ TF, 16 mars 2000, ATF 126 III 337, cons. 5b ; TF, 4 juillet 1997, 4C.322/1996, cons. 2b ; TF, 25 octobre 2005, 4C.157/2005, cons. 5.2.

⁶⁴² *Ibidem*.

⁶⁴³ TF, 27 mars 2015, 2C_745/2014, com. Dunand *in* Droitdutravail.ch mai 2015, cons. 3.

de nuit et du dimanche, la protection des jeunes et des femmes, tous ces traits en font l'héritière des « législations industrielles » qui ont marqué, en Europe, la naissance du droit du travail moderne.

Il y aurait lieu de s'interroger sur la pertinence de la subsistance de cette législation industrielle. Mal adaptée aux conditions dans lesquelles s'exerce le travail contemporain, peu maniable voire « ésotérique » par bien des aspects, rangée du côté du droit public quand le droit du travail contemporain penche intuitivement du côté du droit privé, la loi sur le travail mériterait d'être repensée dans le cadre d'une législation nouvelle qui, englobant tant les questions purement contractuelles que les questions institutionnelles, tant l'aspect quantitatif que l'aspect qualitatif du travail, régirait le « travail » en général, quitte à ce que certaines particularités soient prises en charge au niveau décentralisé des branches ou des secteurs d'activité.

249

Il faut également se demander si l'article 328 du code des obligations ne devrait pas avoir pour effet de protéger également un certain nombre de travailleurs soustraits au champ d'application de la loi sur le travail, pour certaines normes à propos desquelles un traitement différencié se révélerait injustement discriminatoire. C'est le cas en particulier des dispositions octroyant certains droits aux parents comme l'article 36 de la loi sur le travail⁶⁴⁴ : il n'y a pas de raison de ne pas en faire bénéficier tous les parents.

§ 2 : Conflits de normes légales en droit du travail

Les conflits de normes légales en droit du travail émergent lorsqu'une norme de droit privé et une norme de droit public prétendent toutes deux réglementer une même situation.

250

Deux principes sont censés résoudre un tel problème : la **prééminence du droit public sur le droit privé (A)** et les **effets formateurs du droit public sur le droit privé (B)**.

A. La prééminence du droit public sur le droit privé du travail

Les normes légales de droit public s'appliquent cumulativement aux normes de droit privé⁶⁴⁵. En cas de contrariété entre elles, les normes de droit public l'emportent sur les normes de droit privé (art. 342, al. 1, b CO). Voici la règle telle qu'elle ressort du code des obligations. Ajoutons qu'elle ne vaut qu'à l'égard des normes se situant au même rang dans la hiérarchie des normes. Ainsi, une norme logée dans une circulaire administrative ne devrait pas l'emporter sur une norme du code des obligations.

251

La question se pose chaque fois que l'administration produit une norme qui prétend régir les contrats de travail. Ce fut le cas récemment en matière de rémunérations

252

⁶⁴⁴ Du même avis : Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 20 *ad* art. 324a/b CO ; Wyler/Heinzer, p. 223. *Contra* : Angela Hensch, « Arbeitnehmer mit Familienpflichten », PJA 2016 1634.

⁶⁴⁵ Pascal Mahon/Eloi Jeannerat, in Commentaire Dunand/Mahon, N 1, 6 et 16 *ad* art. 342 CO.

variables (cf. circulaire de la FINMA 2010/1 « Systèmes de rémunération »)⁶⁴⁶ et de rémunérations abusives (cf. ORAb)⁶⁴⁷. L'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés cotées en bourse a même inclus expressément un renversement de la hiérarchie des normes, en disposant : « [Les dispositions de la présente ordonnance] priment les dispositions contraires du CO. » (art. 1, al. 2, 1^e phr. ORAb) À notre sens, seules les dispositions de l'ordonnance qui s'en tiennent à une explicitation directe de l'article constitutionnel qui a présidé à son adoption peuvent acquérir rang supérieur à la loi.

B. Les effets formateurs du droit public sur le droit privé du travail

253 Le droit public peut produire deux sortes d'effets sur une situation régie par le droit privé du travail : des effets dits « formateurs », lorsqu'il octroie à une personne privée la possibilité de s'en prévaloir à son avantage dans le cadre contractuel ; des effets dits « destructeurs » ou « dirimants », lorsqu'il rend nul tout ou partie d'un contrat de droit privé.

Les effets destructeurs ou dirimants relèvent du droit commun de la nullité de l'objet du contrat (cf. art. 19 et 20 CO)⁶⁴⁸.

254 Quant aux effets formateurs, ils autorisent leur titulaire à s'en prévaloir directement contre son partenaire contractuel. Ainsi, l'alinéa 2 de l'article 342 du code des obligations dispose : « Si des dispositions de la Confédération ou des cantons sur le travail et la formation professionnelle imposent à l'employeur ou au travailleur une obligation de droit public susceptible d'être l'objet d'un contrat individuel de travail, l'autre partie peut agir civilement en vue d'obtenir l'exécution de cette obligation. »

255 Concrètement, le travailleur peut par exemple se fonder sur le supplément de salaire pour travail supplémentaire prévu par la législation de droit public (cf. art. 13 LTr) pour voir son employeur condamné au paiement d'un tel avantage⁶⁴⁹. Il en va de même pour la demande de paiement d'une indemnité en réparation du dommage à l'intégrité physique subi par le travailleur d'un employeur qui aurait violé les prescriptions en matière d'hygiène et de prévention des accidents⁶⁵⁰, la protection de la personnalité consacrée à l'article 328 du code des obligations pouvant bien entendu être invoquée concomitamment.

⁶⁴⁶ Cf. *infra* n° 944.

⁶⁴⁷ Cf. *infra* n° 1419.

⁶⁴⁸ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 414 ; Pascal Mahon/Eloi Jeannerat, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 4 *ad* art. 342 CO.

⁶⁴⁹ Pascal Mahon/Eloi Jeannerat, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 18 *ad* art. 342 CO.

⁶⁵⁰ Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 8 *ad* art. 342 CO.

Le travailleur peut aller jusqu'à refuser d'exécuter sa prestation de travail lorsque son employeur ne respecte pas ses obligations de droit public, tout en pouvant prétendre à sa rémunération en application du régime de la demeure de l'employeur⁶⁵¹.

256

Section 3 : Sources réglementaires

Les sources réglementaires doivent reposer sur une base légale suffisante. En matière de protection des travailleurs, l'article 40 de la loi sur le travail, par exemple, en consacre la possibilité. Les diverses ordonnances qui précisent la loi sur le travail (cf. OLT 1, OLT 2, OLT 3, OLT 4, OLT 5, Ordonnance sur la protection de la maternité etc.) en sont l'émanation.

257

Section 4 : Sources professionnelles

Les sources professionnelles se composent des conventions collectives et contrats-types de travail (§ 1) et des usages professionnels (§ 2).

258

§ 1 : Les conventions collectives et les contrats-types de travail

Les conventions collectives et les contrats-types de travail sont deux instruments qui marquent irrémédiablement la spécificité du droit du travail à l'égard de tout autre domaine du droit⁶⁵².

259

Une des particularités du droit du travail en matière de hiérarchie des normes réside dans l'existence d'un principe dit « de faveur » ou « de la clause la plus favorable ». Il signifie que lorsque diverses normes au contenu différent prétendent s'appliquer à un même rapport de travail, c'est la norme la plus favorable au travailleur qui s'applique. Consacré à l'article 358 du code des obligations, il se formule ainsi : « Le droit impératif de la Confédération et des cantons l'emporte sur la convention ; toutefois, les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables, à moins que le droit impératif ne s'y oppose expressément. »

Le principe de faveur est valable aussi pour contrats-types (cf. art. 359, al. 3 CO) et pour les conventions collectives étendues (cf. art. 4 LECCT).

260

En particulier, lorsque la convention collective de travail applicable à la branche réserve la possibilité de déroger aux conditions conventionnelles dans un règlement d'entreprise, le principe de la clause la plus favorable impose d'appliquer la solution,

⁶⁵¹ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 415 ; Pascal Mahon/Eloi Jeannerat, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 19 *ad* art. 342 CO. Sur le régime de la demeure de l'employeur, cf. *infra* n° 1709.

⁶⁵² Pour l'origine historique de ces deux instruments, cf. *supra* n° introduction ; pour leur régime, cf. *infra* 4^e partie ; pour un argumentaire en faveur de l'autonomie du droit du travail, cf. *supra* n° 162 et s.

plus favorable, prévue dans le contrat individuel de travail en priorité au règlement d'entreprise, même postérieur⁶⁵³.

§ 2 : Les usages professionnels

261 La loi renvoie en divers lieux aux usages professionnels, principalement en matière de rémunération (cf. art. 322, 323 323a, 323b, 349b, 360a CO), d'instruments de travail et de frais (cf. art. 327 et 327c CO), d'heures supplémentaires (cf. art. 321c, al. 1 CO), de jours de congé (cf. art. 329, al. 3 CO) et de conditions de travail (cf. art. 351a, al. 3 CO).

262 Les offices cantonaux du travail procèdent parfois à la publication des usages professionnels, et en quelque sorte à leur codification temporaire. C'est le cas par exemple dans le canton de Genève⁶⁵⁴.

263 Ces usages professionnels revêtent une importance particulière en matière de marchés publics. En effet, un marché public ne peut en principe être adjugé qu'à un soumissionnaire qui observe les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en usage (art. 8, al. 1, b LMP) et qui garantit à ses salariés l'égalité de traitement entre femmes et hommes, sur le plan salarial (art. 8, c LMP). Sont considérées comme des « conditions de travail » les prescriptions des conventions collectives et des contrats-types de travail ou, à défaut, les conditions de travail habituelles dans la région et dans la profession (art. 7, al. 1 OMP).

L'adjudicateur est en droit de contrôler ou de faire contrôler l'observation des dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et à l'égalité de traitement entre femmes et hommes ; sur demande, le soumissionnaire doit apporter la preuve qu'il les a respectées (art. 8, al. 2 LMP ; art. 6 OMP). L'adjudicateur inclut des peines conventionnelles dans le contrat pour assurer le respect du droit du travail et des conditions de travail par l'adjudicataire (art. 6, al. 5 OMP).

Section 5 : Sources contractuelles

264 Dans un régime libéral comme l'est le droit privé suisse, le principe est que les parties peuvent aménager leurs relations privées comme elles le désirent, sauf si la loi en dispose autrement. Les volontés individuelles ne sont donc limitées que par des normes dites impératives, c'est-à-dire des normes légales auxquelles les parties ne peuvent pas valablement déroger.

⁶⁵³ TF, 12 novembre 2014, 4A_384/2014, cons. 6.

⁶⁵⁴ Cf. < ge.ch/ocirt >.

En droit du travail, deux types des normes impératives coexistent : les normes dites « **absolument impératives** », soit celles auxquelles il ne peut être dérogé ni au détriment de l'employeur, ni au détriment du travailleur, et les normes dites « **relativement impératives** », soit celles auxquelles il ne peut être dérogé au détriment du travailleur. Ainsi, les normes absolument impératives ne laissent aucune marge de manœuvre aux parties ; les normes relativement impératives permettent aux parties d'améliorer la position du travailleur, sans qu'elles ne puissent toutefois la péjorer.

265

Les normes impératives se reconnaissent par leur libellé propre (lorsque le texte de loi énonce expressément qu'il ne peut y être dérogé contractuellement), par leur présence au sein d'une liste – non exhaustive – donnée par le code des obligations en ses articles 361 (normes absolument impératives) et 362 (normes relativement impératives), ou par leur *ratio legis* (lorsque la raison même de l'existence de la norme implique qu'elle soit impérative).

266

La sanction d'une clause contractuelle ou conventionnelle (issue d'une convention collective ou d'un contrat-type) qui contreviendrait à une norme impérative est la nullité (art. 361, al. 2 et art. 362, al. 2 CO).

267

Section 6 : Sources jurisprudentielles

Malgré un légicentrisme de principe perceptible un peu partout dans la pratique du droit en Suisse, on constate qu'à mesure que l'on s'éloigne de l'année 1972 au cours de laquelle le droit du contrat de travail fut réformé par la loi, cette matière devient de plus en plus prétorienne. Dans certains domaines comme le droit des rémunérations par exemple, la jurisprudence finit par « [suivre] son propre dessein, convaincue de ses lumières »⁶⁵⁵.

268

Voit-on pour autant planer le spectre d'un gouvernement des juges en droit suisse du travail⁶⁵⁶ ? Certainement pas au niveau du juge constitutionnel, quasi inexistant en la matière. En revanche, la présence d'un droit du travail prétorien est indéniable, comme nous aurons l'occasion de le constater plusieurs fois par la suite. Sans préjuger de la qualité législative qui souffre parfois de déficiences⁶⁵⁷, il faut néanmoins constater que le droit du travail suisse tend à manquer de stabilité, ce qui pose problème du point de vue de la sécurité juridique. La rédaction d'un code du travail rassemblant les lois éparses régissant la matière et consacrant légalement les solutions jurisprudentielles faisant autorité semblerait un projet de bon aloi.

269

⁶⁵⁵ Cette expression est prise à Patrick Morvan, « Le juste en droit du travail », in Bernard Teyssié (dir.), *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Paris, Economica, 2011, p. 24.

⁶⁵⁶ Pour une réflexion stimulante sur le gouvernement des juges, cf. Patrick Wafeu Toko, « Le juge qui crée le droit est-il un juge qui gouverne ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 54, n° 1, mars 2013, pp. 145-174, spéc. p. 148.

⁶⁵⁷ Pour une réflexion de légistique, cf. Alexandre Flückiger/Stéphane Grodecki, « La clarté : un nouveau principe constitutionnel ? », *RDS* 2017 I 31-62.

- 270 À l'instar d'autres cours suprêmes⁶⁵⁸, il arrive que le Tribunal fédéral s'inspire de droits étrangers, en le disant ou, parfois, sans le dire.

Section 7 : Sources doctrinales

- 271 Les sources doctrinales sont variées. Manuels, commentaires de lois, commentaires d'arrêts, articles et monographies en représentent l'essentiel. Elles sont bien utiles en ce qu'elles offrent tantôt une compilation organisée de la matière, tantôt des propositions visant à combler les lacunes des autres sources juridiques⁶⁵⁹.

Chapitre 2 : Sources cantonales

- 272 Les cantons n'ont qu'une compétence subsidiaire, tant en matière de droit privé du travail (cf. art. 5 CC) qu'en matière de droit public du travail (cf. art. 6 CC). Les cantons et les communes peuvent toutefois légiférer en matière de travail, dès lors que la Confédération ne jouit que d'une compétence concurrente et non exclusive (cf. art. 110 Cst.)⁶⁶⁰.

En adoptant, en particulier, le code civil et le code des obligations, le législateur fédéral a en effet entendu codifier l'ensemble du droit privé⁶⁶¹. Sous réserve des compétences que le droit privé fédéral aurait expressément laissées aux cantons, le volet du droit privé fédéral relatif au droit du travail a été, par conséquent, exhaustivement réglementé par le droit fédéral⁶⁶².

- 273 En matière de droit public, la Confédération a fait usage de ses compétences en adoptant la loi sur le travail qui contient, notamment, des dispositions sur la protection de la santé (cf. art. 6 LTr)⁶⁶³. Avec l'adoption de la loi sur le travail et des ordonnances y afférentes, la Confédération a élaboré une réglementation très étendue concernant la protection générale des travailleurs⁶⁶⁴.

⁶⁵⁸ Cf. Elaine Mak, « Why Do Dutch and UK Judges Cite Foreign Law ? », *The Cambridge Law Journal*, vol. 70, n° 2, juillet 2011, pp. 420-450.

⁶⁵⁹ Sur le régime de citation de la doctrine par le Tribunal fédéral, cf. Pascal Pichonnaz, « Bibliométrie en droit : Quelques réflexions sur les enjeux et l'impact sur la littérature juridique future », RDS 2014 I 391.

⁶⁶⁰ Pascal Mahon/Eloi Jeannerat, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 16 ad art. 342 CO.

⁶⁶¹ TF, 21 juillet 2017, 2C_774/2014, cons. 7.3.1.

⁶⁶² *Ibidem*.

⁶⁶³ TF, 29 mai 2012, 2C_922/2011, cons. 3.4 ; TF, 21 juillet 2017, 2C_774/2014, cons. 7.5.1.

⁶⁶⁴ TF, 7 juillet 2013, 2C_912/2012, ATF 139 I 242, JT 2014 I 71, RDAF 2014 I 255, com. Tschannen in RJB 50 2014 834, cons. 3.1 ; TF, 21 juillet 2017, 2C_774/2014, cons. 7.5.1 ; cf. TF, 13 juillet 2004, 2P.253/2003, ATF 130 I 279, JT 2006 I 212, PJA 2005 343, RDAF 2005 I 466, cons. 2.3.1 ; TF, 8 février 2006, ATF 132 III 257, JT 2007 I 274, SJ 2007 I 173, com. Baumberger in DTA 2006 181, com. Seiler in RJB 2007 148, com. Koller in RJB 2008

Selon la jurisprudence, si, en vertu de son champ d'application, la loi sur le travail règle d'une manière exhaustive la protection des travailleurs en tant que telle, elle n'empêche cependant pas l'adoption de mesures qui, sans avoir pour but principal de protéger les travailleurs, ont accessoirement un effet protecteur⁶⁶⁵. D'ailleurs, l'article 71, c de la loi sur le travail réserve les prescriptions cantonales et communales de police, notamment celles qui concernent la police des constructions, la police du feu, la police sanitaire et la police des eaux, ainsi que le repos dominical et les heures d'ouverture de certaines entreprises⁶⁶⁶. De plus, elle ne fait pas obstacle à l'adoption de certaines mesures de politique sociale, y compris lorsque de telles mesures ne seraient pas expressément couvertes par l'article précité, dont la formulation n'est qu'exemplative⁶⁶⁷. Dans ces limites, les cantons restent libres d'édicter des dispositions de droit public visant un autre but que la protection des travailleurs⁶⁶⁸.

274

Concrètement, les domaines concernés sont ceux de la police administrative (tranquillité et moralité publiques), comme les horaires d'ouverture des magasins, les autorisations pour installer tel ou tel commerce, etc⁶⁶⁹. Si des prescriptions cantonales déploient, indirectement, un effet protecteur pour les travailleurs, un tel effet est admis dans la mesure où les règles poursuivent un autre objectif principal que celui visé par la loi sur le travail⁶⁷⁰.

275

Par exemple, une loi cantonale peut valablement prescrire une interdiction de fumer dans les lieux publics, car même si une telle interdiction produit des incidences sur la protection des travailleurs, régie par le droit fédéral, il s'agit d'effets indirects, le but des deux réglementations étant clairement distinct⁶⁷¹. En revanche, une disposition cantonale sur la fermeture des magasins, prévoyant que la prolongation des heures d'ouverture ne peut être autorisée qu'en cas de respect de la convention collective de travail, a pour but la protection des travailleurs et est incompatible avec la législation fédérale sur le travail qui est exhaustive (ce qui revient à une violation du principe de la force dérogatoire du droit fédéral et doit entraîner l'annulation des dispositions

344, cons. 5 ; TF, 28 mars 2007, 1P.541/2006, ATF 133 I 110, SJ 2008 I 13, PJA 2007 1583, Pra 2007 123 829, RDAF 2008 I 405, com. Hangartner *in* PJA 2007 1584, cons. 4.3 ; TF, 23 novembre 2009, ATF 136 I 29, JT 2010 I 447, cons. 3.4.2.

⁶⁶⁵ TF, 21 juillet 2017, 2C_774/2014, cons. 7.5.2 ; cf. TF, 28 mars 2007, 1P.541/2006, ATF 133 I 110, SJ 2008 I 13, PJA 2007 1583, Pra 2007 123 829, RDAF 2008 I 405, com. Hangartner *in* PJA 2007 1584, cons. 4.3 ; TF, 5 octobre 2009, 2C_312/2009, cons. 4.2.

⁶⁶⁶ TF, 21 juillet 2017, 2C_774/2014, cons. 7.5.2 ; cf. TF, 10 janvier 2014, 2C_10/2013, ATF 140 II 46, JT 2014 II 319, Pra 2014 66 481, RDAF 2015 I 427, cons. 2.5.

⁶⁶⁷ TF, 21 juillet 2017, 2C_774/2014, cons. 7.5.2.

⁶⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁶⁹ Pascal Mahon/Eloi Jeannerat, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 16 *ad* art. 342 CO.

⁶⁷⁰ TF, 21 juillet 2017, 2C_774/2014, cons. 7.5.4 ; cf. TF, 23 juillet 2004, 2P.253/2003, ATF 130 I 279, RDAF 2005 I 466, PJA 2005 343, JT 2006 I 212, com. Hangartner *in* PJA 2005 343, cons. 2.3.1 ; TF, 21 mars 1997, 2P.270/1996, SJ 1997 421, cons. 2c ; Basile Cardinaux, *in* Bernhard Waldmann/Eva Belser/Astrid Epinay (édit.), *Bundesverfassung*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, « Basler Kommentar », 2015, N 31 *ad* art. 110 Cst.

⁶⁷¹ TF, 28 mars 2007, 1P.541/2006, ATF 133 I 110, PJA 2007 1583, Pra 2007 123 829, SJ 2008 I 13, RDAF 2008 I 405, com. Hangartner *in* PJA 2007 1584, com. Moeckli *in* ZBl 115 2014 586, cons. 4.

réglementaires concernées et la constatation de l'inconstitutionnalité de la législation cantonale sur laquelle elles se fondent⁶⁷².

- 276 Quant à une initiative visant à l'instauration d'un *salaire minimum cantonal*, elle n'est pas d'emblée manifestement contraire au droit fédéral supérieur⁶⁷³.

Chapitre 3 : Sources internationales

- 277 On distingue deux sortes de normes en droit international : les instruments d'harmonisation (qui visent à l'instauration d'un certain régime au sein de différents États) et les instruments de coordination (qui visent à égaliser les régimes juridiques applicables aux nationaux et aux étrangers et à régler les situations transfrontalières)⁶⁷⁴. La primauté du droit international est reconnue dans l'ordre juridique suisse (art. 5, al. 4 Cst.).

- 278 Le droit international du travail⁶⁷⁵ se sépare, du point de vue suisse, en un droit à prétention universelle et un droit d'importance régionale européenne⁶⁷⁶.

Au niveau du droit à prétention universelle se trouvent le droit de l'*Organisation des Nations unies* (ONU) (**Section 1**) – auquel appartient le droit de l'*Organisation internationale du Travail* (OIT) (**Section 2**) –, le droit de l'*Organisation mondiale du commerce* (OMC) (**Section 3**) et le droit de l'*Organisation de coopération et de développements économiques* (OCDE) (**Section 4**).

Au niveau du droit d'importance régionale européenne se trouvent le droit du *Conseil de l'Europe* (**Section 5**) et le droit de l'*Union européenne* (**Section 6**).

Enfin, la Suisse a conclu des *accords internationaux* avec certains pays en particulier (**Section 7**).

⁶⁷² TF, 23 juillet 2004, 2P.253/2003, ATF 130 I 279, RDAF 2005 I 466, PJA 2005 343, JT 2006 I 212, com. Hangartner in PJA 2005 343, cons. 2.3 et 2.5.

⁶⁷³ TF, 8 avril 2010, 1C.357/2009, cons. 3.

⁶⁷⁴ Cf. Pierre-Yves Greber, « L'assurance-chômage en Suisse : du droit international et européen applicable au champ d'application personnel », CGSS, n° 41-2008, pp. 123-150, spéc. p. 125.

⁶⁷⁵ Pour davantage de détails, cf. Kurt Pärli et alii, *Arbeitsrecht im internationalen Kontext*, Zurich/Saint Gall, Dike Verlag, 2017.

⁶⁷⁶ Nous sommes tributaires, pour ces distinctions, de la liste répertoriée par Achim Seifert, dans son *Code de droit social européen et international*, Bruxelles, Larcier, 2013.

Section 1 : L'Organisation des Nations unies

Le droit de l'ONU pertinent en matière sociale compte notamment :

279

- la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945, laquelle prévoit notamment la création de l'OIT ;

- la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, laquelle prévoit notamment l'interdiction de certaines discriminations (art. 2 et 7) et l'interdiction de l'esclavage (art. 4), tout en proclamant la liberté de pensée (art. 18), la liberté d'expression (art. 19), la liberté de réunion et d'association (art. 20), le droit à la sécurité sociale (art. 22), le droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage (art. 23, al. 1), à un salaire égal pour un travail égal, sans discrimination aucune (art. 23, al. 2), à une rémunération équitable et satisfaisante, assurant au travailleur et à sa famille une existence conforme à la dignité humaine (art. 23, al. 3), le droit de se syndiquer (art. 23, al. 4), le droit au repos (art. 24) ;

- le Pacte relatif aux droits civils et politiques et le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 19 décembre 1966, lequel précise le sens du droit au travail (art. 6), du droit à des conditions de travail justes et favorables (art. 7) et du droit de se syndiquer (art. 8)⁶⁷⁷ ;

- la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965, laquelle garantit le droit à l'égalité, dans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, dans la jouissance des droits au travail, au libre choix de son travail, à des conditions de travail équitables et satisfaisantes, à la protection contre le chômage, à un salaire égal pour un travail égal, à une rémunération équitable et satisfaisante, ainsi qu'aux droits syndicaux (art. 5, e)⁶⁷⁸ ;

- la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 ;

- la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ;

- la Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille du 18 décembre 1990, non ratifiée par la Suisse ;

- la Convention contre la corruption du 31 octobre 2003 ;

- la Convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006.

S'y ajoutent deux instruments à destination plus particulièrement des entreprises :

280

- le Pacte mondial de 2000, lequel invite les entreprises à reconnaître le droit de

⁶⁷⁷ Pour son application, cf. *supra* n° 144.

⁶⁷⁸ Pour son application, cf. *infra* n° 342 et s.

négociation collective, à éliminer toute forme de travail forcé, à abolir le travail des enfants, à éliminer la discrimination en matière d'emploi et de profession ;

- les normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises du 13 août 2003, lesquelles prévoient certains droits pour les travailleurs.

Section 2 : L'Organisation Internationale du Travail

§ 1 : Philosophie, fonctionnement, normes

A. Philosophie

1) Constitution de l'OIT

281 L'Organisation internationale du Travail fut instituée par le Traité de Versailles en 1919, au moyen d'une Constitution ; la démarche qui a présidé à sa fondation s'inscrit dans la poursuite d'un idéal humaniste⁶⁷⁹.

L'OIT repose d'abord et avant tout sur l'idée selon laquelle « une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale » (al. 1 du préambule) et qu'« il existe des conditions de travail impliquant pour un grand nombre de personnes l'injustice, la misère et les privations » « ce qui engendre un tel mécontentement que la paix et l'harmonie universelles sont mises en danger » (al. 2 du préambule). Selon la formule d'Albert Thomas, « *si vis pacem cole justitiam* » (« si tu veux la paix, cultive la justice »).

L'idée d'interdépendance entre les nations du monde en matière de travail et de protection sociale est également présente, et manifestée par l'idée que « la non-adoption par une nation quelconque d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leurs propres pays » (al. 3 du préambule). Ce sont donc des sentiments de « justice et d'humanité », tout autant que « le désir d'assurer une paix mondiale durable » qui ont conduit les parties contractantes à instaurer une telle organisation (al. 4 du préambule).

282 En synthèse, c'est la paix (universelle et durable) qui est visée. Or, d'une part, on n'obtient pas la paix sans justice sociale et sans humanité (c'est-à-dire sans conditions de travail qui ne plongent pas les travailleurs dans la misère ou les privations, qui soient ressenties ou considérées comme justes, qui n'engendrent pas de mécontentement) ; d'autre part, on n'obtient pas la justice sociale sans une

⁶⁷⁹ Hector G. Bartolomei de la Cruz/Alain Euzéby, *L'Organisation internationale du travail*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. « Que sais-je ? », 1997, p. 3.

harmonisation internationale (un État craint d'octroyer des avantages à ses travailleurs par peur de renchérir le coût de sa main d'œuvre).

Depuis sa Constitution, l'OIT a commis trois grands énoncés de principe, qui ont précisé la façon dont elle comptait orienter son action :

283

1° en 1944 : la Déclaration de Philadelphie ;

2° en 1998 : la Déclaration sur les principes et droits fondamentaux au travail ;

3° en 2008 : la Déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable.

2) Déclaration de Philadelphie

La Déclaration de Philadelphie redéfinit les objectifs de l'OIT en les élargissant à des domaines qui vont bien au-delà des seules conditions de travail : ce faisant, elle préfigure la Déclaration universelle des droits de l'Homme, qui sera adoptée quatre ans plus tard⁶⁸⁰. Ainsi, cette Déclaration étend les missions de l'OIT aux domaines des droits de l'homme (dignité, liberté d'expression et d'association, lutte contre le besoin) et de l'activité économique et financière (plein emploi, élévation du niveau de vie, principe de primauté des considérations humaines et sociales sur les considérations économiques)⁶⁸¹.

284

Surtout, la Déclaration de Philadelphie pose un certain nombre de principes absolument fondamentaux : le travail n'est pas une marchandise ; la liberté d'expression et d'association est une condition indispensable d'un progrès soutenu ; la pauvreté constitue un danger pour la prospérité de tous ; la lutte contre le besoin doit être menée avec une inlassable énergie au sein de chaque nation et par un effort international continu et concerté dans lequel les représentants des travailleurs et des employeurs, coopérant sur un pied d'égalité avec ceux des gouvernements, participent à de libres discussions et à des décisions de caractère démocratique en vue de promouvoir le bien commun. Tous les êtres humains, quels que soient leur race, leur croyance ou leur sexe, ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales.

285

Est ainsi clairement manifestée une subordination de l'économique et du financier à la poursuite du progrès matériel et du développement spirituel dans la liberté, l'égalité, la sécurité et la dignité.

286

3) Déclaration sur les principes et les droits fondamentaux au travail

En 1998, la Déclaration sur les principes et les droits fondamentaux au travail a défini un socle de normes fondamentales du travail. Il s'agit d'un ensemble de huit conventions que, du seul fait de son appartenance à l'OIT, chaque Membre doit

287

⁶⁸⁰ Hector G. Bartolomei de la Cruz/Alain Euzéby, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁸¹ Hector G. Bartolomei de la Cruz/Alain Euzéby, *op. cit.*, pp. 16-17.

respecter, promouvoir et réaliser :

- liberté syndicale et reconnaissance effective du droit de négociation collective (C87 et C98),
- élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire (C29 et C105),
- abolition effective du travail des enfants (C138 et C182),
- élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession (C100 et C111).

4) Déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable

288 La Déclaration de 2008 institutionnalise le concept de travail décent. Après avoir indiqué quel était le contexte actuel de la mondialisation (diffusion des nouvelles technologies, circulation des idées, échange de biens et de services, accroissement des mouvements de capitaux et des flux financiers, internationalisation du monde des affaires et de ses processus, du dialogue ainsi que de la circulation des personnes, notamment des travailleuses et des travailleurs), elle présente un certain nombre de défis (inégalité de revenus, persistance de niveaux de chômage et de pauvreté élevés, vulnérabilité des économies aux chocs extérieurs, augmentation du travail précaire et de l'économie informelle). Elle réprecise les buts, objectifs et principes de l'OIT : plein emploi, élévation du niveau de vie, salaire minimum vital, extension des mesures de sécurité sociale en vue d'assurer un revenu de base à tous ceux qui en ont besoin. Elle ancre aussi les valeurs essentielles que l'OIT entend faire exister : liberté, dignité de la personne, justice sociale, sécurité, non-discrimination, dialogue social, tripartisme.

289 Par cette déclaration, l'OIT essaie également de s'insérer dans la logique de l'OMC en ce sens qu'elle considère que « la violation des principes et droits fondamentaux au travail ne saurait être invoquée ni utilisée en tant qu'avantage comparatif légitime » et « les normes du travail ne sauraient servir à des fins commerciales protectionnistes »⁶⁸².

B. Fonctionnement

290 Tout membre des Nations unies peut devenir membre de l'OIT, à condition de communiquer son acceptation formelle des obligations découlant de la Constitution de l'OIT (art. 1, al. 3 Cst. OIT).

L'OIT se compose d'une Conférence générale des représentants des Membres, d'un Conseil d'administration et d'un Bureau international du Travail (art. 2 Cst. OIT).

⁶⁸² Déclaration de l'OIT sur la justice pour une mondialisation équitable, 2008, p. 11.

L'OIT est caractérisée par son **tripartisme**⁶⁸³. À la différence des autres organisations internationales, elle comprend non seulement des représentants des gouvernements, mais aussi des représentants des travailleurs et des employeurs⁶⁸⁴.

291

Chacun des Membres s'engage à présenter au Bureau international du Travail (BIT) un rapport annuel sur les mesures prises par lui pour mettre à exécution les conventions auxquelles il a adhéré (art. 22 Cst. OIT).

Une organisation professionnelle de travailleurs ou d'employeurs peut adresser une réclamation au BIT si un Membre n'a pas assuré d'une manière satisfaisante l'exécution d'une convention à laquelle ledit Membre a adhéré : le gouvernement pourra être invité par le Conseil d'administration à faire sur la matière telle déclaration qu'il jugera convenable (art. 24 Cst. OIT). La réclamation reçue sera rendue publique si le gouvernement ne donne pas de réponse ou donne une réponse insatisfaisante aux yeux du Conseil d'administration (dans ce cas, la réponse est également rendue publique) (art. 25 Cst. OIT).

292

Un Membre peut déposer plainte contre un autre Membre (art. 26 Cst. OIT). Après examen approfondi, une commission d'enquête établit des recommandations quant aux mesures à prendre pour donner satisfaction au gouvernement plaignant (art. 27-28 Cst. OIT), recommandations que le gouvernement intéressé peut accepter ou, s'il les refuse, soumettre le différend à la Cour internationale de justice (art. 29 Cst. OIT), laquelle pourra les confirmer, les amender ou les annuler (art. 32 Cst. OIT).

Est également institué un Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail, compétent pour connaître des litiges concernant le personnel de cette organisation⁶⁸⁵.

C. Normes

L'OIT émet des normes juridiques sous forme de conventions internationales ou de recommandations (art. 19, al. 1 Cst. OIT). L'OIT a élaboré 189 conventions internationales du travail et 201 recommandations. Les conventions sont des traités internationaux qui fixent des standards minimaux. Les recommandations sont également des traités internationaux qui fixent des standards minimaux. Contrairement aux conventions, elles n'ont pas vocation à être ratifiée par les Membres. Elles servent à préciser le contenu d'une convention ou à orienter l'action des gouvernements⁶⁸⁶.

293

⁶⁸³ Hector G. Bartolomei de la Cruz/Alain Euzéby, *L'Organisation internationale du travail*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. « Que sais-je ? », 1997, p. 28.

⁶⁸⁴ *Ibidem*.

⁶⁸⁵ Cf. Statut du Tribunal administratif de l'OIT du 9 octobre 1946. Pour une description pratique, cf. Suzanne Pasquier, « Pas de recours contre les décisions du Tribunal de l'OIT », *Plaidoyer* 2016, n° 6.

⁶⁸⁶ Cf. Feuille d'information du 1^{er} septembre 2014 du SECO « Le système de contrôle des normes internationales du travail », disponible sur < admin.ch >.

Une fois la convention adoptée, elle est communiquée à tous les Membres en vue de sa ratification par ceux-ci ; chacun des Membres s'engage à soumettre dans le délai d'un an à partir de la clôture de la session de la Conférence, en principe, la convention à l'autorité dans la compétence de laquelle rentre la matière, en vue de la transformer en loi ou de prendre des mesures (art. 19, al. 5 Cst. OIT).

294 Le corpus normatif de l'OIT se compose de règles portant sur

1° les droits fondamentaux de l'homme :

a. liberté syndicale (C87, C98, C135, C141, C151, C154),

b. liberté de travail (C29, C105),

c. égalité de chances et de traitement (C100, C111, C156) ;

2° l'emploi (C122) ;

3° les conditions de travail :

a. salaires (C131, C95, C173),

b. conditions générales de travail : durée du travail (C47, R116), temps partiel (C175), travail à domicile (C177, R184), travail de nuit (C171, C4, C41, C89, C6, C79, C90), repos hebdomadaire (C14, C106), congés payés (C132, C140), sécurité de l'emploi (C158 : interdit le licenciement injustifié),

c. sécurité et hygiène au travail (C155, C161), y compris protection contre des risques particuliers (C13, C115, C136, C139, C162, R172, C170, C119, C127, C148, C119, R118) ou dans des branches d'activité particulières (C120, C167, C27, C152) ;

4° la sécurité sociale ;

5° d'autres domaines : tripartisme (C144), mineurs (C138, C6, C90, C79, C77 C78, C124), inspection et administration du travail (C81, C129, C150), travailleurs migrants (C97, C143), les marins et les peuples indigènes et tribaux (C107, C169).

§ 2 : La Suisse et l'OIT

A. Normes ratifiées par la Suisse

295 La Suisse est membre de l'OIT depuis le début. Elle a ratifié une soixantaine de conventions dont quarante-sept étaient en vigueur en septembre 2017. La Suisse a notamment ratifié les huit conventions fondamentales sur l'abolition effective du travail des enfants, l'élimination de la discrimination dans l'emploi et la profession, l'élimination du travail forcé, la liberté d'association et le droit à la négociation collective.

Dans le détail, les conventions suivantes ont été ratifiées par la Suisse et sont aujourd'hui en vigueur :

- n° 2 : chômage
- n° 6 : travail de nuit des enfants dans l'industrie
- n° 11 : droits d'association et de coalition des travailleurs agricoles
- n° 14 : application du repos hebdomadaire dans les établissements industriels
- n° 18 : réparation des maladies professionnelles
- n° 19 : réparation des accidents du travail
- n° 26 : institution de méthodes de fixation des salaires minima
- n° 27 : indication du poids sur les gros colis transportés par bateau
- n° 29 : travail forcé ou obligatoire
- n° 44 : indemnités ou allocations aux chômeurs involontaires
- n° 45 : emploi des femmes aux travaux souterrains dans les mines
- n° 62 : sécurité dans l'industrie du bâtiment
- n° 80 : révision partielle des conventions adoptées par la Conférence générale de l'OIT
- n° 81 : inspection du travail dans l'industrie et le commerce
- n° 87 : liberté syndicale et protection du droit syndical
- n° 88 : organisation du service de placement
- n° 98 : application des principes du droit d'organisation et de négociation collective
- n° 100 : égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale
- n° 102 : norme minimum de sécurité sociale
- n° 105 : abolition du travail forcé
- n° 111 : discrimination en matière d'emploi et de profession (avec recommandation)
- n° 115 : protection des travailleurs contre les radiations ionisantes
- n° 116 : révisions partielles des conventions adoptées par la Conférence générale de l'OIT
- n° 119 : protection des machines
- n° 120 : hygiène dans le commerce et les bureaux (avec recommandation)
- n° 122 : politique de l'emploi

- n° 128 : prestation d'invalidité, de vieillesse et survivants
- n° 132 : congés payés annuels
- n° 136 : risques d'intoxication dus au benzène
- n° 138 : âge minimum d'admission à l'emploi
- n° 139 : risques causés par les substances et agents cancérogènes
- n° 141 : organisations de travailleurs ruraux
- n° 142 : rôle de l'orientation et de la formation professionnelle dans la mise en valeur des ressources humaines
- n° 144 : consultations tripartites destinées à promouvoir la mise en œuvre des normes internationales du travail
- n° 150 : administration du travail
- n° 151 : protection du droit d'organisation et procédures de détermination des conditions d'emploi dans la fonction publique
- n° 153 : durée du travail et périodes de repos dans les transports routiers
- n° 154 : promotion de la négociation collective
- n° 159 : réadaptation professionnelle et emploi des personnes handicapées
- n° 160 : statistiques du travail
- n° 162 : sécurité dans l'utilisation de l'amiante
- n° 168 : promotion de l'emploi et protection contre le chômage
- n° 172 : conditions de travail dans les hôtels, restaurants et établissements similaires
- n° 173 : protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur
- n° 182 : interdiction des pires formes de travail des enfants
- n° 183 : protection de la maternité
- n° 189 : travail décent des travailleuses et travailleurs domestiques.

296

Même ratifiées par la Suisse, les conventions de l'Organisation internationale du travail ne sont cependant généralement considérées par le Tribunal fédéral comme non directement applicables et ne peuvent que difficilement être invoquées directement par

les particuliers⁶⁸⁷. Les conventions de l'OIT sont souvent dites « promotionnelles », en ce sens qu'elles visent à inciter les gouvernements à mener une politique durable et systématique⁶⁸⁸. Ainsi, le Tribunal fédéral a pu juger que l'application du principe d'égalité salariale entre hommes et femmes consacré dans une convention de l'OIT requerrait la mise en œuvre préalable de lois ou d'arrêtés d'exécution⁶⁸⁹.

B. Stratégie de la Suisse à l'OIT

Le SECO a adopté une stratégie d'engagement à l'OIT et publié en janvier 2013 une brochure « Pour la justice sociale : L'engagement suisse à l'Organisation internationale du Travail »⁶⁹⁰. La stratégie est fondée sur trois axes prioritaires : œuvrer pour une OIT renforcée, promouvoir la solidarité nationale par les normes de l'OIT, promouvoir le travail décent dans le monde.

297

Le SECO examine notamment la politique de ratification de la Suisse et fait des propositions de ratification. Il examine l'impact et le suivi des normes fondamentales. Malgré un blocage politique tant à l'OIT qu'à l'OMC, la Suisse participe à promouvoir et à demander le statut d'observateur de l'OIT à l'OMC. La Suisse encourage l'OIT à collaborer avec les organisations de Bretton Woods, notamment avec la Banque mondiale.

Le SECO fait régulièrement rapport sur l'application de l'ensemble des conventions ratifiées par la Suisse ainsi que sur celles qui n'ont pas été ratifiées.

C. Plaintes déposées contre la Suisse

La Suisse n'a pas fait l'objet de réclamations, ni de plaintes sur le fondement de l'article 26 de la Constitution de l'OIT⁶⁹¹.

298

Deux plaintes, dont la procédure est encore en cours, ont été déposées contre la Suisse devant le Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration de l'OIT⁶⁹² :

1° Plainte de l'Union syndicale suisse en 2003 (cas n° 2265) : cette plainte dénonce la violation de la convention n° 98 (droit d'organisation et de négociation collective) en raison d'une protection insuffisante, en droit et en pratique, des délégués et des

⁶⁸⁷ TF, 13 septembre 2005, 4C.422/2004, cons. 3.3, non publié in ATF 132 III 122 ; TF, 24 septembre 2012, 6B_758/2011, cons. 1.3.3.

⁶⁸⁸ Nicolas Valticos, « L'attitude de la Suisse à l'égard des conventions internationales du travail », RDS 1981 I 141. Sur l'implication de la convention n° 100 de l'OIT sur le droit suisse, Reis, *Die Lohndifferenzen zwischen Männern und Frauen in der Schweiz*, Berne/Francfort/New York/Paris, Peter Lang, 1988, pp. 11 et s. Cf. également : Josef Montanari, *Gesetzliche Lohnregelungen*, Buchdruckerei Heller, Muri AG, 1987, pp. 62 et s.

⁶⁸⁹ TF, 12 octobre 1977, SJ 1978 449, cons. 4f.

⁶⁹⁰ Disponible sur < admin.ch >.

⁶⁹¹ < ilo.org >.

⁶⁹² Cf. Feuille d'information : « Les plaintes syndicales contre la Suisse à l'OIT », disponible sur < admin.ch >.

représentants syndicaux en Suisse (la sanction prévue par le droit privé suisse en cas de licenciements abusifs pour motif antisyndical ne serait pas dissuasive) ; elle demande que soit introduit dans le code des obligations le principe de la réintégration du travailleur licencié : « En matière de licenciement antisyndical dans le secteur privé, la législation suisse n'est pas conforme aux normes internationales du travail, et notamment à la convention n° 98 ratifiée par la Suisse, en ce qu'elle ne prévoit pas de réintégration des délégués ou représentants syndicaux et donne seulement lieu au paiement d'une indemnité dérisoire, dépourvue de tout caractère dissuasif, de l'ordre de trois mois de salaire et ne pouvant en tout cas pas dépasser six mois de salaire. »⁶⁹³

Le Conseil fédéral a notamment répondu, dans un rapport du 16 juin 2006⁶⁹⁴, que le droit suisse « établit un juste équilibre entre sanction et flexibilité du marché du travail ».

L'OIT a adressé le 15 novembre 2006 la recommandation que la Suisse prenne des mesures pour prévoir le même type de protection pour les représentants syndicaux victimes de licenciements antisyndicaux que pour les travailleurs victimes de licenciements violant le principe d'égalité de traitement entre femmes et hommes, y compris la possibilité d'une réintégration⁶⁹⁵.

2° Plainte du Syndicat des services publics en 2013 : cette plainte se fonde sur une affaire ayant eu lieu dans un hôpital neuchâtelois, où vingt-deux travailleurs s'étaient mis en grève après la dénonciation de la convention collective de travail alors en vigueur. Ces vingt-deux travailleurs avaient été licenciés avec effet immédiat. La plainte a dénoncé la protection insuffisante contre le licenciement abusif de grévistes, le droit du travail suisse n'accordant qu'une indemnité de six mois de salaire au maximum et ne prévoyant pas la réintégration du travailleur licencié⁶⁹⁶.

299 Trois autres plaintes avaient été déposées contre la Suisse, et sont aujourd'hui closes :

1° Plainte de l'Union internationale des syndicats des travailleurs des postes, télégraphes, téléphones et de la radio, déposée le 31 décembre 1953, cas n° 78. Le Comité avait considéré : « Après avoir noté que, compte tenu des caractéristiques particulières du statut des fonctionnaires fédéraux, les intéressés n'ont pas été l'objet d'une véritable mesure de licenciement, que l'Administration a simplement décidé, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas procéder au renouvellement de leurs contrats lorsque ceux-ci étaient arrivés à l'expiration et qu'ils ont bénéficié du droit de recourir contre cette décision et d'être entendus au cours de la procédure, estime, tout en réaffirmant l'importance qu'il attache au principe selon lequel un travailleur ne devrait jamais subir un préjudice quelconque en raison d'activités syndicales licites, que le plaignant n'a pas apporté la preuve que le gouvernement ait dans l'espèce porté atteinte aux droits syndicaux ; pour cette raison, il recommande au

⁶⁹³ < ilo.org >.

⁶⁹⁴ Disponible sur < admin.ch >.

⁶⁹⁵ Rapport intérimaire, n° 343, novembre 2006, disponible sur < ilo.org >.

⁶⁹⁶ Cf. < admin.ch >.

Conseil d'administration de décider que le cas n'appelle pas un examen plus approfondi. »⁶⁹⁷.

2° Plainte de la Fédération des syndicats chrétiens (Genève), déposée le 8 novembre 1955, cas n° 130, en matière de droits syndicaux (des travailleurs auraient été contraints de changer de syndicat pour conserver leur emploi) : la plainte avait finalement été retirée, les plaignants ayant obtenu satisfaction⁶⁹⁸.

3° Plainte du Syndicat autonome des postiers (SAP), déposée le 11 octobre 2014, cas n° 3109 : « L'organisation plaignante dénonce son exclusion de la négociation d'une convention collective avec l'entreprise La Poste. Elle allègue par ailleurs des actes de discrimination et d'intimidation à l'encontre de son Président et de ses membres. »⁶⁹⁹ Selon les termes du rapport définitif, « la mission a observé que la pratique de la négociation collective en Suisse se fait sans critère quantitatif préétabli en ce qui concerne la représentativité syndicale. Elle a toutefois relevé que la jurisprudence, notamment du Tribunal fédéral, a développé des critères entourant la reconnaissance d'un syndicat comme partenaire social afin de participer à la négociation collective, de conclure une CCT ou d'y adhérer. Ces critères portent sur des conditions de représentativité et de loyauté du syndicat qui sont concrétisées dans chaque cas particulier selon le pouvoir d'appréciation du tribunal. La finalité est de promouvoir une négociation collective efficace. La mission a observé que cette approche pragmatique est reconnue et appréciée par l'ensemble des personnes rencontrées, à l'exception du SAP »⁷⁰⁰. La procédure a été close.

D. OIT et marchés publics

Lorsqu'une prestation soumise à un marché public est exécutée à l'étranger, le soumissionnaire doit respecter au moins les conventions fondamentales de l'OIT (art. 7, al. 2 OMP), à savoir les conventions n° 29 (travail forcé), 87 (liberté syndicale), 98 (négociation collective), 100 (égalité de rémunération entre hommes et femmes), 105 (travail forcé), 111 (discrimination), 138 (âge minimum) et 182 (travail des enfants) (annexe 2 OMP).

300

Section 3 : L'Organisation mondiale du commerce

Dans l'Accord général du 30 octobre 1947 sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), il est précisé (art. XX) que « sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction

301

⁶⁹⁷ Rapport définitif, n° 12, 1954, disponible sur < ilo.org >.

⁶⁹⁸ Rapport définitif, n° 34, 1960, disponible sur < ilo.org >.

⁶⁹⁹ Cf. < ilo.org >.

⁷⁰⁰ Rapport définitif, n° 380, octobre 2016, § 951, disponible sur < ilo.org >.

déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante de mesures a) nécessaires à la moralité publique ; b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux [...] ; e) se rapportant aux articles fabriqués dans les prisons. »

302 Cet article, qui porte l'intitulé « exceptions générales », est particulièrement intéressant en ce qu'il montre que l'objectif premier de la réglementation est l'expansion du commerce international et la concurrence entre pays comparables. Les exceptions admises paraissent toutefois ne tenir que peu de compte des conditions de travail. Hormis le travail des prisonniers, la question du travail est tout simplement occultée. Les notions de « moralité publique » et de « protection de la santé et de la vie » devraient dès lors être interprétées dans un sens large, de telle manière à englober les conditions de travail, y compris celles des travailleurs ayant contribué à la confection des produits importés.

Section 4 : L'Organisation de coopération et de développement économiques

303 Au niveau de l'Organisation de coopération et de développement économiques, sont à noter les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales du 1^{er} janvier 2008, lesquels encouragent les entreprises multinationales à contribuer aux progrès économiques, sociaux et environnementaux, à respecter les droits de l'homme des personnes affectées par leurs activités, à encourager la formation de capital humain, en particulier en créant des possibilités d'emploi et en facilitant la formation des salariés, à s'abstenir de rechercher ou d'accepter des exemptions non prévues dans le dispositif législatif ou réglementaire concernant la santé, la sécurité, le travail, à faire en sorte que les salariés soient bien au fait des politiques de l'entreprise et s'y conforment, à s'abstenir d'engager des actions discriminatoires ou disciplinaires à l'encontre de salariés qui auraient fait des rapports de bonne foi à la direction ou, le cas échéant, aux autorités publiques compétentes, concernant des pratiques contraires à la loi, aux principes ou aux politiques de l'entreprise, à respecter le droit syndical, à contribuer à l'abolition effective du travail des enfants et à l'élimination de toute forme de travail forcé, à ne pas pratiquer de discrimination envers les salariés pour des motifs tels que la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale.

Section 5 : Le Conseil de l'Europe

304 Le Conseil de l'Europe a adopté le 4 novembre 1950 une Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui interdit l'esclavage et le travail forcé (art. 4), protège la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9), la liberté d'expression (art. 10), la liberté de réunion et d'association, y compris la liberté syndicale (art. 11), et proclame l'interdiction des discriminations (art. 14).

En outre, le Conseil de l'Europe a produit successivement deux Chartes sociales européennes, la première en 1961, la seconde, dite « Charte sociale européenne révisée », en 1996. La Suisse a signé – mais jamais ratifié – la première Charte. Elle est le seul État membre du Conseil de l'Europe avec le Lichtenstein, Monaco et Saint-Marin à ne pas avoir signé la Charte sociale européenne révisée.

La Charte sociale européenne révisée consacre un certain nombre de principes, parmi lesquels le droit au travail, le droit à des conditions de travail équitables, le droit à la sécurité et à l'hygiène dans le travail, le droit à une rémunération équitable assurant au travailleur et à sa famille un niveau de vie satisfaisant, le droit pour les travailleurs de s'associer librement au sein d'organisations nationales ou internationales pour la protection de leurs intérêts économiques et sociaux, le droit de négocier collectivement, le droit à une protection spéciale pour les enfants, les adolescents, les femmes en maternité, le droit à des moyens appropriés de formation professionnelle, le droit à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, sans discrimination fondée sur le sexe, le droit à l'information et à la consultation au sein de l'entreprise, le droit de prendre part à la détermination et à l'amélioration des conditions de travail et du milieu du travail dans l'entreprise, le droit à une protection en cas de licenciement, le droit à la protection de leurs créances en cas d'insolvabilité de leur employeur, le droit à la dignité dans le travail, etc.

305

Section 6 : L'Union européenne

Les droits fondamentaux de l'Union européenne sont d'une importance parfois capitale en Suisse⁷⁰¹, notamment dans le cadre des accords bilatéraux existant entre ces deux entités, dont l'Accord sur la libre circulation des personnes⁷⁰². De plus, dès lors que le droit suisse a repris, de manière autonome, une partie de la législation communautaire (par exemple en matière de travailleurs détachés, de licenciements collectifs ou de transfert d'entreprise), les juges helvétiques n'hésitent pas à s'inspirer des solutions consacrées par la Cour de justice de l'Union européenne⁷⁰³.

306

L'Union européenne, dont les principes fondamentaux sont fixés par le traité du 7 février 1992, connaît une Charte des droits fondamentaux du 12 décembre 2007 ainsi qu'une Charte des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 9 décembre 1989. Elle encourage le dialogue social (Décision 98/500/CE et Décision 2003/174/CE), la libre circulation des travailleurs (Directive 2004/38/CE), la libre prestation de services, notamment le détachement de travailleurs (Directive 96/71/CE) ; elle oblige l'employeur à informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail (Directive 91/533/CE) ; elle met en œuvre l'égalité de traitement

307

⁷⁰¹ Matthias Oesch/Tobias Naef, « EU-Grundrechte, der EuGH und die Schweiz », RDS 2017 I 117-144.

⁷⁰² Cf. *infra* n° 1671.

⁷⁰³ Exemples : TF, 2 décembre 2010, 4A_449/2010, ATF 137 III 27, JT 2011 II 210, SJ 2011 I 151, Pra 2011 62 444, com. Wyler *in* JT 2011 II 212, com. Koller *in* RJB 2013 717, cons. 3.2 ; TF, 11 août 2014, 2C_58/2013, ATF 140 II 447, Pra 2015 43 340, RDAF 2015 I 417, cons. 4.4 et 4.5.

entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (Directive 2006/54/CE) et même dans d'autres domaines (Directive 2000/43/CE, Directive 2000/78/CE et Résolution 2003/C 175/01), la sécurité et la santé au travail (Directive 89/391/CEE), notamment des femmes (Directive 92/85/CEE), des jeunes (Directive 94/33/CE) ; elle lutte contre le stress au travail (Accord-Cadre du 27 mai 2004) et contre le harcèlement et la violence au travail (Accord-cadre du 26 avril 2007) ; elle régit l'aménagement du temps de travail (Directive 2003/88/CE), la protection des données à caractère personnel (Directive 95/46/CE), le travail à temps partiel (Directive 97/81/CE), le travail à durée déterminée (Directive 1999/70/CE), le travail intérimaire (Directive 2008/104/CE), les licenciements collectifs (Directive 98/59/CE), le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise (Directive 2001/23/CE), la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur (Directive 2008/94/CE) ; elle recommande la participation des travailleurs salariés aux bénéfices et aux résultats de l'entreprise (Recommandation 92/443/CEE) ; elle établit un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs (Directive 2002/14/CE) ; elle coordonne les systèmes de sécurité sociale (Règlement 883/2004, Règlement 987/2009) et cherche à les harmoniser (Directive 79/7/CEE, Directive 98/49/CE), etc.

Section 7 : Autres accords internationaux

308 La Suisse a également ratifié :

- la Convention internationale sur l'interdiction de l'emploi du phosphore blanc (jaune) dans l'industrie des allumettes, entrée en vigueur pour elle le 1^{er} janvier 1912, par laquelle les États contractants s'engagent à interdire sur leur territoire la fabrication, l'introduction et la mise en vente des allumettes contenant du phosphore blanc (jaune) (art. 1^{er}) ;
- l'Accord européen du 1^{er} juillet 1970 relatif au travail des équipages des véhicules effectuant des transports internationaux par route ;
- les Conditions de travail des bateliers rhénans ;
- la Convention du travail maritime ;
- l'Accord du 6 juillet 2013 sur la coopération en matière de travail et d'emploi entre la Suisse et la Chine ;
- l'Accord sur les standards de travail à Hong Kong ;
- un Arrangement par échange de notes des 23 février et 5 mars 1999 avec l'Allemagne sur une réglementation libéralisée applicable au personnel de stands d'expositions et de montage.

Titre 3 : Institutions

Le droit du travail vit, en tout ou partie et différemment selon l'organisation cantonale, au sein d'institutions qui lui sont propres, telles que le *service public de l'emploi* (Chapitre 1), les *offices du travail* (Chapitre 2) et les *juridictions du travail* (Chapitre 3).

309

Chapitre 1 : Le service public de l'emploi

La Confédération peut légiférer sur le service de placement (art. 110 Cst.). Elle l'a fait notamment à travers la loi sur le service de l'emploi, qui prescrit aux cantons d'enregistrer les demandeurs d'emploi et les places vacantes (art. 24 LSE). Le service est public en ce qu'il s'adresse en toute impartialité aux demandeurs d'emploi suisses et aux employeurs domiciliés en Suisse, ainsi qu'à certains étrangers (art. 26 LSE), et qu'il est gratuit (art. 27 LSE). Des mesures spéciales de lutte contre le chômage peuvent être prises (art. 28 LSE). Les employeurs doivent apporter leur concours à ce service public en annonçant à l'office du travail compétent tout licenciement d'un nombre important de travailleurs ainsi que toute fermeture d'entreprise (art. 29 LSE)⁷⁰⁴.

310

Les cantons possèdent généralement une loi cantonale sur le service de l'emploi⁷⁰⁵.

Chapitre 2 : Les offices du travail

Les cantons doivent désigner des autorités chargées de l'exécution de la loi fédérale sur le travail (art. 41 LTr), sous la surveillance de la Confédération, soit pour elle le SECO, voire le Conseil fédéral ou le Département fédéral de l'économie (art. 42 LTr). Il existe également des inspections fédérales du travail et un service médical du travail, ainsi que d'autres inspections spécialisées (art. 42, al. 4 LTr).

311

Une commission fédérale du travail, composée de représentants des cantons, d'hommes de science et de représentants, en nombre égal, des associations d'employeurs et de travailleurs, ainsi que de représentants d'autres organisations, donne son avis aux autorités fédérales sur les questions de législation du travail et fait des suggestions (art. 43 LTr).

312

⁷⁰⁴ Cf. *infra* n° 644.

⁷⁰⁵ Exemple dans le canton de Genève : RS/GE J 2 05.

- 313 Les autorités d'exécution et de surveillance sont dotées de pouvoirs importants puisqu'elles peuvent demander aux employeurs, aux travailleurs et aux personnes chargées de tâches prévues par la loi sur le travail de donner tous les renseignements nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches (art. 45, al. 1 LTr). L'employeur doit tenir à leur disposition les registres ou autres pièces contenant les informations nécessaires à l'exécution de la loi sur le travail et de ses ordonnances (art. 46 LTr). En outre, l'employeur est tenu de permettre aux organes d'exécution et de surveillance de pénétrer dans l'entreprise, d'y faire des enquêtes et d'emporter des objets et des matériaux à des fins d'examen (art. 45, al. 2 LTr).
- 314 Les cantons organisent leur système propre d'inspection du travail⁷⁰⁶. Des sanctions peuvent être prévues à l'encontre des employeurs récalcitrants. Par exemple, à Genève, lorsqu'une entreprise ne respecte pas les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage, l'Office cantonal peut prononcer une décision de refus de délivrance de l'attestation relative à l'engagement du respect des usages pour une durée de trois mois à cinq ans, une amende administrative de 60'000 francs au plus et l'exclusion de tous marchés publics pour une période de cinq ans au plus (art. 45 al. 1 LIRT/GE). Ces sanctions sont qualifiées de sanctions administratives⁷⁰⁷. De la même manière, en l'absence de tenue d'un registre des horaires nécessaire pour la réalisation des contrôles (cf. art. 42 al. 3 RIRT/GE), les juges ont pu sanctionner un employeur lorsque ce dernier s'était engagé à mettre en place un véritable système d'enregistrement des heures de travail permettant le contrôle de l'Office cantonal ; ainsi, dans une affaire où, malgré un avertissement de l'Office cantonal indiquant expressément la nécessité que soit tenu un véritable registre des horaires (avec fixation d'un délai pour sa mise en place), l'employeur s'était contenté de verser à la procédure un planning comportant, heure par heure, des croix indiquant la présence de chaque employé, avec des modifications manuscrites, les juges ont considéré qu'un tel document ne permettait pas d'établir les horaires effectifs détaillés des employés, ce qui justifiait une sanction à l'encontre de l'employeur⁷⁰⁸.

Chapitre 3 : Les juridictions du travail

- 315 Le droit du travail s'inscrit dans le cadre d'une pluralité de contentieux. Sa sanction judiciaire peut être prononcée tant par des **juridictions civiles** (Section 1), que par des **juridictions administratives** (Section 2) ou **pénales** (Section 3).

⁷⁰⁶ Par exemple à Genève : loi sur l'inspection et les relations du travail (LIRT) : RS/GE J 1 05.

⁷⁰⁷ TF, 2 août 2016, 2C_901/2015.

⁷⁰⁸ *Ibidem*.

Section 1 : Les juridictions civiles

Les juridictions civiles connaissent, dans certains cantons, une juridiction spécialisée en matière de travail : les *prud'hommes* (§ 1). Dans ces cantons pour certaines matières et dans les autres cantons pour toutes les matières, d'autres *tribunaux civils* sont compétents (§ 2). L'édifice est complété par les *tribunaux d'appel* (§ 3) et, au sommet, le *Tribunal fédéral* (§ 4).

316

§ 1 : Les tribunaux de prud'hommes

Dans le canton de Genève par exemple, une loi institue le Tribunal des prud'hommes⁷⁰⁹. Les juges sont élus (art. 2 LTPH/GE) ; ils sont des laïcs (astreints tout de même à une certaine formation)⁷¹⁰. Le Tribunal est organisé en cinq groupes professionnels, en fonction des secteurs d'activité (art. 3 LTPH/GE).

317

La compétence est déterminée *ratione materiae*. Elle porte notamment sur les litiges découlant d'un contrat de travail, au sens du titre dixième du code des obligations, les litiges relatifs à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective de travail, à la demande des parties contractantes ou de l'une d'entre elles, les litiges entre les parties à une convention collective de travail et un employeur ou un travailleur, au sens de l'article 357b du code des obligations (exécution commune), les litiges qui lui sont soumis par une organisation professionnelle, lorsque celle-ci a la qualité pour agir selon le droit fédéral et que le litige concerne les rapports de travail, etc. (art. 1 LTPH/GE).

318

En matière de conflits collectifs est principalement compétente la Chambre des relations collectives de travail, qui siège à cinq juges (art. 3 LCRCT/GE)⁷¹¹.

L'existence d'une juridiction spéciale compétente *ratione materiae* conduit notamment à la problématique des faits dits « doublement pertinents », soit ceux qui sont pertinents tant pour déterminer la compétence de la juridiction que pour décider du sort du litige au fond⁷¹².

§ 2 : Les autres tribunaux civils de première instance

Lorsqu'un canton n'a pas institué de juridiction spéciale en matière prud'homale, les litiges en la matière sont en principe portés devant le juge de droit commun. Une distinction entre les juridictions peut être faite en fonction de la valeur litigieuse et du lieu où la demande est introduite (par exemple dans le canton de Vaud).

319

⁷⁰⁹ RS/GE E 3 10.

⁷¹⁰ Cf. Règlement sur la formation des juges et présidents du Tribunal des prud'hommes : RS/GE E 3 10.03.

⁷¹¹ Cf. *infra* 4^e partie.

⁷¹² Cf. *infra* 5^e partie.

§ 3 : Les tribunaux d'appel

- 320 En vertu du principe du double degré de juridiction, les cantons sont contraints d'instituer dans la plupart des cas des juridictions d'appel, devant lesquelles les justiciables peuvent porter leur litige pour un second examen des faits et du droit.

§ 4 : Le Tribunal fédéral

- 321 Le Tribunal fédéral est l'instance judiciaire suprême suisse. Il est compétent pour trancher les litiges de droit du travail lorsque les conditions de sa saisine sont remplies⁷¹³.

En principe, le Tribunal fédéral se contente de revoir l'application du droit en appuyant son raisonnement sur les faits tels qu'ils ressortent du jugement cantonal.

- 322 Devant le Tribunal fédéral, il est possible d'interjeter un recours en matière civile (art. 72 LTF) ou un recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 LTF). La valeur litigieuse minimale pour interjeter recours en matière civile est abaissée à 15'000 francs en droit du travail au lieu des 30'000 francs du droit commun (art. 74 LTF)⁷¹⁴.

Si les conclusions ne tendent pas au paiement d'une somme d'argent déterminée, le Tribunal fédéral fixe la valeur litigieuse selon son appréciation (art. 51 LTF)⁷¹⁵.

- 323 La première cour de droit civil est compétente pour le droit des obligations (art. 31 I, a RTF) ; la deuxième cour de droit public est compétente pour le droit public du travail (art. 30 I, c, 15 RTF) ; la première cour de droit social est compétente pour le personnel du secteur public (art. 34, h RTF).

Section 2 : Les juridictions administratives

- 324 Le droit du travail mettant en jeu tant le droit privé que le droit public, les juridictions administratives peuvent être compétentes, en fonction de l'organisation judiciaire propre à chaque canton. Les lois de droit public, surtout lorsqu'elles impliquent l'intervention d'autorités administratives, sont souvent le fondement d'une action devant les juridictions administratives.

Les juridictions administratives peuvent également être compétentes en matière de fonction publique ou de contrats de travail passés par les personnes publiques.

⁷¹³ Cf. *infra* 5^e partie.

⁷¹⁴ Cette règle est également valable pour les rapports de travail de droit public (art. 85 LTF).

⁷¹⁵ Sur la question du calcul de la valeur litigieuse, cf. *infra* n° 2155.

Section 3 : Les juridictions pénales

Le droit du travail peut mobiliser un certain nombre de normes pénales⁷¹⁶. Dans l'hypothèse d'une intervention du droit pénal, les juridictions idoines sont compétentes, selon les règles qui leur sont propres.

325

⁷¹⁶ Cf. par exemple *infra* n° 342.

Deuxième partie : Le rapport d'emploi

Chronologiquement, le rapport d'emploi est d'abord **créé** (**Titre 1**), avant d'être – à un moment ou à un autre – **rompu** (**Titre 2**).

326

Dans l'intervalle, il aura pu être **transféré** (**Titre 3**).

Titre 1 : La création du rapport d'emploi

Après une phase de *recrutement* (Chapitre 1), les parties *concluent le contrat de travail* (Chapitre 2).

327

Bien souvent, ce dernier devra être *interprété* (Chapitre 3).

En dehors du contrat de travail de droit commun existent d'autres formes de contrats de travail répondant à certaines *spécificités* (Chapitre 4).

Le rapport d'emploi *international* présente également des particularités, qui méritent d'être étudiées séparément (Chapitre 5).

Chapitre 1 : Le recrutement

Si, en droit public, le principe est celui de la mise au concours public des postes vacants (cf. art. 7 LPers, art. 22 OPers), l'employeur de droit privé est généralement libre à la fois du moment de l'embauche et du choix de la personne qu'il engage.

328

Autorisations administratives nécessaires à l'exercice de certaines professions. C'est sans compter que certaines autorisations administratives sont nécessaires à l'exercice de certaines professions (par exemple : brevet d'avocat, diplôme de médecin, etc.).

329

Obligation d'annonce au service de l'emploi. En outre, dans le contexte de l'initiative dite « contre l'immigration de masse » (acceptée par le peuple et les cantons le 9 février 2014), une loi du 16 décembre 2016 est venue permettre l'identification de groupes de profession, de domaines d'activités ou de régions économiques, dans lesquels le taux de chômage est supérieur à la moyenne. Lorsqu'il se trouve compris dans un périmètre ainsi identifié, l'employeur a l'obligation – sous peine d'amende (cf. art. 117a LEtr) – d'annoncer au service de l'emploi compétent les postes qu'il a à pourvoir (art. 21a, al. 3, 1^e phr. LEtr)⁷¹⁷. L'accès aux informations concernant les postes communiqués est alors restreint, pour une période limitée, aux personnes inscrites auprès du service public de l'emploi en Suisse (art. 21a, al. 3, 2^e phr. LEtr). Le service public de l'emploi adresse ensuite à l'employeur, dans les meilleurs délais, les dossiers de demandeurs d'emploi inscrits qui correspondent au profil recherché (art. 21a, al. 4, 1^e phr. LEtr). L'employeur doit convoquer à un entretien ou à un test d'aptitude professionnelle les candidats adéquats (art. 21a, al. 4, 2^e phr. LEtr). L'employeur reste libre de son choix de recrutement, mais ce choix doit être communiqué au service public de l'emploi (art. 21a, al. 4, 3^e phr. LEtr).

330

⁷¹⁷ Introduit par la loi fédérale du 16 décembre 2016.

331 **Plan.** Pour recruter des travailleurs, l'employeur peut avoir recours à des services de ***mise en relation de recruteurs et de candidats*** (Section 1).

Suivront généralement une ***prise de renseignements*** sur le candidat et un ***entretien d'embauche*** (Section 2), lesquels ne doivent pas mener à des ***discriminations prohibées*** (Section 3).

Durant le processus de négociation, une ***responsabilité précontractuelle*** peut être encourue (Section 4).

Une fois le recrutement décidé, des ***formalités liées à l'embauche*** doivent être effectuées, sous peine de sanctions dans le cadre de la lutte contre le ***travail au noir*** (Section 5).

Section 1 : La mise en relation des recruteurs et des candidats

332 L'activité de placement de travailleurs, c'est-à-dire la mise en relation d'employeurs et de demandeurs d'emploi afin qu'ils puissent conclure des contrats de travail, est réglementée et soumise à autorisation (art. 2 LSE). Des obligations spécifiques pèsent sur le placeur, notamment pour éviter toute tromperie des candidats – le placeur ne peut publier des offres ou des demandes d'emploi que sous son propre nom et en indiquant son adresse exacte ; les annonces publiées doivent correspondre aux conditions réelles (art. 7, al. 1 LSE) –, ainsi que toute violation de leurs données personnelles (art. 7, al. 3 LSE).

Des exigences supplémentaires visent le placement de personnel de l'étranger en Suisse ou depuis la Suisse vers l'étranger (cf. art. 2, al. 3 et 4, art. 9, al. 3 LSE).

En outre, lorsque le placement fait l'objet d'une rémunération, le placeur doit conclure avec le demandeur d'emploi un contrat écrit, lequel mentionnera les prestations du placeur et sa rémunération (art. 8, al. 1 LSE). Sont nuls et non avenus les arrangements qui interdisent au demandeur d'emploi de s'adresser à un autre placeur et ceux qui obligent le demandeur d'emploi à verser à nouveau une commission de placement s'il conclut ultérieurement un contrat avec le même employeur, sans l'aide du placeur (art. 8, al. 2 LSE).

333 Malgré cette volonté de protection du candidat, la loi autorise le placeur à exiger du demandeur d'emploi le versement d'une taxe d'inscription et d'une commission de placement, et une indemnité supplémentaire pour les prestations de service faisant l'objet d'un arrangement spécial (art. 9, al. 1 LSE). La commission n'est toutefois due par le demandeur d'emploi qu'à partir du moment où le placement a abouti à la conclusion d'un contrat (art. 9, al. 2 LSE).

334 En matière de contrat de courtage, lorsqu'un salaire excessif a été stipulé soit pour avoir indiqué une occasion de conclure un contrat individuel de travail, soit pour avoir négocié l'un de ces contrats, il peut être, à la requête du débiteur, équitablement réduit par le juge (art. 417 CO).

Section 2 : La prise de renseignements sur le candidat et l'entretien d'embauche

L'employeur n'a pas le droit, lors de l'entretien d'embauche, de poser des questions au sujet de la situation personnelle du travailleur dès lors que de telles questions sont sans rapport avec le travail pour lequel le candidat se présente (cf. art. 328b CO)⁷¹⁸. Par exemple, des questions relatives à une éventuelle séropositivité, aux opinions politiques, à la volonté future d'avoir des enfants, à la situation familiale, au cercle d'amis et de fréquentations du candidat ou à ses tendances sexuelles sont inadmissibles⁷¹⁹.

335

Le recours par l'employeur à une société spécialisée dans la prise d'informations sur les candidats à l'emploi ne l'autorise pas à outrepasser les limites indiquées ci-dessus. En effet, de plus en plus d'employeurs, incités à cela par les possibilités offertes sur internet et l'existence de sociétés spécialisées, cherchent à obtenir des informations sur les candidats à l'emploi. Cette recherche de renseignement peut entrer en contradiction avec la protection de la personnalité, laquelle s'applique dès les pourparlers précontractuels.

336

Les seules prises de renseignement admissibles sont celles qui portent sur l'aptitude du travailleur à exercer l'emploi. Ainsi, une demande de transmission d'un casier judiciaire n'est légitime que si le poste envisagé requiert une confiance particulière en son titulaire (aspects financiers, professions réglementées, etc.).

337

Si l'employeur pose une question illicite au travailleur lors de l'entretien d'embauche, ce dernier, placé ainsi contre son gré dans un état de nécessité, peut répondre par un mensonge⁷²⁰. Il en résulte que l'employeur, s'il apprend la vérité, ne peut ni se prévaloir d'un vice du consentement pour faire annuler le contrat, ni licencier le travailleur pour ce motif, sauf à commettre un abus.

338

⁷¹⁸ TF, 30 juin 2008, 2C_103/2008, cons. 6.2 ; Adrian von Känel, « Medizinische Untersuchungen und Tests im Arbeitsverhältnis », ArbR 2006 101.

⁷¹⁹ TF, 30 juin 2008, 2C_103/2008, cons. 6.2.

⁷²⁰ Gabriel Aubert, in CR-CO I, N 5 ad art. 328b CO ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 9 ad art. 320 CO ; Rehbindler/Stöckli, N 42 ad art. 320 CO ; Staehelin, N 39 ad art. 320 CO ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 19 ad art. 328b CO. *Contra* : Subilia/Duc, N 10 ad art. 320 CO.

Section 3 : Les discriminations à l'embauche

§ 1 : Discrimination à raison du sexe

339 L'interdiction de toute discrimination à raison du sexe s'applique notamment à l'embauche (art. 3, al. 2 LEg)⁷²¹.

Lorsque la discrimination porte sur un refus d'embauche, la personne lésée ne peut prétendre à être engagée⁷²² ; elle doit se contenter du versement d'une indemnité par l'employeur. Cette indemnité est calculée sur la base du salaire auquel la personne discriminée aurait vraisemblablement eu droit et fixée compte tenu de toutes les circonstances (art. 5, al. 2 LEg), dans la limite d'un montant correspondant à trois mois de salaire (art. 5, al. 4, 1^e phr. LEg). Le montant doit être fonction de la gravité des manquements observés⁷²³.

340 Lorsque plusieurs personnes prétendent au versement d'une indemnité pour refus d'embauche à un même poste, la somme totale des indemnités versées ne peut excéder trois mois de salaire (art. 5, al. 4, 2^e phr. LEg).

341 La personne qui n'est pas engagée et qui se prévaut d'une discrimination peut exiger de l'employeur qu'il motive sa décision par écrit (art. 8, al. 1 LEg). Le délai de péremption d'action pour le droit à l'indemnité est de trois mois à compter du moment où le refus d'embauche a été communiqué (art. 8, al. 2 LEg).

§ 2 : Discrimination raciale

342 Les seules discriminations incriminées par le code pénal suisse sont celles fondées sur la race, l'ethnie ou la religion (art. 261^{bis} CP)⁷²⁴. Il n'est pas certain que l'article 261^{bis}, alinéa 5, qui réprime spécifiquement le refus de prestation discriminatoire, puisse ouvrir la voie à la sanction pénale d'une discrimination commise dans le cadre de rapports de travail : l'incrimination pénale d'un refus d'embauche discriminatoire ne saurait intervenir en droit suisse que si l'on parvenait à traiter l'offre de travail comme

⁷²¹ Sur ce sujet, cf. Jean-Philippe Dunand, « L'interdiction de la discrimination à l'embauche dans la loi fédérale sur l'égalité », in Jean-Philippe Dunand/Karine Lempen/Pascal Mahon (édit.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2016, pp. 35 et s.

⁷²² TF, 14 mars 2005, 2A.279/2004, ATF 131 II 361, PJA 2005 1414, PJA 2006 107, Pra 2006 53 376, recht 2005 220, RDAF 2006 I 482, com. Häberli in ius.full 2005 303, com. Kägi-Diener in PJA 2006 107, com. Mahon/Gonin in RDAF 2006 I 482, cons. 4.5.

⁷²³ CJ/GE, 1^{er} novembre 2016, ATA/915/2016, cons. 13. Cf. également : TA/LU, 13 mars 2001, V 98 245, cité par Jean-Philippe Dunand, in *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2016 p. 60. Pour un autre exemple, cf. TC/GR, 16 septembre 2014, JAR 2015 503, cons. 3h et 4.

⁷²⁴ Pour une étude en droit comparé, cf. Aurélien Witzig/Rodhlann Jornod, « Répression pénale de la discrimination au travail : une perspective franco-suisse », JCP S, 12 Juin 2012, p. 1253.

une « prestation destinée à l'usage public »⁷²⁵. Concrètement, cela revient à se demander si une relation du travail, par exemple une offre d'emploi, est une « prestation destinée à l'usage public ».

Cette question a soulevé des débats acharnés au Parlement lors de l'adoption de la loi en question⁷²⁶. Un certain nombre de députés ont cherché à exclure les employeurs et les bailleurs du champ d'application de la répression de la discrimination⁷²⁷. Dans cette lignée, des décisions cantonales ont considéré qu'une offre d'emploi n'était pas une « prestation destinée à l'usage public », mais impliquait au contraire que la personne qui la passe entendît précisément se réserver la possibilité de choisir son cocontractant, à l'image du physionomiste qui garde l'entrée d'un club privé⁷²⁸. L'idée est que la prestation, pour être qualifiée de « prestation destinée à l'usage public », doit être conçue en elle-même comme étant destinée à un public **indéterminé** (sur le modèle d'un restaurant ou d'un magasin)⁷²⁹. Plusieurs auteurs ont appuyé cette idée⁷³⁰. Ils invoquaient, à l'appui de leur démonstration, trois critères qui devaient servir à distinguer le domaine privé du domaine public : la durée de la relation contractuelle, l'anonymat et le nombre indéterminé des personnes bénéficiaires de la prestation. D'autres auteurs ont cependant souligné que la protection contre la discrimination avait vocation à s'appliquer déjà au stade de l'offre d'emploi⁷³¹. Il fallut alors tenter de démontrer que les trois critères utilisés jusque là par les partisans d'une application restrictive de l'incrimination étaient impraticables juridiquement et n'étaient pas compatibles avec l'engagement pris par la Suisse en ratifiant la Convention de New York⁷³².

343

⁷²⁵ Tarek Naguib/Fabienne Zanol, « Zehn Jahre Strafnorm gegen Rassendiskriminierung (Art. 261bis StGB, Art. 171c MStG): ein Rückblick unter Einbeziehung der nicht publizierten Praxis », *recht* 2006 163.

⁷²⁶ Message concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la révision y relative du droit pénal du 2 mars 1992, FF 1992 III 275 : la Suisse considéra que cela correspondait au sens de l'article 5, points e et f, de la Convention de New York.

⁷²⁷ Marcel Alexander Niggli, *Discrimination raciale*, Zurich, Schulthess, 2000, p. 287 et p. 300.

⁷²⁸ Cf. les propos du procureur du canton des Grisons le 21 décembre 1999, VV.1999.786/MA, in Jörg Rehberg, *Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit*, Zurich, Schulthess, 2^e éd., 1996, p. 189.

⁷²⁹ Cf. ZH, 21 décembre 2000, U/GG000674 ; OG/ZH, 28 juin 2001 (sans numéro).

⁷³⁰ Peter Müller, « Die neue Strafbestimmung gegen Rassendiskriminierung - Zensur im Namen der Menschenwürde? », RJB 1994 257 ; Robert Rom, *Die Behandlung der Rassendiskriminierung im schweizerischen Strafrecht*, thèse, Zurich, 1995, p. 142 ; Jörg Rehberg, *Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit*, Zurich, Schulthess, 2^e éd., 1996, pp. 188 et s. ; Peter Müller, « Abstinenz und Engagement des Strafrechts im Kampf gegen Ausländerfeindlichkeit », PJA 1996 666 ; Thomas Geiser, « Massenentlassungen », *Sanierung der AG*, Zurich, Schulthess, 2^e éd., 2003, p. 183.

⁷³¹ Par exemple, Marcel Alexander Niggli, *Rassendiskriminierung, Gerichtspraxis zu Art. 261bis StGB*, Zurich, Schulthess, 1999, N 1107 ; Kurt Pärli, « Der Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis », DTA 2005 226.

⁷³² La démonstration en est faite par Marcel Alexander Niggli, *Discrimination raciale*, Zurich, Schulthess, 2000, pp. 288-304.

Section 4 : La responsabilité précontractuelle

- 344 Dès lors que deux partenaires sont entrés en pourparlers⁷³³, c'est-à-dire qu'ils se sont livrés à des négociations en vue de la conclusion d'un contrat de travail, une relation juridique se crée déjà entre eux, qui leur impose des devoirs réciproques, en particulier celui de négocier sérieusement, conformément à leurs véritables intentions⁷³⁴. Selon une jurisprudence bien établie, une partie ne peut pas, par une attitude contraire à ses véritables intentions, éveiller chez l'autre l'espoir illusoire qu'une affaire sera conclue et l'amener ainsi à prendre des dispositions dans cette perspective⁷³⁵. Ainsi, il est contraire aux règles de la bonne foi de donner sans réserve son accord de principe à la conclusion d'un contrat formel et de refuser *in extremis*, sans raison, de le traduire dans la forme requise⁷³⁶.
- 345 Concrètement, un employeur potentiel ne doit pas amener un travailleur à démissionner de son emploi actuel si sa volonté de conclure un contrat avec lui est moins forte que ce qu'il laisse paraître⁷³⁷. Toutefois, lorsque les parties discutent longuement de la rémunération qui serait octroyée au travailleur en cas de conclusion du contrat, on ne peut reprocher à l'employeur d'avoir une intention de base peu claire⁷³⁸.
- 346 La partie qui ne respecte pas les devoirs ainsi énoncés répond, dans les limites de la responsabilité qu'elle encourt sous l'empire du contrat envisagé par les parties, du dommage causé non seulement lorsqu'elle a fait preuve d'astuce au cours des pourparlers, mais déjà lorsque son attitude a été de quelque manière fautive, qu'il s'agisse de dol ou de négligence⁷³⁹.

Section 5 : Les obligations liées à l'embauche et la lutte contre le travail au noir

- 347 Dès l'embauche, l'employeur doit consigner les informations adéquates sur l'identité du travailleur, la nature de son activité, les dates du début et de la cessation de ses

⁷³³ Sur l'existence de pourparlers, cf. Nicolas Kuonen, *La Responsabilité précontractuelle*, Fribourg, thèse, 2007, N 746, pp. 223 et s. ; cf. Pierre Wessner, « Quelques figures libres et imposées du devoir d'information durant la période précontractuelle : user, abuser, méduser », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, 2008, p. 515.

⁷³⁴ TF, 10 octobre 1995, ATF 121 III 350, JT 1996 I 187, SJ 1996 197, Pra 1996 168 613, cons. 6c ; TF, 16 juin 2011, 4A_202/2011, SJ 2011 I 509, cons. 2.2.

⁷³⁵ TF, 6 juin 1951, ATF 77 II 135 consid. 2a ; TF, 16 juin 2011, 4A_202/2011, SJ 2011 I 509, cons. 2.2.

⁷³⁶ TF, 29 octobre 2001, 4C.152/2001, SJ 2002 I 164, cons. 3a ; TF, 17 novembre 2005, 4C.247/2005, JT 2006 I 163, cons. 3.1.

⁷³⁷ Cf. TF, 17 novembre 2005, 4C.247/2005, JT 2006 I 163, cons. 3.1 ; TF, 16 juin 2011, 4A_202/2011, SJ 2011 I 509, cons. 2.2.

⁷³⁸ TF, 17 novembre 2005, 4C.247/2005, JT 2006 I 163, cons. 3.2.

⁷³⁹ TF, 19 septembre 1975, ATF 101 Ib 422, cons. 4b ; TF, 18 mars 2003, 4C.373/2002, cons. 4.1 ; TF, 14 janvier 2011, 4A_615/2010, cons. 4.1.1 ; TF, 16 juin 2011, 4A_202/2011, SJ 2011 I 509, cons. 2.2.

rapports de service, la durée du travail, les résultats de l'examen médical quant à l'aptitude ou à la non-aptitude en cas de travail de nuit ou en cas de maternité, la présence de raisons d'interdiction d'affectation ou les résultats des analyses de risques effectuées en cas de maternité, de même que les mesures prescrites qu'a appliquées l'entreprise (art. 46 LTr, art. 73 OLT 1). Ces documents doivent permettre aux offices du travail de s'assurer du respect de la législation applicable⁷⁴⁰. Des examens médicaux spécifiques sont prescrits dans certains cas (cf. art. 17c LTr, art. 72 OPA).

L'employeur doit également annoncer ses salariés auprès de la caisse de compensation AVS en ce qui concerne l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, les allocations pour perte de gain, l'assurance-chômage, les allocations familiales dans l'agriculture, l'assurance-accidents et l'impôt dû en vertu de l'article 37a de la loi sur l'impôt fédéral direct et de l'article 11 de la loi sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (art. 3, al. 1 LTN).

348

Dans certains cas (indiqués à l'art. 2 LTN), les employeurs peuvent utiliser une procédure simplifiée pour effectuer le décompte des salaires des travailleurs auprès des caisses d'assurances sociales (cf. art. 3 LTN). Les employeurs qui veulent effectuer un décompte des salaires de leurs travailleurs conformément à la procédure simplifiée prévue aux articles 2 et 3 de la loi sur le travail au noir doivent s'annoncer auprès de la caisse de compensation AVS dès le début d'un rapport de travail (art. 1, al. 1 OTN).

349

Des contrôles administratifs visent à examiner le respect des obligations incombant aux employeurs en matière d'annonce et d'autorisation conformément au droit des assurances sociales, au droit des étrangers et au droit de l'imposition à la source (art. 6 LTN). Les personnes chargées des contrôles disposent de prérogatives importantes comme celles de pénétrer dans une entreprise ou dans tout autre lieu de travail pendant les heures de travail des personnes qui y sont employées, d'exiger les renseignements nécessaires des employeurs et des travailleurs, de consulter ou copier les documents nécessaires, de contrôler l'identité des travailleurs ou de contrôler les permis de séjour et de travail (art. 7 LTN). Les entreprises et les personnes concernées par ces contrôles ont l'obligation de collaborer avec les autorités et de leur garantir un accès libre dans l'entreprise ou dans tout autre lieu de travail pendant les heures de travail des personnes qui y sont employées (art. 8 LTN). Des sanctions classiques sont prévues (cf. art. 18 et 19 LTN), ainsi que l'exclusion de l'employeur concerné de futurs marchés publics ou la diminution des aides financières accordées à l'employeur (art. 13 LTN). La liste des employeurs sanctionnés est publiée (art. 6 OTN). Le droit cantonal peut prévoir, dans des domaines particuliers, des contrôles spécifiques, pour autant que, dans les domaines où ils se superposent aux contrôles prévus par le droit fédéral, les dispositions soient interprétées de manière conforme au droit fédéral⁷⁴¹.

350

⁷⁴⁰ SECO, « Commentaire de la loi sur le travail et de ses ordonnances 1 et 2 », janvier 2017, p. 173-2.

⁷⁴¹ Exemple en matière de salons de prostitution dans le canton de Genève : TF, 12 avril 2011, 2C_230/2010, ATF 137 I 167, Pra 2011 125 889, RDAF 2012 I 395, com. Lienhard in RJB 2011 797, com. Sow in RDAF 2012 I 399, cons. 7.5.

- 351 Des dispositions visent à protéger les travailleurs étrangers dans leurs prétentions contre leurs employeurs, même lorsqu'ils ne sont pas titulaires d'une autorisation de travailler⁷⁴². Ainsi, en cas d'activité lucrative non autorisée et dans le cadre d'une procédure de renvoi ou d'expulsion, les travailleurs doivent se voir informés qu'ils peuvent éventuellement faire valoir des droits à l'égard de leur employeur quant à l'activité lucrative non autorisée qu'ils ont exercée et qu'ils ont la possibilité de désigner un mandataire pour faire valoir leurs droits (art. 14 LTN). En outre, en cas de violation des obligations d'annonce et d'autorisation en matière de droit des étrangers et dans la mesure où la personne concernée a quitté le territoire suisse, les organisations syndicales ayant pour but statuaire de défendre les intérêts sociaux et économiques de leurs membres ont qualité pour agir en constatation des droits qu'un travailleur pourrait faire valoir à l'encontre de son employeur (art. 15, al. 1 LTN). L'action en constatation interrompt la prescription au sens de l'article 135 du code des obligations (art. 15, al. 2 LTN).
- 352 L'employeur doit annoncer à l'autorité fiscale compétente l'engagement de personnes soumises à l'**imposition à la source** dans les huit jours suivant le début de leur occupation (ou par un décompte mensuel par voie électronique si cette possibilité existe) (art. 3a OIS).

Chapitre 2 : La conclusion du contrat de travail

- 353 La conclusion du contrat de travail implique d'en déterminer les **parties** (Section 1) et de constater **l'existence** (Section 2) et l'**objet** (Section 3) de leur accord de volontés, sous la réserve que le contrat de travail ne se révèle pas **nul** (Section 4).

Section 1 : Parties

- 354 **Qui** peut être partie au contrat de travail (§ 1) ?

De quelle **capacité** les parties doivent-elles jouir (§ 2) ?

Dans quelle mesure peuvent-elles se faire **représenter** (§ 3) ?

§ 1 : La détermination des parties

- 355 Les parties au contrat de travail doivent appartenir à certaines **catégories** (A).

La situation se complique en cas de **pluralité de parties** (B).

⁷⁴² TF, 22 août 2011, 6B_1000/2010, ATF 137 IV 305, JT 2012 IV 242, RDAF 2012 I 541, com. Langensand in Jusletter 14 mai 2012, com. Bommer/Kaufmann in RJB 2015 888, cons. 3.4.

A. Catégories de personnes

Le travailleur est toujours une personne physique. Une personne morale ne saurait avoir la qualité de travailleur⁷⁴³. Cela résulte de la notion même de travail qui implique, de manière intrinsèque, que le corps du travailleur soit mis en jeu⁷⁴⁴.

356

L'employeur peut être une personne physique ou une personne morale.

B. Pluralité de parties

1) Pluralité de travailleurs : le contrat de travail « en cascade »

Le travailleur exécute généralement sa prestation en personne⁷⁴⁵, mais ce principe n'est pas impératif (cf. art. 321 CO)⁷⁴⁶.

357

Ainsi, il est parfois licite que le travailleur exécute sa prestation avec ses propres auxiliaires⁷⁴⁷. Selon le Tribunal fédéral, le statut de travailleur n'est pas incompatible avec l'engagement, sous la propre responsabilité du travailleur, d'un auxiliaire⁷⁴⁸. On appelle cette situation un « contrat de travail en cascade » (« *gestuftes Arbeitsverhältnis* » ou « *mittelbares Arbeitsverhältnis* »)⁷⁴⁹. Dans cette hypothèse, le travailleur est à la fois salarié de l'employeur « principal » à qui il doit la prestation de travail, et employeur « secondaire » d'autres travailleurs, qui l'aident à exécuter la prestation de travail⁷⁵⁰. Dans ce cas, le contrat n'est conclu qu'entre l'employeur principal et le travailleur principal/employeur secondaire ; à l'égard de l'employeur principal, les travailleurs secondaires sont les auxiliaires du travailleur principal, dont ils sont les travailleurs⁷⁵¹.

Cette situation est communément admise dans le domaine des travaux ménagers, où l'employé peut se faire assister d'un auxiliaire pour les grands nettoyages, ainsi qu'en matière de collaboration d'un conjoint à l'activité professionnelle de l'autre⁷⁵², ou encore d'orchestres⁷⁵³ et de contrat de vignolage⁷⁵⁴.

⁷⁴³ TF, 18 mars 2015, 4A_522/2014, cons. 2. *Contra* : Duc/Subilia, N 17 *ad* art. 319 CO.

⁷⁴⁴ Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, (1^e éd. 1994), Paris, Presses Universitaires de France, 3^e éd., 2015, pp. 51 et s.

⁷⁴⁵ Sur l'exécution personnelle du contrat de travail, cf. *infra* n° 1189.

⁷⁴⁶ TF, 25 janvier 2007, 4C.276/2006, cons. 4.2.

⁷⁴⁷ TF, 11 décembre 1962, ATF 88 II 439, cons. 3.

⁷⁴⁸ TF, 20 juin 2002, 4P.87/2002, cons. 2.3.

⁷⁴⁹ TF, 4 février 1986, ATF 112 II 41, JT 1986 I 253, SJ 1986 388, cons. 1 b/aa ; TF, 25 janvier 2007, 4C.276/2006, cons. 4.2. Cf. également : TF, 16 décembre 1955, ATF 81 IV 306.

⁷⁵⁰ Cf. Jean-Philippe Dunand, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 14 *ad* art. 321 CO.

⁷⁵¹ Pour le mécanisme, cf. TF, 4 février 1986, ATF 112 II 41, JT 1986 I 253, SJ 1986 388, cons. 1 b/aa.

⁷⁵² TF, 20 juin 2002, 4P.87/2002, cons. 2.3.

⁷⁵³ TF, 4 février 1986, ATF 112 II 41, JT 1986 I 253, SJ 1986 388, cons. 1 b/aa.

358 Inversement, cela signifie que le fait qu'un travailleur s'oblige à fournir non seulement sa propre activité, mais aussi celle d'autres travailleurs dont il est le chef, qu'il choisit et rétribue lui-même, ne s'oppose pas à la reconnaissance d'un contrat de travail entre employeur principal et travailleur principal⁷⁵⁵.

359 Le contrat de travail « en cascade » introduit un risque important pour le travailleur secondaire, le travailleur principal/employeur secondaire n'étant généralement pas en mesure d'assumer le statut de l'employeur (il n'en a même généralement pas conscience, du fait de sa propre position de travailleur). Il convient dès lors de ne l'accepter que dans des circonstances très particulières, lorsque le travailleur secondaire est un proche du travailleur principal. En effet, dans une pareille hypothèse, les dispositions du droit de la famille peuvent prendre le relais et offrir une protection adéquate au travailleur « secondaire » (cf. art. 165, art. 334, art. 334^{bis} et art. 603, al. 2 CC). Ainsi, selon le Tribunal fédéral, « si le remplaçant n'est pas un proche qui se substitue bénévolement au travailleur, il entre lui-même dans une relation de contrat de travail avec l'employeur⁷⁵⁶ ».

360 Hors de ces hypothèses, il faut considérer que le travailleur principal aura pu fonctionner comme un représentant de son propre employeur à l'embauche des autres travailleurs (art. 32 CO)⁷⁵⁷. Dans le cas d'un groupe de travailleurs, ces derniers auront également pu former une société simple dans le but de s'engager dans différents contrats de travail, avec laquelle l'employeur principal pourra être réputé avoir contracté⁷⁵⁸.

2) Pluralité d'employeurs : le contrat de travail au sein d'un groupe de sociétés

361 En principe, le rapport d'emploi ne se noue qu'avec un seul employeur⁷⁵⁹. La situation est plus complexe en présence d'un groupe de sociétés, c'est-à-dire lorsque plusieurs sociétés juridiquement indépendantes sont réunies sous une direction économique unique⁷⁶⁰. Le groupe de sociétés ne saurait avoir, en tant que tel, la qualité d'employeur⁷⁶¹.

⁷⁵⁴ TF, 17 novembre 1981, ATF 107 II 430, JT 1982 I 94, SJ 1982 241, cons. 1.

⁷⁵⁵ *Contra* : TF, 19 mai 1960, SJ 1961 161 (jurisprudence abandonnée).

⁷⁵⁶ TF, 28 mars 2011, 4A_573/2010, cons. 7.2 ; Gabriel Aubert, *in* CR-CO I, N 2 *ad* art. 321 CO.

⁷⁵⁷ Jean-Philippe Dunand, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 16 *ad* art. 321 CO ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 2 *ad* art. 321 CO.

⁷⁵⁸ Cf. TF, 4 février 1986, ATF 112 II 41, JT 1986 I 253, SJ 1986 388, cons. 1 b/aa.

⁷⁵⁹ TF, 9 janvier 2004, 4C.258/2003, ATF 130 III 213, JT 2004 I 223, PJA 2004 1426, recht 2004 160, cons. 2.2.1 ; Jean-Philippe Dunand, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 83 *ad* art. 319 CO.

⁷⁶⁰ TF, 15 mars 2017, 4A_619/2016, cons. 7.2 ; Jean-Philippe Dunand, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 81 *ad* art. 319 CO.

⁷⁶¹ CJ/GE, 14 octobre 2011, JAR 2012 461, cons. 2.1 ; Vincent Mignon, *in* Droitdu travail.ch, juin 2015.

Lorsqu'il est prévu qu'un travailleur soit embauché par une société mais que cette dernière *n'est pas encore formellement constituée* au moment de la signature du contrat, ce sont les personnes physiques à l'origine du projet qui doivent être considérées comme les employeurs. Ainsi, dans le cadre de la signature d'un contrat de travail avec une société non encore constituée, chacun des deux associés pressentis ayant conclu le contrat de travail a pu, dans une espèce, être tenu redevable d'une certaine somme d'argent en faveur de la travailleuse⁷⁶².

362

Les groupes de société amènent à se poser deux séries de questions : une société ne se sert-elle pas d'une autre société comme d'un **écran (a)** ? Quel est l'**employeur juridique** d'un travailleur qui travaille dans différentes sociétés d'un même groupe **(b)** ?

363

a. Groupe de sociétés et sociétés-écrans

En principe, chacune des sociétés composant un même groupe peut se prévaloir de son indépendance juridique par rapport aux autres sociétés du groupe, et notamment par rapport à la société-mère⁷⁶³. Toutefois, lorsque le fait d'opposer l'indépendance juridique de deux entités constitue un abus de droit (art. 2 CC), cette forme d'écran peut être levée : dans un tel cas, l'identité entre la filiale et la société-mère doit être retenue (*Durchgriff*)⁷⁶⁴. Il est alors possible d'attaquer la société-mère pour des actes qui auraient été imputés à la filiale si l'on s'en était tenu à la seule construction juridique formelle⁷⁶⁵.

364

b. Groupe de sociétés et employeur juridique

Identifier l'employeur au sein d'un groupe de sociétés n'est pas toujours aisé. Trois hypothèses existent : **un seul employeur (1°)** ; **plusieurs employeurs simultanés (2°)** ; **plusieurs employeurs successifs (3°)**.

365

1° Un seul employeur

Lorsque le travailleur exerce son activité dans différentes sociétés d'un même groupe, il importe de déterminer qui est son employeur. En principe, un travailleur n'a qu'un seul employeur⁷⁶⁶. Cet employeur est la personne au service de laquelle le travail est

366

⁷⁶² TF, 9 juin 2017, 4A_49/2017.

⁷⁶³ TF, 26 septembre 2011, 4A_328/2011, ATF 137 III 550, Pra 2012 41 293, cons. 2.3.1.

⁷⁶⁴ TF, 31 mars 2006, 5C.240/2005, ATF 132 III 489, JT 2007 II 81, cons. 3.2 ; TF, 26 septembre 2011, 4A_328/2011, ATF 137 III 550, Pra 2012 41 293, cons. 2.3.1.

⁷⁶⁵ Pour davantage de détails, cf. Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, *Droit suisse des sociétés*, Berne, Stämpfli, 2015, pp. 65-68.

⁷⁶⁶ TF, 21 avril 2006, 4C.62/2006, cons. 3.3.2 ; TF, 15 mars 2017, 4A_619/2016, cons. 7 ; cf. TF, 9 janvier 2004, 4C.258/2003, ATF 130 III 213, JT 2004 I 223, PJA 2004 1426, recht 2004 160, cons. 2.2.1 ; TF, 11 février 2015, 4A_564/2014, com. Mignon in *Droitdu travail.ch* juin 2015, cons. 3.2 ; Roman Heiz, *Das Arbeitsverhältnis im Konzern*, Saint-Gall, thèse, 2004, p. 38.

fourni et qui, en tant que telle, a conclu le contrat de travail avec le travailleur⁷⁶⁷. Pour l'identifier, il convient, selon la jurisprudence, d'examiner quels organes ont agi et pour quelle société du groupe⁷⁶⁸. Le régime d'interprétation des contrats que la jurisprudence tire de l'article 18 du code des obligations⁷⁶⁹ vaut également pour déterminer avec qui un contrat a été conclu⁷⁷⁰.

367 Lorsqu'un travailleur signe un contrat avec une société étrangère avant que la filiale suisse de cette société ne soit constituée, mais dans le but qu'il devienne le directeur de cette filiale et qu'il soit rémunéré par elle, ni le fait que la société-mère ait pu soutenir, dans le cadre d'une procédure judiciaire à l'étranger, avoir été l'employeur de ce travailleur, ni le fait que cette même société-mère ait indiqué à un tiers que le travailleur était son propre directeur, ni le fait que le travailleur ait été en contact hebdomadaire par courriels avec le président de son conseil d'administration, ni encore le fait que cette société-mère ait pu accorder au travailleur un prêt gratuit pour lui permettre d'acheter ses propres actions, ni même le fait que le travailleur ait eu pour tâche de développer en Suisse le réseau d'affaires de la société-mère, ne sont des éléments décisifs pour établir la qualité d'employeur de cette société à la place de sa filiale⁷⁷¹.

368 L'employeur peut **prêter** le travailleur à une autre société, à condition qu'un tel prêt soit prévu – expressément ou tacitement – dans le contrat de travail (art. 333, al. 4 CO)⁷⁷². Ce mécanisme n'entraîne pas, sauf volonté contraire des parties, une modification de l'employeur juridique. Ainsi, dans le cadre d'un détachement, l'employeur initial peut demeurer l'employeur juridique bien qu'il ait transféré le pouvoir de direction à une autre société, à condition qu'aucun contrat de travail ne soit conclu avec la société qui accueille le travailleur et que le détachement soit limité dans le temps⁷⁷³. Le retour au sein de la société initiale doit être prévu relativement à sa date et aux conditions qui régiront alors la relation.

2° *Plusieurs employeurs simultanés*

369 Un contrat de travail au sein d'un groupe peut être conclu avec plusieurs sociétés. Des formes mixtes sont donc possibles⁷⁷⁴. Dans une telle configuration, il faut examiner, en

⁷⁶⁷ TF, 11 février 2015, 4A_564/2014, com. Mignon *in* Droitdutravail.ch juin 2015, cons. 3.2 et 3.4.1 ; TF, 15 mars 2017, 4A_619/2016, cons. 7.2 ; Tercier/Bieri/Carron, p. 366 ; Wyler/Heinzer, p. 35.

⁷⁶⁸ TF, 20 août 2002, 4C.158/2002, JAR 2003 181, cons. 2.3 ; TF, 11 février 2015, 4A_564/2014, cons. 3.4.1.

⁷⁶⁹ Cf. *infra* n° 419 et s.

⁷⁷⁰ TF, 15 mars 2017, 4A_619/2016, cons. 7.1.

⁷⁷¹ TF, 15 mars 2017, 4A_619/2016, cons. 7.3.3.

⁷⁷² TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, ATF 132 III 32, JT 2006 I 257, SJ 2006 I 193, Pra 2006 81 576, com. Blesi *in* Jusletter, 8 mai 2006, com. Walter *in* RJB 2007 731, com. Koller *in* RJB 2008 334, cons. 5.1 ; Thomas Geiser/Kai-Peter Uhlig, « « Arbeitsverhältnisse im Konzern, *in* RJB 2003 774 ; Carruzzo, N 4 *ad* art. 319 CO ; Jean-Philippe Dunand, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 82 *ad* art. 319 CO.

⁷⁷³ Cf. également : Vincent Mignon, *in* Droitdutravail.ch, juin 2015.

⁷⁷⁴ TF, 11 février 2015, 4A_564/2014, cons. 3.2, com. Mignon *in* Droitdutravail.ch juin 2015.

se fondant sur la volonté des parties, à l'égard de quelle société le travailleur peut faire valoir quelles prétentions⁷⁷⁵.

Ainsi, des obligations peuvent continuer à peser sur la société qui a envoyé un salarié en détachement ; par exemple, le maintien dans le système de prévoyance de l'État d'origine ou le paiement d'une partie du salaire⁷⁷⁶, tandis que le salaire principal serait versé par la société accueillant le travailleur temporairement.

Lorsqu'un travailleur exerce son activité simultanément pour deux sociétés, il est possible de reconnaître que deux sociétés forment une société simple dont le but est l'utilisation des services du travailleur, ce qui entraîne leur responsabilité solidaire pour les dettes dues à ce dernier⁷⁷⁷. Ainsi, lorsque deux personnes (ou sociétés) emploient un salarié à plein temps dont elles déterminent l'occupation, en se répartissant, sur la base d'accords internes, leurs droits et obligations envers lui, il convient d'admettre qu'elles sont liées par un contrat de société simple, dont le but est l'utilisation des services du travailleur ; par conséquent, les deux sociétés répondent dans un tel cas solidairement, et non par moitié, des dettes salariales de la société simple envers leur employé⁷⁷⁸.

370

3° *Plusieurs employeurs successifs*

Il peut également arriver que le rapport d'emploi soit transféré d'une société du groupe à une autre, notamment lorsqu'il n'existe aucune garantie de retour dans la société d'origine ni aucune durée spécifique pour l'activité à exercer dans la nouvelle société⁷⁷⁹. Il faut alors à nouveau interpréter la volonté des parties pour déterminer l'employeur juridique⁷⁸⁰.

371

Dans une espèce où le travailleur avait été placé auprès d'une filiale à l'étranger, tandis que la société-mère continuait à prendre en charge son affiliation au système de retraite suisse et avait accepté une clause de retour, le travailleur soutenait que son contrat de travail avait été modifié uniquement dans le sens d'un contrat de détachement avec un nouveau salaire et une nouvelle fonction, de sorte que son employeur initial serait demeuré son véritable employeur même après son transfert auprès d'une filiale. De son côté, l'employeur initial invoquait la fin de ce premier contrat par actes conclusifs au plus tard au moment de l'entrée en fonction du travailleur au service de la filiale, laquelle serait devenue son nouvel employeur. Le Tribunal fédéral a dû interpréter la situation selon le principe de confiance : il est arrivé à une conclusion totalement

372

⁷⁷⁵ Thomas Geiser/Kai-Peter Uhlig, « « Arbeitsverhältnisse im Konzern, in RJB 2003 777 ; Geiser/Müller, N 143c, p. 55 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 2 ad art. 319 CO.

⁷⁷⁶ TF, 11 février 2015, 4A_564/2014, com. Mignon in Droitdu travail.ch juin 2015, cons. 3.2.

⁷⁷⁷ TF, 12 juillet 2000, 4C.41/1999, cons. 5 ; Jean-Philippe Dunand, in Commentaire Dunand/Mahon, N 83 ad art. 319 CO.

⁷⁷⁸ TF, 29 janvier 2004, 4C.317/2003, cons. 3.2.

⁷⁷⁹ TF, 21 avril 2006, 4C.62/2006, cons. 3.3.6 et 3.4.3.

⁷⁸⁰ Cf. TF, 15 mars 2017, 4A_619/2016, cons. 7.1.

inverse de celle du Tribunal cantonal et a considéré que le premier rapport d'emploi avait bien cessé et que seule la filiale était demeurée employeur⁷⁸¹.

§ 2 : La capacité des parties

373 Le régime juridique de la capacité des parties repose sur le **droit commun des contrats (A)**. Le droit du travail présente toutefois la particularité de l'**âge minimum d'admission à l'emploi (B)**.

A. Droit commun des contrats

1) Personnes physiques

374 Le contrat de travail est soumis aux conditions de base de conclusion de tout contrat, à savoir la jouissance (art. 11 CC) et l'exercice (art. 12 CC) des droits civils.

Toute personne jouit des droits civils (art. 11 CC). En revanche, seules les personnes majeures (c'est-à-dire âgées de 18 ans révolus, cf. art. 14 CC) et capables de discernement (c'est-à-dire non privées de leur capacité d'agir raisonnablement, cf. art. 16 CC) ont l'exercice des droits civils (art. 13 CC).

375 Les **mineurs** n'ont donc pas l'exercice des droits civils (art. 17 CC). Toutefois, le mineur capable de discernement peut exercer ses droits strictement personnels de manière autonome (art. 19c, al. 1 CC) ; il peut en outre contracter une obligation avec le consentement de son représentant légal (art. 19, al. 1 CC). Seul le travailleur qui a l'exercice des droits civils peut accepter une clause de non-concurrence (art. 340, al. 1 CO). Même mineur, le salarié a l'administration et la jouissance du produit de son travail (art. 323, al. 1 CC).

2) Personnes morales

376 La personnalité des personnes morales s'acquiert conformément à la loi (art. 52 CC). La volonté d'une personne morale s'exprime par ses organes ; ceux-ci obligent la personne morale par leurs actes juridiques et par tous autres faits (art. 55, al. 1 et 2 CC)

Si un contrat de travail est conclu avec une entité qui n'a pas, effectivement, la personnalité morale, il doit être considéré comme conclu avec les personnes physiques qui ont tiré bénéfice de la prestation de travail.

L'employeur peut aussi être une association (art. 60 et s. CC). Si l'association n'a pas de personnalité juridique, elle est assimilée à une société simple (art. 62 CC). Dans ce cas, l'employeur est chacune des personnes composant l'association.

⁷⁸¹ TF, 11 février 2015, 4A_564/2014, com. Mignon in Droitdutravail.ch juin 2015.

B. Âge minimum d'admission à l'emploi

1) Principe

La Convention n° 138 de l'Organisation internationale du travail concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi⁷⁸², entrée en vigueur pour la Suisse le 17 août 2000, demande en son article 2 aux Membres signataires de spécifier un âge minimum d'admission à l'emploi ou au travail sur son territoire ; sous certaines réserves, aucune personne d'un âge inférieur à ce minimum ne peut être admise à l'emploi ou au travail dans une profession quelconque. Une loi fédérale du 23 juin 2006 a donc visé à mettre en conformité le droit suisse avec cette convention, ainsi qu'avec la convention n° 182 de l'OIT sur les pires formes de travail des enfants⁷⁸³. C'est ainsi que la Suisse a fixé l'âge minimum d'admission à l'emploi à **quinze ans**. En principe, il est donc interdit d'employer des jeunes gens âgés de moins de quinze ans révolus (art. 30, al. 1 LTr). Cette interdiction vaut bien entendu également pour le travail à domicile (art. 6 LTrD).

377

2) Dérogations : cas où le travail peut être autorisé pour des jeunes âgés de moins de quinze ans

L'emploi pour de **petites courses** et des **travaux légers** est admissible pour les jeunes âgés de treize à quinze ans, pour autant que, par leur nature et les conditions dans lesquelles elles s'exercent, ces activités ne soient susceptibles de compromettre ni leur santé, ni leur sécurité, ni leur développement physique ou psychique, ni de porter préjudice à l'assiduité scolaire et aux prestations scolaires des jeunes (art. 30, al. 2, a LTr ; art. 8, OLT 5).

378

Les jeunes gens de moins de quinze ans peuvent également être affectés à un travail dans le cadre de **manifestations culturelles, artistiques ou sportives** ainsi que dans la **publicité** (art. 30, al. 2, b LTr), pour autant que cette activité n'ait aucune répercussion négative sur leur santé, leur sécurité et leur développement physique et psychique, leur assiduité et leurs prestations scolaires (art. 7, al. 1 OLT 5). Une telle activité doit être annoncée aux autorités cantonales compétentes, lesquelles disposent d'un droit de veto (art. 7, al. 2 OLT 5).

Sauf moyennant le respect des conditions susmentionnées, il est interdit d'employer des jeunes de moins de seize ans dans les entreprises cinématographiques, les cirques et les entreprises de spectacles (art. 6 OLT 5).

Enfin, lorsque le droit cantonal permet la libération de jeunes de moins de quinze ans de la **scolarité obligatoire** ou leur exclusion provisoire de la scolarisation, l'autorité cantonale peut autoriser individuellement l'emploi régulier des jeunes concernés dans le cadre de la formation professionnelle initiale ou d'un programme d'encouragement des activités de jeunesse extrascolaires dès qu'ils ont atteint quatorze ans (art. 9, al. 1 OLT 5).

379

⁷⁸² RS 0.822.723.8.

⁷⁸³ FF 2004 6369.

Cette disposition, qui va à l'encontre du principe de l'interdiction de travailler pour les jeunes de moins de quinze ans peut néanmoins se concilier avec l'article 6 de la convention n° 138 de l'OIT, à condition que les jeunes de plus de quatorze ans exécutent des travaux dans le cadre d'établissements de formation générale, d'écoles professionnelles ou techniques ou d'autres institutions de formation, ou dans une entreprise si un programme de formation reconnu par l'autorité compétente a lieu exclusivement dans cette entreprise⁷⁸⁴.

380 Les dispositions susmentionnées sont issues de la loi sur le travail et de ses ordonnances. En tant qu'elles sont relatives à l'âge minimum, elles s'appliquent à toutes les entreprises sauf, selon le texte même de la loi sur le travail, aux administrations, aux entreprises de transport public et à la navigation maritime (art. 2, al. 4 LTr). Toutefois, l'ordonnance sur le travail dans les entreprises de transport public⁷⁸⁵ prévoit en son article 25 que les jeunes gens ne peuvent être affectés de façon indépendante au service d'expédition des trains qu'après l'âge de dix-sept ans révolus et que, dans le service de manœuvre et dans celui d'accompagnement des trains, les jeunes gens ne peuvent être employés de façon indépendante qu'à partir de l'âge de dix-huit ans révolus. De même, l'article 16, alinéa 2 de l'ordonnance sur la navigation maritime⁷⁸⁶ dispose que les personnes de moins de seize ans ne peuvent pas être employées à bord d'un navire suisse⁷⁸⁷. Quant aux administrations, il n'y a aucune raison qu'elles ne soient pas soumises à l'âge minimum de quinze ans tel qu'il ressort des engagements internationaux contractés par la Suisse.

3) Limitations : secteurs et tâches interdits ou partiellement interdits aux mineurs

381 Il est interdit d'employer des mineurs dans certains secteurs ou de les affecter à certaines tâches⁷⁸⁸. Ainsi, il est interdit d'employer des mineurs au service de clients dans les entreprises de divertissement telles que les cabarets, boîtes de nuit, dancings, discothèques et bars (art. 5, al. 1 OLT 5). Il est également interdit d'employer des jeunes de moins de seize ans au service de clients dans les hôtels, restaurants et cafés (art. 5, al. 2 OLT 5). Des lois de police cantonales peuvent prévoir d'autres cas d'exclusion des mineurs.

4) Conditions formelles de l'embauche d'un travailleur jeune

382 L'employeur qui engage des jeunes gens doit se faire présenter une **attestation d'âge** (art. 29, al. 4 LTr). L'employeur doit tenir cette attestation à la disposition des autorités d'exécution et de surveillance pour chaque jeune travailleur (art. 74 OLT 1). L'ordonnance peut en outre prescrire la production d'un **certificat médical** (art. 29, al. 4

⁷⁸⁴ SECO, « Commentaire de l'OLT 5 », avril 2010, p. 509-1.

⁷⁸⁵ RS 822.211.

⁷⁸⁶ RS 747.301.

⁷⁸⁷ La violation de cette norme constitue une infraction (art. 150 LNM).

⁷⁸⁸ Rehbindler/Stöckli, N 8 ad art. 342 CO.

LTr). C'est le cas lorsqu'un jeune travailleur est périodiquement ou régulièrement occupé de nuit (art. 12, al. 3 OLT 5) et lorsqu'un mineur de moins de quinze ans mais ayant terminé sa scolarité obligatoire est engagé (art. 9 OLT 5). Quant au DEFR, il peut, après avoir pris l'avis de la Commission fédérale du travail, désigner les activités auxquelles les jeunes ne peuvent être occupés que sur présentation d'un certificat médical. Cette pièce doit attester que l'intéressé est, avec ou sans réserve, apte à exercer l'activité mentionnée (art. 18, al. 1 OLT 5). À notre connaissance, il n'a jusqu'ici pas été fait usage de cette disposition⁷⁸⁹. Sont réservées les prescriptions cantonales plus strictes sur les certificats et examens médicaux (art. 18, al. 2 OLT 5).

§ 3 : La représentation des parties

Le droit commun de la représentation (art. 32 et s. CO) s'applique en droit du travail.

383

Aux termes de l'article 32, alinéa 1 du code des obligations, les droits et obligations dérivant d'un contrat fait au nom d'une autre personne par un représentant autorisé passent au représenté. Les effets de la représentation ne naissent que si le représentant dispose du pouvoir de représentation, c'est-à-dire s'il est habilité à faire naître des droits et des obligations directement en faveur et à la charge du représenté, et si le représentant a la volonté d'agir comme tel⁷⁹⁰. La représentation directe suppose que le représentant agisse expressément ou tacitement au nom du représenté (cf. art. 32 al. 2 CO). L'application du principe de la confiance permettra de trancher la question de savoir si l'intéressé devait inférer des circonstances l'existence d'un rapport de représentation⁷⁹¹. C'est à l'aune de ces principes que devra être examinée la question de savoir si la conclusion (ou la modification, ou la rupture) d'un rapport d'emploi, effectuée par une personne autre que l'employeur (par exemple par l'un de ses collaborateurs), peut être imputée à ce dernier.

En matière de société simple, si le registre du commerce ne contient aucune inscription contraire, les tiers de bonne foi peuvent admettre que chaque associé a le droit de représenter la société (art. 563 CO).

384

Section 2 : Accord des volontés

L'accord des volontés des parties au contrat de travail implique l'existence d'un **consentement** (§ 1), non **vicié** (§ 2) et exprimé dans la **forme** adéquate (§ 3).

385

⁷⁸⁹ SECO, « Commentaire de la loi sur le travail », février 2016, p. 029-2.

⁷⁹⁰ Cf. TF, 7 décembre 1999, ATF 126 III 59, cons. 1b ; TF, 28 juillet 2009, 4A_227/2009, DTA 2009 302, cons. 4.

⁷⁹¹ TF, 21 juin 1994, ATF 120 II 197, cons. 2b/aa ; TF, 28 juillet 2009, 4A_227/2009, DTA 2009 302, cons. 4.

§ 1 : Échanges des consentements

386 Les principes généraux s'appliquent en matière d'échange des consentements dans la formation du contrat de travail. Comme le permet l'article 1, alinéa 2 du code des obligations et le rappelle l'article 320, alinéa 2 du même code, le contrat de travail peut être conclu tacitement. Il suffit qu'il ressorte de la volonté des parties qu'elles ont eu l'intention d'échanger une prestation de travail contre une rémunération. Les règles relatives à l'offre et à l'acceptation (art. 3 CO), notamment à l'acceptation tacite (art. 6 CO), s'appliquent en droit du travail⁷⁹².

387 La *promesse publique* revêt une signification particulière en droit du travail, lorsque l'employeur passe une annonce dans un média en promettant une rémunération déterminée. Si le travailleur s'est mis à disposition de l'employeur conformément à l'annonce, l'employeur ne saurait, sauf stipulation contractuelle contraire intervenue dans l'intervalle, rémunérer le travailleur à un niveau inférieur (cf. art. 8, al. 1 CO). La promesse de contrat de travail n'est soumise à aucune forme en principe (art. 22, al. 2 et art. 320, al. 1 CO).

§ 2 : Vices du consentement

388 Le contrat de travail, comme tout contrat, peut être invalidé – extrajudiciairement – pour vice du consentement : erreur, dol ou crainte fondée (art. 23 à 31 CO). Le régime prétorien en matière d'invocation des vices du consentement est toutefois d'une rigueur telle qu'il est particulièrement difficile pour les parties au contrat de travail de se prévaloir d'un tel vice.

A. Erreur

389 En synthèse, l'erreur se définit juridiquement comme une divergence entre représentation fautive et représentation juste de la réalité⁷⁹³. Elle peut porter sur un fait futur⁷⁹⁴. L'erreur doit être essentielle (art. 23 CO). Sont essentielles les erreurs de déclaration (*in negotio, in corpore, in persona, in quantitate*) (art. 24, al. 1^{er}, 1 à 3 CO). Les erreurs de calcul n'infirmement pas la validité du contrat mais doivent simplement être corrigées (art. 24, al. 3 CO).

En matière de rémunération par exemple, le travailleur peut, en théorie, invoquer l'erreur sur la **quantité**⁷⁹⁵, soit l'erreur sur l'étendue de la prestation ou de la contre-prestation : « L'erreur est essentielle notamment [...] lorsque la contre-prestation [...] est notablement moins [étendue] que [...] ne le voulait en réalité [celui des

⁷⁹² Cf. *infra* n° 3^e partie, titre 3.

⁷⁹³ Bruno Schmidlin, in CR-CO I, N 1 *ad* art. 23 & 24 CO.

⁷⁹⁴ TF, 7 juin 1983, ATF 109 II 105, JT 1984 I 134, cons. 4b.

⁷⁹⁵ Wilhelm Birchmeier, *Der Lohnanspruch aus Dienstvertrag im schweizerischen Obligationenrecht*, Baar, Buchdruckerei J. Dossenbach, 1926, p. 64.

contractants qui se prévaut de son erreur]. » (art. 24, al. 1^{er}, 3 CO) En réalité, l'invocation de l'erreur par le salarié est **peu fréquente**⁷⁹⁶. Les raisons de cette rareté tiennent à la sanction juridique du vice du consentement qui est théoriquement la « résolution du contrat avec effet *ex tunc* »⁷⁹⁷. En conséquence, l'invocation d'un vice du consentement par le salarié entraînera théoriquement la **disparition** du contrat, c'est-à-dire la fin de la relation de travail. Or, le travailleur n'a généralement que peu d'intérêt à abandonner la place de travail qu'il vient d'acquérir. Certes, l'alinéa 3 de l'article 320 du code des obligations prévoit que la nullité du contrat de travail révélée après le commencement de son exécution ne supprime pas les conséquences juridiques induites par la relation de travail jusqu'au moment où l'invalidation est demandée⁷⁹⁸. Cela signifie que le travailleur percevra la rémunération qui lui est due pour le travail qu'il a accompli, ce qui revient à une résiliation avec effet *ex nunc*⁷⁹⁹. Il n'en reste pas moins qu'il ne pourra que difficilement obtenir que l'employeur le rémunère à la hauteur du montant qu'il se représentait initialement. Quant à la nullité partielle (art. 20, al. 2 CO), elle n'est guère d'un meilleur secours : elle revient à supprimer purement et simplement la clause viciée concernant la rémunération⁸⁰⁰.

C'est donc plutôt à l'égard d'un **contrat de transaction**⁸⁰¹ qu'une déclaration d'invalidation sera plus utilement effectuée. À cet égard, le Tribunal fédéral a néanmoins jugé qu'une erreur sur les effets **accessoirs** de la transaction – soit une simple erreur sur les motifs – ne permet pas au travailleur de se soustraire à l'accord passé avec son employeur⁸⁰².

390

B. Dol

En matière de dol également, il appartient à la victime d'un dol de prouver celui-ci ; l'erreur causée par le dol doit avoir entraîné la conclusion du contrat, c'est-à-dire qu'un lien de causalité doit exister⁸⁰³. La question du dol en cas de non-communication d'une information lors de la conclusion d'une transaction est particulièrement complexe ; à tout le moins, celui qui ne reconnaît pas que son cocontractant pourrait se

391

⁷⁹⁶ Cf. Gabriel Aubert, in CR-CO I, N 3 *ad* art. 320 CO ; Rehinder/Stöckli, N 30 *ad* art. 320 CO.

⁷⁹⁷ Bruno Schmidlin, in CR-CO I, N 21 *ad* art. 31 CO.

⁷⁹⁸ Cette solution est soumise à trois conditions cumulatives : le caractère **licite et non contraire aux mœurs** de la prestation ; la présence d'un **vice** entraînant la nullité du contrat ; la **bonne foi** du salarié, soit sa conviction subjective que le contrat était valable (condition que le Tribunal fédéral interprète assez largement en faveur du salarié). Cf. TF, 21 juin 1988, ATF 114 II 279, JT 1988 I 537, SJ 1988 609 ; TF, 11 mai 1992, ATF 118 V 79.

⁷⁹⁹ La résiliation *ex nunc* est de toute façon admise par la doctrine lors de l'invalidation des contrats de longue durée lorsque la rétroactivité créerait des difficultés insurmontables. Cf. Bruno Schmidlin, in CR-CO I, N 30-33 *ad* art. 31 CO.

⁸⁰⁰ Une possibilité consisterait toutefois à autoriser le juge à déterminer la rémunération en fonction de l'usage (cf. art. 322 CO) ou *ex aequo et bono*.

⁸⁰¹ Sur cette institution, cf. *infra* n° 2218 et s.

⁸⁰² TF, 3 mars 1992, ATF 118 II 58, JT 1993 I 154, cons. 3b.

⁸⁰³ TF, 4 mars 2015, 4A_527/2014 : la preuve du comportement dolosif fait cependant présumer l'existence d'un tel lien, si bien qu'il appartient à l'auteur du dol d'apporter la contre-preuve que la victime aurait conclu le contrat même sans la tromperie.

tromper ne prend pas sciemment en compte que cette erreur peut entraîner la conclusion de la convention, le fait que l'erreur soit reconnaissable n'y changeant rien⁸⁰⁴.

Il a été jugé qu'un contrat de travail de droit public pouvait être annulé pour vice du consentement, si une postulante avait passé sous silence, durant l'entretien d'embauche, une procédure pénale pendante à son encontre, susceptible de porter une atteinte considérable à sa capacité de travail et, par conséquent, à l'exécution du contrat⁸⁰⁵.

c. Crainte fondée

392 Quant à la crainte fondée, elle est constituée par une contrainte matérielle (*vis absoluta*) ou une contrainte morale (*vis compulsiva*)⁸⁰⁶. Le travailleur peut par exemple invoquer la nullité d'un **avenant** modifiant sa rémunération, si l'employeur lui a inspiré une crainte fondée, intentionnellement et sans droit, pour le déterminer à accepter la modification ; la cause de la crainte est la menace d'un mal futur dans l'hypothèse d'un refus d'obtempérer⁸⁰⁷. Il doit ressortir des faits que l'employeur a usé d'intimidation à l'endroit du salarié⁸⁰⁸.

§ 3 : Forme du consentement

A. Absence de forme en droit commun du travail

393 La validité des contrats n'est subordonnée à l'observation d'une forme particulière qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi (art. 11, al. 1 CO)⁸⁰⁹. À défaut de disposition contraire sur la portée et les effets de la forme prescrite, le contrat n'est valable que si cette forme a été observée (art. 11, al. 2 CO). Lorsque la loi exige qu'un contrat soit fait en la forme écrite, cette règle s'applique également à toutes les modifications du contrat, hormis les stipulations complémentaires et accessoires qui ne sont pas en contradiction avec l'acte (art. 12 CO). Le contrat pour lequel la loi exige la forme écrite doit être signé par toutes les personnes auxquelles il impose des obligations (art. 13 CO).

⁸⁰⁴ TF, 19 juillet 2016, 4A_23/2016, en particulier cons. 4.

⁸⁰⁵ TF, 30 janvier 2006, 2A.621/2005, ATF 132 II 161, recht 2006 144, RDAF 2007 I 567, com. Portmann *in* recht 2006 144, com. Koller *in* RJB 2008 327, cons. 4.

⁸⁰⁶ Cf. TF, 16 juin 1981, ATF 107 IV 107, JT 1982 IV 157, cons. 3c ; Bruno Schmidlin, *in* CR-CO I, N 1-24 *ad* art. 29 & 30 CO.

⁸⁰⁷ TF, 19 novembre 1987, SJ 1988 562 ; TF, 13 juillet 2001, 4C.81/2001, cons. 3a.

⁸⁰⁸ TF, 13 juillet 2001, 4C.81/2001, cons. 3b.

⁸⁰⁹ Par exemple, pour le contrat d'engagement des marins (art. 69, al. 2 LNM), pour le contrat de travail de droit public (art. 8, al. 1 LPers).

En droit commun du travail, le contrat n'est soumis à aucune forme spéciale (art. 320, al. 1 CO)⁸¹⁰. Il existe une présomption légale de conclusion du contrat de travail lorsqu'une partie accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire (art. 320, al. 2 CO). Logiquement, il faut que les critères du contrat de travail soient remplis pour que celui-ci soit réputé conclu⁸¹¹.

394

Même lorsqu'il n'existe pas d'obligation de forme légale, les parties peuvent convenir de donner une forme spéciale à leur contrat de travail. Dans un tel cas, elles sont réputées n'avoir entendu se lier que dès l'accomplissement de cette forme (art. 16 CO). Une telle situation peut survenir également pour la modification du contrat de travail⁸¹² ou sa résiliation. Si les parties ont prévu le respect d'une forme particulière pour modifier le contrat de travail ou le résilier, toute modification ou résiliation est en principe nulle de plein droit si la forme convenue n'a pas été respectée.

395

Les contrats de travail spéciaux peuvent être soumis à une obligation de forme. Le contrat d'engagement d'un marin, par exemple, doit indiquer « de manière claire et précise » le « salaire et la monnaie dans laquelle il sera payé » (art. 70, g LNM). Dans l'hypothèse d'une location de service, le contrat de travail doit mentionner expressément le salaire, les indemnités et allocations ainsi que les déductions afférentes aux assurances sociales (art. 19, al. 2, e LSE) et les prestations dues en cas d'heures supplémentaires (art. 19, al. 2, g LSE).

396

B. Obligation d'information de l'employeur

L'absence d'exigence de forme du contrat de travail a pour but de protéger la personne qui aurait travaillé, dans les faits, comme salariée alors même que la personne qui l'a employée aurait négligé de prévoir les modalités de la rémunération du travail fourni (art. 320, al. 2 CO)⁸¹³. Cependant, la philosophie de protection du salarié qui préside à cette règle peut produire l'effet inverse : l'absence d'exigence de forme peut devenir synonyme d'absence de connaissance par le salarié des conditions de son engagement. En vue de prévenir une telle carence, le code prévoit qu'un devoir d'information pèse sur l'employeur.

397

Le devoir d'information est une **obligation accessoire** de l'employeur, dont le salarié peut demander le respect indépendamment de toute autre obligation⁸¹⁴.

⁸¹⁰ TF, 15 mars 2017, 4A_619/2016, cons. 7.3.1.2.

⁸¹¹ La présomption de la conclusion tacite d'un contrat de travail ne vaut pas lorsque les parties ont manifestement et clairement convenu de la gratuité (TF, 20 mai 2015, 4A_19/2015, cons. 3).

⁸¹² Cf. *infra* 3^e partie, titre 3.

⁸¹³ Sauf exception (par exemple art. 360 CO), la rémunération peut être conclue par oral même si la forme écrite est prescrite pour le contrat de travail en question : Streiff/von Känel/Rudolph, N 3 *ad* art. 322 CO.

⁸¹⁴ Thomas Pietruszak, « Die Informationspflichten des Arbeitgebers gemäß Art. 330b OR – zu Hintergrund, Inhalt und Rechtsfolgen der neuen Regelung », Jusletter 29 mai 2006.

- 398 **Signification et régime de l'obligation d'information.** Le devoir d'information fut introduit par souci de compatibilité de la législation fédérale suisse avec le droit communautaire européen. Il est régi par l'article 330b du code des obligations⁸¹⁵. Ainsi, si la loi n'impose pas de forme de principe au contrat de travail, l'employeur n'en est pas moins tenu d'une obligation à l'égard du travailleur, lorsque le rapport de travail a été convenu pour une durée indéterminée ou pour plus d'un mois. L'employeur doit informer le travailleur par écrit, au plus tard un mois après le début du rapport de travail, sur le nom des parties, la date du début du rapport de travail, la fonction du travailleur, le salaire et les éventuels suppléments salariaux et la durée hebdomadaire du travail (art. 330b, al. 1 CO).
- 399 Il en résulte que, pour s'acquitter de son devoir d'information en matière de rémunération, l'employeur doit indiquer le **montant** de la rémunération, sa **structure** et ses **modalités**. Pour le salaire fixe, l'énonciation du montant mensuel ou annuel est suffisante ; pour la rémunération variable, l'employeur doit indiquer les « facteurs de calcul ». Dans l'hypothèse où la rémunération n'aurait pas fait l'objet d'un accord entre les parties, l'employeur doit indiquer le montant du salaire usuel⁸¹⁶. En revanche, l'employeur n'est pas astreint à un devoir d'information au sujet des formes de rémunération discrétionnaire⁸¹⁷. L'employeur mentionnera également le lieu, le moment, le temps et les moyens de paiement⁸¹⁸.
- 400 Lorsque ces éléments sont **modifiés** durant le rapport de travail, les modifications doivent être communiquées par écrit au travailleur, au plus tard un mois après qu'elles ont pris effet (art. 330b, al. 2 CO).
- 401 La réglementation légale ne prévoit pas de **sanction** particulière contre l'employeur qui ne respecterait pas son devoir d'information. Lorsque le salarié cherche à reprocher un défaut d'information à l'employeur, il peut invoquer le fondement de la bonne foi (art. 2 CC), pour ne pas avoir attiré son attention sur certains éléments pertinents pour le calcul. Le Tribunal fédéral semble n'admettre ce grief que lorsque la façon de calculer la rémunération variable est insolite⁸¹⁹.
- 402 Une sanction pourrait être admise si l'on accepte la théorie selon laquelle l'allocation de dommages-intérêts, y compris forfaitaires, est un mode d'exécution par équivalent du contrat inexécuté ; selon cette théorie, la simple constatation de l'inexécution suffit à justifier l'allocation de dommages-intérêts⁸²⁰. Autre possibilité : considérer que le travailleur qui n'a pas été clairement mis au courant des éléments contractuels de son rapport de travail subit, de ce fait, un tort moral. Cela impliquerait toutefois de

⁸¹⁵ Une obligation similaire est inscrite à l'article 19, alinéa 2, de la loi fédérale sur la location de services.

⁸¹⁶ Wolfgang Portmann, « Die Informationspflicht des Arbeitsgebers gemäß Art. 330b OR », DTA 2007 5 ; Marie-Gisèle Danthe, in Commentaire Dunand/Mahon, N 23 *ad* art. 322 CO.

⁸¹⁷ Cf. Wolfgang Portmann, « Die Informationspflicht des Arbeitsgebers gemäß Art. 330b OR », DTA 2007 5.

⁸¹⁸ Pour le régime juridique de ces différents éléments, cf. *infra* n° 1517 et s.

⁸¹⁹ TF, 3 avril 2012, 4A_716/2011, DTA 2012. 248, JAR 2013 221, cons. 3.6.

⁸²⁰ Cf. Jacques Ghestin, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J./L'Extensio éditions, 2013, p. 5.

reconnaître qu'une atteinte à la personnalité d'une certaine gravité est matérialisée du seul fait de l'absence d'information.

Obligation d'information en cours d'exécution du rapport de travail. Le travailleur est souvent moins bien armé que l'employeur pour connaître le régime juridique applicable au rapport de travail. Aussi n'est-il pas rare qu'un travailleur cherche à se prévaloir de sa méconnaissance de la loi pour justifier le non-respect d'une incombance pesant sur lui (par exemple, le fait de ne pas avoir offert ses services durant une période pour laquelle il prétend à une rémunération). En vertu du principe selon lequel nul n'est censé ignorer la loi, il ne revient pas à l'employeur d'informer le travailleur sur ses droits. La jurisprudence juge notamment que l'employeur n'a pas, en règle générale, l'obligation d'informer le travailleur sur ses droits en matière de protection contre les licenciements⁸²¹. Toutefois, en vertu du principe de la bonne foi et de son obligation de diligence, l'employeur assume un devoir d'information lorsqu'il se rend compte ou devrait se rendre compte de l'erreur du travailleur, tout en étant conscient que celui-ci subira un préjudice irréparable en ne faisant pas valoir les droits découlant de la protection contre les congés⁸²².

403

C. Langue du contrat de travail

Le droit à l'information qui est reconnu au salarié n'aurait **aucune effectivité** si des règles ne venaient préciser la langue dans laquelle cette information doit être donnée. Le droit suisse est globalement peu regardant sur la question : la langue du contrat importe peu dès lors qu'il est établi que la volonté des parties est concordante⁸²³. Or, par un phénomène de globalisation de l'économie, il arrive que des contrats de travail soient conçus dans un pays utilisant une autre langue que celui dans lequel il sera appliqué.

404

Bien qu'aucune sanction spécifique n'existe, il paraîtrait judicieux que le contrat de travail fût rédigé ou traduit **dans la langue qui prévaut au lieu d'exécution du travail**, et ce pour deux raisons distinctes :

405

1° pour une raison **théorique** : un contrat de travail doit être inscrit dans un référent culturel commun aux parties, car elles doivent en partager les valeurs. D'ailleurs, une langue charrie avec elle tout un substrat idéologique⁸²⁴. À défaut, le sens véritable de la réglementation risquerait d'échapper à la partie concernée et son consentement pourrait être vicié. De plus, l'importation pure et simple de contrats de travail à partir

⁸²¹ TF, 17 août 1989, ATF 115 V 437, cons. 6d ; TF, 23 octobre 1992, 4C.383/1991, SJ 1993 365, cons. 3d ; TF, 1^{er} septembre 2005, 4C.230/2005, cons. 3.3 ; TF, 23 octobre 2006, 4C.155/2006, cons. 5.2.

⁸²² Question laissée ouverte par la jurisprudence : TF, 17 août 1989, ATF 115 V 437, cons. 6b ; TF, 1^{er} septembre 2005, 4C.230/2005, cons. 3.3 ; TF, 23 octobre 2006, 4C.155/2006, cons. 5.2.

⁸²³ GSG/BS, 19 juin 1989, JAR 1992 199 ; AG/ZH, 20 novembre 1989, JAR 1991 98 (même si le contrat est rédigé dans une langue que le salarié ne comprend pas).

⁸²⁴ Cf. par exemple : Anna Lietti, « Et voilà pourquoi l'allemand met le verbe à la fin », entretien avec Heinz Wismann, *Le Temps*, 25 septembre 2012.

de systèmes étrangers, sans souci d'acculturation ni langagière, ni juridique aboutit bien souvent à des complications.

2° pour une raison **pratique** : on constate fréquemment que les parties croient mieux maîtriser le vocabulaire et la grammaire d'une langue étrangère que ce n'est le cas en réalité⁸²⁵. Les litiges dans lesquels des parties francophones, germanophones ou italophones se battent sur le sens d'un mot ou d'une phrase d'un document rédigé en anglais sont loin d'être isolés⁸²⁶, sans compter les erreurs de traduction restées inaperçues⁸²⁷.

Aussi la prudence comme la sécurité du droit se joignent-elles pour commander de s'accorder sur les termes précis d'une langue présumée être comprise avec certitude par les parties soit, idéalement, la langue du lieu d'exécution du contrat, comme c'est d'ores et déjà le cas pour le certificat de travail⁸²⁸.

Section 3 : Objet

406 L'objet de l'obligation est la **prestation promise** par le débiteur. L'objet doit être **déterminé, possible et licite**. Le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs (art. 20, al. 1 CO). Si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles (art. 20, al. 2 CO).

407 **Objet déterminé.** L'objet d'un contrat peut être librement déterminé, dans les limites de la loi (art. 19, al. 1 CO).

Les parties doivent s'être mises d'accord sur les points essentiels du contrat tant objectivement (*essentialia negotii*) que subjectivement⁸²⁹. La durée du travail et la

⁸²⁵ Pour un exemple où la clause d'un contrat de travail rédigé en anglais contenait une faute de grammaire : TF, 3 avril 2012, 4A_716/2011, DTA 2012 248, JAR 2013 221. Cf. également l'étude parue dans le numéro 26-27 de la revue médicale danoise *Läkartidningen* révélant que les médecins danois qui avaient lu un article d'information médicale en anglais avaient perdu 25 % d'information par rapport aux médecins ayant lu le même article dans leur langue maternelle, alors même que les médecins désavantagés avaient indiqué comprendre parfaitement l'anglais.

⁸²⁶ Voir par exemple TF, 26 juin 2009, 4A_200/2009, cons. 3 ; TF, 6 juin 2011, 4A_152/2011 et 4A_156/2011, cons. 4.2 ; TF, 9 novembre 2011, 4A_356/2011, cons. 8.4 ; TF, 3 avril 2012, 4A_716/2011, JAR 2013 221, DTA 2012 248.

⁸²⁷ Comme dans cette affaire (TF, 1^{er} novembre 2012, 4A_400/2012) où les juges ont traduit « *granted solely at the Company's discretion* » par « octroyé uniquement à la discrétion de la société », alors qu'en français « à la discrétion de » signifie soit « à la compétence de », soit « à la sagesse de » (*Trésor de la langue française*, < atilf.atilf.fr >).

⁸²⁸ TF, 5 septembre 2003, 4C.129/2003, cons. 6.1 ; TF, 13 septembre 2007, 4A_117/2007. La doctrine précise que cette logique de rédaction du certificat de travail dans la langue usuelle du lieu de travail répond au but du certificat (Susanne Janssen, *Die Zeugnispflicht des Arbeitsgebers*, Berne, thèse, 1996, p. 67). Si la langue du lieu de travail est différente de la langue de travail, un certificat dans les deux langues est conseillé (David Aubert, in Commentaire Dunand/Mahon, N 11 ad art. 330a CO).

⁸²⁹ Arrêt de principe : TF, 2 novembre 1945, ATF 71 II 267, JT 1946 I 198, cons. 3.

rémunération sont des éléments essentiels du contrat de travail⁸³⁰. Cependant, l'absence de clause expresse régissant la durée du travail ou la rémunération ne fait pas obstacle à l'existence du contrat de travail⁸³¹ ; en effet, il suffit, pour qu'il y ait contrat de travail, que, d'après les circonstances, le travail ne soit fourni que contre rémunération (art. 320, al. 2 CO)⁸³². Dans l'hypothèse où la rémunération n'est pas déterminée par le contrat de travail individuel ni par un contrat-type ou une convention collective, l'employeur doit payer le salaire « usuel » (art. 322, al. 1^{er} CO), lequel inclura, le cas échéant, une part variable, en fonction des usages de la branche considérée.

Objet possible. L'objet du contrat doit être possible. Cette exigence implique notamment que les objectifs fixés au contrat soient non seulement humainement réalisables, mais encore dans une mesure qui respecte la *personnalité* du salarié (art. 328 CO).

408

Objet licite. L'objet du contrat ne doit pas être *illicite* ni *contraire aux mœurs*. La prestation de travail ne saurait donc porter sur un acte illicite (transport de drogue ou d'armes hors des cas autorisés par la loi, etc.).

409

Par ailleurs, doivent être considérées comme illicites toutes les clauses ayant pour effet – direct ou indirect – de mettre en danger la *santé* ou la *sécurité* du travailleur, notamment celles qui ont pour effet de l'inciter à enfreindre les règles de sécurité. Un grand nombre de règles protectrices sont répertoriées dans la loi sur le travail et ses ordonnances.

Le risque de danger pour la santé ou la sécurité peut parfois se cacher dans des clauses plus insidieuses. Par exemple, les primes de rendement au kilomètre dans le domaine des transports routiers et les primes « au bon » pour les coursiers, c'est-à-dire toutes les rémunérations qui augmentent à mesure que la distance parcourue par les travailleurs augmente. Ces deux sortes de primes incitent en effet à effectuer un maximum de courses dans un temps donné, donc à circuler le plus rapidement possible⁸³³.

⁸³⁰ Cf. Tercier/Bieri/Carron, p. 366.

⁸³¹ Gabriel Aubert, in CR-CO I, N 17 *ad* art. 319 CO.

⁸³² Cf. également la règle posée par l'article 322 du code des obligations et celle posée par l'article 326a, alinéa 2, du même code.

⁸³³ À l'étranger, la Cour de cassation française a par exemple jugé que des salariés engagés en qualité de coursiers à deux roues pour une entreprise de transport routier de marchandises de proximité pouvaient à bon droit reprocher à leur employeur de compromettre leur sécurité en leur proposant une prime dite d'efficacité, intégrée à la part variable de leur rémunération et calculée en fonction du nombre de bons payés par les clients, réalisés au-delà d'un nombre déterminé (Cour de cass. fr., soc., 13 novembre 2003, n° 01-46075 & n° 01-46089, *Bull. civ. V*, n° 282, *RJS* 1/04, n° 130 ; Cour de cass. fr., soc., 24 septembre 2008, n° 07-44847, *Bull. civ. V*, n° 186). L'argument de l'employeur selon lequel l'attribution de certains bons tiendrait compte du temps d'attente du coursier chez le client est inopérant (Cour de cass. fr., soc., 6 octobre 2010, n° 05-43530). La sanction de l'instauration de primes de ce genre obéit à un régime dérogatoire du droit commun des clauses illicites : la clause instaurant une prime ne sera pas considérée comme nulle, mais l'irrégularité sera sanctionnée par la prétention reconnue à tout salarié concerné d'exiger le paiement correspondant au montant de la prime qu'il ait atteint les objectifs ou non (Cour de cass. fr., soc., 21 mars 2007, n° 05-45667).

410 En outre, sont **contraires aux mœurs** les clauses qui indexerait la rémunération sur des objectifs pénalement répréhensibles⁸³⁴ ou même « socialement injustifiés »⁸³⁵. Est visée, par exemple, la rémunération dont le montant progresserait dans la même mesure que le nombre de licenciements effectués par un cadre dirigeant.

L'interdiction de l'illicéité s'applique non seulement à l'objet du contrat, mais également à l'objet de toute condition qui serait stipulée entre les parties. En effet, lorsque la condition stipulée a pour objet de provoquer soit un acte, soit une omission illicite ou contraire aux mœurs, l'obligation qui en dépend est nulle et de nul effet (art. 157 CO).

411 **Cause.** La cause n'est pas une condition de validité du contrat en droit suisse (cf. art. 17 CO). Pourtant, il est souvent fait référence à la notion d'équivalence des prestations en jurisprudence et en doctrine travailliste.

412 **Lésion.** Enfin, le contrat ne doit pas être lésionnaire. En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience (art. 21 CO).

Le régime actuel de la lésion rend son application mal aisée pour les contrats de durée⁸³⁶.

Section 4 : Nullité du contrat de travail

§ 1 : Les effets de la nullité

413 Comme nous l'avons vu ci-dessus, différentes situations sont susceptibles de rendre nul tout ou partie du contrat de travail. La nullité est une fiction juridique qui consiste à faire comme si un contrat (ou une clause – il s'agit alors d'une nullité partielle (cf. art. 20, al. 2 CO), laquelle doit être privilégiée à la nullité complète chaque fois que c'est possible⁸³⁷ –) que les parties ont pu croire réel à un moment donné n'était jamais parvenu à l'existence. Les effets de la nullité ne sauraient toutefois être aveugles à la réalité des faits qui se sont déroulés sur la base de la croyance des parties en l'existence du contrat nul. En droit du travail, le travailleur ne peut faire comme s'il n'avait jamais effectué le travail en vertu d'un contrat nul. C'est ainsi que la loi prévoit

⁸³⁴ René Hirsiger,  Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis, Berne, Stämpfli, 2011, p. 91.

⁸³⁵ Nous empruntons cette expression au droit allemand (« sozial ungerechtfertigt »), bien que ce dernier l'emploie dans un autre contexte, celui du licenciement (cf. § 1 du Kündigungsschutzgesetz).

⁸³⁶ En matière de rémunération, cf. *infra* n° 1434.

⁸³⁷ Du même avis : Pascal Mahon/Eloi Jeannerat, in Commentaire Dunand/Mahon, N 23 *ad* art. 342 CO.

une *lex specialis* par rapport à l'article 20 du code des obligations⁸³⁸ : « Si le travailleur fournit de bonne foi un travail pour l'employeur en vertu d'un contrat qui se révèle nul par la suite, tous deux sont tenus de s'acquitter des obligations découlant des rapports de travail, comme s'il s'agissait d'un contrat valable, jusqu'à ce que l'un ou l'autre mette fin aux rapports de travail en raison de l'invalidité du contrat. » (art. 320, al. 3 CO)

Contrairement au droit commun des obligations, il existe donc une fiction de validité du contrat de travail nul. Les difficultés liées aux effets de la nullité étant communes à tous les contrats de durée, la jurisprudence applique cette disposition comme un principe général du droit⁸³⁹.

Cette fiction est subordonnée à la **bonne foi du travailleur**. La bonne foi est présumée (art. 3, al. 1 CC). L'interdiction de se prévaloir de sa bonne foi lorsqu'elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui (art. 3, al. 2 CC) n'est pas applicable en droit du travail⁸⁴⁰. Le travailleur n'est de mauvaise foi au sens de cette disposition que s'il avait connaissance non seulement du caractère illicite d'un accord, mais encore de l'invalidité elle-même, c'est-à-dire de la conséquence juridique⁸⁴¹. En d'autres termes, le travailleur doit connaître non seulement le vice dans la formation du contrat, mais encore il doit être établi qu'il avait la connaissance (positive) de l'invalidité juridique du contrat comme conséquence de ce vice⁸⁴². Ce régime vise notamment à protéger les travailleurs étrangers dépourvus d'autorisation de travail⁸⁴³. On doit donc considérer que seuls peuvent être privés de la présomption de bonne foi les travailleurs qui disposent des connaissances juridiques pertinentes⁸⁴⁴.

414

Cette solution n'est pas satisfaisante. Elle revient en effet à admettre qu'un travail effectué puisse ne pas être rémunéré, ce qui est la définition même de l'esclavage. On peine à envisager comment un travailleur pourrait, après avoir fourni sa prestation, devoir encore être condamné à rembourser son salaire à l'employeur. Ce dernier s'en trouverait manifestement enrichi illégitimement (art. 62 et s. CO). Il en irait de même en cas de non-paiement de la prestation effectuée. Le seul cas envisageable de non-paiement de la prestation de travail intervient lorsque la volonté de nuire à l'employeur est manifeste, par exemple dans l'hypothèse d'un travailleur n'ayant exercé son

415

⁸³⁸ TF, 22 août 2011, 6B_1000/2010, ATF 137 IV 305, JT 2012 IV 242, RDAF 2012 I 541, com. Langensand in Jusletter 14 mai 2012, com. Bommer/Kaufmann in RJB 2015 888, cons. 3.3.

⁸³⁹ TF, 21 février 2003, 4C.352/2012, ATF 129 III 320, JT 2003 I 331, cons. 7.1.2.

⁸⁴⁰ TF, 23 novembre 2005, 4C.325/2005, ATF 132 III 242, JT 2006 I 49, SJ 2006 I 317, com. Hartmann in RJB 2007 277, com. Walter in RJB 2007 748, com. Koller in RJB 2008 353, cons. 4.2.5.

⁸⁴¹ *Ibidem*.

⁸⁴² TF, 23 novembre 2005, 4C.325/2005, précité, cons. 4.2.4 ; TF, 7 septembre 2006, 4C.226/2006, ATF 132 III 753, JT 2007 I 239, SJ 2007 I 253, com. Senti in PJA 2007 670, com. Portmann in DTA 2007 79, com. Koller in RJB 2008 354, cons. 2.4.

⁸⁴³ TF, 22 août 2011, 6B_1000/2010, ATF 137 IV 305, JT 2012 IV 242, RDAF 2012 I 541, com. Langensand in Jusletter 14 mai 2012, com. Bommer/Kaufmann in RJB 2015 888, cons. 3.3.

⁸⁴⁴ Rémy Wyler, in Commentaire Dunand/Mahon, N 33 ad art. 320 CO.

activité que dans le but d'infiltrer, d'espionner ou de porter un préjudice certain à l'entreprise.

§ 2 : Le régime de la nullité résultant de la violation d'une disposition impérative de la loi

416 Le travailleur ne peut pas 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 (art. 341, al. 1 CO). Il résulte de ce principe que toute disposition contractuelle, réglementaire ou conventionnelle qui serait contraire à une disposition impérative est nulle⁸⁴⁵.

417 Une convention de renonciation qui serait passée au-delà des limites temporelles de l'article 341 du code des obligations est soumise à la règle générale de l'article 20 du code des obligations⁸⁴⁶. Le Tribunal fédéral est allé jusqu'à se demander si certaines règles impératives, en raison de leur sens et de leur but, ne devaient pas exclure toute possibilité de renonciation, de façon illimitée dans le temps⁸⁴⁷. On placerait volontiers dans ces règles impératives de façon illimitée celles qui correspondent au noyau fondamental du droit du travail, par exemple tel qu'il ressort des conventions de l'Organisation internationale du travail⁸⁴⁸.

§ 3 : Cas particulier du contrat de travail ne parvenant jamais à l'existence en raison de la non-réalisation d'une condition suspensive

418 Comme tout contrat, le contrat de travail peut être conditionnel, lorsque l'existence de l'obligation qui en forme l'objet est subordonnée à l'arrivée d'un événement incertain. Il ne produit d'effets qu'à compter du moment où la condition s'accomplit, si les parties n'ont pas manifesté d'intention contraire (art. 151 CO).

Par exemple, il est possible de soumettre le contrat de travail à la condition suspensive que la personne embauchée présente les garanties nécessaires à l'exercice de son activité (pour un avocat, le gérant d'une banque, cf. art. 3, al. 2, c et d LB). Il est également possible de le soumettre à la condition que soit délivrée une autorisation de travail valable en faveur du travailleur étranger⁸⁴⁹.

⁸⁴⁵ François Bohnet/Patricia Dietschy, in Commentaire Dunand/Mahon, N 19 ad art. 341 CO ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 3 ad art. 341 CO.

⁸⁴⁶ TF, 10 novembre 2016, 4A_328/2016, cons. 3.4.3.

⁸⁴⁷ *Ibidem*.

⁸⁴⁸ Cf. *supra* n° 281 et s.

⁸⁴⁹ Cf. *infra* n° 554 et s.

Si la condition suspensive ne se réalise jamais, le contrat de travail ne parvient pas à l'existence. Les conséquences juridiques des éventuelles actions entreprises par les parties sont soumises au régime de la responsabilité précontractuelle⁸⁵⁰.

Chapitre 3 : L'interprétation du contrat de travail

Section 1 : Les règles d'interprétation

Pour apprécier le contenu, explicite ou implicite, de tout contrat – le contrat de travail y compris –, le juge doit rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (ce que l'on appelle l'**interprétation subjective**), sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la véritable nature de la convention et, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices (art. 18, al. 1 CO)⁸⁵¹.

419

Selon la jurisprudence, constituent des indices en ce sens non seulement la teneur des déclarations de volonté – écrites ou orales –, mais encore le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté des parties, qu'il s'agisse de déclarations antérieures à la conclusion du contrat ou de faits postérieurs à celle-ci, en particulier le comportement ultérieur des parties établissant quelles étaient à l'époque les conceptions des contractants eux-mêmes⁸⁵². L'appréciation de ces indices concrets par le juge se fait « selon son expérience générale de la vie »⁸⁵³. Si l'interprétation subjective donne satisfaction, cette démarche aboutit à une constatation de fait⁸⁵⁴, qui lie le Tribunal fédéral (art. 105, al. 1 LTF), à moins qu'elle ne soit manifestement inexacte (art. 97, al. 1 et 105, al. 2 LTF), c'est-à-dire arbitraire au sens de l'article 9 de la Constitution fédérale⁸⁵⁵.

420

Si l'interprétation subjective est impossible ou insatisfaisante, alors s'applique le principe de la confiance (que l'on appelle l'**interprétation objective**)⁸⁵⁶. L'interprétation objective consiste à rechercher la volonté objective des parties, en

421

⁸⁵⁰ Cf. *supra* n° 344 et s.

⁸⁵¹ TF, 3 septembre 2015, 4A_200/2015, cons. 4.1 ; cf. également (en matière de contrat d'entreprise) : TF, 21 mai 2012, 4A_65/2012, cons. 10.2.

⁸⁵² Cf. *pro multis* : TF, 4 novembre 1986, ATF 112 II 337, cons. 4a ; TF, 14 juillet 1992, ATF 118 II 365, cons. 1 ; TF, 3 septembre 2015, 4A_200/2015, cons. 4.1 ; TF, 15 mars 2017, 4A_619/2016, cons. 7.1.

⁸⁵³ TF, 15 mars 2017, 4A_619/2016, cons. 7.1.

⁸⁵⁴ TF, 23 novembre 2005, 4C.292/2005, ATF 132 III 268, JT 2006 I 564, SJ 2006 I 359, com. Oetiker/Rey *in* PJA 2008 1522, com. Romy *in* RSPC 2009 323, com. Schmid *in* RJB 2010 558, com. Meregalli Do Duc *in* cdbf.ch 29 mars 2006, cons. 2.3.2.

⁸⁵⁵ TF, 22 juin 2016, 4A_557/2015, ATF 142 III 456, com. Dietschy-Martenet *in* Droitdu travail.ch août 2016, com. Ehrenström *in* Jusletter 10 octobre 2016, cons. 2.1.

⁸⁵⁶ TF, 22 septembre 2015, 4A_238/2015, cons. 4.

déterminant le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune d'elles pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre, autrement dit conformément au principe de la confiance⁸⁵⁷. Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime⁸⁵⁸. L'interprétation objective s'effectue non seulement d'après le texte et le contexte des déclarations, mais également en fonction des circonstances qui les ont précédées et accompagnées, à l'exclusion des événements postérieurs⁸⁵⁹. L'application du principe de la confiance est une question de droit que le Tribunal fédéral peut examiner librement (art. 106, al. 1 LTF)⁸⁶⁰.

422 Lorsqu'une clause est ambiguë, elle doit être interprétée en défaveur de celui qui l'a stipulée (*in dubio contra stipulatorem*). Cette règle ne s'applique qu'à titre subsidiaire, lorsque ni l'interprétation subjective ni l'interprétation objective n'ont permis de dégager le sens de la clause⁸⁶¹.

423 Le juge ne peut recourir à l'interprétation objective que s'il ne parvient pas à déterminer cette volonté réelle des parties – parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes – ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat⁸⁶² – ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'elle l'affirme en procédure, mais doit résulter de l'administration des preuves⁸⁶³.

424 Par exemple, lorsque, dans le cadre d'une fusion, un travailleur signe un nouveau contrat qui ne contient aucune disposition relative à la prévoyance professionnelle, mais qu'il avait été indiqué que le transfert dans la nouvelle entité s'effectuerait sans aucune perte d'ancienneté dans les années de cotisation – ce que le travailleur avait rappelé dans la lettre par laquelle il avait confirmé l'acceptation de son transfert –, et qu'il avait été déclaré à l'époque que les employés seraient transférés selon le système « un pour un » – à savoir que les employés transférés étaient engagés aux mêmes conditions que les employés déjà présents –, toutes les années passées au sein de l'entreprise transférante doivent être prises en compte pour déterminer les droits du

⁸⁵⁷ TF, 23 novembre 2005, 4C.292/2005, ATF 132 III 268, JT 2006 I 564, SJ 2006 I 359, com. Oetiker/Rey in PJA 2008 1522, com. Romy in RSPC 2009 323, com. Schmid in RJB 2010 558, com. Meregalli Do Duc in cdbf.ch 29 mars 2006, cons. 2.3.2 ; TF, 22 juin 2016, 4A_557/2015, ATF 142 III 456, com. Dietschy-Martenet in Droitdutravail.ch août 2016, com. Ehrenström in Jusletter 10 octobre 2016, cons. 2.1.

⁸⁵⁸ TF, 17 novembre 2016, 4A_296/2016, cons. 4.1 ; TF, 15 mars 2017, 4A_619/2016, cons. 7.1.

⁸⁵⁹ TF, 22 septembre 2015, 4A_238/2015, cons. 4.

⁸⁶⁰ TF, 17 novembre 2016, 4A_296/2016, cons. 4.1.

⁸⁶¹ TF, 7 mars 1996, ATF 122 III 118, cons. 2a ; TF, 15 mars 2007, 4C.374/2006, cons. 2.2.4 (non publié in ATF 133 III 201) ; TF, 18 novembre 2015, 4A_274/2014, cons. 4.1.1.

⁸⁶² TF, 1^{er} mars 2005, 7B.254/2004, ATF 131 III 280, SJ 2005 I 512, Pra 2006 8 56, cons. 3.1.

⁸⁶³ TF, 31 mars 2016, 4A_447/2015, ATF 142 III 336, com. Bohnet/Jeannin in Bail.ch mai 2016, com. Saviaux in CdB 2016 55, cons. 4.2.1 ; TF, 22 juin 2016, 4A_557/2015, ATF 142 III 456, com. Dietschy-Martenet in Droitdutravail.ch août 2016, com. Ehrenström in Jusletter 10 octobre 2016, cons. 2.1. Pour des exemples d'interprétation de contrats de travail, cf. TF, 3 décembre 2003, 4C.240/2003, cons. 3 ; TF, 15 mars 2005, 4C.397/2004, cons. 3 ; TF, 29 juin 2007, 4A_89/2007, cons. 3.

travailleur dans le cadre de la prévoyance professionnelle⁸⁶⁴. Dès lors que l'employeur avait choisi librement de financer une rente-pont AVS pour ses employés, il devait traiter le travailleur en question conformément aux engagements pris lors de son transfert, soit comme un employé qui aurait œuvré à son service dès le début de son rapport de travail avec l'entreprise transférante. L'argument selon lequel un droit général à l'égalité de traitement n'existe pas en droit privé du travail tombe à faux puisque le travailleur n'invoque pas un tel droit général, mais bien un engagement contractuel spécifique, en vertu duquel l'employeur devait tenir compte de ses années de service auprès de l'entreprise transférante notamment en matière de prévoyance professionnelle⁸⁶⁵.

Section 2 : La simulation

Dans certaines situations, les parties simulent certaines clauses du contrat de travail. Il y a acte simulé au sens de l'article 18 du code des obligations lorsque les deux parties sont d'accord que les effets juridiques correspondant au sens objectif de leur déclaration ne doivent pas se produire et qu'elles n'ont voulu créer que l'apparence d'un acte juridique à l'égard des tiers⁸⁶⁶. La volonté de simuler un acte juridique est nécessairement liée à une intention de tromper (*Täuschungsabsicht*)⁸⁶⁷.

En cas de simulation, la volonté véritable des parties tendra soit à ne produire aucun effet juridique, soit à produire un autre effet que celui de l'acte apparent ; dans ce dernier cas, les parties entendent en réalité conclure un second acte dissimulé⁸⁶⁸. Juridiquement inefficace d'après la volonté réelle et commune des parties, le contrat simulé est nul⁸⁶⁹, tandis que le contrat dissimulé – que, le cas échéant, les parties ont réellement conclu – est valable si les dispositions légales auxquelles il est soumis quant à sa forme et à son contenu ont été observées⁸⁷⁰.

Il incombe à celui qui se prévaut de la simulation d'en apporter la preuve (cf. art. 8 CC), la jurisprudence refusant d'admettre trop facilement que les déclarations ou attitudes des parties ne correspondent pas à leur volonté réelle⁸⁷¹.

⁸⁶⁴ TF, 16 février 2017, 4A_584/2016, cons. 2.5-2.6.

⁸⁶⁵ *Ibidem*.

⁸⁶⁶ TF, 30 septembre 1971, ATF 97 II 201, cons. 5 ; TF, 4 novembre 1986, ATF 112 II 337, JT 1987 I 170, cons. 4a ; TF, 14 avril 1997, ATF 123 IV 61, JT 1999 IV 3, cons. 5c/cc ; TF, 25 août 2016, 4A_90/2016, cons. 3.3.2.

⁸⁶⁷ TF, 25 août 2016, 4A_90/2016, cons. 3.3.2.

⁸⁶⁸ TF, 4 novembre 1986, ATF 112 II 337, cons. 4a ; TF, 14 avril 1997, ATF 123 IV 61, cons. 5c/cc ; p. 343 ; TF, 25 août 2016, 4A_90/2016, cons. 3.3.2.

⁸⁶⁹ TF, 30 septembre 1971, ATF 97 II 201, cons. 5 ; TF, 14 avril 1997, ATF 123 IV 61, cons. 5c/cc.

⁸⁷⁰ TF, 25 août 2016, 4A_90/2016, cons. 3.3.2.

⁸⁷¹ TF, 4 novembre 1986, ATF 112 II 337, cons. 4a ; TF, 26 mai 2008, 4A_96/2008, SJ 2008 I 448, cons. 2.3 ; TF, 25 août 2016, 4A_90/2016, cons. 3.3.2.

427 Selon le Tribunal fédéral, du moment qu'il est établi en fait que le salaire indiqué dans le contrat de travail écrit ne correspondait pas à la volonté réelle des parties, que celles-ci étaient bien plutôt convenues de rémunérer le travailleur sous la forme de commissions sur les affaires amenées par celui-ci, que l'accord avait notamment pour but de tromper les autorités fiscales, une cour cantonale a pu admettre, sans violer le droit fédéral, que les parties avaient réciproquement et d'une manière concordante manifesté la volonté de dissimuler leur accord véritable derrière un acte apparent destiné à induire en erreur⁸⁷².

Chapitre 4 : Les contrats de travail spéciaux

428 Du contrat de travail **ordinaire**, de droit commun, réglementé principalement aux articles 319 à 342 du code des obligations, se distinguent différents contrats de travail **spéciaux**.

Les spécificités peuvent tenir :

- au **lieu de travail** (Section 1),
- au **temps de travail** (Section 2),
- à la **personne du travailleur** (Section 3),
- à la **personne de l'employeur** (Section 4).

429 La loi précise que les règles générales du contrat individuel de travail s'appliquent à titre supplétif au contrat de travail à domicile et au contrat d'engagement des voyageurs de commerce (art. 355 CO). Il faut voir dans cette disposition un principe général : le droit commun du travail s'applique à titre supplétif à tous les contrats de travail spéciaux.

Section 1 : Spécificités relatives au lieu du travail

430 Le **travail à domicile** (§ 1) – qu'il faut distinguer du **télétravail** (§ 2) – représente l'une des spécificités relatives au lieu de travail.

En outre, lorsque le travailleur loge sur son lieu de travail pour le garder, il s'agit d'un contrat mixte, dit de **conciergerie** (§ 3).

Le **travail itinérant** (§ 4) est, en quelque sorte, la spécificité inverse relative au lieu de travail.

⁸⁷² TF, 25 août 2016, 4A_90/2016, cons. 3.5.

§ 1 : Le travail à domicile

A. Contexte

Le travail à domicile fait, depuis longtemps, l'objet d'une attention particulière du législateur, à tel point que lui ont été consacrées une section spéciale dans le code des obligations (art. 351 à 355 CO), ainsi qu'une loi spéciale (LTrD), assortie d'une ordonnance (OTrD), sans compter des lois d'application cantonales (par exemple dans le canton de Genève : art. 13 LIRT/GE⁸⁷³ et art. 21 RIRT/GE⁸⁷⁴). En outre, des subventions fédérales peuvent être accordées pour les travaux artisanaux et industriels accomplis à la main ou à la machine qu'un travailleur exécute à domicile (cf. Ordonnance sur l'encouragement du travail à domicile⁸⁷⁵).

431

Les raisons de cet intérêt sont à rechercher dans la situation de précarité économique qui a affecté de nombreux travailleurs à domicile depuis le XIX^e siècle. Les travailleurs à domicile étaient souvent des couturières confectionnant des vêtements. Ces personnes travaillaient de manière formellement indépendante, mais elles étaient en réalité tributaires d'un donneur d'ouvrage exclusif, à la manière de véritables ouvrières d'usine. La qualification de leur relation en contrat de travail relève donc d'une opération *ex lege*, pratiquée en dépit de l'absence apparente de lien de subordination⁸⁷⁶, mais en raison d'une dépendance économique à l'égard du donneur d'ouvrage.

432

Aujourd'hui le travail à domicile concerne environ 75'000 personnes en Suisse, majoritairement des femmes⁸⁷⁷.

B. Champ d'application

La définition légale du travail à domicile n'apporte aucune indication au sujet de l'activité exercée (cf. art. 351 CO). Selon la jurisprudence, sont des travailleurs à domicile les personnes qui reçoivent de la part d'autrui le matériel et les instruments nécessaires à l'exécution du travail⁸⁷⁸. Les cas typiques sont les activités de couture ou d'horlogerie, de comptabilité, de traduction, d'élaboration de dessins ou de plans, ainsi que les activités journalistiques, scientifiques et artistiques⁸⁷⁹. Les « mamans de jour »,

433

⁸⁷³ RS/GE J 1 05.

⁸⁷⁴ RS/GE J 1 05.01.

⁸⁷⁵ RS 822.321.

⁸⁷⁶ Comp. Message du Conseil fédéral, 3 mars 1905, FF 1905 II 29.

⁸⁷⁷ Message du Conseil fédéral, 3 décembre 2010, FF 2011 492.

⁸⁷⁸ TF, 1^{er} février 2006, ATF 132 V 181, DTA 2006 137, PJA 2006 599, PJA 2006 1286, Plaidoyer 2006 2 79, com. Mosimann *in* PJA 2006 599, com. Felber *in* Jusletter 6 mars 2006.

⁸⁷⁹ TF, 1^{er} février 2006, ATF 132 V 181, DTA 2006 137, PJA 2006 599, PJA 2006 1286, Plaidoyer 2006 2 79, com. Mosimann *in* PJA 2006 599, com. Felber *in* Jusletter 6 mars 2006 ; cf. également, TF, 12 novembre 1997, DTA 1998 261.

dès lors qu'elles ne produisent pas des objets spécifiques⁸⁸⁰, n'entrent pas dans la catégorie des travailleuses à domicile⁸⁸¹.

434 Le champ d'application de la loi sur le travail à domicile est plus restreint que celui de la section sur le contrat de travail à domicile dans le code des obligations. En effet, cette loi ne s'applique qu'aux « travaux artisanaux et industriels accomplis à la main ou à la machine » (art. 1, al. 4 LTrD), soit les « opérations servant à produire, transformer, traiter, emballer, remplir ou trier des biens » (art. 1, al. 2 OTrD). En sont exclues les activités de commerce, d'art, de comptabilité, de correspondance, de travaux écrits, de traductions, de constructions techniques, de calculations, de dessins et de plans, etc⁸⁸².

435 La pertinence de la coexistence de normes concernant le travail à domicile dans deux corpus différents (CO et LTrD) devrait être interrogée. Elle est un reliquat de l'ancienne conception du droit du travail comme législation industrielle⁸⁸³. La réforme de 1972 avait pourtant conduit à extraire certaines règles de la loi sur le travail à domicile, pour les inclure dans le code des obligations⁸⁸⁴. Le législateur s'est arrêté à mi-chemin du projet. Dans le même ordre d'idée, on peut également s'interroger sur la pertinence d'exclure les travailleurs à domicile de la protection offerte par la loi sur le travail (cf. art. 3, f LTr)⁸⁸⁵. Ici encore, la logique de législation industrielle n'a pas été dépassée.

C. Régime

436 En sus de cette qualification contractuelle avantageuse, les travailleurs à domicile bénéficient d'un régime censé leur garantir une information suffisante sur leurs conditions de travail : l'employeur doit mentionner expressément les particularités non spécifiées dans des conditions générales de travail, ainsi que le matériel à fournir par le travailleur, et indiquer par écrit l'indemnité due pour ce matériel, ainsi que le salaire (art. 351a, al. 1 CO)⁸⁸⁶. Si le salaire et l'indemnité pour le matériel à fournir par le travailleur ne sont pas indiqués par écrit avant la remise du travail, les conditions usuelles de travail sont applicables (art. 351a, al. 2 CO).

Si du travail à l'essai est confié au travailleur à domicile, le contrat est considéré, sauf accord contraire, comme conclu à l'essai pour un temps déterminé (art. 354, al. 1 CO) ; lorsque le travailleur est occupé d'une manière ininterrompue par l'employeur, le

⁸⁸⁰ Cf. Manfred Rehbinder, « Zur gesetzlichen Begriffsbestimmung des Heimarbeitsvertrages », ArbR 1990 81.

⁸⁸¹ TF, 1^{er} février 2006, ATF 132 V 181, DTA 2006 137, PJA 2006 599, PJA 2006 1286, Plaidoyer 2006 2 79, com. Mosimann *in* PJA 2006 599, com. Felber *in* Jusletter 6 mars 2006.

⁸⁸² Message du Conseil fédéral, 27 février 1980, FF 1980 II 293.

⁸⁸³ Cf. *supra* n° 42 et s.

⁸⁸⁴ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 276 ; David Aubert, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 2 *ad* 351 CO.

⁸⁸⁵ Du même avis : David Aubert, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 11 *ad* 351 CO.

⁸⁸⁶ Comp. avec l'obligation générale d'information de l'employeur, cf. *supra* n° 397 et s.

contrat est considéré, sauf accord contraire, comme conclu pour un temps indéterminé ; dans les autres cas, il est réputé conclu pour un temps déterminé (art. 354, al. 2 CO).

Les obligations du travailleur à domicile sont précisées en ce sens que le travailleur à domicile est tenu de commencer à temps le travail qu'il a accepté, de l'achever pour le terme convenu et d'en livrer le produit à l'employeur (art. 352, al. 1 CO), qu'il doit utiliser avec soin le matériel et les instruments de travail que l'employeur lui a remis, lui rendre compte de leur emploi et restituer le matériel non utilisé et les instruments de travail (art. 352a, al. 1 CO). Par ailleurs, si le travailleur à domicile constate, en cours de travail, que le matériel ou les instruments remis sont défectueux, il doit en informer immédiatement l'employeur et attendre ses instructions avant de poursuivre le travail (art. 352a, al. 2 CO).

437

Le régime de responsabilité du travailleur à domicile connaît également quelques adaptations : si le travail exécuté est défectueux par sa faute, le travailleur le corrige à ses frais dans la mesure où les défauts peuvent être supprimés (art. 352, al. 2 CO) ; si le travailleur a détérioré, par sa faute, le matériel ou les instruments qui lui ont été remis, il est responsable envers l'employeur au plus du montant des frais de remplacement (art. 352a, al. 3 CO).

438

En contrepartie, l'employeur doit examiner le travail livré et signaler les défauts au travailleur, au plus tard dans la semaine (art. 353, al. 1 CO). À défaut d'un signalement des défauts dans ce délai, le travail est réputé accepté (art. 353, al. 2 CO).

Les termes de paiement de la rémunération connaissent des particularités : lorsque le travailleur est occupé d'une manière ininterrompue par l'employeur, le salaire pour le travail fourni est payé par période d'un demi-mois ou, avec l'assentiment du travailleur, à la fin du mois ; dans les autres cas, le salaire est payé au moment de la livraison du travail (art. 353a, al. 1 CO). En outre, pour les travaux artisanaux et industriels, l'employeur remet au travailleur à domicile un décompte écrit dont un exemplaire doit être conservé par chacune des parties pendant cinq ans au moins (art. 4, al. 3 LTrD). Enfin, si l'employeur pratique des déductions, il doit remettre au travailleur un décompte indiquant leur motif lors de chaque paiement du salaire (art. 353a, al. 2 CO).

439

En cas d'empêchement de travailler, l'employeur, s'il occupe le travailleur de manière ininterrompue, ne doit payer le salaire conformément aux articles 324 et 324a que lorsqu'il est en demeure d'accepter les services ou que le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne (art. 353b CO).

Sous le régime de la loi sur le travail à domicile, lorsqu'il donne de l'ouvrage pour la première fois, l'employeur doit communiquer par écrit et de manière complète, les conditions de travail au travailleur à domicile ainsi qu'aux personnes et organisations qui donnent de l'ouvrage comme représentantes de l'employeur (art. 3 LTrD). Le salaire versé pour le travail à domicile doit être conforme aux taux appliqués quant à la rétribution d'activités équivalentes, exercées dans l'entreprise ; à défaut d'un salaire comparable dans l'entreprise, il y aura lieu d'appliquer le taux de salaire usuel accordé pour des travaux analogues dans la branche économique en question et dans la région ; on doit tenir équitablement compte du fait que les conditions du travail sont différentes selon que le travailleur exerce son activité dans l'entreprise ou à son domicile, ainsi

440

que des frais supplémentaires ou des économies résultant du travail à domicile pour l'employeur et le travailleur (art. 4, al. 1 LTrD). Le but de cette disposition est d'assurer au travailleur à domicile le même salaire que celui versé aux travailleurs effectuant une activité comparable dans les locaux de l'entreprise elle-même⁸⁸⁷. Si le salaire est fixé d'après le travail fourni (salaire à la tâche) l'employeur doit indiquer au travailleur à domicile le taux de salaire ainsi que le temps évalué pour l'exécution du travail (temps alloué), à moins qu'il ne puisse pas l'être d'avance en raison de la nature du travail à accomplir (art. 4, al. 2 LTrD).

441 Lorsque l'employeur met des instruments de travail ou des matériaux à la disposition du travailleur à domicile, il ne peut exiger de lui aucune indemnité en contrepartie. Sont réservés l'obligation de les restituer à la fin des rapports de travail et le droit de l'employeur d'exiger la réparation de dommages éventuels (art. 5, al. 2 LTrD). L'employeur doit donner au travailleur à domicile les instructions relatives au travail à exécuter dans la mesure où elles sont nécessaires pour assurer la sécurité du travailleur et permettre à celui-ci d'obtenir un salaire approprié (art. 5, al. 3 LTrD).

442 L'employeur doit encore veiller à protéger le travailleur contre le surmenage, en n'exigeant pas de travail un dimanche ou un jour férié (art. 7, al. 1 LTrD) ni avant 6 heures ou après 20 heures (art. 7 OTrD), et en tenant compte de la capacité personnelle de production du travailleur (art. 7, al. 2 LTrD). Les instruments et le matériel de travail ne doivent pas causer d'accidents et des instructions de sécurité appropriées doivent être données (art. 8 LTrD ; art. 8 OTrD). Les travaux dangereux – tels que le maniement de machines, la manipulation d'objets contenant des matières explosives ou inflammables ou présentant un risque considérable d'empoisonnement ou de radiation ionisante – ne sauraient être confiés à des travailleurs à domicile (art. 9 LTrD ; art. 9 OTrD). Les travailleurs à domicile doivent être inscrits sur une liste tenue par l'employeur ; ce dernier doit se faire inscrire au registre des employeurs du canton de son domicile ou du siège de son entreprise au plus tard lors de la première remise de travail à domicile (art. 10 LTrD ; art. 10 OTrD). Les employeurs et les travailleurs à domicile sont tenus par une obligation de renseigner les autorités d'exécution et de surveillance (art. 11 LTrD). La violation des prescriptions de la loi sur le travail à domicile et de son ordonnance est punissable (art. 12 LTrD).

§ 2 : Le télétravail

443 **Définition.** Bien que souvent confondu avec lui, le télétravail n'est pas le travail à domicile⁸⁸⁸. Le simple fait pour le salarié de travailler à son domicile ne fait pas entrer le rapport de travail dans la catégorie du travail à domicile au sens légal⁸⁸⁹.

⁸⁸⁷ CAPH/GE, 30 mars 1999, JAR 2000 290, cons. 7a.

⁸⁸⁸ Pour une étude d'ensemble de la question, cf. Romina Carcagni Roesler, « Home Office », ArbR 2014 71-91 et Tobias Rohner/Sanna Maas, « Home Office – arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtliche Aspekte », SJZ 2015 325-333.

⁸⁸⁹ TF, 1^{er} février 2006, ATF 132 V 181, DTA 2006 137, PJA 2006 599, PJA 2006 1286, Plaidoyer 2006 2 79, com. Mosimann in PJA 2006 599, com. Felber in Jusletter 6 mars 2006.

Contrairement au travailleur à domicile qui n'exécute son contrat qu'à son propre domicile et en réalisant un ouvrage confié par son employeur, dans une position tout à fait semblable à celle d'un entrepreneur ou d'un mandataire, le télétravailleur est un travailleur ordinaire qui exécute de temps à autre une partie de sa prestation de travail à son domicile ou dans un lieu familial, hors des locaux de l'entreprise. D'ailleurs, le travailleur à domicile n'a jamais vocation à rejoindre les locaux de l'employeur, alors que le télétravailleur dispose en principe d'une place qu'il occupe au sein de l'entreprise lorsqu'il ne travaille pas chez lui. De plus, le travailleur à domicile choisit librement le lieu dans lequel il exerce son activité⁸⁹⁰. En s'inspirant du droit français, on pourra désigner par télétravail « toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon régulière et volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication dans le cadre d'un contrat de travail ou d'un avenant à celui-ci »⁸⁹¹.

Contexte. Cette modalité d'exécution du travail connaît actuellement un vif succès. Elle concernerait 700'000 personnes en Suisse en 2015⁸⁹². Les travailleurs réclament ce mode d'organisation notamment pour éviter l'inconvénient représenté par le trajet entre le domicile et le lieu de travail. Les employeurs la plébiscitent car elle augmente la productivité des travailleurs et contribue à les individualiser dans l'exécution de leur travail.

Régime. Contrairement au droit public où la possibilité du télétravail est expressément mentionnée (art. 64 et 64a OPers ; art. 33 O-OPers), le télétravail n'est pas réglementé en droit privé. Pour ses modalités d'organisation, il faut donc s'en remettre aux prévisions des parties, pour autant bien entendu qu'elles ne contreviennent pas au droit impératif. Trois points nous paraissent mériter une attention particulière :

- **La sécurité.** Une question d'importance est celle de la sécurité des locaux que le travailleur à domicile utilisera pour travailler. En effet, en vertu de son obligation de protéger la personnalité des travailleurs, l'employeur doit s'assurer que les locaux dans lesquels le salarié exerce son activité ne présentent pas de dangers pour sa santé.

- **Les frais.** Le fait que le travailleur exerce son activité à son domicile ne doit pas le conduire à assumer des dépenses dont il n'est pas censé avoir la charge. Ainsi, l'employeur doit lui fournir les instruments de travail nécessaires à son exécution (cf. art. 327 CO) et prendre en charge tous les frais engendrés par l'exécution du travail (cf. art. 327a CO).

- **Le droit à la déconnexion.** Du fait des technologies de communication actuelles, le travailleur peut être parfois joignable sur son téléphone ou son courriel même en dehors des heures de travail. Tout travail effectué par le travailleur, que ce soit à

⁸⁹⁰ TF, 1^{er} février 2006, ATF 132 V 181, DTA 2006 137, PJA 2006 599, PJA 2006 1286, Plaidoyer 2006 2 79, com. Mosimann *in* PJA 2006 599, com. Felber *in* Jusletter 6 mars 2006.

⁸⁹¹ Art. L. 1222-9 C. trav. fr.

⁸⁹² Sylvie Fischer, « Cinq propositions pour protéger les télétravailleurs », Plaidoyer 2017 1 10.

l'intérieur de l'entreprise ou en dehors, doit être comptabilisé comme du temps de travail. Au titre de son obligation de protection de la personnalité du travailleur, l'employeur doit veiller à ne pas solliciter son employé d'une manière qui risquerait d'entraîner un stress pour ce dernier. C'est le cas lorsque des courriels sont envoyés en pleine nuit, le dimanche ou durant les vacances du salarié. La possibilité de contacter le travailleur sur son téléphone ou son courriel en dehors des heures de travail contractuelles doit être réservée aux cas d'urgence manifeste⁸⁹³, autrement dit aux cas de force majeure (imprévisibles et irrésistibles), lorsque le recours au travailleur en repos est absolument indispensable pour éviter un péril majeur pour l'entreprise.

§ 3 : Le contrat de conciergerie

446 Le contrat de conciergerie est un contrat mixte, c'est-à-dire un contrat présentant des éléments qui appartiennent à plusieurs contrats nommés⁸⁹⁴, en l'occurrence le contrat de bail et le contrat de travail. Chaque prestation déterminée se verra appliquer le régime correspondant. Concrètement, le droit du contrat de travail régira tout ce qui concerne l'activité de conciergerie ou de gardiennage ; le droit du bail régira la cession de l'usage du logement mis à la disposition du concierge⁸⁹⁵. Certaines hypothèses peuvent emporter l'application des deux régimes simultanément. Ainsi, des nuisances graves et répétées provenant d'un locataire voisin, alors que le propriétaire ne fait rien pour remédier à cette situation, autorise le locataire-travailleur à réclamer la réparation de son tort moral en se fondant à la fois sur l'article 259a et sur l'article 328 du code des obligations⁸⁹⁶.

447 Une question épineuse est celle de la résiliation du contrat de conciergerie. En effet, le régime du bail est bien plus protecteur que celui du travail. Le Tribunal fédéral a utilisé deux critères différents : dans le premier système, le régime de résiliation dépend de la prestation prépondérante, qu'on détermine en appréciant l'importance respective des prestations : si le salaire est plus élevé que le loyer, l'aspect travail prédomine et le contrat de conciergerie sera résilié selon les règles du contrat de travail. Si, au contraire, le loyer est plus élevé que le salaire, l'aspect bail prédomine et les règles du contrat de bail trouveront application pour la résiliation⁸⁹⁷. Le fait que le concierge n'exerce sa fonction qu'à temps partiel n'est pas déterminant en soi : si le salaire reste plus élevé que le loyer, c'est le contrat de travail qui prédomine⁸⁹⁸.

⁸⁹³ D'un avis similaire, Rémy Wyler, in « Cinq propositions pour protéger les télétravailleurs », Plaidoyer 2017 1 10.

⁸⁹⁴ TF, 30 mai 2005, 5C.252/2004, ATF 131 III 528, Pra 2006 43 319, com. Koller in RJB 2006 410, cons. 7.1.1.

⁸⁹⁵ François Bohnet/Patricia Dietschy, in François Bohnet/Blaise Carron/Marinon Montini (édit.), *Droit du bail à loyer et à ferme*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2^e éd., 2017, N 83 ad art. 253 CO.

⁸⁹⁶ TB/VD, 29 août 2002, DB 2005 27, N 11, cons. 5.

⁸⁹⁷ TF, 18 novembre 2008, 4A_375/2008, cons. 3.2 ; TF, 17 octobre 2013, 4A_102/2013, cons. 2.2 ; CJ/GE, 15 juin 1998, DB 2000 7, N 1, cons. 3 ; François Bohnet/Patricia Dietschy, in François Bohnet/Blaise Carron/Marinon Montini (édit.) *Droit du bail à loyer et à ferme*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2^e éd., 2017, N 84 ad art. 253 CO.

⁸⁹⁸ Jean-Marc Siegrist, « La conciergerie », in 15^e séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel, 2008.

Dans le second système compte la nature du logement : ce dernier est-il ou non indispensable à l'accomplissement du travail qu'effectue le concierge, soit en raison de son emplacement propice à la surveillance de l'immeuble, soit en raison d'équipements spéciaux, etc. Si l'on est en présence d'un appartement de service, le contrat de travail est prédominant ; à l'inverse, si l'on est en présence d'un appartement d'habitation, le contrat de bail est prédominant⁸⁹⁹.

448

Pour certains auteurs, il faudrait toujours appliquer le contrat de travail pour résilier le contrat de conciergerie⁹⁰⁰ ; à l'inverse, d'autres estiment qu'il faudrait appliquer le contrat de bail⁹⁰¹. Cette dernière position paraît convaincante si l'on procède à une balance des intérêts. En effet, l'employeur peut toujours recourir aux services d'une personne extérieure à l'immeuble pour assurer la majeure partie du travail de conciergerie, ce qui se pratique dans de nombreux immeubles d'ailleurs. À l'inverse, les conséquences de la perte rapide d'un logement, dans un contexte bien connu de pénurie de logements sur le marché, seraient extrêmement sévères pour le concierge.

449

Selon une décision, les règles spéciales applicables au logement de la famille doivent être respectées en cas de résiliation d'un bail à destination mixte⁹⁰².

§ 4 : Le travail itinérant

Toute personne qui, à titre lucratif, entend effectuer du commerce itinérant doit être titulaire d'une autorisation (art. 2 de la loi sur le commerce itinérant). Les entreprises ou les associations économiques suisses qui veulent remettre la carte de légitimation pour commerçants itinérants à leurs employés peuvent demander une habilitation au canton de leur siège statutaire (art. 13 de l'ordonnance sur le commerce itinérant). La carte de légitimation ne peut être remise aux employés que lorsque l'entreprise garantit qu'ils remplissent les conditions légales (art. 8, al. 1 de la loi sur le commerce itinérant).

450

A. Définition

Le travail itinérant s'exerce généralement par le contrat de voyageur de commerce, à savoir celui par lequel le travailleur s'oblige, contre paiement d'un salaire, à négocier ou à conclure, pour le compte d'un commerçant, d'un industriel ou d'un autre chef d'entreprise exploitée en la forme commerciale, des affaires de n'importe quelle nature, hors de l'établissement, d'une manière non occasionnelle⁹⁰³ (art. 347, al. 1 CO). N'est

451

⁸⁹⁹ CA/GE, 24 avril 1990, JAR 1991 383, cons. 2 ; cf. également : TF, 4 février 2015, 8C_621/2014, cons. 5.3.

⁹⁰⁰ François Bohnet/Patricia Dietschy, in François Bohnet/Blaise Carron/Marinon Montini (édit.), *Droit du bail à loyer et à ferme*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2e éd., 2017, N 85 ad art. 253 CO.

⁹⁰¹ Peter Higi, *Die Miete*, Zurich, Schulthess, « Zürcher Kommentar », 1994, N 219 ad Vorbermerkungen. zu Art. 253-274g CO.

⁹⁰² TF, 14 février 2011, 4A_656/2010, ATF 137 III 208, JT 2012 II 108, JT 2012 II 112, SJ 2011 I 293, Pra 2011 106 756, com. Koumbarakis in *MietRecht Aktuell* 2012 25, com. Koller in *RJB* 149 2013 41, com. Dietschy in *Bail.ch* avril 2011.

pas considéré comme voyageur de commerce le travailleur qui n'exerce pas principalement une activité de voyageur ou qui ne travaille qu'occasionnellement ou passagèrement pour l'employeur, de même que le voyageur qui fait des affaires pour son propre compte (art. 347, al. 2 CO). Un travailleur qui passe les deux tiers de son temps dans les locaux de l'entreprise n'est pas en principe un voyageur de commerce⁹⁰⁴.

On distingue le **voyageur négociateur** (qui n'est revêtu par l'employeur que du pouvoir de discuter et de présenter les termes des affaires avec les tiers, sans possibilité de conclure les contrats) et le **voyageur stipulateur** (qui peut conclure les affaires au nom et pour le compte de l'employeur) (cf. art. 348b CO)⁹⁰⁵.

452 Le contrat de voyageur de commerce est proche du contrat d'agence. L'agent et le voyageur de commerce exercent une fonction économique identique : tous deux sont des représentants chargés d'établir ou de maintenir la liaison entre l'entreprise représentée et sa clientèle⁹⁰⁶. Ce qui diffère, c'est leur situation juridique : l'agent exerce sa profession à titre indépendant, tandis que le voyageur de commerce se trouve dans un rapport de subordination envers son employeur⁹⁰⁷. Contrairement à l'agent, le voyageur de commerce se voit imposer des contraintes dans l'organisation de son travail et dans l'usage de son temps ; il est généralement incorporé dans l'organisation hiérarchisée de l'entreprise représentée et assujéti à des instructions et directives strictes, comportant des obligations de fournir des rapports périodiques, de visiter un nombre minimum de clients ou d'atteindre un chiffre d'affaires minimum⁹⁰⁸.

B. Régime

453 À côté de la réglementation légale, il existe également, édictées par des associations professionnelles, la Recommandation relative aux conditions des voyageurs de commerce et la Recommandation concernant le remboursement des frais, textes non contraignants mais qui correspondent, dans une certaine mesure, aux usages⁹⁰⁹.

⁹⁰³ Cf. Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 419 ; sous l'ancienne loi, cf. déjà : Message du Conseil fédéral, 6 décembre 1940, FF 1940 I 1354.

⁹⁰⁴ Cf. TF, 14 octobre 2002, 4C.247/2002, ATF 129 III 118, JT 2003 I 144, Pra 2003 123 654, com. Koller in RJB 2004 512, cons. 2.1.

⁹⁰⁵ David Aubert, in Commentaire Dunand/Mahon, N 14 ad 347 CO. On distingue également le voyageur en gros et le voyageur au détail (cf. en droit pénal : TF, 10 septembre 1959, ATF 85 IV 160, JT 1960 IV 28).

⁹⁰⁶ TF, 30 octobre 1973, ATF 99 II 313, JT 1974 I 287 ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, ATF 129 III 664, JT 2004 I 60, Pra 2004 67 381, cons. 3.2 ; TF, 29 avril 2015, 4A_86/2015, cons. 4.1.

⁹⁰⁷ TF, 30 octobre 1973, ATF 99 II 313, JT 1974 I 287 ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, ATF 129 III 664, JT 2004 I 60, Pra 2004 67 381, com. Koller in RJB 2004 520, com. Reinert in PJA 2009 4, cons. 3.1 ; TF, 22 novembre 2010, 4A_461/2010, ATF 137 III 32, JT 2010 I 439, JT 2011 II 225, SJ 2011 I 168, cons. 2.4.2 ; TF, 21 juin 2011, 4A_184/2011, cons. 6 ; TF, 29 avril 2015, 4A_86/2015, cons. 4.

⁹⁰⁸ TF, 29 avril 2015, 4A_86/2015, cons. 4.1 ; cf. également : TF, 1^{er} septembre 2000, 4C.135/2000, cons. 3 ; TF, 3 février 2006, 4C.359/2005, cons. 2 ; sous d'anciennes lois : cf. TF, 17 septembre 1914, ATF 40 I 474 ; TF, 7 novembre 1960, ATF 86 IV 190, JT 1961 IV 150.

⁹⁰⁹ David Aubert, in Commentaire Dunand/Mahon, N 10 ad 347 CO.

Les voyageurs de commerce sont exclus du champ d'application de la loi sur le travail (art. 3, g LTr). Cette exclusion, qui pouvait se justifier au moment de l'adoption de la loi sur le travail en 1964 ne se justifie plus dès lors que l'ancienne loi spéciale sur les voyageurs de commerce a été abolie⁹¹⁰.

Historiquement, l'ancienne loi fédérale sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce a donné, lors de son abrogation au moment de la réforme de 1971, quelques normes au régime du contrat de travail de droit commun⁹¹¹. Le Tribunal fédéral a dès lors tendance à rapprocher le régime du contrat de travail de droit commun et celui du contrat de voyageur de commerce⁹¹².

1) Forme du contrat de voyageur de commerce

Le contrat de voyageur de commerce doit être passé par écrit (art. 347a CO)⁹¹³. Une violation de cette prescription de forme entraîne l'application des dispositions légales et, à défaut, des conditions habituelles de travail dans la branche ou l'entreprise⁹¹⁴. Le fait, pour l'employeur, d'invoquer le vice de forme dont est affecté un accord sur les provisions qui n'a été passé que verbalement peut – selon les circonstances – constituer un abus de droit, ayant pour conséquence que le voyageur de commerce peut exiger l'exécution de l'accord oral⁹¹⁵.

454

2) Mission du voyageur de commerce

Le voyageur doit visiter la clientèle de la manière qui lui a été prescrite, à moins qu'un motif justifié ne l'oblige à s'écarter des instructions qu'il a reçues ; sauf autorisation écrite de l'employeur, il ne peut négocier ou conclure d'affaires ni pour son propre compte, ni pour le compte de tiers (art. 348, al. 1 CO). Si le voyageur est autorisé à conclure des affaires, il observe les prix et autres conditions qui lui sont prescrits, mais pour toute dérogation, il doit réserver le consentement de l'employeur (art. 348, al. 2 CO). Le voyageur fait régulièrement rapport sur son activité, transmet immédiatement à l'employeur toutes les commandes qu'il a reçues et porte à sa connaissance tous les faits importants qui concernent le cercle de sa clientèle (art. 348, al. 3 CO). Les frais

455

⁹¹⁰ Du même avis : David Aubert, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 7 ad 347 CO ; cf. également David Aubert, *Le contrat de travail des voyageurs de commerce*, Lausanne, Éditions Bis et Ter, 2010, N 32-35, pp. 9-10.

⁹¹¹ Cf. David Aubert, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 2 ad 347 CO.

⁹¹² TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, ATF 139 III 214, JT 2014 II 309, Pra 2013 114 883, com. Lienhard in *ius.focus* 2013 7 10, com. Portmann in *RJB* 2016 140, cons. 5.1 : « L'effet protecteur de l'art. 349a al. 2 CO doit être appliqué par analogie à tous les travailleurs payés principalement par provisions. » Cf. également, mais sans prendre directement position : TF, 15 octobre 2015, 4D_25/2015.

⁹¹³ Sur l'étendue des clauses concernées par cette obligation de forme, cf. TF, 14 juin 1966, ATF 92 II 102, JT 1967 I 142 ; pour une synthèse de la controverse doctrinale à ce sujet, cf. David Aubert, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 18 ad art. 347a CO.

⁹¹⁴ David Aubert, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 21 ad art. 347a CO.

⁹¹⁵ TF, 17 décembre 1990, ATF 116 II 700, JT 1991 I 643, cons. 3.

du voyageur doivent lui être remboursés conformément aux articles 327a et 327b du code des obligations⁹¹⁶.

3) Responsabilité et pouvoirs du voyageur de commerce

456 Lorsque le voyageur est chargé de conclure des affaires avec la clientèle particulière, il peut s'engager par écrit à répondre, pour chaque affaire, du quart au plus du dommage résultant pour l'employeur de l'inexécution des obligations de la clientèle, à la condition qu'une provision convenable (qu'on appelle « du croire ») soit convenue (art. 348a, al. 2 CO). En ce qui concerne les contrats d'assurance, le voyageur acquisateur peut s'engager par écrit à prendre à sa charge la moitié au plus des frais de recouvrement de créances si une prime ou fraction de prime n'a pas été payée et s'il demande qu'elle soit recouvrée par voie d'action en justice ou d'exécution forcée (art. 348a, al. 3 CO). À moins qu'un accord écrit n'en dispose autrement, le voyageur de commerce n'a le pouvoir que de négocier des affaires (art. 348b, al. 1 CO). Si le voyageur est autorisé à conclure des affaires, ses pouvoirs s'étendent alors à tous les actes juridiques que comporte habituellement leur exécution ; toutefois, il ne peut pas, sans pouvoirs spéciaux, encaisser les paiements des clients, ni accorder des délais de paiement (art. 348b, al. 2 CO).

457 Lorsqu'un rayon ou un cercle de clients déterminé est attribué au voyageur de commerce, il en a l'exclusivité sous réserve d'un accord écrit contraire ; toutefois, l'employeur garde la faculté de conclure personnellement des affaires dans ce rayon ou ce cercle de clients (art. 349, al. 1 CO). L'employeur peut modifier de son chef les dispositions contractuelles relatives au rayon ou au cercle de clients si un motif justifié le nécessite avant le terme de résiliation du contrat ; est cependant réservé, dans ce cas, le droit du voyageur de commerce de demander une indemnité et de résilier le contrat pour de justes motifs (art. 349, al. 2 CO).

4) Rémunération du voyageur de commerce

a. Rémunération convenable

458 L'employeur doit payer au voyageur de commerce un salaire comprenant un traitement fixe, avec ou sans provision (art. 349a, al. 1 CO). Un accord écrit prévoyant que le salaire consiste exclusivement ou principalement en une provision n'est valable que si cette dernière constitue une rémunération convenable des services du voyageur de commerce (art. 349a, al. 2 CO). Le caractère « convenable » d'une rétribution est une notion de droit⁹¹⁷. Toutefois, comme il s'agit d'une notion juridique indéterminée, elle laisse au juge du fait un certain pouvoir d'appréciation⁹¹⁸. La *ratio legis* de cette norme est d'éviter que l'employeur n'exploite le voyageur en lui promettant exclusivement ou

⁹¹⁶ TF, 13 décembre 2004, 4C.315/2004 ; TF, 17 octobre 2005, 4C.24/2005. Pour ce régime, cf. *infra* n° 1547 et s.

⁹¹⁷ TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, ATF 139 III 214, JT 2014 II 309, Pra 2013 114 883, com. Lienhard *in ius.focus* 2013 7 10, com. Portmann *in* RJB 2016 140, cons. 3.3.

⁹¹⁸ TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, ATF 139 III 214, JT 2014 II 309, Pra 2013 114 883, com. Lienhard *in ius.focus* 2013 7 10, com. Portmann *in* RJB 2016 140, cons. 5.2.

principalement des commissions qui se révéleraient par la suite insuffisantes⁹¹⁹. Dès lors, une provision est convenable si elle assure au voyageur un gain qui lui permette de vivre décemment, compte tenu de son engagement au travail (« *Arbeitseinsatz* »), de sa formation, de ses années de service, de son âge et de ses obligations sociales ainsi que de l'usage de la branche⁹²⁰. Un tel raisonnement ne doit toutefois pas conduire globalement l'employeur à procéder à une estimation des besoins du salarié compte tenu de critères principalement subjectifs. Aussi le Tribunal fédéral a-t-il approuvé l'Obergericht de Zurich⁹²¹ d'avoir tempéré cette approche en soulignant qu'on doit aussi tenir compte, comme ligne directrice, des **usages de la branche** (cf. art. 4 CC)⁹²². Le juge n'hésite pas à recalculer le montant qu'il estime convenable⁹²³. Il peut utilement s'appuyer sur les données de l'office fédéral de la statistique⁹²⁴. Le fardeau de la preuve que la rémunération convenue n'est pas convenable incombe au travailleur⁹²⁵.

Toutefois, la garantie de rémunération convenable ne vise pas à garantir au travailleur un salaire minimum indépendamment de ses **prestations**. S'il perçoit une rémunération trop faible non pas en raison d'un accord prévoyant des provisions trop basses, mais à cause de prestations de travail insuffisantes, le travailleur ne peut plus se prévaloir de la protection offerte par l'article 349a, alinéa 2⁹²⁶. En définitive, la rémunération dépend très étroitement des conditions que l'employeur fixe au travailleur pour qu'il puisse négocier ou conclure des affaires⁹²⁷.

459

⁹¹⁹ TF, 19 février 1957, ATF 83 II 78 ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, ATF 129 III 664, JT 2004 I 60, Pra 2004 67 381, com. Koller *in* RJB 2004 520, com. Reinert *in* PJA 2009 4, cons. 6.1.

⁹²⁰ TF, 13 juillet 2001, 4C.81/2001, cons. 5a ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, ATF 129 III 664, JT 2004 I 60, cons. 6.1 ; TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, ATF 139 III 214, JT 2014 II 309, Pra 2013 114 883, com. Lienhard *in* ius.focus 2013 7 10, com. Portmann *in* RJB 2016 140, cons. 5.2 ; cf. également Conradin Cramer, « Der Bonus als Malus », PJA 2008 540 ; Thérèse Amstutz, « Circulaire FINMA 10/1 / Problématique de droit du travail des rémunérations variables », *in Perspectives et risques de nouveautés juridiques 2009/2010*, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2010, p. 49 ; Peter Reinert, « Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht », PJA 2009 4, lequel ne tolère le critère de l'âge que s'il se concrétise par une plus grande expérience du salarié. Pour une casuistique plus ample, cf. David Aubert, *Le contrat de travail des voyageurs de commerce*, Lausanne, Éditions Bis et Ter, 2010, pp. 207 et s.

⁹²¹ OG/ZH, 14 avril 1986, JAR 1987 301, cons. 5.

⁹²² TF, 12 novembre 1986, JAR 1987 307 ; TF, 13 juillet 2001, 4C.81/2001, cons. 5a ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, ATF 129 III 664, JT 2004 I 60, cons. 6.1.

⁹²³ Par exemple : CAPH/GE, 12 octobre 1982, *in* Gabriel Aubert (édit.), *Quatre cents arrêts sur le contrat de travail*, Lausanne, Payot, 1984, n° 325.

⁹²⁴ Site internet : < bfs.admin.ch >. Pour une affaire où le Tribunal fédéral compare la rémunération octroyée par les juges cantonaux avec le salaire médian mensuel brut pour des activités similaires dans la région dans laquelle le travailleur exerçait, voir TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, ATF 139 III 214, cons. 5.2.

⁹²⁵ TF, 12 novembre 1986, JAR 1987 307 ; TF, 13 juillet 2001, 4C.81/2001, cons. 5a ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, ATF 129 III 664, JT 2004 I 60, Pra 2004 67 381, com. Koller *in* RJB 2004 520, com. Reinert *in* PJA 2009 4, cons. 6.1 ; TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, ATF 139 III 214, JT 2014 II 309, Pra 2013 114 883, com. Lienhard *in* ius.focus 2013 7 10, com. Portmann *in* RJB 2016 140, cons. 3.3.

⁹²⁶ TF, 2 novembre 2005, 4C.265/2005, DTA 2006 110, cons. 3.1 et 3.2 ; déjà précédemment : OG/ZH, 14 avril 1986, JAR 1987 301 ; CAPH/GE, 22 septembre 1993, X/600/91, cons. 2c.

⁹²⁷ TF, 13 juillet 2001, 4C.81/2001, cons. 5a ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, ATF 129 III 664, JT 2004 I 60, cons. 6.1 ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 3 ad art. 347-350a CO.

Pendant un temps d'essai, lequel ne peut dépasser deux mois, le salaire peut être librement fixé par écrit (art. 349a, al. 3 CO).

b. Droit à la provision

460 Lorsqu'un rayon ou un cercle de clients déterminé est attribué exclusivement à un voyageur de commerce, celui-ci a droit à la provision convenue ou usuelle pour toutes les affaires conclues par lui ou son employeur dans son rayon ou avec sa clientèle (art. 349b, al. 1 CO). Si un rayon ou un cercle de clients déterminé ne lui a pas été attribué exclusivement, le voyageur de commerce n'a droit à la provision que pour les affaires qu'il a négociées ou conclues (art. 349b, al. 2 CO). Si, à l'échéance de la provision, la valeur d'une affaire ne peut pas être déterminée exactement, la provision est d'abord payée sur la base d'une évaluation minimum faite par l'employeur, le solde étant versé au plus tard lors de l'exécution de l'affaire (art. 349b, al. 3 CO).

c. Salaire en cas d'empêchement de travailler

461 Lorsque le voyageur de commerce est empêché sans sa faute de voyager et que le salaire doit néanmoins lui être payé en vertu de la loi ou du contrat⁹²⁸, ce salaire est calculé sur la base du traitement fixe et d'une indemnité convenable pour perte de la provision (art. 349c, al. 1 CO). Si la provision constitue moins d'un cinquième du salaire, il peut être convenu par écrit qu'au cas où le voyageur de commerce est empêché sans sa faute d'exercer son activité, aucune indemnité ne lui est due en raison de la perte de la provision (art. 349c, al. 2 CO). Lorsque le voyageur de commerce est empêché sans sa faute de voyager et que son salaire intégral lui est payé, il peut être employé dans l'établissement, à la demande de l'employeur, à d'autres travaux dont il est capable de se charger et qu'on peut raisonnablement exiger de lui (art. 349c, al. 3 CO).

d. Frais et garanties

462 Si le voyageur de commerce travaille en même temps pour le compte de plusieurs employeurs sans que la répartition des frais soit réglée par écrit, chaque employeur en rembourse une part égale (art. 349d, al. 1 CO). Sont nuls les accords prévoyant que tout ou partie de l'indemnité pour frais est comprise dans le traitement fixe ou la provision (art. 349d, al. 2 CO).

En garantie des créances exigibles et, en cas d'insolvabilité de l'employeur, des créances inexigibles découlant du contrat, le voyageur de commerce peut retenir les choses mobilières et les papiers-valeurs, ainsi que les sommes qu'il recouvre de clients en vertu de son pouvoir d'encaissement (art. 349e, al. 1 CO). Le droit de rétention ne peut pas être exercé sur les titres de transport, ni sur les tarifs de prix, ni sur les listes de clients et autres documents (art. 349e, al. 2 CO).

⁹²⁸ Cf. art. 324a CO.

5) Résiliation du contrat de voyageur de commerce

Lorsque la provision constitue au moins un cinquième du salaire et qu'elle est soumise à des fluctuations saisonnières importantes, le voyageur de commerce qui est engagé depuis la fin d'une saison ne peut être congédié pendant la saison suivante que pour la fin du deuxième mois après la résiliation du contrat (art. 350, al. 1 CO). Dans les mêmes circonstances, le voyageur de commerce qui a été occupé jusqu'à la fin d'une saison peut résilier le contrat jusqu'au début de la saison suivante, mais uniquement pour la fin du deuxième mois après la résiliation (art. 350, al. 2 CO).

463

A la fin des rapports de travail, le voyageur de commerce a droit à la provision sur toutes les affaires qu'il a conclues ou négociées, ainsi que sur toutes les commandes transmises à l'employeur jusqu'à la fin des rapports de travail, quelle que soit la date de leur acceptation et de leur exécution (art. 350a, al. 1 CO). Cette norme ne règle que le droit aux commissions et non leur exigibilité⁹²⁹. La règle consacrée à l'article 339 du code des obligations⁹³⁰ est applicable en cette matière⁹³¹. À la fin des rapports de travail, le voyageur de commerce rend à l'employeur les échantillons et modèles, les tarifs de prix, les listes de clients et les autres documents mis à sa disposition pour son activité; le droit de rétention est réservé (art. 350a, al. 2 CO).

464

Section 2 : Spécificités relatives au temps de travail

Parmi les modalités qui sont susceptibles de l'affecter, le temps de travail peut être :

465

- réduit par rapport à la norme : on parle alors de **travail à temps partiel** (§ 1) ;
- non déterminé à l'avance : on parle alors de **travail sur appel** (§ 2).

§ 1 : Le travail à temps partiel

A. Définition

Le contrat de travail peut être conclu à temps plein ou à temps partiel (cf. art. 319, al. 2 CO). Dès lors qu'il n'existe pas en droit suisse de durée légale normale de travail, la notion de « travail à temps plein » ne peut être définie *a priori*. Elle dépend de chaque entreprise. Ainsi, le travail à temps partiel est le travail qui est exécuté durant une période réduite par rapport au travail à temps plein au sein de l'entreprise considérée.

466

⁹²⁹ Message du Conseil fédéral, 6 décembre 1940, FF 1940 I 1370 ; Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 424 ; TF, 17 décembre 1990, ATF 116 II 700, JT 1991 I 643, cons. 4 ; ArbG/ZH, 19 décembre 2002, JAR 2003 369.

⁹³⁰ Cf. *infra* n° 940 et s.

⁹³¹ David Aubert, in Commentaire Dunand/Mahon, N 14 ad 350a CO.

Le travail à temps partiel peut être **régulier** (lorsque le salarié travaille le même nombre d'heures chaque semaine) ou **irrégulier** (lorsque la durée du travail varie de semaine en semaine ou de mois en mois)⁹³².

B. Travail pour plusieurs employeurs

467 La personne embauchée à temps partiel devrait, à moins de circonstances objectives particulières, être libre de travailler pour d'autres employeurs, sauf à enfreindre les prescriptions sur la durée du travail et du repos (art. 9 et s. LTr)⁹³³. Encore les obligations de repos ne relèvent-elles que de la propre responsabilité du travailleur dans les cas où chaque employeur, pris individuellement, ignore les heures de travail qu'effectue le salarié pour d'autres employeurs. Toutefois, en vertu de l'obligation de protection de la personnalité du travailleur, l'employeur doit régulièrement s'informer de l'état de santé de son travailleur.

C. Régime

468 Le travail à temps partiel n'est pas spécifiquement régi par la loi⁹³⁴. Les conventions collectives ou les contrats-types peuvent prévoir des règles spécifiques.

La compensation et la rémunération des jours fériés pose un problème particulier pour les travailleurs non mensualisés. Selon la jurisprudence, seul le 1^{er} août, jour de la fête nationale, doit être indemnisé s'il aurait été normalement travaillé⁹³⁵. Cette règle pourrait être considérée comme contraire à l'article 7, d du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁹³⁶, mais le Tribunal fédéral a jugé cette norme non directement applicable en droit suisse⁹³⁷.

Le droit aux vacances, pour le travailleur à temps partiel notamment, est ouvert par semaines entières. Ainsi, une personne ne travaillant chez un employeur que le lundi a le droit légal de ne pas venir travailler au moins quatre lundis dans l'année (cf. art. 329a, al. 1 CO) dont au moins deux lundis d'affilée (cf. art. 329c, al. 1 CO)⁹³⁸.

⁹³² Cf. Jean-Philippe Dunand, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 50 ad art. 319 CO.

⁹³³ Jean-Philippe Dunand, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 52 ad art. 319 CO.

⁹³⁴ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 303.

⁹³⁵ TF, 16 décembre 2009, 4A_478/2009, DTA 2010 23 ; TF, 4 mai 2010, 4A_54/2010, ATF 136 I 290, JT 2011 II 204, SJ 2010 I 416, PJA 2011 983, Pra 2011 7 46, RDAF 2011 I 392, com. Geiser in PJA 2011 243, com. Würger in DTA 2011 102, com. Schmid in PJA 2011 983, cons. 2.4.

⁹³⁶ Pascale Byrne-Sutton, *Le contrat de travail à temps partiel*, Zurich, Schulthess, 2001, pp. 145-146.

⁹³⁷ TF, 4 mai 2010, 4A_54/2010, ATF 136 I 290, JT 2011 II 204, SJ 2010 I 416, PJA 2011 983, Pra 2011 7 46, RDAF 2011 I 392, com. Geiser in PJA 2011 243, com. Würger in DTA 2011 102, com. Schmid in PJA 2011 983, cons. 2.3.

⁹³⁸ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 360 (relativement à l'art. 329a de l'avant-projet) ; Pascale Byrne-Sutton, *Le contrat de travail à temps partiel*, Zurich, Schulthess, 2001, p. 151.

La même logique prévaut lorsque l'ancienneté du travailleur est prise en compte pour l'ouverture de droits (cf. art. 324a CO) ou de protections (cf. art. 335c et art. 336c CO), dès lors que les périodes pertinentes sont calculées en semaines, mois et années. C'est bien la période totale depuis le début du rapport de travail qui doit être prise en compte⁹³⁹.

469

Le travailleur à temps partiel ne doit pas subir de discrimination indirecte⁹⁴⁰ du seul fait de cette modalité d'organisation de son travail⁹⁴¹.

470

Le travail à temps partiel n'exclut pas la notion d'heures supplémentaires. Comme pour un travail à temps plein, il y a heures supplémentaires dès lors que le travailleur effectue davantage d'heures que celles qui sont prévues contractuellement⁹⁴².

471

§ 2 : Le travail sur appel

Dans le cadre du travail sur appel, le travailleur ne connaît pas à l'avance la quantité de travail qu'il va effectuer pour un employeur. Malgré le caractère indéterminé et même parfois indéterminable de l'objet du contrat (en l'occurrence la durée du travail qui est pourtant un *essentialis negotii*) et malgré la précarité économique qui en résulte⁹⁴³, le Tribunal fédéral juge que rien ne s'oppose au travail sur appel⁹⁴⁴, pour autant qu'il soit prouvé que la volonté des parties était d'être liées par un tel type de contrat⁹⁴⁵. Toutefois, le travailleur doit pouvoir compter sur une certaine prévisibilité et l'employeur ne peut moduler la quantité de travail de manière purement discrétionnaire⁹⁴⁶. S'il devait permettre une diminution brutale du volume mensuel de travail, le contrat de travail sur appel viderait de sa substance la protection impérative liée au délai de congé ; il en résulterait une violation manifeste de l'article 335c du code des obligations⁹⁴⁷.

472

⁹³⁹ Du même avis : Pascale Byrne-Sutton, *Le contrat de travail à temps partiel*, Zurich, Schulthess, 2001, p. 169.

⁹⁴⁰ Sur cette notion, cf. *infra* 1651 et s.

⁹⁴¹ Pascale Byrne-Sutton, *Le contrat de travail à temps partiel*, Zurich, Schulthess, 2001, p. 134.

⁹⁴² Pascale Byrne-Sutton, *op. cit.*, p. 135.

⁹⁴³ Pascale Byrne-Sutton, *op. cit.*, pp. 93-94 ; Wyler/Heinzer, p. 38.

⁹⁴⁴ TF, 6 mai 1998, ATF 124 III 249, JT 1999 I 275, PJA 1998 1241, com. Roncoroni in PJA 1998 1416, com. Senti in PJA 1998 1241, com. Gloor in JT 1999 I 275, cons. 2a ; TF, 7 janvier 2010, 4A_509/2009 ; TF, 4 octobre 2017, 4A_334/2017, cons. 2.2.

⁹⁴⁵ Pour une absence de contrat sur appel, cf. TF, 1^{er} décembre 2016, 4A_414/2016, cons. 2.3 : faute de contestation valable de sa motivation par l'employeur, une cour cantonale a pu valablement considérer que, en présence d'un contrat de travail oral, les parties étaient convenues d'un contrat à durée indéterminée à plein temps et non d'un contrat sur appel improprement dit.

⁹⁴⁶ Cf. Jean-Philippe Dunand, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 59 ad art. 319 CO.

⁹⁴⁷ TF, 14 décembre 1998, ATF 125 III 65, JT 2000 I 355, SJ 1999 I 293, Pra 1999 111 605, cons. 4b ; Giacomo Roncoroni, « Arbeit auf Abruf und Gelegenheitsarbeit », PJA 1998 1410 ; Gabriel Aubert, « Le travail à temps partiel irrégulier », in *Etudes de droit du travail*, Zurich, Schulthess, 1995, pp. 189-190.

- 473 De manière générale, cette forme de travail doit respecter les dispositions légales impératives⁹⁴⁸. Dès lors que le risque de l'entreprise incombe à l'employeur, ce dernier, s'il refuse, pour des motifs économiques, la prestation de travail qui lui est dûment offerte, tombe en demeure et reste impérativement obligé de verser le salaire⁹⁴⁹. Selon la jurisprudence, l'article 326 du code des obligations est applicable par analogie au travail sur appel, puisqu'il n'est qu'un cas d'application de la règle générale sur la demeure et confirme que le législateur n'a pas voulu permettre à l'employeur de déterminer unilatéralement, en fonction de ses propres besoins, la durée du travail et la rétribution du travailleur⁹⁵⁰. Ainsi, le travailleur sur appel licencié a droit à son salaire jusqu'à l'échéance du délai de congé, salaire qui sera calculé sur la base de la moyenne des rémunérations perçues pendant une période déterminée équitablement⁹⁵¹.
- 474 Le travailleur sur appel, lorsqu'il ne travaille pas mais se tient à disposition de son employeur, prêt à intervenir, doit être rémunéré⁹⁵². Sauf convention contraire, ce temps d'attente est généralement rémunéré à un niveau inférieur aux heures de travail effectif⁹⁵³. Si ni le contrat individuel ni le droit collectif ne prévoient le taux de rémunération, l'employeur verse le montant usuel⁹⁵⁴, souvent de l'ordre du quart⁹⁵⁵. L'indemnisation peut aussi être, par contrat individuel ou collectif, incluse forfaitairement dans la rémunération de la prestation principale⁹⁵⁶. La jurisprudence a laissé ouverte la question de savoir si le paiement relatif au temps d'attente devait être indiqué séparément sur le décompte de salaire⁹⁵⁷, selon le même régime qu'en matière de vacances⁹⁵⁸.
- 475 À l'inverse, en cas de travail sur appel **improprement dit**, le travailleur n'a aucune obligation d'effectuer une prestation de travail ; sa prestation intervient plutôt par

⁹⁴⁸ TF, 14 décembre 1998, ATF 125 III 65, JT 2000 I 355, SJ 1999 I 293, Pra 1999 111 605.

⁹⁴⁹ TF, 6 mai 1998, ATF 124 III 249, JT 1999 I 275, PJA 1998 1241, com. Roncoroni in PJA 1998 1416, com. Senti in PJA 1998 1241, com. Gloor in JT 1999 I 275, cons. 2a ; TF, 14 décembre 1998, ATF 125 III 65, JT 2000 I 355, SJ 1999 I 293, Pra 1999 111 605, cons. 5.

⁹⁵⁰ TF, 14 décembre 1998, ATF 125 III 65, JT 2000 I 355, SJ 1999 I 293, Pra 1999 111 605, cons. 5.

⁹⁵¹ *Ibidem*. Pour les conséquences du travail sur appel en matière d'assurance-chômage, cf. TF, 25 avril 2013, 8C_783/2012, ATF 139 V 259, Plaidoyer 2013 4 54, PJA 2013 1517 ; en matière d'assurance-accident, cf. TF, 29 juillet 2013, 8C_859/2012, ATF 139 V 457, Pra 2014 11 76, CGSS 2014 50 363.

⁹⁵² TF, 6 mai 1998, ATF 124 III 249, JT 1999 I 275, PJA 1998 1241, com. Roncoroni in PJA 1998 1416, com. Senti in PJA 1998 1241, com. Gloor in JT 1999 I 275, cons. 3 ; TF, 7 janvier 2010, 4A_509/2009, cons. 2.3 ; TF, 4 octobre 2017, 4A_334/2017, cons. 2.2.

⁹⁵³ *Ibidem*.

⁹⁵⁴ TF, 6 mai 1998, ATF 124 III 249, JT 1999 I 275, PJA 1998 1241, com. Roncoroni in PJA 1998 1416, com. Senti in PJA 1998 1241, com. Gloor in JT 1999 I 275, cons. 3b.

⁹⁵⁵ CAPH/GE, 20 décembre 2006, JAR 2007 433, cons. 3.3 ; Jean-Philippe Dunand, in Commentaire Dunand/Mahon, N 58 ad art. 319 CO.

⁹⁵⁶ TF, 6 mai 1998, ATF 124 III 249, JT 1999 I 275, PJA 1998 1241, com. Roncoroni in PJA 1998 1416, com. Senti in PJA 1998 1241, com. Gloor in JT 1999 I 275, cons. 3c ; TF, 4 octobre 2017, 4A_334/2017, cons. 2.2.

⁹⁵⁷ TF, 6 mai 1998, ATF 124 III 249, JT 1999 I 275, PJA 1998 1241, com. Roncoroni in PJA 1998 1416, com. Senti in PJA 1998 1241, com. Gloor in JT 1999 I 275, cons. 3c.

⁹⁵⁸ Sur ce régime, cf. *infra* sur le régime des vacances.

accord mutuel spécifique, les missions individuelles étant généralement fondées sur un accord-cadre dans lequel les conditions de travail sont uniformément réglementées⁹⁵⁹.

Section 3 : Spécificités relatives à la personne du travailleur

Trois types de travailleurs sont susceptibles de présenter des particularités en matière de contrats de travail :

476

- l'*apprenti* et le *stagiaire* (§ 1),
- le *cadre dirigeant* (§ 2) et
- le *placé à l'essai* (§ 3).

§ 1 : L'apprenti et le stagiaire

A. Apprentissage

1) Les exigences issues de la réglementation de la formation professionnelle

L'apprentissage s'insère dans le système de formation organisé notamment par la loi fédérale sur la formation professionnelle, qui comporte aussi bien des règles de droit public que des dispositions de droit privé (cf. art. 344 et s. CO) ; l'article 14 de la loi sur la formation professionnelle prévoit que les personnes qui commencent une formation, d'une part, et les formateurs, d'autre part, peuvent conclure un contrat d'apprentissage, lequel est en principe régi par les dispositions y relatives du code des obligations (al. 1) et doit être approuvé par les autorités cantonales (al. 3)⁹⁶⁰. Lorsque la loi sur la formation professionnelle s'applique, son régime vient s'ajouter à celui du droit privé ; hors de son champ d'application, le contrat d'apprentissage est régi exclusivement par le droit privé⁹⁶¹.

477

Du point de vue du droit public, le formateur, ou maître d'apprentissage, doit remplir certaines conditions matérielles et formelles (art. 45 LFPr et 44 OFPr) et obtenir une autorisation du canton pour former des apprentis (art. 20 al. 2 LFPr). Son activité est soumise à la surveillance de l'autorité cantonale (art. 24 LFPr)⁹⁶². L'autorité cantonale ne délivre pas d'autorisation de former ou, une fois délivrée, elle retire son

478

⁹⁵⁹ TF, 7 janvier 2010, 4A_509/2009, cons. 2.3 ; TF, 4 octobre 2017, 4A_334/2017, cons. 2.2.

⁹⁶⁰ TF, 7 septembre 2006, 4C.226/2006, ATF 132 III 753, JT 2007 I 239, SJ 2007 I 253, PJA 2007 670, com. Senti in PJA 2007 670, com. Portmann in DTA 2007 79, com. Koller in RJB 2008 354, cons. 2.1 ; TF, 30 juin 2008, 2C_103/2008, cons. 6.1 ; TF, 8 octobre 2010, 2C_529/2010, cons. 4.2.

⁹⁶¹ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 273 ; TF, 15 avril 1988, JAR 1989 296 ; TF, 7 septembre 2006, 4C.226/2006, précité.

⁹⁶² Pour un exemple de surveillance, cf. TF, 28 février 2003, 2A.478/2002.

autorisation, si les formateurs contreviennent à leurs obligations (art. 11, al. 1 OFPr)⁹⁶³.

La formation professionnelle initiale vise à transmettre et à faire acquérir les compétences, les connaissances et le savoir-faire indispensables à l'exercice d'une activité dans une profession, un champ professionnel ou un champ d'activité (art. 15, al. 1 LFPr). Les maîtres d'apprentissage doivent dès lors faire en sorte que les apprentis acquièrent un maximum de compétences, qui doivent être évaluées périodiquement (art. 20 LFPr)⁹⁶⁴.

2) Définition du contrat d'apprentissage

479 Selon le code des obligations, le contrat d'apprentissage (art. 344 à 346a CO) est un contrat de travail de caractère spécial, en vertu duquel l'employeur s'engage à former la personne en formation à l'exercice d'une activité professionnelle déterminée, conformément aux règles du métier, et la personne en formation s'engage à travailler au service de l'employeur pour acquérir cette formation (art. 344 CO)⁹⁶⁵. Le contrat d'apprentissage a pour but la formation de l'apprenti⁹⁶⁶.

3) Formation du contrat d'apprentissage et temps d'essai

480 Le contrat d'apprentissage n'est valable que s'il est passé par écrit (art. 344a, al. 1 CO) et doit régler au minimum la nature et la durée de la formation professionnelle, le salaire, le temps d'essai, l'horaire de travail et les vacances (art. 344a, al. 2 CO). Même si le salaire n'est pas mentionné dans le contrat, l'apprenti doit en principe être rémunéré pour son travail⁹⁶⁷.

481 Le temps d'essai ne doit pas être inférieur à un mois ni supérieur à trois mois ; s'il n'est pas fixé dans le contrat, il est de trois mois (art. 344a, al. 3 CO). Avant l'expiration du temps d'essai, ce dernier peut exceptionnellement être prolongé jusqu'à six mois, d'entente entre les parties et avec l'approbation des autorités cantonales (art. 344a, al. 4 CO).

4) Obligations de l'employeur et de l'apprenti

482 En raison des spécificités de ce contrat, axé sur la formation professionnelle de l'apprenti, le législateur a prévu quelques obligations particulières pour l'employeur (art. 345a CO ; obligation de formation, horaire de travail, vacances, etc.)⁹⁶⁸.

⁹⁶³ TF, 30 juin 2008, 2C_103/2008, cons. 6.1.

⁹⁶⁴ TF, 8 octobre 2010, 2C_529/2010, cons. 4.2.

⁹⁶⁵ TF, 30 juin 2008, 2C_103/2008, cons. 6.1.

⁹⁶⁶ TF, 7 septembre 2006, 4C.226/2006, ATF 132 III 753, JT 2007 I 239, SJ 2007 I 253, PJA 2007 670, com. Senti *in* PJA 2007.670, com. Portmann *in* DTA 2007 79, com. Koller *in* RJB 2008 354, cons. 2.1 ; cf. également ATF 102 V 228, cons. 2a.

⁹⁶⁷ TF, 7 septembre 2006, 4C.226/2006, précité, cons. 2.4.

⁹⁶⁸ TF, 30 juin 2008, 2C_103/2008, cons. 6.1.

L'employeur doit bien entendu respecter le régime général du droit du travail qui s'applique à titre supplétif au contrat d'apprentissage (art. 355 CO)⁹⁶⁹.

L'employeur doit veiller à ce que la personne en formation soit formée sous la responsabilité d'une personne du métier ayant les capacités professionnelles et les qualités personnelles nécessaires (art. 345a, al. 1 CO). Il laisse à la personne en formation, sans réduction de salaire, le temps nécessaire pour suivre les cours de l'école professionnelle et les cours interentreprises, et pour passer l'examen de fin d'apprentissage (art. 345a, al. 2 CO). Il ne peut occuper la personne en formation à des travaux étrangers à l'activité professionnelle envisagée et à des travaux aux pièces ou à la tâche que s'ils sont en relation avec l'exercice de la profession et que sa formation n'est pas compromise (art. 345a, al. 4 CO).

483

La protection de la personnalité des jeunes en formation est particulièrement importante puisque ces jeunes sont, en principe, confrontés pour la première fois à la vie professionnelle et se trouvent dans une situation de dépendance particulièrement marquée⁹⁷⁰. Selon la jurisprudence, il est crucial que l'employeur se concentre sur la formation à l'activité professionnelle envisagée (cf. art. 345a, al. 4 CO) et qu'il n'utilise pas sa fonction pour exercer sur l'apprenti une influence qui dépasserait le cadre du travail pour lequel il a été engagé⁹⁷¹. L'éthique professionnelle du maître d'apprentissage doit demeurer exemplaire⁹⁷².

484

Le devoir de protection de la personnalité du travailleur sera donc accru à l'égard d'un apprenti, notamment en ce qui concerne le respect de sa sphère privée⁹⁷³. Par exemple, un dépistage systématique de consommation de drogue par l'employeur doit être prohibé⁹⁷⁴.

Quant à l'apprenti, il doit suivre avec assiduité les cours dispensés dans le cadre de sa formation et se comporter de manière à pouvoir assimiler les connaissances professionnelles dispensées⁹⁷⁵. Il doit respecter les directives de l'institut au sein duquel il suit des cours⁹⁷⁶. Si l'employeur n'a pas le pouvoir de sanctionner directement l'apprenti pour son comportement hors de l'entreprise, une éventuelle défaillance de sa part à l'égard de l'institut de formation et qui rejaillirait sur le bon

485

⁹⁶⁹ *Ibidem*.

⁹⁷⁰ TF, 30 juin 2008, 2C_103/2008, cons. 6.2 ; TF, 16 juin 2010, 2C_715/2009, cons. 3.2.3 ; TF, 8 octobre 2010, 2C_529/2010, cons. 4.3.

⁹⁷¹ TF, 30 juin 2008, 2C_103/2008, cons. 6.2.

⁹⁷² TF, 8 octobre 2010, 2C_529/2010, cons. 4.3.

⁹⁷³ Cf. CRT/VD, 6 octobre 2010, cons. 4/bb, cité par David Aubert, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 37 *ad* art. 344 CO.

⁹⁷⁴ Préposé fédéral à la protection des données, « Rapport sur les tests de dépistage de la consommation de drogues durant l'apprentissage », 13 février 2001, modifié en 2006 ; Carruzzo, N 12 *ad* art. 328 CO ; David Aubert, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 37 *ad* art. 344 CO.

⁹⁷⁵ CAPH/GE, 25 juillet 2005, JAR 2006 456.

⁹⁷⁶ David Aubert, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 8 *ad* art. 345 CO.

déroulement de l'apprentissage pourrait être prise en considération du point du droit du travail également.

5) Résiliation du contrat d'apprentissage

486 Pendant le temps d'essai, le contrat d'apprentissage peut être résilié en tout temps moyennant un délai de congé de sept jours (art. 346, al. 1 CO).

Le contrat d'apprentissage est un contrat de durée déterminée, qui prend fin à l'expiration du terme convenu⁹⁷⁷. Le contrat d'apprentissage peut toutefois être résilié avec effet immédiat pour justes motifs aux conditions de l'article 337 du code des obligations⁹⁷⁸, notamment si la personne responsable de la formation n'a pas les capacités professionnelles ou les qualités personnelles nécessaires pour former la personne en formation, ou si la personne en formation n'a pas les aptitudes physiques ou intellectuelles indispensables à sa formation ou si sa santé ou sa moralité est compromise (une condition de mise en œuvre – à peine de nullité⁹⁷⁹ en principe selon nous – s'impose dans ce cas, puisque la personne en formation et, le cas échéant, ses représentants légaux, doivent être entendus au préalable), ou encore si la formation ne peut être achevée ou ne peut l'être que dans des conditions essentiellement différentes de celles qui avaient été prévues (art. 346, al. 2 CO).

487 Au terme de l'apprentissage, l'employeur doit délivrer à la personne en formation un certificat indiquant l'activité professionnelle apprise et la durée de l'apprentissage (art. 346a, al. 1 CO). A la demande de la personne en formation ou de son représentant légal, le certificat porte aussi sur les aptitudes, le travail et la conduite de la personne en formation (art. 346a, al. 2 CO).

B. Stage

488 Le contrat de stage n'est pas réglementé par la loi. Les principes généraux du droit du travail lui sont donc applicables. On appliquera également par analogie les dispositions pertinentes du contrat d'apprentissage, notamment la visée particulière de formation d'un tel cas (cf. art. 345, art. 345a et 346a CO).

489 Sous l'angle de la protection de la personnalité, un salaire qui serait inférieur à celui pratiqué au sein de l'entreprise pour des tâches similaires ne se justifiera – en dehors des autres critères pertinents pour la fixation de la rémunération – que si le stagiaire bénéficie d'une formation effective par les collaborateurs de l'entreprise. Les autorités administratives exerçant en matière d'autorisation de travail pour des étrangers sont attentives à ce que le stagiaire étranger soit suffisamment rémunéré pour son activité et pour vivre dignement en Suisse durant son stage.

⁹⁷⁷ TF, 8 octobre 2014, 4A_188/2014.

⁹⁷⁸ TF, 23 décembre 2004, 4C.370/2004, cons. 2.2 ; TF, 8 octobre 2014, 4A_188/2014. Pour ce régime, cf. *infra* sur la résiliation avec effet immédiat.

§ 2 : Le cadre dirigeant

A. Statut juridique du dirigeant

L'administrateur d'une société est normalement lié à cette dernière par un contrat de mandat et non par un contrat de travail. Si l'administrateur est inscrit dans un rapport de subordination à l'égard de la société, son contrat pourra, selon les circonstances, être requalifié en contrat de travail.

490

La relation juridique peut également être double et voir coexister un rapport obligationnel (en vertu du droit du travail) et un rapport organique (en vertu du droit des sociétés)⁹⁷⁹. Le régime du travail et celui du mandat s'appliquent alors de manière parallèle et indépendante⁹⁸⁰. Lorsque le directeur d'une société anonyme se trouve lié avec celle-ci par ce double rapport, il doit respecter à la fois le devoir de fidélité du travailleur (art. 321a CO) et le devoir de fidélité d'une personne qui s'occupe de la gestion, instauré par l'article 717 du code des obligations⁹⁸¹.

En conséquence, la jurisprudence considère que l'employé qui revêt une position d'organe ne peut pas défendre ses intérêts d'employé à l'encontre de la société anonyme de la même manière que tout autre employé, puisque sa position, du point de vue du droit des sociétés, l'oblige à sauvegarder les intérêts de la société⁹⁸².

491

Il peut également résulter de cette double position qu'un contrat conclu avec un dirigeant de la société soit qualifié de **contrat avec soi-même** (s'il est contractant comme organe et employeur d'un côté, comme travailleur de l'autre), lequel pourra, selon la nature de l'affaire, être nul conformément au droit des sociétés⁹⁸³. Il n'y a cependant pas contrat avec soi-même lorsque la société anonyme qui conclut le contrat est représentée par un supérieur hiérarchique du directeur partie audit contrat⁹⁸⁴.

B. Régime

Dans son système, le droit suisse du travail ne fait pas de distinctions entre les différentes catégories de salariés⁹⁸⁵. Les dispositions sur le contrat de travail

492

⁹⁷⁹ TF, 9 janvier 2004, 4C.258/2003, ATF 130 III 213, JT 2004 I 223, PJA 2004 1426, com. Groner *in* recht 2004 160, com. Sommer *in* PJA 2004 1059, cons. 2.1.

⁹⁸⁰ *Ibidem* ; cf. également : Dunand, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 79 *ad* art. 319 CO.

⁹⁸¹ TF, 10 décembre 2001, 4C.234/2001, ATF 128 III 129, cons. 1 ; TF, 9 janvier 2004, 4C.258/2003, précité, cons. 2.1 ; TF, 16 juin 2017, 4A_55/2017, cons. 4.2.

⁹⁸² TF, 10 décembre 2001, 4C.234/2001, ATF 128 III 129, cons. 1a/aa ; TF, 16 juin 2017, 4A_55/2017, cons. 4.2.

⁹⁸³ TF, 16 juin 2017, 4A_55/2017, cons. 4.2.

⁹⁸⁴ *Ibidem*.

⁹⁸⁵ TF, 1^{er} octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004 (voir également 4P.149/2004, 4P.151/2004), DTA 2005 23, DTA 2006 100, com. Sommer *in* JAR 2005 275, cons. 3.3 ; Franziska Bächler, *Vergütungen von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern in Banken*, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2012, p. 90. Cf. également la distinction entre applicabilité du droit du travail et degré de protection requis : Conradin Cramer, *Der Bonus im Arbeitsvertrag*, Berne, Stämpfli, 2007, p. 21.

s'appliquent en principe de la même manière à tous les échelons de la hiérarchie d'une entreprise⁹⁸⁶. La protection des travailleurs n'est donc pas fonction du montant du salaire, mais de la situation de subordination juridique, d'intégration dans l'entreprise d'autrui, ou de la dépendance économique dans laquelle se trouve le salarié.

493 Les hauts dirigeants salariés sont toutefois exclus du champ d'application d'un certain nombre de normes protectrices de la loi sur le travail⁹⁸⁷. Cette exclusion n'est pas justifiée par le fait que les hauts dirigeants soient très bien payés, mais parce qu'ils « exercent une fonction dirigeante élevée » (art. 3, d LTr), étant précisé qu'« exerce une fonction dirigeante élevée quiconque dispose, de par sa position et sa responsabilité et eu égard à la taille de l'entreprise, d'un pouvoir de décision important, ou est en mesure d'influencer fortement des décisions de portée majeure concernant notamment la structure, la marche des affaires et le développement d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise » (art. 9 OLT 1). En effet, selon le Tribunal fédéral, la rémunération des cadres dirigeants vise moins à compenser le nombre d'heures de travail effectuées que les tâches à accomplir en elles-mêmes. De plus, les dirigeants peuvent librement et dans une large mesure déterminer leur propre emploi du temps⁹⁸⁸.

Cela étant, le caractère particulier de la position du cadre dirigeant est régulièrement souligné par la jurisprudence. Le Tribunal fédéral a jugé que l'embauche d'un membre de la direction suppose une confiance particulière dans sa rectitude et son honnêteté⁹⁸⁹.

494 Par ailleurs, le droit des rémunérations abusives, récemment entré en vigueur, limite un certain nombre de sortes et de conditions de rémunérations pour les membres de la direction de certaines sociétés⁹⁹⁰.

§ 3 : Le placé à l'essai

495 Dans le cadre de la protection sociale contre l'invalidité, l'assurance peut accorder à tout assuré un placement à l'essai, d'une durée de cent quatre-vingts jours au plus, afin de vérifier que cette personne possède les capacités nécessaires pour intégrer le marché de l'emploi (art. 18a, al. 1 LAI), ou même y rester lorsqu'elle est menacée par une invalidité⁹⁹¹.

⁹⁸⁶ TF, 9 janvier 2004, 4C.258/2003, ATF 130 III 213, JT 2004 I 223, PJA 2004 1426, com. Groner *in recht* 2004. 160, com. Sommer *in* PJA 2004 1059, cons. 2.1.

⁹⁸⁷ Sur la notion de cadre dirigeant en droit du travail, cf. également Claus Hutterli, *Der leitende Angestellte im Arbeitsrecht*, Berne, Stämpfli, 1984.

⁹⁸⁸ TF, 8 janvier 2003, 4C.342/2002, ATF 129 III 171, cons. 2.1 ; cf. également Christoph Senti, « Nicht kompensierte Überstunden eines leitenden Angestellten. Verwirkung ? », PJA 2003 723.

⁹⁸⁹ TF, 14 février 2011, 4A_569/2010, JAR 2012 137, DTA 2011 108. Cf. également : TF, 3 décembre 2009, 4A_333/2009, cons. 2.2.

⁹⁹⁰ Cf. *infra* n° 1417 et s.

⁹⁹¹ Message du Conseil fédéral, 24 février 2010, FF 2010 1716 ; Wyler/Heinzer, p. 900

Durant le placement à l'essai, l'assuré a droit à une indemnité journalière ; les bénéficiaires de rente continuent de toucher leur rente (art. 18a, al. 2 LAI). Le placé à l'essai est donc rémunéré par l'assurance et non par l'entreprise dans laquelle il travaille⁹⁹². 496

Le placement à l'essai n'emporte pas naissance d'un rapport d'emploi au sens du code des obligations ; toutefois, un certain nombre de dispositions du code des obligations relatives à l'exécution du travail s'appliquent (art. 18a, al. 3 LAI), ainsi que la loi sur le travail⁹⁹³, mais non les protections contre le licenciement, la durée du placement à l'essai étant fixée par l'assurance⁹⁹⁴. 497

Le placement à l'essai peut être interrompu avant terme dans certains cas, notamment si l'objectif fixé a été atteint ou si une mesure de réadaptation plus appropriée s'impose (art. 6^{bis} RAI). L'entreprise qui a accueilli le placé à l'essai ne supporte aucune obligation d'embauche au terme du placement⁹⁹⁵. 498

Si l'assuré trouve un emploi grâce au placement – c'est-à-dire s'il a conclu un contrat de travail avec un employeur⁹⁹⁶ – mais que sa productivité ne correspond pas encore au salaire convenu, il a droit à une allocation d'initiation au travail pendant la période d'initiation requise, durant cent quatre-vingts jours au plus (art. 18b LAI).

Un litige entre le placé à l'essai et l'entreprise d'accueil portant sur les conditions de travail relève du contentieux prud'homal⁹⁹⁷. En revanche, les relations entre l'assurance et l'assuré et entre l'assurance et l'entreprise d'accueil relèvent du droit des assurances sociales⁹⁹⁸. 499

La collaboration entre l'assuré, ses proches, l'office AI et l'employeur doit être étroite. Selon un auteur, qui tire sa remarque de son analyse de la jurisprudence⁹⁹⁹, « il convient de faire preuve de souplesse pour respecter l'esprit de la loi sur l'assurance-invalidité dont le but est de favoriser l'intégration et la réadaptation professionnelles de l'assuré »¹⁰⁰⁰.

⁹⁹² Message du Conseil fédéral, 24 février 2010, FF 2010 1678 et 1716 ; Wyler/Heinzer, pp. 900-901.

⁹⁹³ Message du Conseil fédéral, 24 février 2010, FF 2010 1717 ; Wyler/Heinzer, p. 908.

⁹⁹⁴ Cf. Wyler/Heinzer, p. 908.

⁹⁹⁵ Message du Conseil fédéral, 24 février 2010, FF 2010 1678 ; Wyler/Heinzer, p. 908.

⁹⁹⁶ Cf. Wyler/Heinzer, p. 902.

⁹⁹⁷ Wyler/Heinzer, p. 909.

⁹⁹⁸ Message du Conseil fédéral, 24 février 2010, FF 2010 1716.

⁹⁹⁹ TF, 25 mai 2011, 9C_50/2011.

¹⁰⁰⁰ Adriano Previtali, « Aperçu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière d'intégration et de réadaptation professionnelles », RSAS 2016 665.

Section 4 : Spécificités relatives à la personne de l'employeur

500 L'étude des spécificités relatives à la personne de l'employeur conduit à envisager la **location de services** (§ 1), la **fonction publique** (§ 2) et les **entreprises de transport** (§ 3).

Les **entreprises de conviction** seront étudiées séparément par la suite¹⁰⁰¹.

§ 1 : La location de services

501 La location de services consiste en un rapport tripartite mettant en jeu un bailleur de services, un locataire de services et un travailleur. Il est employé en matière de travail dit temporaire. Le **bailleur de services** s'engage, moyennant une rémunération spécifique, à mettre à disposition d'une **entreprise locataire de services** un **travailleur** pendant une certaine durée ou pour une certaine mission, en abandonnant l'essentiel de son pouvoir de direction sur le travailleur¹⁰⁰². La délégation du pouvoir de direction, de l'employeur au locataire de services, est donc un élément classique et caractéristique de la location de services¹⁰⁰³. Ainsi, le bailleur de services ne s'engage pas à faire exécuter une prestation de travail au travers d'un auxiliaire, mais il choisit avec soin un travailleur pour effectuer une mission auprès du locataire de services, auquel il cède son pouvoir de direction¹⁰⁰⁴. Dans chaque cas doivent être observés le contenu du contrat, la description du poste et la situation concrète du travail dans l'entreprise¹⁰⁰⁵, de même que les rapports d'activité¹⁰⁰⁶. Classiquement et d'un point de vue économique, « le travail intérimaire vise à créer un lien entre la demande de travailleurs pour de brèves pointes d'activité dans le domaine du personnel, d'une part, et l'offre de main-d'œuvre qui ne désire souvent travailler que durant une période relativement courte, d'autre part »¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰¹ Cf. infra n° 764 et 1205.

¹⁰⁰² CAPH/GE, 19 janvier 2007, JAR 2008 370 ; Jean-Philippe Dunand, in Commentaire Dunand/Mahon, N 69 *ad* art. 319 CO ; cf. également : TF, 30 mai 1988, ATF 114 V 336, cons. 3 publié in DTA 1988 6 73 ; TF, 29 juin 1993, ATF 119 V 357, DTA 1994 19 143, DTA 1993 19 143, Pra 1994 102 347, CGSS 1994 13 189, cons. 2a ; TF, 19 janvier 2005, 4C.360/2004, cons. 4.3 ; TFA, 30 mai 1988, JAR 1989 257, DTA 1988 70, cons. 3.

¹⁰⁰³ TF, 12 décembre 2006, 4C.245/2006, cons. 3 ; Luc Thévenoz, *Le travail intérimaire*, Lausanne, thèse, 1987, p. 99 ; Roman Heiz, *Das Arbeitsverhältnis im Konzern*, Saint-Gall, thèse, 2004, p. 57.

¹⁰⁰⁴ TF, 26 novembre 2014, 2C_543/2014, cons. 2.2, com. Zilla in Droitdutravail.ch mars 2015.

¹⁰⁰⁵ Cf. TF, 30 avril 2007, 2A.425/2006.

¹⁰⁰⁶ TF, 11 février 2013, 2C_356/2012 ; TF, 26 novembre 2014, 2C_543/2014, cons. 2.4, com. Zilla in Droitdutravail.ch mars 2015.

¹⁰⁰⁷ Message du Conseil fédéral, 27 novembre 1985, FF 1985 III 534, N 122.1. Cf. également : TF, 12 avril 2011, 8C_817/2010, ATF 137 V 114, cons. 4.2.1 : « La location de services est le contrat par lequel une personne (le bailleur de services) met des travailleurs à la disposition d'une autre (le locataire de services), moyennant rémunération. On considère en général qu'il s'agit d'un contrat innommé sui generis, comportant des aspects du mandat. »

Par exemple, une entreprise qui fournit des aides logeant chez les patients 24 heures sur 24, relève de la location de services, dès lors qu'un large pouvoir de direction est délégué au client, les travailleurs étant amenés à effectuer des soins de base et des tâches ménagères, selon les besoins du locataire de services¹⁰⁰⁸.

Selon la jurisprudence, lorsqu'une partie assume une obligation de résultat, notamment lorsqu'elle met à disposition de l'autre partie des compétences particulières dont cette dernière ne dispose pas à l'interne, autrement dit lorsqu'elle ne se contente pas de fournir une force de travail dont l'autre partie serait momentanément privée mais qu'elle lui apporte une plus-value dans un but bien défini, il n'y a pas location de services¹⁰⁰⁹. En bref, si le pouvoir de direction n'est pas cédé au client, le rapport ne relève pas du régime de la location de services.

Au sens légal, la location de services comprend le **travail temporaire** (une seule mission au sein de l'entreprise locataire), la **mise à disposition de travailleurs à titre principal** (également appelée « travail en régie » ; dans ce cas, la durée du contrat de travail est en principe indépendante des missions effectuées dans les entreprises locataires) et la **mise à disposition occasionnelle de travailleurs** (les services du travailleur ne sont loués qu'à titre exceptionnel à une entreprise locataire et la durée du contrat ne dépend pas des éventuelles missions effectuées au sein des entreprises locataires) (art. 27 OSE). Les entreprises de travail en régie se rencontrent généralement dans des branches spécifiques qui souffrent d'une pénurie chronique de main-d'œuvre ; cette spécificité leur permet de limiter au maximum les périodes d'inactivité des travailleurs et, par conséquent, le risque de payer le salaire pendant ces périodes¹⁰¹⁰. Si des entreprises associées en communauté de travail mettent leurs travailleurs à la disposition de cette communauté, il ne s'agit pas de location de services, à moins qu'une part essentielle des pouvoirs de direction ne soit cédée (art. 26, al. 4 OSE).

La différence principale entre la **location de services** et le **mandat** consiste en ce qu'en matière de mandat, il n'y a aucun rapport de subordination au sens du droit du travail entre le mandataire et la mandant, alors que dans la location de services, le travailleur est soumis aux instructions du tiers ou de l'entreprise qui le fait travailler¹⁰¹¹. Pour distinguer ces deux formes juridiques, il faut tenir compte des circonstances du cas d'espèce et se fonder sur le contenu du contrat, la description du poste et la situation concrète du travail dans l'entreprise locataire de services, la dénomination utilisée par les parties pour qualifier leur contrat n'étant pas déterminante¹⁰¹².

¹⁰⁰⁸ TF, 11 février 2013, 2C_356/2012 ; José Zilla, « Activité de location de services soumise à autorisation sous l'angle de la cession des pouvoirs de direction », Droitdu travail.ch mars 2015.

¹⁰⁰⁹ TF, 30 avril 2007, 2A.425/2006, cons. 5.1.

¹⁰¹⁰ TF, 12 avril 2011, 8C_817/2010, ATF 137 V 114, cons. 4.2.3.

¹⁰¹¹ TF, 26 novembre 2014, 2C_543/2014, cons. 2-3.

¹⁰¹² *Ibidem*.

505 Par son caractère précaire et défavorable au travailleur, la location de services fait l'objet d'une **admissibilité** réglementée (A). En outre, son **régime** présente des particularités non négligeables (B).

A. Admissibilité de la location de services

506 La location de services – soit, précisément, la location des services d'un travailleur à une entreprise locataire qui reprend l'essentiel des pouvoirs de direction à l'égard dudit travailleur (cf. art. 26 OSE)¹⁰¹³ – ne peut être opérée que moyennant la possession d'une autorisation administrative (art. 12 LSE), laquelle ne sera accordée que si l'entreprise qui la sollicite est inscrite au registre suisse du commerce, dispose d'un local commercial approprié et n'exerce pas d'autre activité professionnelle pouvant nuire aux intérêts des travailleurs ou des entreprises locataires de services (art. 13, al. 1 LSE), sans compter que les personnes responsables de sa gestion doivent être de nationalité suisse ou posséder un permis d'établissement, assurer une location de services satisfaisant aux règles de la profession et jouir d'une bonne réputation (art. 13, al. 2 LSE ; cf. également art. 33 OSE). Des conditions supplémentaires sont exigées pour louer des services de la Suisse vers l'étranger (art. 13, al. 3 LSE, art. 34 OSE). Il importe peu que l'activité donnant lieu à autorisation au sens de ces dispositions soit exercée à titre principal ou à titre accessoire¹⁰¹⁴.

507 La location de services n'est soumise à autorisation que si elle doit s'exercer sous la forme du travail temporaire et de la mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie) (art. 28, al. 1 OSE). Les entreprises qui louent exclusivement les services du propriétaire ou du copropriétaire de l'entreprise ne sont pas soumises à autorisation (art. 28, al. 2 OSE).

Selon l'administration, les sociétés créées au sein d'un groupe pour louer du personnel à d'autres sociétés du même groupe sont en principe soumises à autorisation pour leurs activités de travail en régie¹⁰¹⁵.

508 L'autorisation n'est nécessaire que si l'activité est exercée de manière régulière et dans le but de réaliser un profit ou si un chiffre d'affaires de 100'000 francs au moins est réalisé. Exerce de manière régulière celui qui conclut au moins dix contrats de location de services en l'espace de douze mois (art. 29, al. 2 OSE). Les conditions d'exercice régulier de la location de services dans le but d'en tirer profit ou la réalisation d'un chiffre d'affaires annuel de 100'000 francs au moins sont alternatives¹⁰¹⁶.

¹⁰¹³ TF, 26 novembre 2014, 2C_543/2014, cons. 2.1, com. Zilla in *Droitdutravail.ch* mars 2015. Il y a également location de services lorsque le travailleur est impliqué dans l'organisation de travail de l'entreprise locataire sur le plan personnel, organisationnel, matériel et temporel, ou lorsque le travailleur utilise les outils, le matériel ou les appareils de l'entreprise locataire, ou encore lorsque l'entreprise locataire supporte elle-même le risque en cas de mauvaise exécution du contrat (art. 26, al. 2 OSE).

¹⁰¹⁴ TF, 26 novembre 2014, 2C_543/2014, cons. 4.

¹⁰¹⁵ SECO, circulaire « Location de services intragroupe », 27 juin 2017.

¹⁰¹⁶ TF, 26 novembre 2014, 2C_543/2014, cons. 4.

La location de services de travailleurs dont les services ont déjà été loués (sous-location ou location intermédiaire) est interdite. En revanche, la location d'un travailleur à une troisième entreprise est autorisée si la première entreprise cède le rapport de travail à la deuxième entreprise pour la durée de l'engagement, que la deuxième entreprise devient l'employeur, et qu'elle dispose d'une autorisation de pratiquer la location de services et met à disposition les services du travailleur à une troisième entreprise ; elle est également autorisée si la première entreprise demeure employeur, mais qu'elle conclut un contrat de location de services avec la troisième entreprise et que la deuxième entreprise assume uniquement le rôle d'intermédiaire dans la relation de location (art. 26, al. 3 OSE).

509

L'autorisation n'est accordée lorsque l'activité de location de services est susceptible d'être liée à d'autres affaires qui entravent la liberté de décision des demandeurs d'emploi ou des employeurs ou qui accroissent, en leur imposant des obligations supplémentaires, leur dépendance à l'égard du bailleur de services (art. 32, al. 1 OSE). L'autorisation peut faire l'objet d'un refus, lorsque l'auteur de la demande veut louer les services de travailleurs à des entreprises locataires dont il n'est pas indépendant (art. 32, al. 2 OSE).

510

Le bailleur de services dont l'activité est soumise à autorisation doit fournir des **sûretés** (art. 14 LSE, art. 35-39 OSE).

B. Régime de la location de services

Le régime de la location de services présente des particularités en matière d'**offre d'emploi** (1), de **contrat de travail** (2) et de **contrat de location de services** (3).

511

1) L'offre d'emploi en régime de location de services

Le bailleur de services ne peut publier d'offre d'emploi que sous son propre nom et en indiquant son adresse exacte ; il mentionnera clairement dans les annonces que les travailleurs seront engagés dans le cadre d'une location de services (art. 18, al. 1 LSE). Le bailleur de services n'est habilité à traiter les données concernant les travailleurs et à les communiquer à des entreprises locataires de services que dans la mesure et aussi longtemps que ces données sont nécessaires au placement ; hors de ce cadre, ces données ne peuvent être traitées ou communiquées qu'avec l'assentiment exprès du travailleur (art. 18, al. 3 LSE).

512

2) Le contrat de travail en régime de location de services

a. Forme du contrat

En règle générale, le bailleur de services doit conclure un contrat écrit avec le travailleur. Ce contrat doit indiquer le genre de travail à fournir, le lieu de travail et le début de l'engagement, la durée de l'engagement ou le délai de congé, l'horaire de travail, le salaire, les indemnités et allocations éventuelles ainsi que les déductions afférentes aux assurances sociales, les prestations dues en cas d'heures supplémentaires, de maladie, de maternité, d'accident, de service militaire et de vacances, les dates de paiement du salaire, des allocations et des autres prestations (art.

513

19, al. 1 et 2 LSE). Le contrat de travail écrit doit en principe être conclu avant l'entrée en fonctions, à moins que l'urgence de la situation ne permette plus la conclusion d'un contrat écrit ; dans un tel cas, le contrat devra être rédigé par écrit dans les plus brefs délais (art. 48, al. 1 OSE). En cas d'urgence, les parties peuvent renoncer définitivement à conclure un contrat écrit si la durée de la mission n'excède pas six heures (art. 48, al. 2 OSE).

514 Concrètement, l'employeur conclut généralement, dans un premier temps, un simple contrat-cadre, c'est-à-dire une convention générale de services lui permettant de se garantir l'adhésion du travailleur aux conditions de son agence. Selon la jurisprudence et la doctrine, ce n'est que dans un second temps qu'un contrat de mission dans une entreprise tierce est proposé au travailleur : si le travailleur accepte la mission offerte, alors il conclut un contrat de travail effectif avec l'agence de placement¹⁰¹⁷. Le principe est donc que chaque nouvelle mission donne lieu à la conclusion d'un nouveau contrat de travail ; entre deux missions, le rapport est en général interrompu, de telle sorte qu'aucun salaire n'est dû¹⁰¹⁸. Le travailleur temporaire est libre d'accepter ou de refuser une nouvelle mission ; sauf convention contraire ou application du principe de prohibition des contrats en chaîne¹⁰¹⁹, le travailleur ne peut exiger que l'agence lui offre une nouvelle mission¹⁰²⁰.

515 Si les exigences relatives à la forme ou au contenu du contrat de travail ne sont pas remplies, sont applicables les conditions de travail correspondant aux usages locaux et professionnels ou les dispositions légales en la matière, à moins que des conditions plus favorables n'aient été conclues verbalement (art. 19, al. 3 LSE). L'inobservation des prescriptions relatives à la forme et au contenu du contrat de travail en régime de location de services n'emporte pas d'autre conséquence que celle-là¹⁰²¹.

L'autorité qui délivre l'autorisation de pratiquer la location de services examine le modèle du contrat de travail et le modèle du contrat de location de services (art. 34a OSE).

b. Relations entre le travailleur et le locataire de services

516 Aucun contrat n'est directement conclu entre le travailleur temporaire et le locataire de services : il n'existe aucune relation contractuelle entre eux. Ainsi, le locataire de services ne saurait être assigné par le travailleur en paiement de son salaire¹⁰²². Le jeu de la présomption de l'article 320, alinéa 2 du code des obligations n'opère pas non

¹⁰¹⁷ TF, 7 décembre 2004, 4C.356/2004, cons. 2.3.

¹⁰¹⁸ Jean-Philippe Dunand, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 72 *ad* art. 319 CO.

¹⁰¹⁹ Cf. *infra* n° 614 et s. Le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'était pas arbitraire de retenir qu'une employeuse n'avait pas l'intention d'éluder la loi en stipulant sept contrats de mission successifs de durée indéterminée, compte tenu du fait que l'entreprise locataire de services avait de la peine à déterminer la durée des missions, et que le travailleur était inscrit en parallèle auprès d'autres agences de placement (TF, 15 février 2017, 4A_428/2016, cons. 3.2.2.5).

¹⁰²⁰ CAPH/GE, 12 février 1998, JAR 1999 300, cons. 3a.

¹⁰²¹ TF, 12 décembre 2006, 4C.245/2006, cons. 3.

¹⁰²² KG/SG, 20 juillet 2009, JAR 2010 570.

plus¹⁰²³. Une relation « quasi-contractuelle » se noue toutefois entre le travailleur et le locataire de services¹⁰²⁴ (parfois appelée « relation de travail indirecte »)¹⁰²⁵ dans la mesure où le travailleur doit respecter le pouvoir de direction qui a été délégué par le bailleur de services à son locataire¹⁰²⁶. En cas de violation des obligations de l'employeur (par exemple en cas de violation de la personnalité du travailleur), le bailleur de services est directement responsable. L'entreprise locataire, ainsi que les personnes responsables de la violation au sein de cette dernière, peuvent également être amenées à répondre de leurs agissements sur le fondement de la responsabilité délictuelle.

c. Résiliation du rapport d'emploi

Lorsque la location de services prend la forme du travail temporaire (art. 49 OSE)¹⁰²⁷, le rapport d'emploi est soumis à un régime particulier en matière de résiliation : si l'engagement est de durée indéterminée, le rapport de travail peut, pendant les six premiers mois de service, être résilié par les deux parties moyennant un délai de congé de deux jours au moins durant les trois premiers mois d'un emploi ininterrompu, ou de sept jours au moins entre le quatrième et le sixième mois d'un emploi ininterrompu (art. 19, al. 4 LSE). Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé directement sur la notion d'« emploi ininterrompu » au sens de cette disposition. Il a seulement jugé qu'il n'était pas arbitraire de considérer que la succession de sept missions à durée indéterminée auprès de la même entreprise locataire de services ne représentait pas un emploi ininterrompu¹⁰²⁸.

517

Sont nuls et nonavenus les accords qui exigent du travailleur qui loue ses services le paiement d'émoluments ou de prestations financières préalables ou qui empêchent ou entravent son transfert à l'entreprise locataire de services, une fois son contrat de travail arrivé à échéance (art. 19, al. 5 LSE). Si le bailleur de services ne possède pas l'autorisation nécessaire, son contrat de travail avec le travailleur est nul et nonavenu. Dans ce cas, l'article 320, alinéa 3 du code des obligations, qui règle les suites d'un contrat nul¹⁰²⁹, est applicable (art. 19, al. 6 LSE).

518

d. Application du droit collectif

Lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une convention collective de travail étendue, le bailleur de services doit appliquer au travailleur celles des dispositions de la convention qui concernent le salaire (cf. art. 48a, al. 1 OSE) et la durée du travail (cf. art. 48a, al. 2 OSE). Si une convention collective de travail

519

¹⁰²³ TF, 12 décembre 2006, 4C.245/2006, cons. 3.

¹⁰²⁴ TF, 7 juillet 1954, SJ 1955 353 ; TF, 23 octobre 2006, 4C.155/2006, cons. 7.3.1 ; KG/SG, 14 juin 1993, RSJ 1995 455 ; cf. également : Michael Kull (édit.), *Arbeitsvermittlungsgesetz*, Berne, Stämpfli, 2014.

¹⁰²⁵ TF, 23 octobre 2006, 4C.155/2006, cons. 7.3.1 ; KG/GR, 23 janvier 2003, JAR 2004 509.

¹⁰²⁶ CAPH/GE, 12 février 1998, JAR 1999 300, cons. 3a.

¹⁰²⁷ Pour la définition du travail temporaire, cf. *supra*.

¹⁰²⁸ TF, 15 février 2017, 4A_428/2016, cons. 3.2.2.5.

¹⁰²⁹ Pour ce régime, cf. *infra*.

étendue prévoit une contribution obligatoire aux frais de formation continue et aux frais d'exécution, les dispositions concernées s'appliquent aussi au bailleur de services, auquel cas les contributions doivent être versées au prorata de la durée de l'engagement (art. 20, al. 1 LSE). L'organe paritaire de contrôle prévu par la convention collective de travail étendue est habilité à contrôler le bailleur de services. En cas d'infraction grave, il doit en informer l'office cantonal du travail et peut infliger au bailleur de services une peine prévue par la convention collective de travail et imputer au bailleur de services tout ou partie des frais de contrôle (art. 20, al. 2 LSE). En outre, lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une convention collective de travail avec déclaration d'extension instituant un régime de retraite anticipée, le bailleur de services est également tenu de respecter ce régime envers le travailleur à partir d'une certaine durée (art. 20, al. 3 LSE).

520 En outre, une convention collective – intitulée « convention collective de travail de la branche du travail temporaire » par le Conseil fédéral et « convention collective de travail – location de services » par les organisations syndicales – a été revêtue d'un arrêté d'extension pour certaines de ses clauses en date du 13 décembre 2011. Il s'agit de la convention collective la plus importante de Suisse puisqu'elle couvre plus de 300'000 personnes. Elle prévoit notamment une formation continue (art. 7), un temps de travail hebdomadaire normal de 42 heures (art. 12), cinq semaines de vacances pour les travailleurs âgés d'au moins 50 ans révolus (art. 13), des jours d'absence rémunérés (art. 15), des salaires minimums (art. 20), une assurance perte de gain (art. 28).

e. Application du droit commun du travail à titre supplétif

521 Pour le reste, le contrat de travail en location de services est régi par le droit commun du travail. En particulier, le travailleur en location de services est protégé contre le licenciement en temps inopportun au sens de l'article 336c du code des obligations¹⁰³⁰. En outre, le licenciement immédiat d'un travailleur en location de services est soumis aux articles 337 et suivants du code des obligations¹⁰³¹. Lorsqu'un cas de juste motif de licenciement immédiat survient, l'entreprise locataire de services ne peut prononcer le licenciement ; il revient à l'agence de travail intérimaire de le faire¹⁰³² en se référant aux motifs invoqués par l'entreprise utilisatrice¹⁰³³.

522 Les modifications survenant au sein de l'entreprise locataire n'ont pas d'incidence sur les rapports de travail des personnes qui sont mises à la disposition de cette entreprise, partant qu'il n'en résulte aucun changement d'employeur : à supposer que ladite entreprise soit transférée à un tiers, c'est donc le bailleur de services qui conservera la qualité d'employeur et non le reprenant qui l'acquerra¹⁰³⁴.

¹⁰³⁰ TF, 7 décembre 2004, 4C.356/2004, cons. 2.

¹⁰³¹ TF, 1^{er} décembre 2016, 4A_521/2016, cons. 2.1.

¹⁰³² TF, 19 juin 1991, ATF 117 V 248, DTA 1991 5 29, CGSS 1994 13 200, cons. 3b/aa.

¹⁰³³ TC/VD, 2 décembre 2010, JAR 2011 596, cons. 4.

¹⁰³⁴ TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, ATF 132 III 32, JT 2006 I 257, SJ 2006 I 193, Pra 2006 81 576, cons. 5.1.

3) Le contrat de location de services

Le contrat de location de services est passé entre le bailleur de services (employeur juridique) et le locataire de services (auprès de qui le travailleur exerce son activité concrète). On considère en général qu'il s'agit d'un contrat innommé *sui generis*, comportant des aspects de mandat¹⁰³⁵.

523

a. Forme et efficacité du contrat de location de services

Le bailleur de services doit conclure un contrat écrit avec l'entreprise locataire de services. Il y indiquera sa propre adresse et celle de l'autorité qui délivre l'autorisation, les qualifications professionnelles du travailleur et le genre de travail, le lieu de travail du travailleur ainsi que le début de l'engagement, la durée de l'engagement ou les délais de congé, l'horaire de travail du travailleur, le coût de la location de services, y compris les prestations sociales, les allocations, les indemnités et les prestations accessoires (art. 22, al. 1 LSE). Le contrat de location de services doit en principe être conclu avant l'entrée en fonction du travailleur, à moins que l'urgence de la situation ne permette plus la conclusion d'un contrat écrit. Dans de tels cas, le contrat devra être rédigé par écrit dans les plus brefs délais (art. 50 OSE).

524

Si le bailleur de services ne possède pas l'autorisation nécessaire, le contrat de location de services est **nul**. Dans ce cas, les dispositions du code des obligations concernant les actes illicites et l'enrichissement illégitime sont applicables (art. 22, al. 5 LSE).

525

b. Accords entre les parties au contrat de location de services

Sont nuls les accords qui entravent ou empêchent l'entreprise locataire de services de conclure un contrat de travail avec le travailleur une fois que le contrat de location de services arrive à son terme (art. 22, al. 2 LSE). Sont toutefois admissibles les accords selon lesquels le bailleur de services peut exiger de l'entreprise locataire de services le versement d'une indemnité lorsque la location de services a duré moins de trois mois et que le travailleur a repris son activité au sein de l'entreprise locataire de services moins de trois mois après la fin de la location de ses services à cette entreprise (art. 22, al. 3 LSE). L'indemnité atteindra au maximum le montant que l'entreprise locataire de services aurait eu à payer au bailleur de services à titre de frais d'administration et de bénéfice pour un engagement de trois mois. Le bailleur de services doit imputer sur l'indemnité le montant déjà versé au titre de frais d'administration et de bénéfice (art. 22, al. 4 LSE).

526

c. Obligations du bailleur de services

Le bailleur de services assume l'obligation de choisir l'intérimaire avec diligence (*cura in eligendo*)¹⁰³⁶. Selon la jurisprudence, il ne promet au locataire que la prestation d'un

527

¹⁰³⁵ TF, 12 avril 2011, 8C_817/2010, ATF 137 V 114, cons. 4.2.1 ; cf. également : Pierre Matile/José Zilla, *Travail temporaire, Commentaire pratique des dispositions fédérales sur la location de services [art. 12-39 LSE]*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2010, p. 5 et s. ; Jean-Philippe Dunand, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 69 ad art. 319 CO.

¹⁰³⁶ CAPH/GE, 19 janvier 2007, JAR 2008 370, cons. 3.

travailleur et non pas une prestation de travail déterminée ; ainsi, il assume une obligation de moyens, non une obligation de résultat¹⁰³⁷. Dans cette mesure, le bailleur peut en principe se borner à vérifier les qualifications professionnelles du candidat proposé au locataire ; il n'est pas tenu de procéder à des vérifications particulières sur les antécédents du salarié, sauf si celui-ci est appelé à occuper un poste de confiance¹⁰³⁸.

§ 2 : La fonction publique

528 **Réglementation des rapports de travail dans la fonction publique.** Les rapports de travail dans la fonction publique ne sont en principe pas réglementés par les dispositions du code des obligations mais sont librement régis par la Confédération et les cantons (cf. art. 342, al. 1 CO)¹⁰³⁹, dans des lois spéciales¹⁰⁴⁰. Si la loi n'énumère pas de façon précise et exhaustive les droits et obligations découlant des rapports de service, ceux-ci peuvent même être réglés par la voie réglementaire, sans que le principe de légalité ne soit enfreint¹⁰⁴¹.

En outre, les règles du code des obligations peuvent être applicables à titre supplétif si le droit public le prévoit ou si la loi contient une lacune¹⁰⁴². Lorsqu'une disposition cantonale sur le droit de la fonction publique renvoie à une disposition du code des obligations, celle-ci relève alors du droit cantonal¹⁰⁴³.

529 À titre d'exemple, la loi sur le personnel de la Confédération régit les rapports de travail entre la Confédération et son personnel (art. 1 LPers), notamment au sein des trois pouvoirs fédéraux (Conseil fédéral, Assemblée fédérale, Tribunal fédéral) et des Chemins de fer fédéraux (art. 2 et 3 LPers). Les dispositions pertinentes du code des obligations sont applicables par analogie à titre de droit supplétif (art. 6 LPers). Des

¹⁰³⁷ *Ibidem*.

¹⁰³⁸ CAPH/GE, 19 janvier 2007, JAR 2008 370, cons. 4.

¹⁰³⁹ TF, 3 avril 2017, 8C_319/2016, cons. 6.

¹⁰⁴⁰ Si le statut de droit public est en général globalement plus favorable, il peut comporter par rapport au code des obligations des contraintes plus sévères sur certains points (TF, 31 août 1993, 2P.336/1992, cons. 3c ; TF, 19 août 1994, 2P.82/1994, cons. 3d ; TF, 19 juillet 2005, 2P.121/2005, cons. 4.2 ; TF, 18 janvier 2013, 8C_358/2012, ATF 139 I 57, JT 2013 II 203, DTA 2013 147, Pra 2013 92 711, RDAF 2014 I 477, com. Troillet *in* CJN 9 avril 2013, cons. 5.1 ; TF, 3 avril 2017, 8C_319/2016, cons. 6 ; Stéphanie Perrenoud, « L'évolution historique du droit de la relation de travail », *in* Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Stéphanie Perrenoud (édit.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique*, Genève/Zurich, Schulthess, 2016, p. 201).

¹⁰⁴¹ TF, 22 décembre 2016, 8C_161/2015, cons. 4.2.

¹⁰⁴² TF, 13 janvier 2012, 8C_200/2011, ATF 138 I 232, DTA 2012 176, RDAF 2013 I 582, cons. 6.1 ; TF, 18 janvier 2013, 8C_358/2012, ATF 139 I 57, JT 2013 II 203, DTA 2013 147, Pra 2013 92 711, RDAF 2014 I 477, com. Troillet *in* CJN 9 avril 2013, cons. 5.1 ; TF, 12 décembre 2014, 8C_643/2014, cons. 4. Le seul fait qu'une disposition d'un statut du personnel communal soit sujette à interprétation ne justifie pas l'application du droit privé comme droit supplétif (TF, 3 avril 2017, 8C_319/2016, cons. 5).

¹⁰⁴³ Récemment : TF, 15 septembre 2014, 8C_340/2014, ATF 140 I 320, JT 2015 II 120, RDAF 2015 I 447, cons. 3.3, com. Wyler *in* JT 2015 II 121, com. Chavanne *in* Plaidoyer 2015 4 40, com. Dunand *in* Droitdu travail.ch janvier 2015.

conventions collectives de travail peuvent aussi être applicables, ce qui est le cas par exemple pour les CFF (art. 38 LPers). Au niveau du régime, les employés de la Confédération ont droit à des garanties spécifiques en matière de résiliation (art. 10 LPers). *A contrario*, ils peuvent se voir imposer une obligation de résidence (art. 21 LPers) ou voir leurs droits fondamentaux (droit de grève, liberté d'établissement, liberté économique) restreints, si la sécurité de l'État l'exige (art. 24 LPers). En toute hypothèse, le principe de faveur s'applique (art. 6, al. 4 LPers).

Assujettissement des rapports de travail dans la fonction publique au droit privé du travail. Si la Constitution fédérale ne règle pas la nature juridique des rapports de travail des employés des collectivités publiques, le Tribunal fédéral estime que la nature particulière de l'État et des tâches exercées par son personnel, tout comme les contraintes constitutionnelles qui pèsent sur l'État employeur, tendent en principe à privilégier le droit public dans le règlement des rapports de travail du personnel de l'État¹⁰⁴⁴.

530

Des rapports de travail du personnel étatique peuvent toutefois être soumis au droit privé s'il existe un fondement dans une réglementation cantonale ou communale claire et sans équivoque et que, dans le cas concret, on ne doit pas requalifier le contrat conclu entre les parties en rapport de droit public¹⁰⁴⁵. Par exemple, la loi sur le personnel de la Confédération réserve la possibilité soumettre au code des obligations certaines catégories de personnel ou certains employés dans des cas particuliers justifiés (art. 6, al. 5 et 6 LPers). La jurisprudence a précisé que le fait de soumettre certains agents communaux à un régime de droit public et d'autres membres du personnel communal à un régime de droit privé n'était pas constitutif d'une inégalité de traitement, pour autant que les circonstances particulières justifient cette différence, comme par exemple un traitement spécial pour les membres du personnel accomplissant des tâches particulières, bien que régulières mais avec un emploi du temps très limité¹⁰⁴⁶.

Même lorsque le rapport de travail est soumis au droit privé, l'État doit respecter les droits et principes constitutionnels guidant son activité (liberté d'expression, légalité, égalité de traitement, interdiction de l'arbitraire, intérêt public, proportionnalité, bonne foi)¹⁰⁴⁷.

531

Si une tâche étatique est transférée à une personne morale de droit privé, celle-ci reste régie par le droit privé, même si elle exerce des tâches publiques ; son personnel est

¹⁰⁴⁴ TF, 9 octobre 2017, 8C_755/2016, cons. 3. Cf. également : TF, 19 mai 2006, 2P.18/2006, cons. 2.3 ; TF, 18 février 2015, 8C_227/2014, cons. 4.2.3.

¹⁰⁴⁵ TF, 18 février 2015, 8C_227/2014, cons. 3-4.

¹⁰⁴⁶ Valérie Defago Gaudin, in Droitdu travail.ch avril 2015.

¹⁰⁴⁷ *Ibidem*.

régi par le droit privé¹⁰⁴⁸. Tel est également le cas lorsqu'une tâche étatique est transférée à une entité de droit privé créée dans ce but¹⁰⁴⁹.

532 On relève, depuis un certain temps déjà¹⁰⁵⁰, une tendance au rapprochement entre le régime de droit public et de droit privé¹⁰⁵¹. Par exemple, l'absence de motif de licenciement suffisant au sens de l'article 10, alinéa 3 de la loi sur le personnel de la Confédération ne suffit pas à fonder le caractère abusif du licenciement ; un tel caractère abusif suppose que les motifs invoqués atteignent un degré de gravité comparable à celui des motifs prévus à l'article 336 du code des obligations¹⁰⁵².

§ 3 : Les entreprises de transport

533 Le travail de transport peut s'effectuer par **voie terrestre (A)**, par **voie maritime (B)** ou par **voie aérienne (C)**.

A. Par voie terrestre

534 Les entreprises de transport par voie terrestre (route et rail) peuvent être soumises à la loi sur le travail dans les entreprises de transports publics (art. 1 et 2 LDT), laquelle comprend un certain nombre de prescriptions de durée du travail et du repos. Par exemple, en principe, la durée quotidienne du travail doit être de sept heures au plus en moyenne annuelle (art. 4 LDT). Il existe également des prescriptions spécifiques en matière de pauses (art. 7 LDT), de travail de nuit (art. 9 LDT), de jours de repos (art. 10 LDT), de vacances (art. 14 LDT), etc. On recense également des précisions dans l'ordonnance relative à la loi sur le travail dans les entreprises de transports publics (OLDT). L'article 71 de la loi sur le travail réserve d'ailleurs les réglementations spéciales, en particulier l'ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles (OTR 1)¹⁰⁵³.

Sous l'empire de ce régime, le temps de disponibilité et sa durée probable doivent être connus à l'avance par le conducteur. Dans le cas contraire, le temps de disponibilité compte comme temps de travail (art. 7, al. 1 OTR 1). Aucune pause de travail ni aucun temps de repos ne peuvent être inclus dans le temps de disponibilité (art. 7, al. 2 OTR 1).

¹⁰⁴⁸ TF, 22 mars 2016, 8C_506/2015, cons. 5.

¹⁰⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁵⁰ Cf. Gabriel Aubert/François Bellanger/Thierry Tanquerel (édit.), *Fonction publique : vers une privatisation ?*, Zurich, Schulthess, 2000.

¹⁰⁵¹ Cf. Stéphanie Perrenoud, « L'évolution historique du droit de la relation de travail », in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Stéphanie Perrenoud (édit.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique*, Genève/Zurich, Schulthess, 2016.

¹⁰⁵² TF, 8 mars 2016, 8C_895/2015.

¹⁰⁵³ TF, 26 février 2015, 4A_515/2014, cons. 2.3.

La réglementation fixe le temps hebdomadaire maximal à 48 heures en moyenne sur une période de 26 semaines. Le plafond absolu est de 60 heures sur une semaine de sept jours (art. 2, j ; art. 6 al. 1 OTR 1). Sous réserve d'anciennes règles relatives aux heures supplémentaires, l'OTR 1 ne contient aucune disposition concernant la rémunération des chauffeurs, en particulier pour le dimanche¹⁰⁵⁴.

L'ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules légers affectés au transport de personnes et de voitures de tourisme lourdes (OTR 2) s'applique aux conducteurs professionnels non soumis à l'OTR 1.

La durée maximale de la semaine de travail est de 48 heures en principe, 53 heures dans les entreprises de taxis (art. 5 OTR 2). Un tachygraphe doit être maintenu continuellement en fonction pendant l'activité professionnelle (art. 15 OTR 2)¹⁰⁵⁵. Un livret de travail doit en principe être tenu et contenir les indications nécessaires au contrôle des heures de travail, de conduite et de repos (art. 17 à 19 OTR 2).

B. Par voie maritime

Le droit fédéral est en vigueur à bord des navires suisses : en haute mer, sans partage ; dans les eaux territoriales, en tant que la loi de l'État riverain n'est pas déclarée impérative. En cas de naufrage d'un navire suisse, le droit fédéral est en vigueur dans la même mesure entre les survivants (art. 4, al. 1 LNM).

À bord des navires suisses, la législation suisse sur le travail et les assurances sociales s'applique à l'équipage sauf exceptions légales, conventionnelles ou par ordonnance du Conseil fédéral (art. 63, al. 1 LNM). En outre, la Confédération s'occupe de la formation professionnelle des marins (art. 61 LNM).

Sont membres de l'équipage le capitaine et les marins qui ont un emploi à bord et qui sont inscrits sur le rôle d'équipage (art. 60, al. 1 LNM). La procédure d'enrôlement et de dérôlement a lieu par-devant le consul de Suisse, hors la présence des agents de placement, si possible à bord du navire (art. 65 LNM). Sont officiers les marins qui possèdent le certificat de capacité pour cette fonction et qui ont été engagés à ce titre (art. 60, al. 2 LNM).

Si l'intérêt du pays l'exige, l'Office suisse de la navigation maritime peut ordonner, en tout temps, le renvoi immédiat et sans indication de motifs d'un membre de l'équipage. S'ils n'ont pas commis de faute, le membre de l'équipage congédié et l'armateur seront indemnisés, par la Confédération, du préjudice attribuable à ce renvoi (art. 60, al. 3).

¹⁰⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵⁵ Pour des précisions sur le registre des cartes de tachygraphe, cf. l'ordonnance du 29 mars 2006 sur le registre des cartes de tachygraphe.

Certaines exigences professionnelles sont nécessaires à celui qui désire être engagé comme marin (art. 62 LNM). Le contenu du contrat d'engagement des marins est en partie prévu par la loi (art. 70 LNM).

- 537 Les devoirs de l'équipage sont précisés par la loi (art. 71 LNM), ainsi que le régime disciplinaire (art. 155 à 161 LNM).

On trouve également des règles spéciales en matière de rémunération (art. 73, 74 et 75 LNM), de paiement aux marins (art. 76 LNM : en particulier, aucun paiement ne peut être fait aux marins dans les auberges et les tavernes) et de salaires dus aux survivants (art. 79 LNM), ainsi que de transfert des rapports de travail (art. 76a LNM), d'expiration du contrat (art. 77 LNM) et de prorogations exceptionnelles (art. 78 LNM), enfin de certificats de service (art. 80 LNM).

Les dispositions qui ne peuvent être modifiées par convention, en aucun cas ou non au détriment du marin, sont répertoriées à l'article 162 de la loi sur la navigation maritime.

L'Ordonnance sur la navigation maritime prévoit en outre des dispositions spéciales sur la réglementation du travail en mer (chapitre IV), notamment le travail des jeunes gens (art. 16), l'examen médical (art. 17-19), les certificats de capacité (art. 20-22), la durée du travail à bord (art. 23-31), la nourriture des marins à bord (art. 32-36), les plaintes des marins (art. 37), le droit des marins aux vacances (art. 38-40), l'assurance maladie et accidents (art. 41-43).

- 538 En cas de différend relatif à l'exécution du contrat d'engagement, le consulat de Suisse, s'il en est requis par l'une des parties, doit s'efforcer, sans frais pour celles-ci, de les concilier (art. 81, al. 1 LNM). Le contrat d'engagement peut prévoir que les litiges relatifs au contrat d'engagement seront arbitrés par le prochain consulat de Suisse. Toute autre clause d'arbitrage est nulle. L'arbitrage du consul est rendu gratuitement (art. 81, al. 2 LNM).

Les bateliers rhénans sont soumis pour leurs conditions de travail à un Accord international du 21 mai 1954, complété par un arrêté du Conseil fédéral du 28 juillet 1955. Ce dernier prévoit entre autres que le repos nocturne peut être remplacé par un repos en partie diurne si une convention collective le prévoit (art. 6). Il détermine les jours fériés (art. 8) et impose des sanctions pénales spécifiques (art. 11 et 12).

C. Par voie aérienne

- 539 Certaines catégories de personnel aéronautique doivent posséder une licence pour exercer leur activité (art. 24 OSAv).

Des dispositions spécifiques de protection de la santé des membres d'équipage des aéronefs sont prévues (art. 30 à 37 OSAv), notamment un examen de santé gratuit préalablement à l'embauche (art. 33 OSAv). Les femmes enceintes et les mères allaitantes libérées du service de vol ont le droit d'obtenir 80 % de leur salaire lorsque l'entreprise de transport aérien ne peut leur proposer un travail équivalent au sol (art. 36 OSAv).

Chapitre 5 : Le rapport d'emploi présentant un caractère international

En cas de rapport d'emploi présentant un caractère international le ***droit applicable*** doit être identifié (**Section 1**). 540

Une ***autorisation de travail*** est bien souvent nécessaire pour employer un travailleur étranger (**Section 2**).

Les ***travailleurs détachés*** représentent une catégorie particulière (**Section 3**).

Section 1 : Le droit applicable

En présence d'un contexte international, la question du droit applicable se pose, le cas échéant d'office ; le rapport juridique doit être déterminé selon la *lex fori*¹⁰⁵⁶. Dans la perspective de Savigny, il s'agit de rechercher pour chaque rapport de droit le domaine du droit auquel ce rapport appartient par sa nature (où ce rapport de droit a son siège)¹⁰⁵⁷. Le siège de l'obligation se trouve ainsi sous l'acte imposé à la personne du débiteur : « l'exécution résulte principalement de l'activité du débiteur »¹⁰⁵⁸. 541

Lorsque, au moment d'ouvrir action, le demandeur, qui a exercé son travail en Suisse, avait son domicile en Suisse, la question du droit applicable ne se pose pas, même si l'une des parties déplace son domicile à l'étranger durant la procédure¹⁰⁵⁹. 542

Les parties peuvent choisir entre différents droits applicables (§ 1), sous réserve de l'ordre public suisse (§ 2) et de la prise en considération de dispositions impératives du droit étranger (§ 3). 543

§ 1 : Les droits applicables possibles

A. Système légal

En principe, le contrat de travail est régi par la *lex loci laboris*, soit le droit de l'État dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail (art. 121, al. 1 LDIP). Pour déterminer l'État dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail, on se fonde sur le lieu de travail le plus représentatif. Le fait d'effectuer de temps à 544

¹⁰⁵⁶ Récemment : TF, 10 décembre 2015, 4A_344/2015, cons. 2.

¹⁰⁵⁷ Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, tome VIII, Berlin, Veit und Comp., 1849, trad. fr. *Traité de droit romain* par Ch. Genoux, (1^e éd. 1860), Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2002, § 360.

¹⁰⁵⁸ Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, tome VIII, 1^e éd., Berlin, Veit und Comp., 1849, trad. fr. *Traité de droit romain* par Ch. Genoux, (1^e éd. 1860), Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2002, § 369.

¹⁰⁵⁹ TF, 3 février 2015, 4A_381/2014, cons. 2.

autre sa prestation de travail dans un État étranger ne constitue pas un lieu de travail habituel¹⁰⁶⁰.

- 545 Si le travailleur accomplit habituellement son travail dans plusieurs États, le contrat de travail est régi par le droit de l'État de l'établissement ou, à défaut d'établissement, du domicile ou de la résidence habituelle de l'employeur (art. 121, al. 2 LDIP)¹⁰⁶¹. Cette situation peut se rencontrer en cas de groupe de sociétés¹⁰⁶², ou lorsque le travailleur est amené à voyager sans cesse dans un contexte international¹⁰⁶³. Pour qu'on puisse parler d'établissement, il faut une entreprise d'une certaine durée qui soit le centre du rapport de travail¹⁰⁶⁴. Toutefois, en vertu de l'article 15 de la loi sur le droit international privé, le droit désigné par la loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit.

B. Élection de droit

- 546 Les parties peuvent ne pas s'en tenir à ce régime légal et décider de soumettre le contrat de travail au droit de l'État dans lequel le travailleur a sa résidence habituelle ou dans lequel l'employeur a son établissement, son domicile ou sa résidence habituelle (art. 121, al. 3 LDIP). *A contrario*, il n'est pas possible de soumettre le contrat de travail au droit d'un établissement non habituel de l'employeur qui n'entretient pas de lien avec le rapport de travail en question¹⁰⁶⁵.
- 547 En cas d'élection de droit, le choix doit être exprès ou ressortir de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances ; en outre, l'élection de droit est régie par le droit choisi (art. 116, al. 2 LDIP). L'élection de droit peut être faite ou modifiée en tout temps (art. 116, al. 3, 1^e phr. LDIP), y compris durant la procédure¹⁰⁶⁶. Si elle est postérieure à la conclusion du contrat, elle rétroagit au moment de la conclusion du contrat (art. 116, al. 3, 2^e phr. LDIP).

§ 2 : L'ordre public suisse

- 548 L'application de dispositions du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse (art. 17 LDIP). En outre, même si le droit

¹⁰⁶⁰ Cf. également : Streiff/von Känel/Rudolph, N 24 *ad* art. 319 CO.

¹⁰⁶¹ Le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir (art. 23 CC). Le siège des personnes morales est, sauf disposition contraire des statuts, au siège de leur administration (art. 56 CC).

¹⁰⁶² Cf. OG/ZH, 19 novembre 2007, ZR 2010 N 31, JAR 2010 666 ; cf. CAPH/GE, 3 juin 2009, JAR 2010 491. Sur la notion de « groupe de sociétés », cf. *supra*.

¹⁰⁶³ Cf. TF, 12 mars 2009, 4A_559/2008, JAR 2010 246, cons. 2.2.

¹⁰⁶⁴ Streiff/von Känel/Rudolph, N 24 *ad* art. 319 CO.

¹⁰⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶⁶ TF, 28 juillet 2009, 4A_227/2009, DTA 2009 302, cons. 2.

étranger reste applicable sur le principe, certaines dispositions impératives du droit suisse restent, en raison de leur but particulier, applicables quel que soit le droit désigné par la loi (art. 18 LDIP).

Selon la jurisprudence, les lois d'application immédiate telles que l'entend cette norme sont, en règle générale, des dispositions impératives qui répondent le plus souvent à des intérêts essentiels d'ordre social, politique ou économique¹⁰⁶⁷. Du moment que, dans un État de droit comme l'est la Confédération suisse (cf. art. 5 Cst.), il est rarissime qu'une norme ne puisse trouver un fondement, même indirect, qui ne soit pas en phase avec la défense d'intérêts sociaux, politiques ou économiques, les lois d'application immédiate doivent correspondre aux seules valeurs fondamentales de l'ordre juridiques¹⁰⁶⁸.

549

La jurisprudence a notamment décidé que l'article 342, alinéa 2 du code des obligations, dans la mesure où il attribue des effets de droit civil à l'obligation de droit public mise à la charge de l'employeur de respecter les conditions de salaire et de travail applicables au lieu de l'activité (y compris la rémunération pendant le délai de congé et l'indemnisation des vacances non prises), appartient aux dispositions d'application immédiate au sens de l'article 18 de la loi sur le droit international privé¹⁰⁶⁹.

Selon la doctrine, la loi sur le travail¹⁰⁷⁰ et les conditions minimales de travail et de salaire au sens de l'article 2 de la loi sur les travailleurs détachés, tout comme le régime du licenciement immédiat¹⁰⁷¹, représentent en tout cas des lois d'application immédiate. Le même principe doit s'appliquer à l'ensemble des lois de droit public applicables en droit du travail (outre la LTr et la LDét, notamment : la LTrD, la LTN, la LEg, la LSE, la LDT, etc.), ainsi qu'au droit international directement applicable.

550

Dans la même logique et par souci de sécurité juridique, on doit considérer selon nous que l'article 341 du code des obligations est d'application immédiate pour tout litige soumis à un juge suisse concernant un rapport de travail effectué en Suisse. En effet, cet article paralyse toute renonciation du travailleur à des créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. Une élection de droit, dans la mesure où elle aurait pour conséquence une telle renonciation, doit logiquement être frappée de nullité, comme n'importe quelle autre clause contraire au principe d'ordre public des dispositions impératives. D'ailleurs, si le travailleur ne peut

551

¹⁰⁶⁷ Cf. TF, 21 janvier 2002, 4C.36/2000, ATF 128 III 201, cons. 1b.

¹⁰⁶⁸ TF, 17 novembre 2009, 4A_339/2009, ATF 135 III 614, cons. 4.2.

¹⁰⁶⁹ TF, 16 octobre 2012, 4A_292/2012, ATF 138 III 750, JT 2013 II 141, JT 2013 II 199, SJ 2013 I 174, JAR 2013 357, Pra 2013 45 350, com. Schwander in RSDIE 2013 450, com. Gloor in DTA 2013 21, com. Geiser in PJA 2014 116, cons. 2.5.

¹⁰⁷⁰ Kurt Pärli, « Neue Formen der Arbeitsorganisation: Internet-Plattformen als Arbeitgeber », DTA 2016 248.

¹⁰⁷¹ Werner Gloor, « Der Vertragsbruch des Arbeitnehmers », DTA 2013 219-220, se référant également à Ivo Schwander, « Zwingende Normen im internationalen Verhältnis », in *Aktuelle Fragen zum Arbeitsrecht, Tagung Universität St. Gallen in Zürich*, 14 novembre 2003, pp. 13-14 et à Andrea Bonomi, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurich, 1998, p. 193.

pas soumettre les créances impératives du droit du travail à l'arbitrage en ce qu'elles sont soustraites à sa libre disposition¹⁰⁷², il ne devrait logiquement pas pouvoir les soumettre à un droit étranger dès lors que ce dernier risquerait de l'en priver. En revanche, si le droit étranger est plus avantageux, l'objection tirée de la protection contre la renonciation au droit impératif tombe.

§ 3 : Prise en considération de dispositions impératives du droit étranger

552 Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par les règles de droit international privé peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit (art. 19, al. 1 LDIP). Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit (art. 19, al. 2 LDIP).

553 Ainsi, la mise en œuvre de cette disposition suppose un jugement de valeur : l'intérêt à l'application de la norme impérative étrangère doit être digne de protection selon les valeurs fondamentales de l'ordre juridique suisse et l'emporter manifestement sur l'intérêt à l'application de la *lex causae*¹⁰⁷³. Dans le domaine du droit du travail, des dispositions protectrices impératives d'un État tiers, en particulier du pays du lieu de travail, pourront trouver à s'appliquer par le biais de cette norme¹⁰⁷⁴. Il s'agira par exemple de normes impératives – de droit public ou de droit privé – relatives au travail le dimanche et les jours fériés, à la durée maximale du travail, à l'interdiction du travail des enfants, à la prévention des risques et des accidents ou encore au salaire minimal¹⁰⁷⁵.

En revanche, l'intérêt du travailleur à obtenir une indemnité de départ prévue en droit panaméen ne peut être tenu pour légitime et prépondérant au point d'amener le juge suisse à prendre en considération, à titre exceptionnel, la norme panaméenne¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷² TF, 28 juin 2010, 4A_71/2010, ATF 136 III 467, JT 2011 II 224, SJ 2010 I 545, Pra 2011 28 193, com. Wildhaber/Johnson Wilcke in DTAonline 2010 519, com. Pietruszak in CJN 15 septembre 2010, com. Beffa in PJA 2010 1433, com. Schweizer in RSPC 2010 362, com. Beyeler in Questions de droit 2011 67 6, com. Geiser in PJA 2011 251, com. Carcagni Roesler in Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2010/2011, 2011 93, com. Jung in ius.full 2011 37, com. Akikol in Jusletter 8 août 2011, com. Berger in RJB 2012 170, cons. 4.6. Sur la question de l'arbitrage en droit du travail, cf. *infra*.

¹⁰⁷³ TF, 29 juin 2010, 4A_91/2010, ATF 136 III 392, JT 2011 II 232, JAR 2011 247, Pra 2011 42 300, com. Pietruszak in CJN 8 septembre 2010, com. Walther in RJB 2012 153, com. Koller/Sennhauser in RJB 2012 446, cons. 2.3.3.1.

¹⁰⁷⁴ Message du Conseil fédéral, 10 novembre 1982, FF 1983 I 403, N 282.26.

¹⁰⁷⁵ TF, 29 juin 2010, 4A_91/2010, ATF 136 III 392, JT 2011 II 232, JAR 2011 247, Pra 2011 42 300, com. Pietruszak in CJN 8 septembre 2010, com. Walther in RJB 2012 153, com. Koller/Sennhauser in RJB 2012 446, cons. 2.3.3.1.

¹⁰⁷⁶ TF, 29 juin 2010, 4A_91/2010, précité, cons. 2.3.3.2.

Section 2 : L'autorisation de travail

Toute personne de **nationalité suisse** peut travailler librement comme salariée sur le territoire de la Confédération. En revanche, une personne de **nationalité étrangère** ne peut travailler comme salariée en Suisse que si elle est titulaire d'une autorisation administrative spécifique (art. 11 LEtr).

554

Avant d'engager un étranger, l'employeur doit donc s'assurer que cet étranger est autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse (art. 91, al. 1 LEtr). L'employeur s'assure de cette possibilité en examinant le titre de séjour de l'étranger ou en se renseignant auprès des autorités compétentes (art. 91, al. 1 LEtr)¹⁰⁷⁷.

L'emploi d'étrangers sans autorisation est **puni** d'un an de peine privative de liberté et/ou d'une peine pécuniaire, sanction qui peut s'élever jusqu'à trois ans de peine privative de liberté dans les cas graves ou en cas de récidive ; la peine est une amende de 20 000 francs au plus si l'auteur agit par négligence (art. 117 LEtr). Le fait de procurer à un étranger une activité lucrative alors qu'il n'est pas titulaire de l'autorisation requise est également répréhensible pénalement (art. 116 LEtr).

Pour le travailleur, l'exercice d'une activité lucrative sans autorisation est passible de sanctions pénales (art. 115 LEtr), de même que le changement d'emploi sans être titulaire de l'autorisation requise pour le faire ou le non-respect des conditions dont l'autorisation est assortie (LEtr, art. 120).

Depuis une novelle du 16 décembre 2016¹⁰⁷⁸, les employeurs ne peuvent, dans certains cas, recruter d'étrangers sans passer par une procédure visant à favoriser l'embauche de personnes inscrites en Suisse auprès des services de l'emploi, d'une manière toutefois non contraignante quant au choix du recrutement (cf. art. 21a LEtr)¹⁰⁷⁹.

555

§ 1 : Les sortes d'autorisation

A. Les étrangers hors UE et AELE

« L'admission d'étrangers en vue de l'exercice d'une activité lucrative doit servir les intérêts de l'économie suisse. » (art. 3 LEtr) Les critères déterminants sont les chances d'une intégration durable sur le marché du travail suisse et dans l'environnement social. L'administration prend en compte les besoins culturels et scientifiques de la Suisse (al. 1). Par ailleurs, des motifs humanitaires, des engagements relevant du droit international ou l'unité de la famille peuvent permettre l'admission d'étrangers (al. 2).

556

¹⁰⁷⁷ Cette règle n'empêche pas que des personnes travaillent effectivement en Suisse, sans autorisation juridique. Cette situation pose des problèmes en matière de droits fondamentaux et de droits de l'Homme : Regina Kiener/Gabriela Medici, « Die Arbeitssituation von Sans-Papiers in der Schweiz – Grundrechtliche und menschenrechtliche Aspekte », RDS 2014 I 133-154.

¹⁰⁷⁸ FF 2016 8651.

¹⁰⁷⁹ Concernant ce régime, cf. *supra*.

L'évolution socio-démographique de la Suisse doit également être prise en compte (al. 3).

557

La demande d'autorisation doit être faite par l'employeur en cas d'activité salariée (art. 11, al. 3 LEtr). Une activité salariée est une activité exercée pour un employeur, y compris en qualité d'apprenti, de stagiaire, de volontaire, de sportif, de travailleur social, de missionnaire, de personne exerçant une activité d'encadrement religieux, d'artiste ou d'employé au pair, que le siège de l'employeur se trouve en Suisse ou à l'étranger, que le salaire soit payé en Suisse ou à l'étranger et que l'activité soit exercée à l'heure, à la journée ou à titre temporaire (art. 1a OASA).

La demande doit être portée auprès de l'autorité compétente du lieu de travail envisagé (art. 11, al. 1, 2^e phr. LEtr).

L'étranger doit déclarer son arrivée avant le début de l'activité lucrative (art. 12 LEtr), mais seulement une fois qu'il est en possession de tous les documents requis par l'autorité compétente pour l'octroi de l'autorisation (art. 13, al. 3 LEtr), au moyen d'une pièce de légitimation valable (art. 13, al. 1 LEtr), voire d'un extrait de casier judiciaire du pays d'origine ou de provenance, ou d'autres documents nécessaires à la procédure (art. 13, al. 2 LEtr). Le départ doit être déclaré également, que ce soit pour l'étranger ou pour un autre canton ou une autre commune (art. 15 LEtr).

Des dérogations sont possibles par voie d'ordonnance en vue de faciliter les services transfrontaliers temporaires (art. 14 LEtr). Ainsi, sauf exception, les étrangers qui disposent d'une autorisation d'entrée en Suisse au sens de l'article 5 OASA pour exercer une activité lucrative ou une prestation de service transfrontière en Suisse de quatre mois en tout sur une période de douze mois ne sont pas tenus de déclarer leur arrivée (art. 12, al. 1 OASA). Les personnes qui disposent d'une autorisation d'entrée en Suisse pour y exercer une activité lucrative pendant plus de quatre mois au total sur une période de douze mois peuvent exercer leur activité dès qu'elles ont déclaré leur arrivée, pour autant qu'aucune décision contraire n'ait été prise (art. 12, al. 2 OASA). Les artistes de cabaret, notamment, sont soumis à des règles spéciales (art. 34 OASA).

Sauf exceptions (art. 14, al. 3 OASA), les étrangers qui fournissent une prestation transfrontière ou qui exercent une activité en Suisse sur mandat d'un employeur étranger ne doivent être munis d'une autorisation que lorsqu'ils exercent l'activité plus de huit jours par année civile (art. 14, al. 1 OASA).

558

Les conditions pour qu'un étranger soit admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée sont principalement les suivantes :

- l'employeur doit avoir déposé une demande (art. 18, b LEtr),
- les mesures de limitation doivent être respectées (art. 20 LEtr),
- l'ordre de priorité doit être respecté (art. 21 LEtr),
- l'admission doit servir les intérêts économiques du pays (art. 18, a LEtr),
- l'exercice de l'activité lucrative doit se faire aux conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche (art. 22 LEtr). Pour déterminer

les salaires et les conditions de travail en usage dans la localité et la profession, on tient compte :

- des prescriptions légales, des conventions collectives et des contrats-types de travail,
- des salaires et des conditions accordés pour un travail semblable dans la même entreprise et dans la même branche,
- des résultats des relevés statistiques sur les salaires (art. 22, al. 1 OASA).

L'employeur doit présenter un contrat de travail au service cantonal compétent (art. 22, al. 2 OASA).

L'étranger doit en outre disposer d'un logement approprié (art. 24 LEtr).

Des particularités existent pour les qualifications personnelles (art. 23 LEtr), les frontaliers (art. 25 LEtr) et les prestataires de services transfrontaliers (art. 26 LEtr), les requérants d'asile et les réfugiés (art. 30 LEtr ; art. 64-65 OASA ; art. 43 LAsi), pour les stagiaires (art. 42 et 57 OASA), pour les personnes suivant une formation avec stage obligatoire (art. 39 OASA), pour les étudiants en formation postgrade (art. 40 OASA), pour certaines fonctions internationales (art. 43-45 OASA), pour l'échange de personnel au sein d'entreprises internationales (art. 46 OASA), les personnes au pair (art. 48 OASA). En outre, certaines dérogations sont possibles (art. 30 LEtr).

559

Ces conditions sont examinées par l'autorité cantonale du marché du travail (art. 83 et 88 OASA). L'Office fédéral des migrations peut se prononcer dans certains cas (art. 85 OASA).

Différents types d'autorisations existent :

560

- l'**autorisation frontalière** : elle est pertinente pour l'exercice d'une activité lucrative dans une zone frontalière ; le frontalier doit regagner son lieu de résidence à l'étranger au moins une fois par semaine ; sa durée de validité est limitée mais elle peut être prolongée (art. 35 et 39 LEtr) ; le frontalier doit déclarer sa situation au lieu de son séjour hebdomadaire en Suisse si ce séjour hebdomadaire dure plus de trois mois par année civile (art. 16 OASA) ;

- l'**autorisation de courte durée** : elle est d'une année au plus (prolongation possible jusqu'à deux ans au total), dans un but déterminé, éventuellement assortie de conditions, en principe pour un seul et unique emploi (un changement d'emploi n'est accordé que pour des raisons majeures, cf. art. 55 OASA) ; elle ne peut être renouvelée qu'après une interruption du séjour en Suisse d'une durée appropriée (art. 32 LEtr ; art. 56 OASA) ; elle permet l'exercice d'une activité lucrative dans toute la Suisse (art. 38, al. 1 LEtr) ;

- l'**autorisation de séjour** : elle dure plus d'une année, dans un but déterminé, éventuellement assortie de conditions ; une prolongation est possible si aucun motif de révocation n'existe au sens de l'article 62 de la loi sur les étrangers (art. 33 LEtr ; art. 58-59 OASA) ; elle permet l'exercice d'une activité lucrative dans toute la Suisse, avec possibilité de changer d'emploi sans autre autorisation (art. 38, al. 2 LEtr).

- l'**autorisation d'établissement** : elle est d'une durée indéterminée et sans conditions (art. 34 LEtr ; art. 60-63 OASA).

Ces autorisations sont soumises à contingentement (art. 19-21 OASA).

B. Les ressortissants d'États membres de l'Union européenne ou de l'Association européenne de libre-échange

561 En principe, l'Accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes (ALCP) prévaut à l'égard des ressortissants communautaires ainsi que pour les travailleurs détachés par un employeur ayant son siège dans un État membre de la Communauté européenne, sauf si l'Accord en dispose autrement ou si la loi sur les étrangers prévoit des dispositions plus favorables (art. 2, al. 2 LEtr).

Il en va de même pour les ressortissants de l'AELE dans le cadre de l'Accord du 21 juin 2001 (art. 2, al. 3 LEtr).

Pour la procédure de visa, les accords d'association à Schengen prévalent (art. 2, al. 4 et 5 LEtr).

Les ressortissants d'un État partie à l'ALCP ont en principe le droit de travailler en Suisse (cf. art. 4 ALCP).

562 Une initiative dite « contre l'immigration de masse », approuvée le 9 février 2014 (cf. art. 121a Cst.) avait vocation à limiter l'arrivée de travailleurs communautaires. Malgré que la position de la population ne semble pas avoir beaucoup évolué depuis le vote¹⁰⁸⁰, sa mise en œuvre (cf. art. 21a LEtr) ne remet pas en question la libre circulation des travailleurs issue des accords bilatéraux.

§ 2 : Le régime de l'autorisation

563 Selon le principe de primauté du droit public sur le droit privé du travail, si une obligation de droit public pèse sur l'employeur, le travailleur peut agir civilement en vue d'obtenir l'exécution de cette obligation (cf. art. 342, al. 2 CO)¹⁰⁸¹. Ainsi, dès lors que les articles 22 de la loi sur les étrangers et 22 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative prévoient qu'un travailleur ne puisse bénéficier d'une autorisation de séjour en vue d'exercer une activité lucrative que si son contrat respecte les conditions de rémunération usuelles, l'employeur doit, non seulement en vertu de son obligation contractuelle, mais encore

¹⁰⁸⁰ Cf. Lise Bailat, « Pour la population, les « bilatérales » sont vides de sens, révèle une étude », *Le Temps*, 8 février 2017.

¹⁰⁸¹ Sur la coordination du droit public et du droit privé du travail, cf. *supra*.

et surtout en vertu d'une obligation de droit public, payer le salaire approuvé par l'autorité administrative¹⁰⁸².

La *ratio legis* de ces dispositions étant le maintien de la paix sociale en évitant les phénomènes de sous-enchère salariale, elles trouvent application dans leur principe, même lorsque le travailleur est dépourvu d'autorisation de séjour¹⁰⁸³. Dans une telle hypothèse, le juge fixera lui-même, de manière préjudicielle, le montant du salaire usuel¹⁰⁸⁴.

Le même régime est applicable en cas de simulation du contrat présenté à l'autorité administrative ou en cas de modification substantielle du contrat après son approbation par l'autorité administrative¹⁰⁸⁵.

Section 3 : Les travailleurs détachés

La présence de travailleurs détachés en Suisse peut constituer un risque de dumping salarial et social. Une législation spécifique vise dès lors à prévenir la réalisation de ce risque¹⁰⁸⁶.

Il faut d'abord comprendre la **notion** de travailleur détaché (§ 1), avant d'en étudier le **régime** (§ 2) et d'en apprécier les **sanctions** (§ 3).

§ 1 : Notion

A. Principe

Un travailleur détaché est un travailleur dont l'employeur a son domicile ou son siège à l'étranger et qui vient travailler pendant une période limitée en Suisse, soit dans le but de fournir une prestation de travail pour le compte et sous la direction de cet employeur – dans le cadre d'un contrat conclu avec le destinataire de la prestation –, soit dans le but de travailler dans une filiale ou une entreprise appartenant au groupe de l'employeur (art. 1, al. 1 LDét).

¹⁰⁸² TF, 16 décembre 2008, 4A_319/2008, ATF 135 III 162, JT 2009 I 500, SJ 2009 I 313, Pra 2009 101 677, RDAF 2010 I 450, com. Gloor *in* DTA 2009 213, com. Koller *in* RJB 2011 419, cons. 3.2.

¹⁰⁸³ Cf. Pascal Mahon/Eloi Jeannerat, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 21 *ad* art. 342 CO.

¹⁰⁸⁴ TF, 16 décembre 2008, 4A_319/2008, ATF 135 III 162, JT 2009 I 500, SJ 2009 I 313, Pra 2009 101 677, RDAF 2010 I 450, com. Gloor *in* DTA 2009 213, com. Koller *in* RJB 2011 419, cons. 3.2.

¹⁰⁸⁵ TF, 8 mai 1996, ATF 122 III 110, JdT 1996 I 618, Pra 1997 9 40, PJA 1997 94, RDAF 1997 I 585, com. Koller *in* PJA 1997 94, com. Wiegand *in* RJB 1998 223, cons. 4 ; TF, 18 juillet 2003, 4C.126/2003, ATF 129 III 618, Pra 2004 66 374, RDAF 2004 I 814, cons. 5 ; cf. également : Streiff/von Känel/Rudolph, N 7 *ad* art. 342 CO.

¹⁰⁸⁶ TF, 12 octobre 2016, 2C_246/2016, cons. 2.4.3.

B. Le cas particulier des faux indépendants

568 Un certain nombre de personnes étrangères se sont présentées pour travailler en Suisse sous un statut d'indépendant. Un tel statut les soustrayait à l'application du droit des travailleurs détachés. Toutefois, des abus ont été constatés dans ces qualifications d'indépendants. Aussi une loi du 15 juin 2012¹⁰⁸⁷ est-elle venue renforcer le dispositif de contrôle de la vraie nature de dépendance ou d'indépendance de ces personnes.

569 Les prestataires de services étrangers qui déclarent exercer une activité lucrative indépendante doivent, sur demande, prouver ce fait à l'organe de contrôle (art. 1a, al. 1, 1^e phr. LDét). La notion d'activité lucrative indépendante est régie par le droit suisse (art. 1a, al. 1, 2^e phr. LDét). Des contrôles ont lieu (art. 1a, al. 2 à 4 LDét). La personne contrôlée et son mandant ou maître d'ouvrage sont tenus de remettre à l'organe de contrôle, sur demande, tous les documents qui servent à prouver l'activité lucrative indépendante de la personne contrôlée et qui renseignent sur le rapport contractuel existant (art. 1a, al. 5 LDét). En cas de violation de l'obligation de fournir la documentation ou d'incapacité à apporter la preuve du statut d'indépendant, l'organe de contrôle peut annoncer les personnes concernées à l'autorité cantonale compétente (art. 1b, al. 1 LDét), laquelle peut ordonner une suspension des travaux et contraindre la personne à quitter son lieu de travail (art. 1b, al. 2 et 3 LDét).

C. Le cas particulier de la sous-traitance

570 De la même manière que pour les faux indépendants, les situations de sous-traitance dans les secteurs de la construction, du génie civil et du second œuvre ont été la source d'abus. Pour y remédier, la loi prévoit une responsabilité de l'entrepreneur contractant (qu'il soit entrepreneur total, général ou principal) pour l'éventuel non-respect par les sous-traitants des salaires minimaux nets (cf. art. 8a ODét) et des conditions de travail requis par le droit des travailleurs détachés (art. 5, al. 1 LDét). Dans la mesure où le sous-traitant a été poursuivi préalablement en vain ou ne peut être poursuivi, l'entrepreneur contractant répond solidairement de tous les sous-traitants lui succédant dans la chaîne contractuelle (art. 5, al. 2 LDét).

571 L'entrepreneur contractant peut s'exonérer de ce régime de responsabilité s'il prouve avoir accompli son devoir de diligence dans la mesure commandée par les circonstances s'agissant du respect des conditions de travail et de salaire lors de chaque sous-traitance de travaux (art. 5, al. 3, 1^e phr. LDét). L'entrepreneur contractant a notamment rempli son devoir de diligence si ses sous-traitants ont établi de manière crédible sur la base de documents et de justificatifs, qu'ils respectent bien les conditions de salaire et de travail (art. 5, al. 3, 2^e phr. LDét ; art. 8b ODét).

Le devoir de diligence de l'entrepreneur contractant lui impose de prendre les dispositions contractuelles et organisationnelles nécessaires afin d'être en mesure d'exiger des sous-traitants censés effectuer des travaux dans le cadre ou à la fin de la

¹⁰⁸⁷ RO 2012 6703 ; FF 2012 3161.

chaîne contractuelle qu'ils démontrent leur respect des conditions minimales de salaire et de travail (art. 8c ODét).

§ 2 : Régime

La qualification de travailleur détaché emporte deux conséquences :

572

- le *devoir d'annonce* (A) ;
- le *respect des conditions minimales de travail et de salaire* (B).

A. Devoir d'annonce

Au moins huit jours avant le début de la mission (art. 6, al. 3 LDét) – sauf cas d'urgence (art. 6, al. 3 ODét) –, l'employeur doit annoncer à l'autorité désignée par le canton (qui en informera la commission tripartite cantonale – art. 6, al. 4 LDét), par écrit et dans la langue officielle du lieu de la mission, les indications nécessaires à l'exécution du contrôle (précisées à l'art. 6, al. 4 et 5 ODét), notamment l'identité et le salaire des personnes détachées en Suisse, l'activité déployée en Suisse, le lieu où les travaux seront exécutés (art. 6, al. 1 LDét). L'employeur joint à ces renseignements une attestation par laquelle il s'engage à respecter les conditions minimales de travail et de salaire (art. 6, al. 2 LDét).

573

Le devoir d'annonce est obligatoire pour tous les travaux d'une durée supérieure à **huit jours** par année civile (art. 6, al. 1 ODét) et pour ceux, quelle qu'en soit la durée, qui relèvent de la construction, du génie civil et du second œuvre, de la restauration, du nettoyage industriel ou domestique, du secteur de la surveillance et de la sécurité, du commerce itinérant, de l'industrie du sexe, de l'aménagement ou de l'entretien paysager (art. 6, al. 2 ODét).

574

Lorsque l'entrée en Suisse de travailleurs détachés est soumise à une procédure d'autorisation en vertu de la législation sur le séjour et l'établissement des étrangers en Suisse, l'annonce n'est pas nécessaire (art. 7 ODét).

B. Respect des conditions minimales de travail et de salaire

Les employeurs doivent garantir aux travailleurs détachés au moins les conditions de travail et de salaire prescrites par les lois fédérales, ordonnances du Conseil fédéral, conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire¹⁰⁸⁸ et contrats-types de travail au sens de l'article 360a du code des obligations dans les domaines suivants : rémunération minimale¹⁰⁸⁹, durée du travail et du repos¹⁰⁹⁰, durée minimale des

575

¹⁰⁸⁸ Pour la définition de la convention collective déclarée de force obligatoire, cf. *infra* ; pour davantage de précisions sur le régime des conventions collectives à l'égard des travailleurs détachés, cf. *infra*.

¹⁰⁸⁹ Par rémunération minimale au sens de cette disposition, on entend les dispositions d'une convention collective de travail déclarée de force obligatoire, d'un contrat-type de travail au sens de l'article 360a du code des obligations, d'une loi ou d'une ordonnance du Conseil fédéral qui portent sur le salaire minimum pondéré en fonction de la durée

vacances, sécurité, santé et hygiène au travail, protection des femmes enceintes et des accouchées, des enfants et des jeunes, non-discrimination, notamment l'égalité de traitement entre femmes et hommes (art. 2, al. 1 LDét).

Les allocations propres au détachement sont considérées comme faisant partie du salaire, dans la mesure où elles ne sont pas versées à titre de remboursement des dépenses directement liées au détachement, telles que les dépenses de voyage, de logement ou de nourriture (art. 2, al. 3 LDét).

Les conditions minimales de travail et de salaire doivent être respectées pendant toute la durée de la mission (art. 2, al. 4 LDét).

L'employeur doit garantir aux travailleurs détachés des conditions d'hébergement répondant aux normes d'hygiène et de confort qui sont habituelles sur le lieu de la mission. Les déductions pour frais d'hébergement et de ravitaillement ne doivent pas dépasser les montants locaux usuels (art. 3 LDét).

Sauf dans les secteurs de la construction et du génie civil, du second œuvre (cf. art. 5 ODét), ainsi que de l'hôtellerie et de la restauration, les prescriptions minimales concernant la rémunération et les vacances ne s'appliquent pas aux travaux de faible ampleur (soit ceux qui durent au maximum quinze jours ouvrés – art. 3 ODét) et au montage ou à l'installation initiale (cf. art. 4 ODét), si les travaux durent moins de huit jours et font partie intégrante d'un contrat de fourniture de biens (art. 4 LDét).

§ 3 : Sanctions

- 576 Des contrôles portant sur le respect du régime exposé ci-dessus sont effectués par :
- les organes paritaires chargés de l'application d'une convention collective pour les dispositions prévues par cette dernière ;
 - les commissions tripartites instituées par les cantons ou la Confédération, en vertu de l'article 360b du code des obligations pour les dispositions relatives aux salaires minimaux ;
 - les autorités compétentes en vertu d'autres lois fédérales ;

normale du travail et correspondant à la qualification acquise, les augmentations obligatoires des salaires minimums et des salaires effectifs, les indemnités obligatoires pour les heures supplémentaires, le travail à la tâche, le travail en équipe, le travail de nuit, le travail du dimanche, des jours fériés et les travaux pénibles, le salaire afférent aux vacances *pro rata temporis*, le 13e salaire *pro rata temporis*, les jours fériés et les jours de repos payés, le salaire en cas d'empêchement du travailleur sans faute de sa part conformément à l'art. 324a du code des obligations, le salaire en cas de demeure de l'employeur conformément à l'article 324 du même code (art. 1 ODét).

¹⁰⁹⁰ Par durée du travail et du repos au sens de cette disposition, on entend la durée normale du travail et la répartition du temps de travail, les heures supplémentaires, le travail en équipe, le travail de nuit, le travail du dimanche et des jours fériés, les temps de repos et les pauses, les temps de déplacement et d'attente (art. 2 ODét).

- les autorités désignées par les cantons pour les autres dispositions (art. 7, al. 1 LDét).

Les commissions triparties existent au niveau cantonal (art. 14 ODét) et au niveau fédéral (art. 15 ODét). Elles sont composées de représentants des partenaires sociaux issus des rangs de personnes proposées par les associations représentatives des employeurs et des travailleurs, pour autant que ces dernières aient fait usage de leur droit de faire des propositions (art. 10 ODét).

577

Les commissions tripartites doivent notamment participer à la constatation des salaires usuels dans la branche, la profession et la localité, observer le marché du travail et constater les abus au sens des articles 360a, et 360b du code des obligations et de l'article 1a de la loi permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail, examiner les cas individuels et rechercher un accord avec l'employeur concerné, formuler des propositions aux autorités cantonales et aux autorités fédérales quant à l'adoption d'un contrat-type de travail, à la déclaration de force obligatoire d'une convention collective de travail et à la modification ou à l'abrogation de tels actes, contrôler le respect des salaires minimaux fixés par les contrats-types de travail (art. 11 ODét). La commission tripartite peut faire appel à des experts (art. 12 ODét).

L'employeur doit accorder en tout temps aux organes de contrôle le **libre accès** au lieu de travail et aux locaux administratifs (art. 7, al. 4 LDét).

578

Les organes de contrôle annoncent à l'autorité cantonale compétente toute infraction au droit des travailleurs détachés (art. 9, al. 1 LDét). L'autorité cantonale peut prononcer des **sanctions administratives** prévoyant le paiement d'amendes, l'interdiction d'offrir ses services en Suisse pour une période d'un à cinq ans et mettre tout ou partie des frais du contrôle à la charge de l'entreprise ou de la personne fautive (art. 9, al. 2 LDét).

Par exemple, une entreprise étrangère, si elle ne met pas en œuvre les mesures nécessaires à garantir la sécurité au travail, peut se voir interdire d'offrir ses services en Suisse pour une période de deux ans et six mois, la protection des travailleurs constituant, au sens de la pratique européenne, un motif d'intérêt général justifiant une restriction à la libre prestation des services¹⁰⁹¹. Une telle interdiction ne contrevient pas au principe de non-discrimination prévu à l'article 2 ALCP¹⁰⁹². Quant au fait de ne pas respecter les limites concernant la durée du travail hebdomadaire et l'interdiction du travail le dimanche, cela constitue une infraction à la loi sur les travailleurs détachés qui ne saurait être qualifiée de légère¹⁰⁹³ ; dans ces conditions, la sanction consistant en une interdiction de proposer ses services en Suisse pendant un an est adéquate et proportionnée¹⁰⁹⁴, et ne représente pas une discrimination prohibée¹⁰⁹⁵. L'employeur

¹⁰⁹¹ TF, 11 août 2014, 2C_58/2013, ATF 140 II 447, Pra 2015 43 340, RtiD 2015 I 739, RDAF 2015 I 417, cons. 4 et 5.2.

¹⁰⁹² TF, 11 août 2014, 2C_58/2013, précité, cons. 5.3 à 5.6.

¹⁰⁹³ TF, 22 mai 2017, 2C_150/2016, com. Rousselle in Droitdu travail.ch août 2017, cons. 3.

¹⁰⁹⁴ TF, 22 mai 2017, 2C_150/2016, précité, cons. 4.2.2.

¹⁰⁹⁵ TF, 22 mai 2017, 2C_150/2016, précité, cons. 4.2.3.

fautif ne peut d'ailleurs pas se prévaloir de ce que sa liberté économique serait bafouée¹⁰⁹⁶.

579 Le SECO établit une liste – publique – des entreprises et des personnes ayant fait l'objet d'une sanction entrée en force (art. 9, al. 3 LDét). La sanction administrative infligée par une autorité cantonale en raison de la violation des conditions minimales de travail et de salaire selon la loi sur les travailleurs détachés revêt une portée pédagogique et est apparentée par sa nature au droit disciplinaire et aux sanctions pour violation de procédure¹⁰⁹⁷.

580 La défense consistant, pour un employeur, à se prévaloir de sa connaissance partielle ou inexacte de la législation ou de la convention collective applicable à son secteur, n'est que difficilement opérante. Il a ainsi été jugé qu'on pouvait attendre d'un employeur étranger qui envoie régulièrement des travailleurs en Suisse qu'il connaisse les notions de la convention collective applicable à son activité (en l'occurrence la différence entre « *Hilfsmonteur* » et « *einfache Hilfskraft* »)¹⁰⁹⁸.

581 Du point de vue **pénal**, est puni d'une amende pouvant s'élever jusqu'à 40'000 francs le fait, en violation de l'obligation de renseigner, de donner sciemment des renseignements inexacts ou de refuser de donner des renseignements, de s'opposer à un contrôle de l'autorité compétente ou de le rendre impossible de toute autre manière, de ne pas respecter une interdiction exécutoire d'offrir des services en Suisse ou de contrevenir de façon systématique et dans un esprit de lucre aux dispositions relatives au salaire minimal d'un contrat-type de travail au sens de l'article 360a du code des obligations (art. 12, al. 1 LDét). L'amende peut monter jusqu'à 1'000'000 de francs pour le fait, de façon systématique et dans un esprit de lucre, en qualité d'employeur, de ne pas garantir à un travailleur les conditions minimales prévues à l'article 2 de la loi sur les travailleurs détachés (art. 12, al. 3 LDét).

582 Les organisations qui ont pour tâche, en vertu de leurs statuts, de défendre les intérêts sociaux et économiques des travailleurs ou des employeurs ont qualité pour agir en constatation d'une infraction au droit des travailleurs détachés (art. 11 LDét).

¹⁰⁹⁶ TF, 22 mai 2017, 2C_150/2016, précité, cons. 5.

¹⁰⁹⁷ TF, 12 octobre 2016, 2C_246/2016, cons. 2.4.3.

¹⁰⁹⁸ TF, 12 octobre 2016, 2C_246/2016, cons. 2.3.

Titre 2 : La rupture du rapport d'emploi

Les parties ont le pouvoir de mettre fin au contrat de travail en tout temps, y compris avec effet immédiat. Un tel pouvoir se concrétisera *in fine* par la rupture définitive du rapport d'emploi, sauf cas de nullité ou d'annulation du licenciement.

583

L'effet d'un tel pouvoir est d'autant plus manifeste que la situation du travailleur sera modifiée à l'égard des assurances sociales dès la date de la fin du rapport d'emploi telle que décidée par la partie qui est à l'initiative de la rupture. Par exemple, le rapport de prévoyance se terminera au moment même du licenciement avec effet immédiat (cf. art. 10 LPP), que ce dernier soit par ailleurs justifié ou non.

584

Le régime de rupture du rapport d'emploi rapproche et sépare à la fois le contrat de travail des autres contrats de durée. Dans le contrat de mandat, les parties ont également le pouvoir de résilier en tout temps. Toutefois, le droit de résilier ne leur est octroyé que s'il n'est pas exercé en temps inopportun (art. 404 CO). La résiliation intervient en temps inopportun si elle crée un dommage et qu'elle n'est pas justifiée par des motifs sérieux.

La rupture du rapport d'emploi s'effectue selon certains **modes** (Chapitre 1).

585

Une fois entérinée, la rupture du rapport d'emploi produit toute une série d'**effets** (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les modes de rupture du rapport d'emploi

Trois principes cardinaux règnent sur la rupture du rapport d'emploi : **liberté**, **égalité** et **extrajudiciarité**.

586

Liberté. La liberté de résiliation est de principe. Ce principe est toutefois tempéré par des règles relatives au temps de la résiliation¹⁰⁹⁹ et par l'interdiction de l'abus de droit.

Égalité. L'égalité des parties dans la résiliation est également un principe du droit de la rupture du rapport d'emploi. Comme nous allons le voir ci-dessous, il en résulte une symétrie presque complète entre l'employeur et le travailleur : au niveau des hypothèses de résiliation, de la durée à respecter avant la résiliation et des sanctions de la résiliation.

Extrajudiciarité. La rupture du contrat de travail en droit suisse est toujours extrajudiciaire. Elle survient soit par un **fait juridique** (section 1) soit par un **acte juridique** (section 2).

¹⁰⁹⁹ Cf. *infra*.

Section 1 : La rupture par un fait juridique

587 La rupture du rapport d'emploi par un fait juridique intervient à coup sûr en cas de **mort du travailleur** (§ 1). La situation est plus complexe en cas d'atteinte de l'âge de la **retraite** du travailleur (§ 2), en cas de **mort de l'employeur personne physique** (§ 3) ou en cas de **dissolution de l'employeur personne morale** (§ 4).

§ 1 : La mort du travailleur

588 Le rapport de travail prend automatiquement fin au décès du travailleur (art. 338, al. 1 CO).

La fin du rapport de travail dans de telles circonstances ne libère pas pour autant l'employeur de tout paiement. Ainsi, que le travailleur ait été titulaire d'un contrat à durée indéterminée ou à durée déterminée¹¹⁰⁰, l'employeur doit payer le salaire pendant un mois supplémentaire à partir du jour du décès, et même pendant deux mois si les rapports de travail ont duré plus de cinq ans et que le travailleur laisse un conjoint, un partenaire enregistré ou des enfants mineurs ou, à défaut, d'autres personnes en faveur desquelles il remplissait une obligation d'entretien (art. 338, al. 2 CO)¹¹⁰¹, qu'ils soient héritiers ou non¹¹⁰².

Cette prestation n'étant pas un salaire mais une obligation légale en faveur de tiers (cf. art. 112, al. 2 CO), elle n'est pas assujettie aux cotisations sociales (art. 8, c RAVS)¹¹⁰³. Toujours pour la raison qu'elle n'est pas un salaire, cette prestation est due même si le rapport de travail aurait dû, si le travailleur avait vécu, s'achever avant que ne s'écoule l'équivalent d'un ou deux mois¹¹⁰⁴.

Cette prestation est saisissable¹¹⁰⁵. Les survivants bénéficient d'un droit propre à l'encontre de l'employeur de leur auteur¹¹⁰⁶, quelles que soient les circonstances et nonobstant l'éventuelle faute grave que le travailleur décédé aurait pu commettre avant

¹¹⁰⁰ Werner Gloor, in Commentaire Dunand/Mahon, N 3 ad art. 338 CO. Un arrêt cantonal s'était prononcé en sens contraire, mais de manière erronée dès lors que la loi ne contient aucune restriction à cet égard : ArbG/BE, 16 juin 1992, JU-TRAV 1993 59, Favre/Munoz/Tobler N 2.3 p. 371.

¹¹⁰¹ Sur ce sujet, cf. également : Jürg Egli, « Der Lohnnachgenuss », RJB 1979 25.

¹¹⁰² Werner Gloor, in Commentaire Dunand/Mahon, N 4 ad art. 338 CO.

¹¹⁰³ Werner Gloor, in Commentaire Dunand/Mahon, N 3 ad art. 338 CO.

¹¹⁰⁴ Pour une synthèse des opinions doctrinales à ce sujet, cf. Streiff/von Känel/Rudolph, N 3 ad art. 338 CO. Considérant, en contradiction avec le principe selon lequel la prestation de l'article 338 du code des obligations n'est pas un salaire, que le paiement ne doit pas durer davantage que le temps qu'aurait duré le rapport de travail si le travailleur avait vécu : Arbeitsgericht/BE, 16 juin 1992, JAR 1994 157.

¹¹⁰⁵ TF, 13 mars 1906, ATF 32 I 221.

¹¹⁰⁶ Tercier/Bieri/Carron, p. 422.

son décès¹¹⁰⁷. Ils peuvent également actionner l'employeur en inexécution contractuelle¹¹⁰⁸.

§ 2 : L'atteinte de l'âge de la retraite

Traditionnellement, le Tribunal fédéral jugeait qu'« en temps normal, les rapports de travail prennent fin lorsque le travailleur atteint l'âge de la retraite »¹¹⁰⁹. Toutefois, le fait d'atteindre l'âge de la retraite ne met pas automatiquement fin au rapport de travail. À moins que l'atteinte de l'âge de la retraite n'ait été fixée contractuellement ou conventionnellement comme un terme instituant une durée maximale¹¹¹⁰ au rapport de travail, un licenciement ou une démission sont nécessaires¹¹¹¹.

589

La règle inverse prévaut en matière de rapports de travail de droit public de la Confédération, lesquels prennent fin sans résiliation à l'âge limite fixé à l'article 21 de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants (art. 10, al. 1 LPers).

Pré-retraite. Les rapports de travail peuvent aussi s'éteindre avant que le travailleur n'ait atteint l'âge de la retraite (pré-retraite). Suivant les cas, le travailleur pourra alors bénéficier de prestations que l'employeur se sera engagé à lui verser dans le but de favoriser un tel départ anticipé¹¹¹².

590

La situation du pré-retraité n'est pas comparable à celle du travailleur, car les éléments caractéristiques du contrat de travail et les obligations respectives des parties à ce contrat font défaut, quand bien même il subsiste une relation juridique entre le créancier et le débiteur de la prestation de pré-retraite. En particulier, le créancier est libéré définitivement de son obligation de fournir un travail, sa situation se distinguant à cet égard de celle des personnes empêchées temporairement d'exécuter cette obligation pour différentes causes (maladie, accident, accouchement, etc.)¹¹¹³. De surcroît, le pré-retraité n'a plus de devoir de fidélité à respecter envers son employeur,

¹¹⁰⁷ CAPH/GE, 19 mars 1998, SARB 1999 489, Favre/Munoz/Tobler N 2.1 p. 371.

¹¹⁰⁸ TF, 3 décembre 2003, 4C.240/2003.

¹¹⁰⁹ TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, ATF 132 III 32, JT 2006 I 257, SJ 2006 I 193, Pra 2006 81 576, cons. 6.2.2 ; TF, 23 octobre 2007, 4A_48/2007, ATF 134 III 102, SJ 2008 I 301, Pra 2008 90 587, com. von Känel *in* DTAonline 2008 289, com. Geiser *in* PJA 2009 138, com. Geiser/Häfliger *in* RSJ 2009 336, com. Koller/Graber *in* RJB 2010 1084, cons. 3.1.2.

¹¹¹⁰ Sur cette notion, cf. *infra*.

¹¹¹¹ TF, 8 octobre 2009, 4A_311/2009.

¹¹¹² TF, 23 octobre 2007, 4A_48/2007, ATF 134 III 102, SJ 2008 I 301, Pra 2008 90 587, com. von Känel *in* DTAonline 2008 289, com. Geiser *in* PJA 2009 138, com. Geiser/Häfliger *in* RSJ 2009 336, com. Koller/Graber *in* RJB 2010 1084, cons. 3.1.2.

¹¹¹³ TF, 23 octobre 2007, 4A_48/2007, ATF 134 III 102, SJ 2008 I 301, Pra 2008 90 587, com. von Känel *in* DTAonline 2008 289, com. Geiser *in* PJA 2009 138, com. Geiser/Häfliger *in* RSJ 2009 336, com. Koller/Graber *in* RJB 2010 1084, cons. 3.1.2.

contrairement au travailleur qui a simplement été libéré de l'obligation de travailler par l'employeur¹¹¹⁴.

§ 3 : La mort de l'employeur personne physique

591 Contrairement à la mort du travailleur, la mort de l'employeur personne physique ne sonne pas la fin du rapport de travail. Ce dernier passe aux héritiers de l'employeur, ce qui emporte l'application par analogie du régime du transfert d'entreprise (art. 338a, al. 1 CO)¹¹¹⁵. Ainsi, l'ancienneté du rapport d'emploi est conservée¹¹¹⁶ et le travailleur peut faire opposition au transfert du contrat aux héritiers¹¹¹⁷, dans le délai d'un mois à compter de sa connaissance du nom des héritiers¹¹¹⁸.

592 Toutefois, lorsque le contrat de travail a été conclu *essentiellement en considération de la personne de l'employeur*, il est réputé prendre fin au décès de ce dernier (art. 338a, al. 2, 1^e phr. CO). Le contrat de travail n'est toutefois que rarement conclu essentiellement en considération de la personne de l'employeur¹¹¹⁹, dès lors que le motif premier du travailleur est quasiment toujours la volonté de percevoir un salaire. Si la rupture est consommée dans de telles conditions, le travailleur peut réclamer une indemnité équitable pour le dommage causé par cette extinction prématurée du contrat (art. 338a, al. 2, 2^e phr. CO), laquelle correspond en principe selon nous à la rémunération afférente au délai de congé qui aurait été applicable¹¹²⁰.

§ 4 : La dissolution de l'employeur personne morale

593 Le droit commun de la dissolution des personnes morales s'applique lorsque l'employeur disparaît de cette manière-là (cf. notamment art. 57-58 CC).

¹¹¹⁴ TF, 12 février 2002, 4C.57/2001, ATF 128 III 271, JT 2003 I 606, com. Blesi in DTA 2003 14, com. Byrde in JT 2003 I 606, com. Blesi in ArbR 2003 49, cons. 4a/bb ; cf. également : Alfred Blesi, *Die Freistellung des Arbeitnehmers*, Saint-Gall, thèse, 2000, pp. 205 et s. Il est toutefois possible que la mise à la retraite anticipée du travailleur consiste en une libération de l'obligation de travailler jusqu'à l'âge de la retraite, moyennant versement d'une prestation transitoire généralement inférieure au salaire, sans qu'il soit mis fin aux rapports de travail (Alfred Blesi, « Art. 333 OR und Haftung des Betriebsnachfolgers für Versprechen betreffend Frühpensionierung », Jusletter 8 mai 2006, N 16).

¹¹¹⁵ Sur le régime du transfert d'entreprise, cf. *infra*.

¹¹¹⁶ TC/NE, 29 septembre 1986, JAR 1988 337, cons. 3a.

¹¹¹⁷ Tercier/Bieri/Carron, p. 422.

¹¹¹⁸ Gabriel Aubert, in CR-CO I, N 12 ad art. 333 CO ; Werner Gloor, in Commentaire Dunand/Mahon, N 2 ad art. 338a CO.

¹¹¹⁹ Tercier/Bieri/Carron, p. 422.

¹¹²⁰ Du même avis : Werner Gloor, in Commentaire Dunand/Mahon, N 3 ad art. 338a CO.

Section 2 : La rupture par un acte juridique

Historiquement, la rupture du rapport de travail s'exerçait *ad nutum*, une totale discrétion étant laissée aux parties¹¹²¹.

594

Comme la durée du contrat de travail peut être **déterminée ou indéterminée** (§ 1), la **fin ordinaire du contrat à durée déterminée** (§ 2) et celle du **contrat à durée indéterminée** (§ 3) diffèrent.

En revanche, la **fin extraordinaire** de ces deux types de contrat est semblable (§ 4).

Que la durée du contrat ait été initialement conçue comme déterminée ou indéterminée n'empêche pas les parties de mettre fin au rapport de travail **d'un commun accord** (§ 5).

§ 1 : Distinction entre contrat à durée déterminée et contrat à durée indéterminée

Dessiner les **contours de la distinction entre contrat à durée déterminée et contrat à durée indéterminée** (A) est le préalable à l'étude d'une règle juridique particulière visant à éviter un abus dans le recours au contrat à durée déterminée : la **requalification des contrats en chaîne** (B).

595

A. Contours de la distinction

1) Définitions

a. Contrat à durée déterminée

Le contrat à durée déterminée, souvent appelé dans l'usage par son abréviation « CDD », est le contrat dont la durée est, dès la conclusion du contrat, déterminée ou objectivement déterminable.

596

Dire que la durée du contrat de travail est **déterminée** signifie que ce dernier s'étendra d'une date à une autre date. Son terme est certain.

Dire que la durée du contrat de travail est **objectivement déterminable** signifie que sa durée ne dépendra pas de la volonté de l'une ou l'autre des parties mais d'un événement extérieur à elles. Il est certain qu'il y aura un terme, mais ce terme est incertain quant à la date de sa survenance (*certus an incertus quando*). Des exemples de durée objectivement déterminable sont une saison touristique, la durée d'un chantier, etc¹¹²².

¹¹²¹ Cf. *supra* introduction.

¹¹²² OG/LU, 12 juillet 1999, JAR 2000 365.

597 La durée déterminée ou objectivement déterminable du contrat de travail peut résulter soit de la loi, soit de la nature du contrat, soit de la convention des parties¹¹²³.

Le contrat d'**apprentissage** doit prévoir la durée de la formation professionnelle (art. 344a, al. 2 CO).

La loi autorise que le contrat d'engagement de **marin** soit conclu pour une durée déterminée ou pour un ou plusieurs voyages, étant précisé que si la durée du contrat conclu pour une période déterminée ou pour plusieurs voyages dépasse une année, il est réputé conclu pour une durée indéterminée (art. 69, al. 1 LNM).

En droit public de la **Confédération**, le contrat à durée déterminée est conclu pour une durée de trois ans au plus en principe (art. 9 LPers).

598 Quant aux parties, elles peuvent fixer soit un terme, soit une durée, soit un laps de temps objectivement déterminable¹¹²⁴. Selon la jurisprudence, la durée peut également résulter du but du rapport de travail¹¹²⁵. Il faut toutefois que ce but soit manifeste et que soient clairement connus des parties tant le but que la conséquence juridique attachée à l'existence de ce but, faute de quoi on éluderait notamment le principe d'interdiction des clauses potestatives.

599 **Interdiction des clauses potestatives.** En vertu du principe d'interdiction des clauses potestatives¹¹²⁶, la durée du contrat dont la fin est objectivement déterminable ne saurait dépendre de la seule volonté de l'une des parties¹¹²⁷. Le début et la fin des rapports de travail doivent être déterminables pour les deux parties, de telle sorte que l'événement provoquant la fin automatique du contrat ne puisse dépendre de l'influence d'une seule partie¹¹²⁸. Ainsi, un contrat qui devrait durer uniquement tant que l'employeur aurait du travail à donner au travailler ne présenterait pas une durée objectivement déterminable ; il serait inadmissible à la qualification de contrat à durée déterminée.

600 **Cas de la condition résolutoire.** Compte tenu des spécificités légales de son régime de résiliation, le contrat de travail ne saurait être affecté d'une condition résolutoire quant à sa durée¹¹²⁹. Même dans le cas où le travailleur doit présenter, en vertu du droit

¹¹²³ TF, 15 mars 2005, 4C.397/2004, cons. 2.1 ; TF, 24 mai 2006, 4C.61/2006, cons. 3.1 ; TF, 29 juin 2007, 4A_89/2007, cons. 3.2 ; TF, 18 septembre 2014, 4A_270/2014, cons. 4.4 ; TFA, 26 novembre 2001, B 90/00, RSAS 2003 503, cons. 4b.

¹¹²⁴ TF, 24 mai 2006, 4C.61/2006, cons. 3.1 ; TF, 29 juin 2007, 4A_89/2007, cons. 3.2 ; TF, 18 septembre 2014, 4A_270/2014, cons. 4.4 ; TFA, 30 septembre 2005, B 54/04, cons. 3.1, RSAS 2006 354.

¹¹²⁵ TF, 29 juin 2007, 4A_89/2007, cons. 3.2.

¹¹²⁶ TF, 6 mars 1897, ATF 23 I 265, cons. 2.

¹¹²⁷ TF, 8 juin 2001, 4C.62/2001 cons. 2b ; TF, 18 septembre 2014, 4A_270/2014, cons. 4.4.

¹¹²⁸ Message, 9 mai 1984, FF 1984 II 615 ; TF, 18 septembre 2014, 4A_270/2014, cons. 4.4.

¹¹²⁹ Le rapport de travail peut en revanche être affecté d'une condition suspensive quant à son entrée en vigueur (par exemple, lorsqu'une autorisation de droit public est nécessaire pour que le travailleur puisse effectuer sa prestation), elle-même limitée dans le temps et produisant la nullité du contrat de travail en cas de non-survenance de la condition dans un délai déterminé.

public, certaines garanties pour exercer son emploi (par exemple, une bonne réputation et des garanties d'une activité irréprochable : art. 3, al. 2, c LB ; art. 3f, al. 1 LB), il ne peut selon nous être licencié avec effet immédiat que dans les conditions d'application de ce régime¹¹³⁰.

b. Contrat à durée indéterminée

Sont des contrats de durée indéterminée tous les contrats dont l'échéance n'est pas fixée à l'avance par les parties¹¹³¹.

601

Si un contrat de travail **occasionnel** est en principe un contrat à durée déterminée, le contrat **sur appel**¹¹³² est *a priori* un contrat à durée indéterminée (à moins que les parties n'aient expressément prévu qu'il s'agissait d'un contrat à durée déterminée).

2) Contrats mixtes (contrat de durée minimale et contrat de durée maximale) et autres particularités

Le droit suisse ne s'oppose pas à l'existence de contrats de durée mixte.

602

Sont autorisés :

- les contrats de **durée minimale** (par exemple « au moins un an ») : il s'agit d'un contrat à durée déterminée pour la durée minimale, puis le contrat se transforme en contrat à durée indéterminée¹¹³³ ;

- les contrats de **durée maximale** (par exemple « au maximum deux ans ») : il s'agit d'un contrat à durée déterminée, qui prend fin automatiquement à son terme prévu, mais qui peut être résilié comme un contrat à durée indéterminée pendant toute sa durée.

Selon la jurisprudence, les parties peuvent encore convenir que leur relation contractuelle ne prendra fin que si l'une d'elles en manifeste la volonté avant un certain délai à compter de l'échéance, auquel cas une résiliation est nécessaire pour mettre fin au contrat¹¹³⁴. Comme on ne peut pas savoir, lors de la conclusion, si la résiliation interviendra ou non, la durée effective d'un tel contrat est *a priori* incertaine¹¹³⁵. Lorsque les parties n'ont pas déterminé l'échéance du contrat, une résiliation est nécessaire pour y mettre fin (cf. art. 335 à 335c CO)¹¹³⁶.

603

¹¹³⁰ Sur le régime du licenciement avec effet immédiat, cf. *infra*.

¹¹³¹ TF, 26 novembre 2001, B 90/00, cons. 4b, RSAS 2003 503 ; TF, 18 septembre 2014, 4A_270/2014, cons. 4.4.

¹¹³² Cf. *supra*.

¹¹³³ TF, 27 mars 1984, ATF 110 II 167, JT 1984 I 469 ; TF, 15 mars 2005, 4C.397/2004, cons. 2.1.

¹¹³⁴ TF, 25 mars 2002, 4C.312/2001, ATF 128 III 212, SJ 2002 I 581, PJA 2002 1357, Pra 2002 153 824, com. Spörri in PJA 2002 1357, com. Portmann in DTA 2004 238, cons. 3b/aa.

¹¹³⁵ *Ibidem*.

¹¹³⁶ *Ibidem*.

- 604 Que le contrat soit congéable ou non, **les parties peuvent fixer l'échéance contractuelle**. Elles peuvent non seulement déterminer le terme de la période initiale, mais elles peuvent aussi fixer les termes successifs en cas de reconduction tacite¹¹³⁷. Si les parties n'ont pas fixé de terme, la loi détermine pour quelle date le congé ordinaire peut être donné (art. 335b et 335c CO)¹¹³⁸.

B. Requalification des contrats en chaîne

- 605 Contrairement à ce qui prévaut dans certains droits étrangers¹¹³⁹, le droit suisse ne connaît pas de restriction de principe au recours au contrat à durée déterminée¹¹⁴⁰.

Mais si la loi présente sur un pied d'égalité le contrat à durée déterminée et le contrat à durée indéterminée, la jurisprudence a toutefois marqué l'idée que le contrat à durée indéterminée est de droit commun, tandis que le contrat à durée déterminée est d'exception. En cas de doute, le contrat de travail doit donc être considéré comme ayant été conclu pour une durée indéterminée¹¹⁴¹. C'est à la partie qui se prévaut du caractère de durée déterminée du contrat d'en rapporter la preuve¹¹⁴². Toujours selon la jurisprudence, le renversement de cette présomption ne doit être admis que de manière restrictive¹¹⁴³.

- 606 Le recours à des contrats à durée déterminée successifs (contrats à durée déterminée « en chaîne ») doit correspondre à un besoin spécifique – objectif¹¹⁴⁴ – de l'employeur. Par exemple, il peut être justifié de recourir à des contrats à durée déterminée en chaîne dans le cadre d'un chargé de cours car on ne sait pas d'année en année s'il y aura suffisamment d'étudiants inscrits¹¹⁴⁵.

En revanche, si l'employeur n'a pas de raison objective spécifique de recourir au contrat à durée déterminée, le contrat devra être requalifié en contrat à durée indéterminée. À partir de trois contrats à durée déterminée d'affilée, on peut considérer qu'il existe un fort risque d'abus.

- 607 Il existe par ailleurs une requalification en contrat à durée indéterminée *ex lege* si le contrat perdure après son terme : si, après l'expiration de la période convenue, le

¹¹³⁷ FF 1984 II 617 ; TF, 25 mars 2002, 4C.312/2001, précité, cons. 3b/aa.

¹¹³⁸ TF, 25 mars 2002, 4C.312/2001, précité, cons. 3b/aa.

¹¹³⁹ Cf. Annette Schäfer, « Les contrats de travail à durée déterminée – Étude de droit comparé France-Allemagne », disponible sur < ciera.hypotheses.org >.

¹¹⁴⁰ Message, 9 mai 1984, FF 1984 II 616 ; BO CN 1985, pp. 1109 et s.

¹¹⁴¹ TF, 29 juin 2007, 4A_89/2007, cons. 3.2.

¹¹⁴² *Ibidem*.

¹¹⁴³ *Ibidem*.

¹¹⁴⁴ TF, 26 janvier 1993, ATF 119 V 46, SJ 1993 509, Pra 1993 241 889, PJA 1993 1501, CGSS 1994 13 179, cons. 1c.

¹¹⁴⁵ TF, 28 juin 2007, 2P.26/2007, JAR 2008 217.

contrat de durée déterminée est reconduit tacitement, il est réputé être devenu un contrat de durée indéterminée (art. 334, al. 2 CO).

Dans le cadre du travail occasionnel – lorsque l'employeur ne fait appel aux services du travailleur que de manière ponctuelle, afin de l'aider dans certaines circonstances particulières –, l'interdiction des contrats en chaîne doit également être respectée¹¹⁴⁶.

608

§ 2 : La fin ordinaire du contrat à durée déterminée

Le contrat à durée déterminée prend fin à l'expiration de la durée déterminée ou objectivement déterminable, sans qu'il ne soit nécessaire de donner congé (art. 334, al. 1 CO)¹¹⁴⁷. Le travailleur ne bénéficie pas des protections contre le congé en temps inopportun et contre le congé abusif¹¹⁴⁸.

609

Avant son terme, le contrat à durée déterminée ne peut être résilié sauf deux hypothèses : par commun accord¹¹⁴⁹ ; pour justes motifs avec effet immédiat (cf. art. 337 et s. CO)¹¹⁵⁰.

La durée du contrat à durée déterminée est laissée à la libre disposition des parties. Toutefois, afin d'éviter tout engagement excessif, un régime spécial de résiliation s'applique pour les contrats à durée déterminée de longue durée. Ainsi, si le contrat à durée déterminée a été conclu pour une durée supérieure à dix ans, il peut être résilié après dix ans par chacune des parties pour la fin d'un mois, moyennant un délai de congé de six mois (art. 334, al. 3 CO). La durée maximale admissible est donc de dix ans et six mois¹¹⁵¹.

610

Dans cette optique, un contrat conclu pour plus de dix ans représente une violation de la liberté personnelle (cf. art. 27 CC)¹¹⁵². À rigueur de texte, la règle ne s'applique qu'aux contrats « conclus pour plus de dix ans », indépendamment du point de savoir si la relation de travail entre les parties s'est déroulée de manière ininterrompue¹¹⁵³.

¹¹⁴⁶ TF, 28 juillet 1999, SARB 2000 907.

¹¹⁴⁷ TF, 25 mars 2002, 4C.312/2001, ATF 128 III 212, SJ 2002 I 581, PJA 2002 1357, Pra 2002 153 824, com. Spörri in PJA 2002 1357, com. Portmann in DTA 2004 238, cons. 3b ; TF, 18 septembre 2014, 4A_270/2014, cons. 4.4.

¹¹⁴⁸ Cf. TF, 18 juillet 2003, 4C.126/2003, ATF 129 III 618, Pra 2004 66 374, RDAF 2004 I 814, cons. 6.1. Sur ces régimes, cf. *infra*.

¹¹⁴⁹ TF, 15 mars 2005, 4C.397/2004, cons. 2.1 ; TF, 24 mai 2006, 4C.61/2006, cons. 3.1.

¹¹⁵⁰ TF, 24 mai 2006, 4C.61/2006, cons. 3.1 ; TF, 29 juin 2007, 4A_89/2007, cons. 3.2 ; TF, 10 décembre 2015, 4A_293/2015, 4A_295/2015, cons. 7 ; CJ/GE, 23 mai 2014, JAR 2015 463, cons. 3.1.

¹¹⁵¹ TF, 27 février 2006, 4C.321/2005, cons. 8.1.

¹¹⁵² TF, 8 avril 2004, 4C.329/2003, ATF 130 III 495, cons. 5 ; TF, 27 février 2006, 4C.321/2005, cons. 8.1 ; TF, 10 décembre 2015, 4A_293/2015, 4A_295/2015, cons. 6.3.

¹¹⁵³ TF, 10 décembre 2015, 4A_293/2015, 4A_295/2015, cons. 6.3.

Il n'existe pas de temps d'essai légal pour les contrats à durée déterminée, mais les parties sont libres d'en stipuler un, lequel ne devra pas, par analogie avec le régime du contrat à durée indéterminée, excéder trois mois¹¹⁵⁴.

§ 3 : La fin ordinaire du contrat à durée indéterminée (avec respect d'un délai de préavis)

611 Le contrat de travail de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties (art. 335, al. 1 CO).

L'acte juridique permettant de rompre un contrat de travail revêt la nature d'une déclaration unilatérale de volonté sujette à réception¹¹⁵⁵. Cette déclaration de volonté sera qualifiée de licenciement si elle est formulée par l'employeur et de démission si elle est formulée par le travailleur.

612 La rupture ordinaire du contrat à durée déterminée doit, pour être valable, *s'exercer d'une certaine manière (A)*.

De plus, elle ne peut s'exercer que dans *certains temps (B)*.

Son *motif* peut en outre la rendre *abusive (C)*.

A. Exercice de la rupture

613 La rupture du contrat de travail est un droit formateur : le contrat est résilié dès que les conditions de forme et de transmission de la déclaration de volonté sont remplies, indépendamment du motif de l'acte et du moment de sa transmission. Les conditions de *compétence* et de *consentement* (1), de *forme* (2), et de *notification* (3) de la résiliation doivent être remplies, sous peine de *nullité*.

Dans certaines hypothèses, des *conditions préalables à la notification* – telles qu'une audition du travailleur ou une consultation – sont nécessaires (4).

Enfin se pose la question du *retrait* possible de la rupture après son prononcé (5).

1) Compétence et consentement

614 Si la personne qui s'est proposée de résilier le contrat n'était pas compétente, la résiliation est en principe nulle.

Lorsque l'employeur est une personne physique et qu'il résilie lui-même le contrat de travail, aucun problème de compétence ne surgit. Il en va de même si les personnes

¹¹⁵⁴ TF, 11 octobre 1983, ATF 109 II 449, JT 1984 I 223, SJ 1984 394, cons. 1.

¹¹⁵⁵ Cf. TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.2.

habilitées à représenter une société anonyme, inscrites au registre du commerce, résilient le contrat de travail d'un travailleur¹¹⁵⁶.

Lorsqu'une personne ne peut engager la personne morale qu'avec une signature collective à deux, il faut normalement que les deux signatures soient présentes sur la lettre de licenciement. Toutefois, le Tribunal fédéral considère qu'il y a ratification dès lors que la motivation de la résiliation a été faite par les deux personnes : dans une telle hypothèse, il ne peut pas y avoir de doute pour le salarié que son contrat a bien été résilié¹¹⁵⁷. Une autre possibilité est la délégation de compétence, effectuée préalablement et en bonne et due forme.

Des « situations boiteuses » se rencontrent parfois¹¹⁵⁸. Si le salarié avait des raisons objectives de douter de la validité de l'acte, il peut en résulter la nullité : « dès que la situation apparaît comme incertaine du point de vue du salarié congédié, il faut alors s'en tenir au principe selon lequel il appartient à l'auteur de la résiliation d'en supporter les conséquences »¹¹⁵⁹. Le critère est donc celui de l'absence d'incertitude pour le salarié.

Lorsque la démission d'un salarié est entachée d'un vice du consentement qui autorise celui-ci à la révoquer, les rapports de travail doivent se poursuivre dans la mesure où une telle démission ne peut déployer d'effet¹¹⁶⁰. Si, dans cette situation, l'employeur ne satisfait pas à son obligation de continuer à employer la personne concernée, cette carence équivaut en substance à une résiliation abusive¹¹⁶¹.

Cette jurisprudence est-elle admissible si l'employeur n'a pas exprimé sa volonté de rompre le rapport de travail ? Tant qu'une telle volonté n'a pas été exprimée, on devrait plutôt considérer que l'employeur est simplement en demeure de recevoir la prestation de travail, le régime de la demeure s'appliquant.

Selon la jurisprudence, la nullité de la déclaration de démission pour cause de vice du consentement doit en principe faire l'objet d'une action condamnatoire et non d'une simple action en constatation de droit¹¹⁶².

2) Forme

En droit commun, la résiliation du contrat de travail n'est soumise à aucune exigence de forme. Elle peut avoir lieu par lettre simple, lettre recommandée, discussion orale,

¹¹⁵⁶ TF, 20 juin 2016, 4A_46/2016, cons. 5.

¹¹⁵⁷ TF, 10 décembre 2001, 4C.234/2001, ATF 128 III 129, JT 2003 I 10, SJ 2002 I 389, com. Stutz/von der Crone in RSDA 2002 260, com. Wiegand in RJB 2003 862, com. Bär in RJB 2004 601.

¹¹⁵⁸ TF, 10 décembre 2001, 4C.234/2001, précité, cons. 2b.

¹¹⁵⁹ TF, 26 août 2003, 4C.151/2003, cons. 4.3.

¹¹⁶⁰ TF, 19 mai 2016, 8C_672/2015, cons. 3.3.

¹¹⁶¹ *Ibidem*.

¹¹⁶² TF, 5 avril 2017, 4A_688/2016, cons. 3.

par courriel, voire même par message téléphonique écrit ou oral¹¹⁶³. La charge de la preuve de la résiliation incombe à la partie qui s'en prévaut.

Ce principe est soumis à un tempérament et à une exception.

619 **Tempérament.** S'il n'existe pas de forme, la rupture n'en doit pas moins être claire. Si la volonté réelle d'une partie de résilier ou non le contrat de travail ne peut être établie, elle doit être interprétée selon le principe de la confiance¹¹⁶⁴. Par exemple, un courriel ordonnant au travailleur de ne plus participer à des salons pour représenter l'employeur ne peut être interprété comme une résiliation du contrat puisqu'il ne fait aucune mention d'une rupture des rapports contractuels¹¹⁶⁵.

620 **Exception.** Une exigence de forme peut être prévue légalement, contractuellement, par convention collective ou par contrat-type¹¹⁶⁶.

En outre, les parties peuvent stipuler une forme qualifiée pour la résiliation, par exemple une lettre recommandée avec accusé de réception¹¹⁶⁷. Dans un tel cas, il faut déterminer, par interprétation de la volonté des parties¹¹⁶⁸, si cette forme est prévue simplement *ad probationem* ou *ad validitatem*. À défaut, l'article 16 du code des obligations présume que la forme réservée par les parties est *ad validitatem*¹¹⁶⁹.

3) Notification

621 La résiliation doit parvenir dans la sphère du destinataire. Elle prend effet au moment où elle est parvenue au cocontractant, conformément au principe de la réception¹¹⁷⁰.

En matière de contrat de bail, le Tribunal fédéral a jugé que lorsque s'applique la théorie de la réception absolue, le point de départ du délai correspond au moment où la manifestation de volonté parvient dans la sphère d'influence du destinataire ou de son représentant, de telle sorte qu'en organisant normalement ses affaires, celui-ci est à même d'en prendre connaissance¹¹⁷¹. Selon les termes du Tribunal, lorsque la manifestation de volonté est communiquée par pli recommandé, si l'agent postal n'a pas pu le remettre effectivement au destinataire (ou à un tiers autorisé à prendre

¹¹⁶³ GR, JAR 2007 453.

¹¹⁶⁴ TF, 6 octobre 2014, 4A_328/2014, cons. 3. En l'espèce, l'utilisation, dans le courrier litigieux, de l'indicatif futur ne permettait pas d'inférer une volonté claire et univoque de licencier mais devait se comprendre comme la volonté d'avertir le travailleur d'une résiliation à venir.

¹¹⁶⁵ TF, 3 septembre 2015, 4A_200/2015, cons. 5.1.

¹¹⁶⁶ Par exemple, la forme écrite prévue par l'article 5, alinéa 2 du contrat-type de travail pour le personnel soignant (RS 221.215.328.4).

¹¹⁶⁷ NE, RJN 1997 126.

¹¹⁶⁸ Cf. *supra* n° 419 et s.

¹¹⁶⁹ TF, 25 mars 2002, 4C.312/2001, ATF 128 III 212, SJ 2002 I 581, PJA 2002 1357, Pra 2002 153 824, com. Spörri in PJA 2002 1357, com. Portmann in DTA 2004 238, cons. 2b/aa.

¹¹⁷⁰ TF, 10 juillet 2007, 4C.89/2007, ATF 133 III 517, cons. 3.3 ; TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.2.

¹¹⁷¹ TF, 13 décembre 2016, 4A_293/2016, cons. 4.1.

livraison de l'envoi) et qu'il laisse un avis de retrait (« invitation à retirer un envoi ») dans sa boîte aux lettres ou sa case postale, le pli est reçu dès que le destinataire est en mesure d'en prendre connaissance au bureau de la poste selon l'avis de retrait ; il s'agit soit du jour même où l'avis de retrait est déposé dans la boîte aux lettres si l'on peut attendre du destinataire qu'il le retire aussitôt, sinon en règle générale le lendemain de ce jour¹¹⁷². La fiction de notification le septième jour du délai de garde prévue pour les délais de procédure (cf. art. 138, al. 3, a CPC ; art. 44, al. 2 LTF) ne vaut pas pour les délais de droit matériel¹¹⁷³.

En toute hypothèse, un refus de recevoir la lettre de résiliation et d'en lire le contenu n'est pas opposable à l'auteur de la résiliation¹¹⁷⁴.

622

4) Conditions préalables à la notification

Des conditions préalables à la notification peuvent être ajoutées en cas de **licenciement individuel** (a). Le **licenciement collectif** obéit à des règles spécifiques (b).

623

a. Le licenciement individuel

Le contrat individuel ou le droit collectif peuvent imposer un entretien préalable au licenciement ou une obligation d'annonce préalable à la charge de l'employeur¹¹⁷⁵.

624

En outre, les parties peuvent aménager conventionnellement les motifs et les conditions de la rupture.

Lorsque les parties au contrat de travail stipulent une clause selon laquelle le contrat peut être résilié avec effet immédiat en cas de justes motifs et une clause selon laquelle le contrat peut être résilié au terme du délai de congé en cas de « dysfonctionnement important des obligations réciproques », cela signifie qu'elles admettent une résiliation ordinaire à des conditions moins restrictives que les conditions légales du licenciement immédiat¹¹⁷⁶.

De la même manière, la réserve contractuelle du licenciement immédiat à côté du licenciement ordinaire doit se comprendre en ce sens que le licenciement, s'il est prononcé de façon ordinaire, n'emportera pas les conséquences de l'article 337b, alinéa 2 du code des obligations¹¹⁷⁷.

¹¹⁷² TF, 10 mars 1981, ATF 107 II 189, cons. 2 ; TF, 14 février 2011, 4A_656/2010, ATF 137 III 208, cons. 3.1.2 ; TF, 11 novembre 2013, 4A_471/2013, cons. 2.

¹¹⁷³ TF, 13 décembre 2016, 4A_293/2016, cons. 4.1.

¹¹⁷⁴ TF, 27 avril 2011, 4A_89/2011, JAR 2012 201, DTA 2011 281, cons. 3.

¹¹⁷⁵ TF, 1^{er} septembre 2017, 4A_656/2016, cons. 2.

¹¹⁷⁶ TF, 8 décembre 2016, 4A_496/2016, cons. 2.3.1.

¹¹⁷⁷ TF, 8 décembre 2016, 4A_496/2016, cons. 2.3.2.

b. Le licenciement collectif

625 Le licenciement collectif présente un **régime** protecteur des travailleurs (1°). Dans ce cadre est souvent négocié un **plan social** (2°).

1° Le régime du licenciement collectif

626 Une fois précisés la **notion** de licenciement collectif (**aa**) et son **champ d'application** (**bb**), seront présentées les **obligations de l'employeur** vis-à-vis des **travailleurs** (**cc**) et des **offices cantonaux du travail** (**dd**), ainsi que la **sanction** de ces obligations (**ee**).

aa. Notion de licenciement collectif

627 Il y a licenciement collectif dès lors qu'un employeur envisage que soient licenciés, pour des motifs non inhérents à la personne du travailleur – autrement dit pour des motifs économiques –, au sein d'un même établissement et dans un délai de trente jours, au moins dix travailleurs si l'on se trouve dans un établissement employant habituellement plus de vingt et moins de cent travailleurs, ou au moins dix pour cent du nombre des travailleurs dans les établissements employant habituellement au moins cent et moins de trois cents travailleurs, ou encore au moins trente travailleurs dans les établissements employant habituellement au moins trois cents travailleurs (art. 335d CO).

Sauf accord contraire¹¹⁷⁸, un établissement occupant vingt travailleurs ou moins ne saurait connaître un licenciement collectif au sens légal du terme¹¹⁷⁹.

628 La notion d'« établissement » doit se comprendre comme « une structure organisée, dotée en personnel, en moyens matériels et immatériels qui permettent d'accomplir les objectifs de travail »¹¹⁸⁰. Lorsqu'un employeur possède plusieurs établissements qui font partie de la même entreprise, l'existence d'un éventuel licenciement collectif se détermine dans chaque établissement, et non pas au niveau de l'entreprise¹¹⁸¹.

La notion de « travailleur » doit s'entendre comme concernant toute personne liée à l'entreprise par un contrat de travail¹¹⁸², indépendamment des conditions concrètes d'exercice de ce travail (notamment sans égard au taux d'occupation ou au nombre d'heures de travail effectuées)¹¹⁸³.

Conformément à la *ratio legis* du régime des licenciements collectifs, qui vise à ce que les parties engagent des négociations en vue de limiter le nombre des licenciements ou

¹¹⁷⁸ Christian Bruchez, in Commentaire Dunand/Mahon, N 11 *ad* art. 335d CO.

¹¹⁷⁹ TF, 2 décembre 2010, 4A_449/2010, ATF 137 III 27, JT 2011 II 210, SJ 2011 I 151, Pra 2011 62 444, com. Wyler in JT 2011 II 212, com. Koller in RJB 2013 717, cons. 3.2.

¹¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹¹⁸¹ *Ibidem*.

¹¹⁸² Ce qui exclut les travailleurs temporaires dont l'employeur est l'entreprise locataire de services (cf. *supra*).

¹¹⁸³ Expliquant de manière convaincante pourquoi cette interprétation de la loi doit être retenue : Christian Bruchez, in Commentaire Dunand/Mahon, N 13 *ad* art. 335d CO et nbp 20. *Contra* : CAPH/GE, 16 avril 1997, JAR 1998 238.

d'en atténuer les effets, seul compte le nombre de licenciements envisagé au début du processus et non le nombre de licenciements effectivement prononcé au terme de la procédure.

Avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 21 juin 2013, qui a modifié le droit du licenciement collectif, se posait la question de savoir si était admissible ou si, au contraire, constituait un abus de droit, la pratique de l'employeur consistant à étaler les licenciements dans le temps de manière à frôler les seuils du licenciement collectif sans jamais les atteindre¹¹⁸⁴. La nouvelle semble avoir tranché la question, par l'introduction d'un alinéa 2 au nouvel article 335i aux termes duquel « les licenciements qui sont étalés dans le temps mais dictés par les mêmes motifs sont additionnés ». S'il faut additionner les licenciements étalés dans le temps en matière de plan social, il paraît logique de les additionner également en matière de consultation et de négociation.

629

Au niveau de la législation fédérale sur le service de l'emploi, le licenciement collectif se calcule sur un délai d'un **mois civil** et non de trente jours comme dans le code des obligations. Il y a licenciement collectif dès lors que dix personnes sont licenciées (29 LSE, 53 OSE). Le seuil peut être abaissé par les cantons, ce qui est le cas par exemple dans le canton de Genève où il se porte à six salariés (art. 23 LSE/GE). Cette différence n'affecte toutefois que les obligations administratives de l'employeur ; elle ne produit pas d'effet direct sur les rapports entre employeur et travailleurs¹¹⁸⁵.

630

bb. Champ d'application du licenciement collectif

Le régime du licenciement collectif s'applique en principe aux contrats à durée indéterminée. Il s'applique également aux contrats à durée déterminée, lorsqu'il est prévu que le rapport de travail prenne fin avant l'expiration de la durée convenue (art. 335e, al. 1 CO).

631

Ce régime ne s'applique pas en cas de cessation d'activité de l'entreprise intervenue sur ordre du juge, ni lorsqu'un licenciement collectif est prévu à la suite d'une faillite – car les travailleurs, en tant que créanciers, disposent alors de possibilités d'influence qui dépassent les droits de participation prévus par le régime du licenciement collectif¹¹⁸⁶ – ou d'un concordat par abandon d'actifs (art. 335e, al. 2 CO). Selon l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis*, seules les hypothèses consacrées par la loi devraient autoriser la non-application du régime du licenciement collectif. Ce

632

¹¹⁸⁴ Pour une synthèse des positions alors en présence, cf. Christian Bruchez, in Commentaire Dunand/Mahon, N 16 ad art. 335d CO.

¹¹⁸⁵ Du même avis : Christian Bruchez, in Commentaire Dunand/Mahon, N 6 ad art. 335d CO.

¹¹⁸⁶ TF, 21 avril 1997, ATF 123 III 176, JT 1998 I 14, com. Gloor in JT 1998 I 21, com. Wyler in JT 1998 I 101, cons. 3a ; TF, 16 décembre 2003, 4C.263/2003, ATF 130 III 102, JT 2004 I 234, Pra 2004 143 807, com. Geiser in RJB 2005 98, com. Geiser in RSJ 2005 347.

dernier devrait dès lors s'appliquer en cas de sursis concordataire¹¹⁸⁷, pendant le sursis provisoire et le sursis définitif¹¹⁸⁸, et d'ajournement de faillite (cf. art. 725a CO)¹¹⁸⁹.

cc. Obligations de l'employeur vis-à-vis des travailleurs

633 Si l'on est optimiste, l'on peut voir dans les obligations de consultation et de négociation de l'employeur en cas de licenciement collectif une « certaine démocratie d'entreprise »¹¹⁹⁰. En la matière, il s'agit toutefois à peine d'une ébauche, comme le montre le régime applicable.

634 **Principe de la consultation.** Lorsqu'il envisage de procéder à un licenciement collectif, l'employeur est tenu de consulter la représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs (art. 335f, al. 1 CO).

635 **Modalités de la consultation.** L'employeur doit donner aux travailleurs au moins la possibilité de formuler des propositions sur les moyens d'éviter les congés ou d'en limiter le nombre, ainsi que d'en atténuer les conséquences (art. 335f, al. 2 CO). Il est tenu de fournir à la représentation des travailleurs ou, à défaut, aux travailleurs tous les renseignements utiles à cet effet et de leur communiquer en tout cas par écrit les motifs du licenciement collectif, le nombre des travailleurs auxquels le congé doit être signifié, le nombre des travailleurs habituellement employés et la période pendant laquelle il est envisagé de donner les congés (art. 335f, al. 3 CO).

636 Le devoir d'information de l'employeur comprend à la fois une obligation de renseignement (*Auskunftspflicht*) et une obligation de communication (*Mitteilungspflicht*). La première porte sur tous les renseignements utiles aux travailleurs pour leur permettre de formuler des propositions sur les moyens d'éviter les licenciements ou d'en limiter le nombre, ainsi que d'en atténuer les conséquences, comme par exemple les possibilités de reclassement dans l'entreprise ou les moyens à disposition pour un plan social ; la seconde impose à l'employeur de communiquer, spontanément et par écrit, les informations énumérées par la loi¹¹⁹¹. Selon la jurisprudence, l'employeur viole les droits de participation des travailleurs s'il refuse de fournir des renseignements qui auraient permis concrètement à ces derniers de présenter des propositions de solutions additionnelles ou améliorées, dotées de chances de succès réalistes, permettant d'éviter les congés ou d'en atténuer les conséquences¹¹⁹².

¹¹⁸⁷ Message du Conseil fédéral, 8 septembre 2010, FF 2010 5911 ; TF, 21 avril 1997, ATF 123 III 176, JT 1998 I 14, com. Gloor *in* JT 1998 I 21, com. Wyler *in* JT 1998 I 101.

¹¹⁸⁸ Dominik Gasser, « Neues Nachlassverfahren – praktische Konsequenzen für die Betreibungs- und Konkursämter », *Bulletin des préposés aux poursuites et faillites*, 2014, p. 12.

¹¹⁸⁹ Nicolas Jeandin, « Les nouveautés du droit de l'assainissement », *in* Jürg Schmid (édit.), *Gesellschaftsrecht und Notar - La société au fil du temps*, Zurich, Schulthess, 2016, nbp 159, p. 357.

¹¹⁹⁰ Christian Bruchez, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 2 *ad* art. 335f CO

¹¹⁹¹ TF, 2 décembre 2010, 4A_449/2010, cons. 5.2 (non publié *in* ATF 137 III 27, JT 2011 II 210, SJ 2011 I 151).

¹¹⁹² TF, 17 mars 2011, 4A_483/2010, ATF 137 III 162, JT 2012 II 202, PJA 2011 1103, com. Koller *in* RJB 2013 723, com. Brühwiler *in* Festschrift W. Straumann 2013 742, cons. 2.

Moment de la consultation. La consultation des travailleurs (représentés ou non) doit avoir lieu – et s'être terminée – avant que l'employeur ne prenne la décision définitive de procéder au licenciement collectif¹¹⁹³ et selon quelles formes¹¹⁹⁴. En effet, la *ratio legis* de la consultation des travailleurs est de permettre à ces derniers d'influer sur le processus décisionnel de l'employeur¹¹⁹⁵. Le fait que le nombre de licenciements finalement arrêté soit inférieur à celui annoncé au début de la procédure de consultation est selon nous un indice que l'employeur n'avait pas pris de décision définitive avant de commencer la procédure de consultation.

637

Durée de la consultation. La durée de la consultation n'est pas illimitée. Elle doit être fixée en vertu du principe de bonne foi (cf. art. 11, al. 1 LParticipation), l'employeur étant celui qui donne le cadre initial¹¹⁹⁶. Les travailleurs doivent bénéficier du temps suffisant pour étudier les renseignements fournis par l'employeur et formuler des propositions concrètes¹¹⁹⁷. En pratique, il paraît difficile de faire tenir une consultation en moins de deux semaines. Une consultation de quatre à six semaines paraît trop longue pour la jurisprudence¹¹⁹⁸. Il semble donc que la moyenne doive se tenir autour de trois semaines.

638

Par ailleurs, selon la jurisprudence, « si le licenciement collectif est devenu urgent parce que l'employeur a entamé la procédure de consultation trop tard, cette urgence ne saurait justifier un raccourcissement du délai de consultation »¹¹⁹⁹.

Résultat de la consultation. L'employeur n'est pas obligé d'appliquer strictement les propositions formulées par les travailleurs dans le cadre de la consultation. La collaboration entre l'employeur et les travailleurs (représentés ou non) doit toutefois s'effectuer sous l'égide d'un certain nombre de principes, dont celui de bonne foi. Ainsi, l'employeur doit étudier avec sérieux les propositions formulées par les travailleurs : il ne saurait se contenter de mettre en œuvre la procédure de consultation du seul point de vue formel, tout en ayant d'emblée décidé qu'il n'entrerait en matière sur aucune des propositions qui pourraient lui être faites¹²⁰⁰. Contrôler la bonne foi de l'employeur n'est pas chose aisée en pratique. Un moyen simple de le faire consiste à exiger de sa part qu'il explique par écrit les raisons pour lesquelles il refuse de donner suite à telle ou telle proposition des travailleurs – pour autant que les propositions

639

¹¹⁹³ TF, 21 avril 1997, ATF 123 III 176, JT 1998 I 14, com. Gloor *in* JT 1998 I 21, com. Wyler *in* JT 1998 I 101, cons. 4a.

¹¹⁹⁴ TF, 17 mars 2011, 4A_483/2010, ATF 137 III 162, JT 2012 II 202, PJA 2011 1103, com. Koller *in* RJB 2013 723, com. Brühwiler *in* Festschrift W. Straumann 2013 742, cons. 1.1.

¹¹⁹⁵ TF, 2 décembre 2010, 4A_449/2010, cons. 5.2 (non publié *in* ATF 137 III 27, JT 2011 II 210, SJ 2011 I 151).

¹¹⁹⁶ TF, 16 décembre 2003, 4C.263/2003, ATF 130 III 102, JT 2004 I 234, Pra 2004 143 807, com. Geiser *in* RJB 2005 98, com. Geiser *in* RSJ 2005 347.

¹¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁹⁸ TF, 21 avril 1997, ATF 123 III 176, JT 1998 I 14, com. Gloor *in* JT 1998 I 21, com. Wyler *in* JT 1998 I 101, cons. 4b et 4c.

¹¹⁹⁹ TF, 16 décembre 2003, 4C.263/2003, ATF 130 III 102, JT 2004 I 234, Pra 2004 143 807, com. Geiser *in* RJB 2005 98, com. Geiser *in* RSJ 2005 347.

¹²⁰⁰ TF, 2 décembre 2010, 4A_449/2010, cons. 5.2 (non publié *in* ATF 137 III 27, JT 2011 II 210, SJ 2011 I 151).

respectent elles-mêmes le principe de bonne foi, c'est-à-dire soient crédibles financièrement.

640 Le régime ici décrit est relativement impératif ; il ne peut y être dérogé, le cas échéant par une convention collective, qu'en faveur des travailleurs¹²⁰¹.

641 Le régime du licenciement collectif s'applique en sus du régime de la participation des travailleurs dans l'entreprise¹²⁰². En vertu du droit de la participation, les travailleurs disposent toujours du droit de demander un vote sur l'opportunité de créer une représentation des travailleurs (art. 5 de la loi sur la participation). Si une telle représentation est déjà constituée, elle disposera des droits de participation lors de la procédure de consultation (art. 10, c de la loi sur la participation). Dans le cas contraire, les droits de participation en cas de licenciement collectif doivent être exercés par les travailleurs (cf. art. 335f, al. 1 et al. 3, art. 335g, al. 1 CO). Rien n'empêche les travailleurs de confier, pour la consultation, un mandat exprès à une représentation *ad hoc* ou à un syndicat, avec lesquels l'employeur sera alors tenu de traiter¹²⁰³.

dd. Obligations de l'employeur vis-à-vis des offices cantonaux du travail

642 Au début de la période de consultation, l'employeur doit transmettre à l'office du travail une copie de la communication qu'il a faite aux travailleurs (art. 335f, al. 4 CO). Après la période de consultation, l'employeur est tenu de notifier par écrit à l'office cantonal du travail tout projet de licenciement collectif (art. 335g, al. 1 CO). Cette notification doit contenir les résultats de la consultation de la représentation des travailleurs et tous renseignements utiles concernant le projet de licenciement collectif (art. 335g, al. 2 CO). Une copie de cette communication doit être remise aux travailleurs ou à leurs représentants.

643 L'office cantonal du travail peut tenter de trouver des solutions aux problèmes posés par le licenciement collectif projeté. La représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs peuvent lui communiquer leurs observations (art. 335g, al. 3 CO). Pour mener à bien cette tâche, l'office cantonal – ou l'autorité hiérarchiquement supérieure si elle fait usage de son pouvoir d'évocation – peut convoquer l'employeur en personne pour trouver des solutions¹²⁰⁴.

644 L'employeur doit notifier par écrit à l'office du travail le projet de licenciement collectif et le résultat de la consultation, avant d'envoyer les lettres de congé aux collaborateurs. En effet, l'office cantonal du travail doit chercher des solutions, organiser le cas échéant des séances de médiation entre les parties et soumettre des

¹²⁰¹ Cf. art. 2 de la loi sur la participation ; Message du Conseil fédéral, 24 février 1993, FF 1993 I 815 ; TF, 2 décembre 2010, 4A_449/2010, cons. 2.3.

¹²⁰² Christian Bruchez, in Commentaire Dunand/Mahon, N 5 *ad* art. 335d CO. Sur le régime de la participation, cf. *infra*.

¹²⁰³ TF, 4 septembre 2013, 4A_145/2013, cons. 2.3.

¹²⁰⁴ Cf. dans le canton de Genève : art. 24A, al. 2 LSELS/GE. Plaidant pour une application généralisée de ce principe : Christian Bruchez, in Commentaire Dunand/Mahon, N 3 *ad* art. 335g CO.

propositions, notamment s'agissant des indemnités et des mesures d'accompagnement¹²⁰⁵. Il doit recevoir un tableau des personnes licenciées au plus tard lors de l'envoi des lettres de congé.

ee. Sanction des obligations de l'employeur en matière de licenciement collectif

Si le contrat de travail est résilié dans le cadre d'un licenciement collectif, les rapports de travail prennent fin trente jours après la notification du projet de licenciement collectif à l'office cantonal du travail, à moins que, selon les dispositions contractuelles ou légales, le congé ne produise effet à un terme ultérieur (art. 335g, al. 4 CO).

Lorsque l'employeur **omet** cette notification, le délai de trente jours ne peut commencer à courir¹²⁰⁶. Ainsi, le rapport de travail se poursuit jusqu'au moment où aucune intervention de l'office n'eût pu avoir d'effet utile¹²⁰⁷, soit en principe au plus tôt au moment où le travailleur a commencé un nouvel emploi. L'employeur ne sera en demeure de verser la rémunération que si le travailleur a presté ou offert de prester¹²⁰⁸.

Le licenciement prononcé sans respecter la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs est **abusif** (art. 336, al. 2, c CO). Il donne donc droit à indemnité¹²⁰⁹, laquelle s'élève au maximum au montant correspondant à deux mois de salaire du travailleur (art. 336a, al. 3 CO).

En cas de violation de l'obligation d'annonce au sens de la loi sur le service de l'emploi, l'employeur risque une **amende** (art. 39 LSE).

2° Le plan social

C'est dans le contexte du licenciement collectif que prend généralement place l'institution du plan social, qu'il faut d'abord **définir** (aa). On présentera ensuite les cas dans lesquels il existe une **obligation de négocier** un plan social (bb), la **manière** dont cette négociation se déroule (cc) et le **contenu** que doit revêtir un tel plan social obligatoire (dd).

aa. Définition du plan social

Comme son nom l'indique, le plan social procède d'une démarche planifiée et il est toujours destiné à une pluralité de travailleurs¹²¹⁰.

Par le plan social, l'employeur fixe généralement les moyens d'éviter les licenciements,

¹²⁰⁵ TF, 19 janvier 2006, 4C.402/2005, ATF 132 III 406, SJ 2007 I 129, com. Blesi in Jusletter 30 octobre 2006, com. Walter in RJB 2007 731, com. Koller in RJB 2008 348, cons. 2.4.

¹²⁰⁶ Christian Bruchez, in Commentaire Dunand/Mahon, N 6 ad art. 335g CO.

¹²⁰⁷ TF, 19 janvier 2006, 4C.402/2005, ATF 132 III 406, SJ 2007 I 129, com. Blesi in Jusletter 30 octobre 2006, com. Walter in RJB 2007 731, com. Koller in RJB 2008 348, cons. 2.5.

¹²⁰⁸ TF, 19 janvier 2006, 4C.402/2005, précité, cons. 2.6. Sur le régime de la demeure de l'employeur, cf. infra.

¹²⁰⁹ TF, 19 janvier 2006, 4C.402/2005, précité.

¹²¹⁰ TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, ATF 132 III 32, JT 2006 I 257, SJ 2006 I 193, JAR 2006. 290, Pra 2006 81 576, cons. 6.1.

d'en limiter le nombre ou d'en atténuer les conséquences (art. 335h, al. 1 CO). En d'autres termes, le but d'un plan social est d'atténuer les effets, pour les personnes concernées, de la décision d'une entreprise de réduire son personnel pour des motifs économiques¹²¹¹.

Ce but est atteint principalement par des aides financières de toutes sortes (liées par exemple à l'ancienneté, à l'âge, à la situation familiale, etc.) ou des aides à la reconversion et au placement¹²¹².

650

Nature et forme du plan social. En pratique, un plan social est souvent le fruit d'une négociation entre partenaires sociaux ; il est la plupart du temps consigné dans un document écrit¹²¹³. En règle générale, le plan social fera suite à des négociations conduites avec les syndicats ou la commission du personnel ; il prendra alors la forme d'une **convention collective de travail** ou sera intégré dans un **règlement d'entreprise**¹²¹⁴. Cependant, un plan social ne doit pas nécessairement être établi sous la forme d'une convention ; il peut aussi résulter d'une **décision unilatérale** de l'employeur¹²¹⁵. Dans ce cas, il s'agit d'une offre adressée par l'employeur à chacun des travailleurs concernés. Lorsque le travailleur déclare vouloir accepter les mesures qui y figurent, le plan social devient partie intégrante de son contrat individuel de travail¹²¹⁶. Selon la jurisprudence, le plan social proposé par engagement unilatéral constituant juridiquement une offre soumise au régime de l'article 6 du code des obligations, il s'intègre en principe au contrat individuel de travail de tout destinataire qui ne déclare pas le refuser, dès lors qu'il lui est avantageux¹²¹⁷. Chaque modification unilatérale du plan social, y compris sa période de validité, ne constitue qu'une nouvelle offre adressée aux travailleurs et doit être acceptée par eux au même titre que le plan initial¹²¹⁸.

¹²¹¹ *Ibidem* ; également : TF, 12 février 2007, 4C.401/2006, ATF 133 III 213, JT 2010 I 231, DTA 2007 156, com. von Känel in DTA 2007 156, com. Müller in Schweizer Arbeitgeber 2008 51, com. Koller/Mauerhofer in RJB 2009 908, cons. 4.3 ; TF, 20 septembre 2007, 2A_46/2007, cons. 5.2 ; TF, 30 mai 2008, 4A_138/2008, DTA 2008 197, cons. 2.1 ; TF, 1er juillet 2010, 4A_70/2010, cons. 2.1 ; TF, 28 février 2013, 4A_610/2012, cons. 2 ; Verwaltungsrekurskommission-SG, 20 octobre 2011, GVP 2011, n° 24 ; précédemment, cf. TF, 27 novembre 2003, ATF 130 V 18, cons. 2.3 ; TF, 27 mai 2005, 4C.31/2005, cons. 3.1 ; TF, 30 novembre 2016, 4A_335/2016, cons. 3.1 ; cf. également : Stephan Klingenberg, *Die Betriebsschliessung*, Bâle, thèse 1986, p. 140 ; Stephan Klingenberg, « Der Sozialplan », ArbR 1989 39.

¹²¹² TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, ATF 132 III 32, JT 2006 I 257, SJ 2006 I 193, Pra 2006 81 576, cons. 6.1.

¹²¹³ TF, 27 novembre 2003, B 40/03, ATF 130 V 18, cons. 2.3 ; TF, 27 mai 2005, 4C.31/2005, cons. 3.1 ; TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, ATF 132 III 32, JT 2006 I 257, SJ 2006 I 193, Pra 2006 81 576, cons. 6.1.

¹²¹⁴ TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, précité, cons. 6.1.

¹²¹⁵ *Ibidem* ; cf. également : Stephan Klingenberg, *Die Betriebsschliessung*, Bâle, thèse, 1986, p. 193.

¹²¹⁶ TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, ATF 132 III 32, JT 2006 I 257, SJ 2006 I 193, JAR 2006 290, Pra 2006 81 576, cons. 6.1.

¹²¹⁷ *Ibidem* ; TF, 12 février 2007, 4C.401/2006, ATF 133 III 213, JT 2010 I 231, DTA 2007 156, com. von Känel in DTA 2007 156, com. Müller in Schweizer Arbeitgeber 3 2008 51, com. Koller/Mauerhofer in RJB 2009 908, cons. 4.3 ; TF, 30 mai 2008, 4A_138/2008, DTA 2008 197, cons. 2.1 ; TF, 28 février 2013, 4A_610/2012, cons. 2.

¹²¹⁸ TF, 30 mai 2008, 4A_138/2008, DTA 2008 197, cons. 2.2.

Le licenciement d'un travailleur en tant que procédé destiné à lui faire perdre des prétentions conférées par le plan social, constitue une contravention grossière au principe de la bonne foi qui conduit à considérer le licenciement comme abusif¹²¹⁹.

651

Le versement d'une indemnité au titre d'un plan social n'est pas sans conséquences sur les droits en matière d'assurance-chômage¹²²⁰.

bb. Obligation de négocier un plan social

L'employeur peut décider de proposer ou de négocier un plan social de son propre chef. Il peut aussi être tenu de négocier un plan social, soit en vertu d'une obligation conventionnelle¹²²¹, soit – depuis une nouvelle entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014¹²²² – en vertu d'une obligation légale.

652

Légalement, l'employeur est tenu de mener des négociations avec les travailleurs en vue d'établir un plan social lorsqu'il emploie habituellement **au moins deux cent cinquante travailleurs** et qu'il entend résilier le contrat d'**au moins trente travailleurs** dans un délai de trente jours pour des motifs de gestion non inhérents à leur personne (art. 335i, al. 1 CO). La notion d'établissement n'étant pas employée ici, une interprétation systématique de la loi tout comme des considérations d'égalité de traitement commandent de considérer que les seuils doivent être évalués au niveau de l'ensemble de l'entreprise elle-même et non par établissement¹²²³. Les licenciements qui sont étalés dans le temps mais dictés par les mêmes motifs sont additionnés (art. 335i, al. 2 CO). Les dispositions légales relatives au plan social ne s'appliquent pas en cas de licenciement collectif effectué pendant une procédure de faillite ou une procédure concordataire qui aboutit à la conclusion d'un concordat (art. 335k CO).

653

Lorsqu'il a volontairement – sans y être tenu légalement ou conventionnellement – proposé un plan social, l'employeur est libre de déterminer le cercle des employés couverts par le plan social, sous réserve des règles protégeant contre les discriminations¹²²⁴. La détermination du cercle des employés couverts fera dès lors l'objet d'une interprétation (cf. art. 18 CO).

654

Quand bien même un travailleur a pu renoncer volontairement à 40 % de son temps de travail et de ses honoraires, ce qui aurait été pris en compte pour réduire le nombre de postes supprimés pour des raisons économiques au sein de l'entreprise qui l'employait, cela ne signifierait pas encore que son licenciement ultérieur fût essentiellement imputable à une cause économique, critère d'admission au cercle des bénéficiaires du

655

¹²¹⁹ TF, 30 mai 2008, 4A_138/2008, précité, cons. 3.

¹²²⁰ Cf. TF, 19 juin 2013, 8C_449/2012.

¹²²¹ Par exemple : art. 48 de la Convention relative aux conditions de travail du personnel bancaire (CPB) – version 2016.

¹²²² RO 2013 4111.

¹²²³ Cf. Anne Troillet, « Plans sociaux: quelques questions pratiques liées à la mise en œuvre des articles 335h à 335k CO », in Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (édit.), *Regards croisés sur le droit du travail : Liber Amicorum pour Gabriel Aubert*, Genève, Schulthess, 2015, pp. 322-323 ; *contra* : Wyler/Heinzer, p. 559.

¹²²⁴ Cf. *infra* n° 1651 et s.

plan social. D'ailleurs, la constatation selon laquelle le motif principal de la résiliation n'est pas de nature économique, mais bien plutôt imputable à la perte d'utilité de son poste, n'est pas arbitraire. Dès lors que le principal motif du congé n'est pas de nature économique, le travailleur ne peut prétendre à l'application du plan social à son profit¹²²⁵.

cc. Négociation du plan social

656 Selon le régime légal, l'employeur négocie avec les associations de travailleurs liées par une convention collective de travail s'il est partie à cette convention, ou, à défaut d'être partie à une convention collective, avec la représentation des travailleurs, ou encore directement avec les travailleurs, à défaut de représentation des travailleurs (art. 335i, al. 3 CO). Dans le dernier cas, les travailleurs peuvent, comme en matière de consultation, déléguer leur droit de négocier et de conclure un plan social à un ou plusieurs syndicats¹²²⁶. Autre possibilité : le syndicat peut négocier le plan social, sous réserve de son approbation par les travailleurs¹²²⁷. Tous les travailleurs doivent être associés à la négociation du plan social, y compris ceux qui ne seraient par hypothèse pas directement touchés par les mesures envisagées¹²²⁸, dès lors que l'employeur n'est pas censé avoir déjà déterminé les travailleurs qui bénéficieront du plan social avant de commencer les négociations¹²²⁹. L'obligation de négocier est, en tant que telle, une obligation de résultat¹²³⁰. Dans les hypothèses non régies par la loi, il faut se tourner vers la convention collective, ou tout règlement ou accord applicable en la matière. À défaut, les parties procéderont de bonne foi.

Comme en droit communautaire¹²³¹, les associations de travailleurs, les représentants des travailleurs ou les travailleurs peuvent se faire assister par des experts lors des négociations. Les experts sont tenus de garder le secret envers les personnes étrangères à l'entreprise (art. 335i, al. 4 CO).

657 Dans ce régime légal toujours, si les parties ne parviennent pas à s'accorder sur un plan social, un tribunal arbitral doit être saisi, qui arrêtera un plan social obligatoire (art. 335j CO). Ce tribunal arbitral peut être choisi librement¹²³². Il peut être saisi par l'une

¹²²⁵ TF, 13 septembre 2016, 4A_645/2015, cons. 3.4 et 3.5.

¹²²⁶ Message du Conseil fédéral, 8 septembre 2010, FF 2010 5914.

¹²²⁷ *Ibidem*.

¹²²⁸ *Ibidem*.

¹²²⁹ Anne Troillet, « Plans sociaux: quelques questions pratiques liées à la mise en œuvre des articles 335h à 335k CO », in Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (édit.), *Regards croisés sur le droit du travail : Liber Amicorum pour Gabriel Aubert*, Genève, Schulthess, 2015, p. 324.

¹²³⁰ Message du Conseil fédéral, 8 septembre 2010, FF 2010 5913.

¹²³¹ Cf. art. 2, al. 2 de la directive n° 92/56/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs.

¹²³² Jean-Christophe Schwaab, « Les nouvelles règles sur les plans sociaux obligatoires (art. 335h-k CO) », DTA 2013 289 ; Anne Troillet, « Plans sociaux: quelques questions pratiques liées à la mise en œuvre des articles 335h à 335k CO », in Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (édit.), *Regards croisés sur le droit du travail : Liber Amicorum pour Gabriel Aubert*, Genève, Schulthess, 2015, p. 325.

des parties ou par les deux. Si les travailleurs sont valablement représentés par un syndicat ou une représentation *ad hoc*, c'est en principe ces représentants qui ont qualité pour agir devant le tribunal arbitral, à moins qu'ils ne contreviennent manifestement à leur mandat selon le droit applicable en la matière.

Selon le Conseil fédéral, peuvent intervenir en qualité d'arbitre « l'office de conciliation conformément à la loi fédérale du 12 février 1949 concernant l'Office fédéral de conciliation en matière de conflits collectifs du travail ou un office cantonal de conciliation¹²³³. Si l'employeur est lié par une convention collective de travail et que celle-ci institue un organe paritaire de conciliation ou d'arbitrage, celui-ci peut être chargé d'établir le plan social. Les parties à la convention collective peuvent toutefois opter pour une instance d'arbitrage *ad hoc* ou pour une personne de confiance »¹²³⁴. Les parties peuvent initialement désigner une simple instance de conciliation, modifiable en tribunal au cas où la procédure de conciliation échouerait¹²³⁵. En toute hypothèse, la saisine du tribunal arbitral est limitée à l'élaboration du plan social¹²³⁶.

La procédure devant le tribunal arbitral est réglée par le droit commun de l'arbitrage interne (art. 353 et s. CPC)¹²³⁷.

dd. Contenu du plan social

Le plan social ne doit pas mettre en danger l'existence de l'entreprise (art. 335h, al. 2 CO). 658

Hormis ce principe, le contenu du plan social est assez libre. Le plan social peut contenir des clauses prévoyant des indemnités de licenciement pour les travailleurs (souvent calculées en fonction de leur ancienneté, avec des bonifications pour charges de famille ou âge avancé).

Le plan social doit souvent être **interprété**. Selon la jurisprudence, si l'employeur conclut un plan social avec une organisation de travailleurs à la suite de négociations, il s'agit d'une forme particulière de convention collective au sens de l'article 356 du code des obligations. Les travailleurs peuvent s'en prévaloir directement, de sorte que le plan social revêt dans cette mesure un caractère normatif¹²³⁸. Si un plan social doit 659

¹²³³ Cf. infra 4^e partie.

¹²³⁴ Message du Conseil fédéral, 8 septembre 2010, FF 2010 5914.

¹²³⁵ *Ibidem*.

¹²³⁶ Anne Troillet, « Plans sociaux: quelques questions pratiques liées à la mise en œuvre des articles 335h à 335k CO », in Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (édit.), *Regards croisés sur le droit du travail : Liber Amicorum pour Gabriel Aubert*, Genève, Schulthess, 2015, p. 327.

¹²³⁷ Message du Conseil fédéral, 8 septembre 2010, FF 2010 5914.

¹²³⁸ TF, août 2005, 4A.432/2004, ATF 132 III 32, JT 2006 I 257, SJ 2006 I 193, Pra 2006 81 576, com. Blesi in Jusletter 8 mai 2006, com. Walter in RJB 2007 731, com. Koller in RJB 2008 334, cons. 6.1 ; TF, 12 février 2007, 4C.401/2006, ATF 133 III 213, JT 2010 I 231, DTA 2007.156, com. von Känel in DTA 2007 156, com. Müller in Schweizer Arbeitgeber 3 2008 51, com. Koller/Mauerhofer in RJB 2009 908, cons. 4.3.1 ; TF, 30 novembre 2016, 4A_335/2016, cons. 3.1.

être traité comme une convention collective, les dispositions normatives qu'il contient doivent être interprétées comme une loi¹²³⁹.

660 La conclusion d'un plan social en cas de licenciement collectif permet de soustraire les prestations versées par l'employeur du **salaire déterminant** pour les cotisations aux assurances sociales à concurrence de quatre fois et demie la rente de vieillesse annuelle maximale (art. 8^{ter} RAVS). Du point de vue de l'**assurance-chômage** toutefois, une perte de travail ne sera pas prise en considération tant que des prestations volontaires¹²⁴⁰ versées par l'employeur – qui se situeraient au-delà du montant maximal du gain mensuel assuré dans l'assurance-accidents obligatoire (cf. art. 3, al. 2 LACI) – couvrent la perte de revenu résultant de la résiliation des rapports de travail (art. 11a LACI).

5) Retrait

661 La résiliation est un **droit formateur** qui s'exerce par un acte juridique unilatéral¹²⁴¹. La jurisprudence estime qu'afin d'assurer une situation juridique claire dans l'intérêt de la partie adverse, l'exercice d'un droit formateur est en principe **inconditionnel** et **irrévocable**¹²⁴².

Contrairement à ce qui prévaut en matière d'inconditionnalité du droit formateur, le Tribunal fédéral a admis, dans une décision, que des **conditions** soient mises à la résiliation, dans la mesure toutefois où leur réalisation dépendait exclusivement de la volonté de la personne congédiée de telle sorte que celle-ci ne se trouvait pas dans une situation incertaine¹²⁴³. Une telle jurisprudence, contraire aux principes généraux, paraît excessivement compliquée. En outre, elle contredit la logique même de l'avertissement : un avertissement prévient le travailleur que le rapport d'emploi risque d'être résilié si la violation contractuelle persiste ; il ne conditionne pas, pour autant, la résiliation à une nouvelle violation contractuelle.

662 La règle de l'irrévocabilité s'applique également au type de résiliation choisi : ainsi, lorsque l'employeur opte pour la résiliation ordinaire, la voie de la résiliation extraordinaire, qui serait fondée sur les mêmes circonstances que celles qui avaient motivé la résiliation ordinaire, n'est plus ouverte ; selon la jurisprudence, un tel congé immédiat serait dépourvu d'effet, le contrat prenant fin à l'échéance du délai ordinaire

¹²³⁹ TF, 12 février 2007, 4C.401/2006, précité, cons. 5.2 ; TF, 30 novembre 2016, 4A_335/2016, cons. 3.1.

¹²⁴⁰ Pour la définition des « prestations volontaires », cf. art. 10a OACI.

¹²⁴¹ TF, 10 décembre 2001, 4C.234/2001, ATF 128 III 129, JT 2003 I 10, SJ 2002 I 389, com. Stutz/von der Crone in RSDA 2002 260, com. Wiegand in RJB 2003 862, com. Bär in RJB 2004 601, cons. 2a ; TF, 27 février 2006, 4C.321/2005, cons. 5.2.

¹²⁴² TF, 30 octobre 2001, 4C.78/2001, ATF 128 III 70, JT 2003 I 4, SJ 2002 I 302, PJA 2002. 840, com. Wiegand in RJB 2003 819, com. Enriquez in RDS 2009 I 364, cons. 2 ; TF, 10 décembre 2001, 4C.234/2001, précité, cons. 2a ; TF, 27 février 2006, 4C.321/2005, cons. 5.2 ; TF, 9 avril 2013, 4A_556/2012, cons. 4.2. Plus tranché : TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.2 : « irrévocable ».

¹²⁴³ TF, 10 décembre 2001, 4C.234/2001, ATF 128 III 129, JT 2003 I 10, SJ 2002 I 389, com. Stutz/von der Crone in RSDA 2002 260, com. Wiegand in RJB 2003 862, com. Bär in RJB 2004 601.

et le juge n'ayant pas à examiner l'existence de justes motifs¹²⁴⁴. Inversement, s'il opte pour la résiliation extraordinaire, l'employeur perd définitivement le droit à la résiliation ordinaire et ne peut pas unilatéralement invalider sa déclaration¹²⁴⁵. La résiliation extraordinaire étant un acte formateur, le juge ne peut pas non plus convertir une telle résiliation qui se révélerait injustifiée en une réalisation ordinaire¹²⁴⁶.

Le principe d'irrévocabilité n'est cependant pas affecté par les situations suivantes :

663

- Comme toute déclaration unilatérale, la résiliation peut être affectée d'un **vice du consentement**¹²⁴⁷ ; il est ainsi admis qu'une résiliation soit invalidée pour cause d'erreur¹²⁴⁸. Encore faut-il que l'erreur soit essentielle au sens des articles 23 et suivants du code des obligations ; on peut ainsi imaginer qu'un licenciement immédiat adressé à la mauvaise personne soit invalidé pour cause d'erreur sur la personne (art. 24, al. 1, 2 CO). En revanche, l'erreur qui porte uniquement sur les motifs n'est en principe pas essentielle (art. 24, al. 2 CO), exception faite de l'erreur de base (art. 24, al. 1, 4 CO)¹²⁴⁹.

- Un retrait de la résiliation est aussi possible s'il parvient au destinataire **avant la résiliation ou en même temps qu'elle** (cf. art. 9 CO).

- En outre, un retrait est possible si la partie adverse conteste le licenciement et qu'elle veut maintenir le contrat de travail : dans ce cas, le retrait ne fait que rétablir la situation souhaitée par la personne qui a reçu la résiliation¹²⁵⁰. Cela revient à une **révocation par accord des parties**¹²⁵¹.

B. Temps de la rupture

Dans le cas d'une résiliation ordinaire, la fin du rapport d'emploi n'a lieu qu'après l'écoulement d'un certain **délai (1)**.

664

Par ailleurs, la résiliation ne peut pas être notifiée à certains **moments (2)**.

¹²⁴⁴ TF, 10 décembre 1996, ATF 123 III 86, cons. 2b ; TF, 20 décembre 2010, 8C_70/2010, ATF 137 I 58, Pra 2011 71 499, RDAF 2012 I 578, cons. 4.3.2 ; TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.2.

¹²⁴⁵ TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.2.

¹²⁴⁶ *Ibidem*. À l'inverse de ce qui est le cas en matière de résiliation de rapport de service relevant du droit public, cf. TF, 20 décembre 2010, 8C_70/2010, précité, cons. 4.3.3.

¹²⁴⁷ TF, 30 octobre 2001, 4C.78/2001, ATF 128 III 70, JT 2003 I 4, SJ 2002 I 302, PJA 2002 840, com. Wiegand in RJB 139 2003 819, com. Enriquez in RDS 2009 I 364, cons. 2 ; TF, 27 février 2006, 4C.321/2005, cons. 5.2.

¹²⁴⁸ TF, 27 février 2006, 4C.321/2005, cons. 5.2.

¹²⁴⁹ *Ibidem*.

¹²⁵⁰ TF, 30 octobre 2001, 4C.78/2001, précité, cons. 2.

¹²⁵¹ TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.2.

1) Délai

665 Le délai de congé est soumis au principe de **parité (a)**. Sa **durée (b)** et son **terme (c)** dépendent de divers facteurs.

Le non-respect du délai de congé applicable est soumis à **sanction (d)**.

En outre, le **déroulement du délai de congé** est parfois affecté de particularités **(e)**.

a. Parité du délai

666 Conformément à l'article 335a, alinéa 1, 1^e phrase du code des obligations, le délai de congé doit être identique pour les deux parties¹²⁵². Il s'agit d'une protection paritaire, accordée tant à l'employeur qu'au travailleur¹²⁵³.

Si un accord prévoit des délais différents, le délai le plus long est applicable aux deux parties (art. 335a, al. 1, 2^e phr. CO).

667 Une **condition potestative** aux mains d'une des parties peut violer le principe de parité même si le délai de résiliation le respecte formellement¹²⁵⁴. Il y a en effet « délai différent », selon la jurisprudence, si le délai de résiliation est certes le même pour les deux parties, mais que son déclenchement est rattaché à une éventualité dont la survenance dépend d'une seule des parties, tandis que l'autre partie – en dehors de l'éventualité prévue – reste liée par un autre délai ou par une durée contractuelle déterminée¹²⁵⁵. C'est le cas par exemple si l'employeur se réserve le droit unilatéral de rappeler un travailleur à tout moment lors d'une mission de plusieurs années à l'étranger, le délai applicable à une résiliation dans cette éventualité étant pourtant le même pour chacune des parties¹²⁵⁶. Autrement dit, le fait que le contrat stipule un délai de résiliation de durée identique pour l'employeur et le travailleur n'exclut pas une violation du principe de parité des délais, lorsque la fixation du moment dès lequel le délai commence à courir appartient unilatéralement à l'employeur¹²⁵⁷. Ainsi le principe de parité des délais est-il violé lorsque, dans une certaine situation, le délai de résiliation est le même pour les deux parties mais que seule l'une d'elles a le droit de faire advenir l'hypothèse déclenchant l'applicabilité de ce délai alors que, dans les autres cas, un délai différent ou un terme contractuel serait applicable¹²⁵⁸.

668 En matière de **condition affectant un élément de rémunération variable** dont l'octroi ne serait garanti que si le salarié est encore en poste dans l'entreprise, on a pu soutenir

¹²⁵² Pour un cas d'application, cf. TF, 18 septembre 2014, 4A_270/2014, cons. 4.6.

¹²⁵³ TF, 9 septembre 2006, 4C.186/2006, cons. 2.1. Cf. également : TF, 12 décembre 1996, 4C.419/1995, JAR 1997 159, cons. 3a/bb.

¹²⁵⁴ Cf. Rémy Wyler, com. sous TF, 3 avril 2009, 4A_67/2009, in JT 2010 I 97.

¹²⁵⁵ TF, 3 avril 1990, ATF 116 II 145, JT 1990 I 578, cons. 7.

¹²⁵⁶ TF, 28 juin 1982, ATF 108 II 115, JT 1982 I 539.

¹²⁵⁷ *Ibidem*.

¹²⁵⁸ TF, 3 avril 1990, précité, cons. 7.

qu'était remis en cause le principe d'égalité des parties devant le délai de congé¹²⁵⁹, puisque, ce faisant, une conséquence matérielle était imposée au seul détriment du salarié, contraint de donner son congé après une date déterminée au cours de l'année, alors que l'employeur, lui, n'était pas tenu par cette condition¹²⁶⁰. Ainsi, il y aurait une sorte de peine conventionnelle pour la résiliation du contrat¹²⁶¹. L'idée est que le principe de parité devrait être respecté non seulement du point de vue formel (au niveau de la durée de résiliation stipulée), mais encore du point de vue « matériel »¹²⁶². La jurisprudence et une partie de la doctrine estiment pourtant que la suppression de la gratification en cas de départ du salarié ne contrevient pas à la liberté de rompre le contrat ni au principe de parité dans la rupture du contrat de travail¹²⁶³. Ainsi, le principe de parité des délais de résiliation n'interdirait pas que les conséquences matérielles de la résiliation soient différentes pour chacune des parties¹²⁶⁴.

En soi, les délais restent identiques pour les deux parties malgré l'introduction d'une condition suspensive. La lettre de l'article 335a n'est pas violée. Il est toutefois pertinent selon nous de se demander si son esprit n'est pas bafoué. La lecture de l'alinéa 2 de cet article révèle d'ailleurs sa visée protectrice des intérêts du salarié. Cependant, nous ne considérons pas que l'on puisse parler d'illicéité ou même de fraude à la loi en la matière. En effet, toute rupture du contrat de travail entraîne une perte de rémunération pour le salarié. Seule la partie accessoire de la rémunération étant ici concernée¹²⁶⁵, on ne peut aller jusqu'à dire que le délai de résiliation soit modifié au détriment du salarié.

Plus délicate est la question de l'indemnité de départ dont le versement est subordonné à l'absence d'**incapacité de travail** pendant le délai de congé, le paiement de cet

¹²⁵⁹ Cf. Vischer/Müller, p. 132.

¹²⁶⁰ CAPH/GE, 17 mars 1988, SJ 1989 666 avec com. Aubert ; CAPH/GE, 12 mars 1991, JAR 1992 131 ; cf. TC/VS, 5 avril 2005, RVJ 2006 179, cons. 4.

¹²⁶¹ Cf. Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », ArbR 2001 74 ; Christoph Senti, « Zulagen, Zuschläge und 13. Monatslohn », PJA 2006 297 ; Roger Rudolph, « Fokus Arbeitsrecht : Neuere Entwicklungen im Bonusrecht », Trex 2011 95. Une telle clause pourrait également poser problème du point de vue de la **liberté de résilier** le contrat de travail (art. 335 CO).

¹²⁶² Staehelin avait écrit dans une précédente édition du *Zürcher Kommentar*, N 2 ad art. 335a CO : « *Gegen das Gebot der Parität verstösst auch die Vereinbarung eines sachlich nicht gerechtfertigten Nachteils, der nur die eine Partei (in der Regel den Arbeitnehmer) bei der Kündigung trifft, z. B. die Festlegung eines geringeren Lohnes.* » Cette réflexion fut abandonnée dans la nouvelle version publiée en 2014. Christoph Senti, « Zulagen, Zuschläge und 13. Monatslohn », PJA 2006 297 : « *Eine Vereinbarung, wonach Zulagen oder Zuschläge nur im ungekündigten Vertragsverhältnis ausbezahlt oder gutgeschrieben werden, ist unzulässig, sofern die Ansicht vertreten wird, Art. 335a OR beinhalte auch einen materiellen rechtlichen Paritätsgrundsatz.* ». Cf. également : Wolfgang Portmann, « Die Arbeitsbedingungen der Bankgestellten. Eine Darstellung und Würdigung ausgewählter Aspekte », DTA 2005 79.

¹²⁶³ TF, 11 octobre 1994, 4C.47/1994, JAR 1995 102, cons. 3a ; AG/ZH, 28 avril 2000, JAR 2001 198, PJA 2000 1293, com. Vögeli Galli in SARB-Rechtsprechung 2001 n° 182, cons. C.2 ; CAPH/GE, 20 novembre 2002, JAR 2003 228 ; cf. également : Gottlieb Delbrück, *Die Gratifikation im schweizerischen Einzelarbeitsvertrag*, Zurich, Schulthess, 1981, p. 88 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 2 ad art. 335a CO (voir également N 4 ad art. 322d CO où les auteurs indiquent que la protection doit être uniquement formelle et non matérielle) ; Staehelin, N 18 ad art. 322d CO et N 4 ad art. 335a CO ; Nicole Vögeli Galli, « Der Bonus ist kein Lohnbestandteil », PJA 2000 1293.

¹²⁶⁴ OG/ZH, 18 novembre 2002, ZR 2003 n° 5, JAR 2003 300.

¹²⁶⁵ Du même avis : Aline Bonard, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 8 ad art. 335a CO.

élément de rémunération étant alors soumis à la condition que les rapports de travail se soient achevés à l'échéance du délai de congé légal ou contractuel, sans suspension¹²⁶⁶ : une telle condition a pour effet d'exclure du cercle des bénéficiaires les salariés dont le délai de congé aurait été suspendu sur le fondement de l'article 336c du code des obligations¹²⁶⁷. Cette question relève selon nous de la protection contre les discriminations¹²⁶⁸.

- 671 Une exception : lorsque l'employeur a manifesté son intention de résilier le contrat de travail ou qu'il l'a résilié pour des motifs d'ordre économique, des **délais de congé plus courts** peuvent être prévus en faveur du travailleur, par accord, contrat-type de travail ou convention collective (art. 335a, al. 2 CO).

Par ailleurs, le Tribunal fédéral n'a pas remis en cause¹²⁶⁹, dans une affaire, l'existence de deux délais de résiliation – identiques pour chacune des parties – mais **différent en fonction du motif de licenciement** (licenciement sans cause ou licenciement pour cause sérieuse)¹²⁷⁰. Il faudrait toutefois que le travailleur ait alors la possibilité de démissionner selon le délai le plus court.

- 672 Une règle spéciale existe concernant le délai de résiliation du salarié payé au moyen d'une **provision** : lorsque la provision constitue au moins un cinquième du salaire et qu'elle est soumise à des fluctuations saisonnières importantes, le voyageur de commerce qui est engagé depuis la fin d'une saison ne peut être congédié pendant la saison suivante que pour la fin du deuxième mois après la résiliation du contrat (art. 350, al. 1^{er} CO). Dans les mêmes circonstances, le voyageur de commerce qui a été occupé jusqu'à la fin d'une saison peut résilier le contrat jusqu'au début de la saison suivante, mais uniquement pour la fin du deuxième mois après la résiliation (art. 350, al. 2 CO). Ce délai spécial a vocation à protéger, d'une part, le salarié qui a reçu une rémunération plus faible entre les deux saisons et, d'autre part, l'employeur qui a versé une rémunération plus élevée pendant la haute saison¹²⁷¹.

- 673 S'il est prévu contractuellement que l'employeur doive procéder à un **avertissement** avant de licencier, cette condition n'affecte pas le délai lui-même, lequel reste identique pour les deux parties : le principe du délai de parité n'est pas violé¹²⁷².

¹²⁶⁶ TF, 6 janvier 2005, 4C.384/2004, cons. 3.3.

¹²⁶⁷ Philippe Carruzzo, *La Rémunération du travailleur et le remboursement des frais*, Genève, Fédération des entreprises romandes, « Etudes et documents », 2007 p. 73.

¹²⁶⁸ Cf. *infra* n° 1651 et s.

¹²⁶⁹ Pour une interprétation identique de cet arrêt, cf. Aline Bonard, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 6 ad art. 335a CO.

¹²⁷⁰ TF, 3 avril 2009, 4A_67/2009, cons. 4.

¹²⁷¹ Gabriel Aubert, in *CR-CO I*, N 1 ad art. 350 CO.

¹²⁷² OG/LU, 30 mars 2004, JAR 2006 486.

b. Durée

Pour ce qui est de la durée du délai de congé, il faut distinguer la période du **temps d'essai** (1°) et la période **postérieure au temps d'essai** (2°).

674

1° Pendant le temps d'essai

aa. Détermination du temps d'essai

Les parties au rapport de travail souhaitent généralement s'octroyer un temps d'observation avant de décider de s'engager ensemble de manière durable¹²⁷³. Cette période de découverte est appelée « temps d'essai » ou « période d'essai ».

675

Il ne peut y avoir temps d'essai qu'entre des parties qui ne se connaissent pas, un temps de formation ou d'apprentissage devant entrer en ligne de compte¹²⁷⁴. Concrètement, un apprentissage doit être compris dans la durée des rapports de travail¹²⁷⁵, de sorte que l'employeur qui engage son apprenti au terme de sa formation ne peut prévoir un nouveau temps d'essai¹²⁷⁶. En matière de travail intérimaire en revanche, lors du passage d'un emploi intérimaire à un emploi stable, la durée de la mission temporaire exercée chez le futur employeur ne peut être décomptée du temps d'essai¹²⁷⁷. D'ailleurs chaque mission de travail intérimaire fait partir une nouvelle période d'essai¹²⁷⁸.

Pour éviter les abus, il conviendrait selon nous de limiter la possibilité d'introduire un nouveau temps aux cas où la nouvelle mission de travail diffère de la mission précédemment exécutée.

La loi présume que le **premier mois** de travail constitue un temps d'essai (art. 335b, al. 1, 2^e phr. CO). Des dispositions différentes peuvent être prévues par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective ; toutefois, le temps d'essai ne peut jamais dépasser **trois mois au maximum** (art. 335b, al. 2 CO). Dans la mesure où les parties auraient convenu d'un système qui les priverait des dispositions protectrices contre le congé au-delà de la durée maximale de trois mois, cet accord serait illicite et, par conséquent, nul ; il s'agit d'une nullité partielle (art. 20, al. 2 CO), le temps d'essai étant alors réduit à la durée maximale légale de trois mois¹²⁷⁹. Le travailleur ne

676

¹²⁷³ Cf. TF, 7 janvier 2003, 4C.327/2002, ATF 129 III 124, JT 2003 I 214, SJ 2003 I 266, Pra 2003 138 747, PJA 2003 851, com. Senti in PJA 2003 851, com. Bachmann in DTA 2004 14, com. Koller in RJB 2004 535, cons. 3.1.

¹²⁷⁴ Cf. TF, 8 octobre 1997, 4C.93/1997, JAR 1998 282, cons. 3c ; TF, 18 mars 2003, 4C.284/2002, cons. 4 ; cf. également : Gabriel Aubert, in CR-CO I, N 5 ad art. 335b CO ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 1 ad art. 335b CO. Pour la question de la période d'essai en cas de modification des fonctions du travailleur, cf. *infra*.

¹²⁷⁵ TF, 8 octobre 1997, 4C.93/1997, JAR 1998 282, cons. 3c.

¹²⁷⁶ TF, 7 janvier 2003, 4C.327/2002, ATF 129 III 124, JT 2003 I 214, SJ 2003 I 266, Pra 2003 138 747, PJA 2003 851, com. Senti in PJA 2003 851, com. Bachmann in DTA 2004 14, com. Koller in RJB 2004 535, cons. 3.2.

¹²⁷⁷ TF, 7 janvier 2003, 4C.327/2002, précité.

¹²⁷⁸ TF, 26 janvier 1993, ATF 119 V 46, SJ 1993 509, Pra 1993 241 889, PJA 1993 1501, CGSS 1994 13 179, cons. 1c.

¹²⁷⁹ TF, 7 janvier 2003, 4C.327/2002, ATF 129 III 124, JT 2003 I 214, SJ 2003 I 266, Pra 2003 138 747, PJA 2003 851, com. Senti in PJA 2003 851, com. Bachmann in DTA 2004 14, com. Koller in RJB 2004 535, cons. 3.1.

commet pas d'abus même s'il invoque la nullité d'une prolongation du temps d'essai qu'il avait pourtant acceptée¹²⁸⁰.

La limitation du temps d'essai à trois mois au plus s'applique à **tous** les contrats de travail, que la durée en soit déterminée ou indéterminée¹²⁸¹.

677 Un certain nombre d'**abus** potentiels en matière de durée de la période d'essai sont sanctionnés par les tribunaux. Viole la loi le fait de résilier un contrat de travail à la fin du temps d'essai, puis de conclure un nouveau contrat prévoyant à son tour un temps d'essai, de sorte que la durée totale de celui-ci dépasserait trois mois¹²⁸². Lorsque les parties sont tout d'abord liées par un mandat résiliable en tout temps, puis qu'elles concluent ensuite un contrat de travail, il faut tenir compte de la durée du mandat lors du calcul du temps d'essai¹²⁸³.

678 Pour déterminer si l'on se trouve encore dans le temps d'essai, c'est le moment de la **réception** de la notification de la résiliation qui compte¹²⁸⁴.

Lorsque, pendant le temps d'essai, le travail est **interrompu** par suite de maladie, d'accident ou d'accomplissement d'une obligation légale incombant au travailleur sans qu'il ait demandé de l'assumer, le temps d'essai est prolongé d'autant (art. 335b, al. 3 CO). Cette liste légale est **exhaustive** : elle n'inclut pas l'interruption du travail par l'octroi d'un congé non payé, qui ne saurait donc avoir pour effet de prolonger la durée du temps d'essai¹²⁸⁵. De plus, la durée légale du temps d'essai est d'un mois de calendrier, indépendamment du nombre d'heures de travail effectuées par semaine : le travail à temps partiel ne saurait donc avoir pour effet de prolonger le temps d'essai¹²⁸⁶.

bb. Délai de congé pendant le temps d'essai

679 Pendant le temps d'essai, chacune des parties peut résilier le contrat de travail à tout moment moyennant un délai de congé de **sept jours** (art. 335b, al. 1 CO).

Ce délai peut être allongé ou réduit par accord des parties.

¹²⁸⁰ TF, 11 octobre 1983, ATF 109 II 449, JT 1984 I 223, SJ 1984 394, cons. 2b ; TF, 7 janvier 2003, 4C.327/2002, ATF 129 III 124, JT 2003 I 214, SJ 2003 I 266, Pra 2003 138 747, PJA 2003 851, com. Senti in PJA 2003 851, com. Bachmann in DTA 2004 14, com. Koller in RJB 2004 535, cons. 3.1.

¹²⁸¹ TF, 11 octobre 1983, ATF 109 II 449, JT 1984 I 223, SJ 1984 394, cons. 1.

¹²⁸² TF, 7 janvier 2003, 4C.327/2002, ATF 129 III 124, JT 2003 I 214, SJ 2003 I 266, Pra 2003 138 747, PJA 2003 851, com. Senti in PJA 2003 851, com. Bachmann in DTA 2004 14, com. Koller in RJB 2004 535, cons. 3.2.

¹²⁸³ TF, 11 mai 1993, 4C.27/1993, cons. 3c ; TF, 7 janvier 2003, 4C.327/2002, ATF 129 III 124, JT 2003 I 214, SJ 2003 I 266, Pra 2003 138 747, PJA 2003 851, com. Senti in PJA 2003 851, com. Bachmann in DTA 2004 14, com. Koller in RJB 2004 535, cons. 3.2.

¹²⁸⁴ Cf. Gabriel Aubert, in CR-CO I, N 3 ad art. 335b CO ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 3 ad art. 335b ; Carruzzo, N 6 ad art. 335b CO ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 9 ad art. 335b CO ; Boris Heinzer, in Commentaire Dunand/Mahon, N 21 ad art. 335b CO.

¹²⁸⁵ TF, 14 octobre 2010, 4A_406/2010, ATF 136 III 562, JT 2011 II 209, SJ 2011 I 1, Pra 2011 52 363, JAR 2011 338, cons. 3.

¹²⁸⁶ *Ibidem*

cc. Caractère abusif du congé donné pendant le temps d'essai

Le régime du **licenciement abusif**¹²⁸⁷ est applicable durant le temps d'essai, mais de manière restreinte¹²⁸⁸. Le Tribunal fédéral a par exemple jugé que le licenciement d'un travailleur durant le temps d'essai pouvait ne pas être abusif même s'il est donné en l'absence de toute faute de la part du travailleur, au vu de la seule considération que sa collaboration avec d'autres travailleurs de l'entreprise risque d'être difficile¹²⁸⁹.

680

Cette application du régime du licenciement abusif emporte notamment l'application du **délai de péremption** de l'article 336b du code des obligations¹²⁹⁰. Ainsi le Tribunal fédéral a-t-il déclaré périmée l'action en licenciement abusif intentée par une travailleuse (prostituée dans une boîte de nuit), licenciée durant son temps d'essai (d'une durée de trois mois) avec un délai de congé de trois jours, dès lors qu'elle n'avait pas fait opposition à son licenciement avant la fin du délai de congé comme l'exige l'article 336b du code des obligations¹²⁹¹. Conscient du caractère pour le moins sévère de sa solution, le Tribunal fédéral y a ajouté le tempérament selon lequel cette règle ne vaut que dans la mesure où une telle opposition est **possible et raisonnablement exigible** du travailleur¹²⁹².

681

2° Après le temps d'essai

Le principe légal est le suivant : la résiliation du rapport de travail doit en principe respecter un délai qui augmente à mesure qu'augmente l'ancienneté du travailleur (un mois pendant la première année de service, deux mois de la deuxième à la neuvième année de service, trois mois ultérieurement) (art. 335c, al. 1 CO).

682

Pour calculer l'ancienneté du travailleur, on tiendra compte du moment effectif où le rapport de travail a commencé. Dans les hypothèses de contrats en chaîne, on additionnera toutes les périodes de travail continues¹²⁹³ ou interrompues de manière brève¹²⁹⁴. En cas de transfert d'entreprise¹²⁹⁵ ou de transfert intra-groupe, on tiendra

¹²⁸⁷ Cf. *infra*.

¹²⁸⁸ TF, 28 novembre 2007, 4A_385/2007, ATF 134 III 108, SJ 2008 I 298, com. Chanson *in* DTAonline 2008 218, com. Koller/Graber *in* RJB 2010 1087, com. Humbert *in* PJA 2011 1479, cons. 7.1 ; TF, 16 novembre 2009, 4A_347/2009, ATF 136 III 96, JT 2013 II 296, com. Chanson *in* DTAonline 2010 412, com. Berger *in* RJB 2012 172, com. Koller/Sennhauser *in* RJB 2012 441, cons. 2.

¹²⁸⁹ TF, 10 novembre 2009, 4A_432/2009, JU-TRAV 2010 25, cons. 2.

¹²⁹⁰ Cf. *infra*.

¹²⁹¹ TF, 16 novembre 2009, 4A_347/2009, ATF 136 III 96, JT 2013 II 296, com. Chanson *in* DTAonline 2010 412, com. Berger *in* RJB 148 2012 172, com. Koller/Sennhauser *in* RJB 2012 441. Sur le régime de l'opposition au licenciement abusif, cf. *infra*.

¹²⁹² TF, 16 novembre 2009, 4A_347/2009, précité, cons. 3.4.

¹²⁹³ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 1 *ad* art. 335c CO ; Carruzzo, N 16 *ad* art. 335c CO ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 5 *ad* art. 335c CO.

¹²⁹⁴ Boris Heinzer, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 2 *ad* art. 335c CO.

¹²⁹⁵ Cf. *infra*.

compte de l'ancienneté dès le premier rapport de travail avec la société reprise ou l'une des sociétés du groupe¹²⁹⁶.

683 Le délai applicable est celui du **moment où la résiliation est notifiée**, même si l'écoulement du délai a pour effet que le salarié progresse dans un nouvel échelon d'ancienneté¹²⁹⁷.

684 Ces délais peuvent être **modifiés** par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective ; des délais inférieurs à **un mois** ne peuvent toutefois être fixés que par convention collective et pour la première année de service (art. 335c, al. 2 CO).

Par ailleurs, une partie peut donner son congé pour une **échéance plus lointaine** que celle prévue légalement ou contractuellement ; dans un tel cas, l'autre partie conserve la faculté de signifier le congé pour l'échéance légale ou contractuelle plus rapprochée¹²⁹⁸.

685 Lorsque l'une des parties souhaite rompre le rapport de travail **avant même l'entrée en service du travailleur**, la grande majorité des auteurs¹²⁹⁹ et certaines décisions cantonales¹³⁰⁰ préconisent d'appliquer le délai de résiliation valable pendant le temps d'essai. Il paraît plus pertinent selon nous d'appliquer par analogie le régime de la résiliation immédiate¹³⁰¹. Une telle hypothèse doit donc être qualifiée de résiliation avec effet immédiat, et c'est le régime de la résiliation avec effet immédiat qui doit s'appliquer, tant pour l'employeur que pour le travailleur. Si le refus d'entrer en service est injustifié, l'employeur a droit à une indemnité égale au quart du salaire mensuel et à la réparation du dommage supplémentaire (art. 337d CO) ; si le refus de faire entrer en service est injustifié, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé (ici le délai de congé applicable durant le temps d'essai) ainsi qu'à une indemnité (art. 337c CO). La notion de délai de congé n'a d'ailleurs que peu de sens en la matière puisqu'il est manifeste que c'est une rupture immédiate que recherche la personne qui renonce au rapport de travail avant même tout commencement d'exécution.

¹²⁹⁶ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 1 *ad* art. 335c CO ; Carruzzo, N 1 *ad* art. 335c CO ; Boris Heinzer, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 3 *ad* art. 335c CO.

¹²⁹⁷ Carruzzo, N 1 *ad* art. 335c CO ; Geiser/Müller, N 583, p. 239 ; Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, *in* BaK 2011, N 3 *ad* art. 335c CO ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 3 *ad* art. 335c CO ; Boris Heinzer, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 5 *ad* art. 335c CO.

¹²⁹⁸ TF, 28 février 2011, 4A_663/2010, JAR 2012 150, cons. 2.3.

¹²⁹⁹ Geiser/Müller, N 579, p. 238 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 11 *ad* art. 335b CO ; Subilia/Duc, N 18 *ad* art. 335 CO (le délai devant courir dès la notification de la résiliation) ; Boris Heinzer, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 15 *ad* art. 335c CO.

¹³⁰⁰ GG/ZH, 21 mars 1974, JAR 1980 255 ; AG/ZH, 13 juillet 1992, JAR 1995 144 ; AG/Berne, 7 juin 1994, JAR 1997 100 ; Gewerbliches Schiedsgericht/BS, 24 avril 2002, JAR 2004 444.

¹³⁰¹ En partie du même avis : Carruzzo, N 5 *ad* art. 335 CO.

c. Terme

Le terme du rapport de travail est en principe la fin d'un mois (art. 335c CO).

686

L'article 335c du code des obligations n'étant pas impératif (cf. art. 335c, al. 2, art. 361 et art. 362 CO)¹³⁰², les parties peuvent convenir d'un autre terme que celui prévu par la loi¹³⁰³. Par exemple, les parties peuvent prévoir que le contrat sera résiliable à un autre terme (par exemple le 15 du mois) ou de date à date¹³⁰⁴.

Lorsque les parties se contentent de modifier la durée du délai de congé mais non son terme, on doit en principe retenir que le terme légal s'applique¹³⁰⁵.

En vertu du droit commun des obligations, applicable par analogie à la résiliation (art. 77, al. 2 CO), le terme fixé pour l'exécution au commencement ou à la fin d'un mois s'entend du premier ou du dernier jour du mois (art. 76, al. 1 CO). Si le délai est fixé par jours, il s'achève le dernier jour du délai, celui de la résiliation n'étant pas compté ; s'il est de huit ou de quinze jours, il signifie non pas une ou deux semaines, mais huit ou quinze jours pleins (art. 77, al. 1, 1 CO). Si le délai est fixé par semaines, il s'achève le jour qui, dans la dernière semaine, correspond par son nom au jour de la notification (art. 77, al. 1, 2 CO). Si le délai est fixé par mois ou par un laps de temps comprenant plusieurs mois (année, semestre, trimestre), il s'achève le jour qui, dans le dernier mois, correspond par son quantième au jour de la notification ; s'il n'y a pas, dans le dernier mois, de jour correspondant le délai s'achève le dernier jour dudit mois (art. 77, al. 1, 3 CO).

d. Sanction du non-respect du délai de congé applicable

Lorsqu'une partie résilie le rapport de travail en prétendant appliquer un délai inférieur au délai juridiquement applicable, le congé n'est pas nul, mais la résiliation ***ne produit effet qu'au terme du délai juridiquement applicable***¹³⁰⁶.

687

Dans une telle hypothèse, le principe de bonne foi commande de ne pas faire grief au travailleur d'avoir omis d'offrir ses services s'il ignore que le délai appliqué était trop court ou qu'il n'était pas censé le savoir (par exemple lorsque c'est l'employeur qui a commis l'erreur au sujet du délai de résiliation applicable) ; dans ce cas-là, l'employé peut donc prétendre à son salaire jusqu'à la fin des rapports de travail¹³⁰⁷. En bref, le salarié n'est pas obligé d'offrir ses services pendant toute la durée du délai applicable si l'employeur a volontairement raccourci ce délai et que le salarié ignorait quel était le délai réellement applicable.

¹³⁰² TF, 25 mars 2002, 4C.312/2001, ATF 128 III 212, SJ 2002 I 581, Pra 2002 153 824, com. Spörri *in* PJA 2002 1357, com. Portmann *in* DTA 2004 238, cons. 3b/aa.

¹³⁰³ *Ibidem*.

¹³⁰⁴ Carruzzo, N 2 *ad* art. 335c CO ; Boris Heinzer, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 10 *ad* art. 335c CO.

¹³⁰⁵ Cf. TF, 31 mars 2004, 4C.45/2004, cons. 4.2.

¹³⁰⁶ TF, 30 novembre 2010, 4A_463/2010, cons. 4 ; TF, 9 avril 2013, 4A_556/2012, cons. 4.3 ; TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.1.1.

¹³⁰⁷ TF, 23 octobre 2006, 4C.155/2006, cons. 5.2.

e. Le déroulement du délai de congé

1° Principe

688 L'employeur doit **rémunérer** le travailleur durant le délai de congé, que ce dernier continue à travailler à son service ou qu'il ait été dispensé de le faire¹³⁰⁸.

La rémunération due pour cette période comporte tous les éléments contractuels (notamment le salaire de base et la part proportionnelle du treizième salaire).

2° Dispense d'exécution du délai de congé

689 Lorsque l'employeur libère le travailleur de l'obligation de travailler durant le délai de congé, ce dernier n'est plus tenu d'offrir ses services¹³⁰⁹. On ne peut parler de libération de l'obligation de travailler lorsque le travailleur doit se tenir à la disposition de l'employeur, y compris si, dans les faits, l'employeur ne sollicite que peu le travailleur durant cette période¹³¹⁰.

La décision de l'employeur de libérer le travailleur de son obligation de fournir ses services se caractérise comme une **remise de dette**, qui constitue un acte de disposition n'exigeant aucune acceptation expresse (cf. art. 115 et art. 6 CO)¹³¹¹.

690 Toutefois, en vertu du **principe d'imputation** (art. 324, al. 2 CO), l'employeur peut imputer sur la dette salariale tout ou partie du revenu que le travailleur a pu gagner en exécutant un autre travail¹³¹².

Le travailleur doit en outre se laisser imputer sur son salaire ce qu'il épargne par suite de son inactivité¹³¹³. Cela inclut les frais¹³¹⁴, pour autant qu'ils soient réellement inexistantes, ainsi que les indemnités dont il n'est pas prévu contractuellement qu'elles soient versées pendant les périodes d'absence de travail. Par exemple, l'employeur n'a pas à indemniser son ancienne employée pour des frais d'essence et de parking que cette dernière aurait pu s'épargner en se déplaçant en transport public, même si sa qualité de vie doit en être quelque peu altérée¹³¹⁵.

¹³⁰⁸ Cf. TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.1.1.

¹³⁰⁹ TF, 20 juillet 1994, 4C.66/1994, SJ 1995 801, cons. 3b ; TF, 25 mars 2002, 4C.312/2001, ATF 128 III 212, SJ 2002 I 581, PJA 2002 1357, Pra 2002 153 824, com. Spörri in PJA 2002 1357, com. Portmann in DTA 2004 238, cons. 3b/cc ; TF, 22 octobre 2002, 4C.84/2002, cons. 4.

¹³¹⁰ TF, 13 septembre 2007, 4A_117/2007, JAR 2008 264, cons. 6.3.

¹³¹¹ TF, 25 mars 2002, 4C.312/2001, ATF 128 III 212, SJ 2002 I 581, PJA 2002 1357, Pra 2002 153 824, com. Spörri in PJA 2002 1357, com. Portmann in DTA 2004 238, cons. 3b/cc.

¹³¹² TF, 9 juin 1992, ATF 118 II 139, JT 1993 I 390, com. Leu in recht 1993 67, com. Aubert in DTA 2002 129, com. Blesi in ArbR 2003 49, cons. 1 ; TF, 25 mars 2002, 4C.312/2001, précité, cons. 3b/cc ; TF, 4 février 2015, 4A_509/2014, SJ 2015 I 385, cons. 4.1.

¹³¹³ Cf. TF, 12 février 2002, 4C.57/2001, ATF 128 III 271, JT 2003 I 606, com. Blesi in DTA 2003 14, com. Byrde in JT 2003 I 606, com. Blesi in ArbR 2003 49, com. Rudolph in Der Treuhandexperte 2013 3 168, cons. 4a/bb ; TF, 27 avril 2011, 4A_89/2011, DTA 2011 281, JAR 2012 201, cons. 6.

¹³¹⁴ TF, 27 avril 2011, 4A_89/2011, DTA 2011 281, JAR 2012 201, cons. 6.

¹³¹⁵ TF, 4 février 2015, 4A_509/2014, SJ 2015 I 385, cons. 4.2.

Selon la jurisprudence, le principe d'imputation s'étend même au gain auquel le travailleur a, intentionnellement¹³¹⁶, renoncé (« gain hypothétique »). Une telle imputation n'est toutefois possible que s'il était raisonnablement possible d'exiger du travailleur qu'il reprenne une place de travail, en fonction des circonstances de l'espèce. Par ailleurs, le renoncement au gain hypothétique doit être le résultat d'un acte intentionnel du travailleur¹³¹⁷.

C'est à l'employeur qu'il revient de **prouver** l'existence et le montant des gains imputables sur le salaire dû, le travailleur étant tenu de collaborer en vertu de la bonne foi¹³¹⁸. En principe, l'employeur peut se contenter de démontrer – avec une certitude suffisante – que, dans la profession concernée, il existait au moment en question une demande de force de travail¹³¹⁹. Encore faut-il que le travailleur ait eu une véritable possibilité (eu égard à son âge, à son expérience, à ses obligations familiales, à ses exigences légitimes en matière de rémunération et d'intérêt du poste, etc.) d'obtenir l'emploi qu'on lui reproche de ne pas avoir exercé.

Problèmes soulevés par l'imputation en cas de dispense d'exécuter le délai de congé. De manière surprenante dès lors que l'employeur a ainsi exercé un pouvoir purement potestatif, la jurisprudence admet que le principe d'imputation vaille également lorsque l'employeur a décidé de dispenser le travailleur de travailler pour lui durant son délai de préavis¹³²⁰, sauf si les circonstances font apparaître que les parties ont exclu l'imputation¹³²¹. À juste titre, une partie de la doctrine n'accepte l'obligation d'imputation que si la dispense de travailler durant le délai de congé résulte d'un accord entre les parties et que cet accord prévoit une imputation¹³²², et non lorsqu'elle est le fait d'une décision unilatérale de l'employeur ; d'autres auteurs considèrent qu'on ne saurait reprocher à un travailleur de ne pas avoir occupé un nouvel emploi avant l'échéance du contrat¹³²³.

Ces positions sont convaincantes. Il n'y a aucune raison, du point de vue du droit privé, de faire supporter au travailleur la renonciation de l'employeur à son propre avantage (celui de faire travailler un employé à son service). Comment admettre une

691

¹³¹⁶ TF, 15 avril 1970, ATF 96 II 52, cons. 3.

¹³¹⁷ TF, 12 octobre 2005, 4C.246/2005, cons. 6.1 ; TF, 1^{er} décembre 2015, 4A_362/2015, DTA 2016 100, JAR 2016 386, cons. 5.2.

¹³¹⁸ *Ibidem*.

¹³¹⁹ TF, 1^{er} décembre 2015, 4A_362/2015, précité, cons. 5.2 ; cf. dans un autre contexte : TF, 15 avril 1970, ATF 96 II 52, cons. 3.

¹³²⁰ TF, 25 mars 2002, 4C.312/2001, ATF 128 III 212, SJ 2002 I 581, PJA 2002 1357, Pra 2002 153 824, com. Spörri in PJA 2002 1357, com. Portmann in DTA 2004 238, cons. 3b/cc ; TF, 12 février 2002, 4C.57/2001, ATF 128 III 271, JT 2003 I 606, com. Blesi in DTA 2003 14, com. Byrde in JT 2003 I 606, com. Blesi in ArbR 2003 49, com. Rudolph in Der Treuhandexperte 2013 3 168, cons. 4a/bb ; TF, 4 février 2015, 4A_509/2014, SJ 2015 I 385, cons. 4.1 ; TF, 1^{er} décembre 2015, DTA 2016 100, JAR 2016 386, cons. 5.2.

¹³²¹ TF, 9 juin 1992, ATF 118 II 139, JT 1993 I 390, com. Leu in recht 1993 67, com. Aubert in DTA 2002 129, com. Blesi in ArbR 2003 49, cons. 1.

¹³²² Streiff/von Känel/Rudolph, N 13 ad art. 324 CO.

¹³²³ Wyler/Heinzer, p. 364.

interprétation *praeter legem* dans un cas où le travailleur qui est licencié et à qui on demande de quitter les lieux immédiatement se voit privé de tout revenu du seul fait qu'il ne rapporte pas la preuve négative qu'il n'a pu être embauché très rapidement après sa mise à l'écart, alors que l'employeur aurait simplement prouvé que des postes étaient offerts à ce moment-là dans le même secteur ? Le risque de *fraus legis* à l'égard du régime de la parité du délai de congé est patent.

Par ailleurs, le principe d'imputation est censé reposer sur l'idée selon  quel le travailleur ne devrait pas s'enrichir au détriment de l'employeur en recevant un salaire de ce dernier sans lui fournir de contre-prestation tout en acquérant simultanément un gain complémentaire issu d'une autre activité professionnelle, ainsi que sur le principe selon lequel le créancier doit prendre les mesures raisonnables pour limiter son dommage (art. 44, al. 1 CO)¹³²⁴. Or, le rapport avec un « dommage » est pour le moins étrange dès lors qu'on ne se situe pas dans un cas de responsabilité contractuelle mais simplement de créance en rémunération. Par ailleurs, on voit mal comment un travailleur pourrait s'enrichir « au détriment de » l'employeur dès lors que c'est ce dernier qui a pris la décision de libérer le travailleur de son obligation de travailler, en vertu de son pouvoir unilatéral de direction¹³²⁵.

Quant à parler d'un « devoir de fidélité » imposé au travailleur, non pas dans le sens que ce dernier devrait s'abstenir de nuire à son employeur pendant le délai de congé, mais pour l'obliger à précisément violer ce devoir en travaillant pour un autre employeur, est pour le moins incongru. À cela s'ajoute encore qu'invoquer la « fidélité » du travailleur à l'égard d'un employeur qui vient justement de lui signifier qu'il ne voulait plus de lui revient à ne plus utiliser les mots de la langue dans leur sens commun : comment peut-on exiger une fidélité de la part de quelqu'un dont on vient précisément de lui dire qu'on ne voulait plus de relation avec lui ?

3° Solde de vacances durant le délai de congé

692

À teneur de l'article 329d, alinéa 2 du code des obligations, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages. En règle générale, l'interdiction de remplacer les vacances par des prestations en argent s'applique aussi après la notification de la résiliation du rapport de travail. Il peut cependant être dérogé à ce principe selon les circonstances : d'après la jurisprudence, des prestations en argent peuvent remplacer les vacances lorsque celles-ci ne peuvent être prises avant la fin des rapports de travail ou lorsqu'on ne peut – de bonne foi – exiger qu'elles le soient¹³²⁶. En particulier, on ne

¹³²⁴ TF, 4 février 2015, 4A_509/2014, SJ 2015 I 385, cons. 4.1 ; cf. également : Luc Thévenoz, in CR-CO I, N 17 ad art. 99 CO.

¹³²⁵ « La libération est un acte juridique unilatéral exercé par l'employeur en vertu de son droit de donner des instructions (art. 321d, al. 1 CO) » : TF, 12 février 2002, 4C.57/2001, ATF 128 III 271, JT 2003 I 606, com. Blesi in DTA 2003 14, com. Byrde in JT 2003 I 606, com. Blesi in ArbR 2003 49, com. Rudolph in Der Treuhandexperte 2013 3 168, cons. 4a/bb.

¹³²⁶ TF, 12 février 2002, 4C.57/2001, ATF 128 III 271, JT 2003 I 606, com. Blesi in DTA 2003 14, com. Byrde in JT 2003 I 606, com. Blesi in ArbR 2003 49, com. Rudolph in Der Treuhandexperte 2013 3 168, cons. 4a/aa ; TF, 30 septembre 2005, 4C.193/2005, ATF 131 III 623, JT 2006 I 127, Pra 2006 131 894, com. Koller in RJB 142 2006 433, cons. 3.2 ; TF, 27 mars 2015, 4A_434/2014, cons. 4.2.

saurait exiger d'un travailleur qu'il prenne ses vacances lorsqu'il doit chercher un nouvel emploi¹³²⁷ ou qu'il ne pourrait organiser des vacances à brève échéance en raison de ses obligations familiales. Dans un tel cas, le solde de vacances sera versé en espèces.

Lorsque le salarié est *dispensé de l'obligation de travailler* jusqu'au terme du rapport de travail, il s'agit d'établir un rapport entre la durée de la libération de l'obligation de travailler et le solde de jours de vacances non prises¹³²⁸. Il faut en particulier que, durant cette période, le salarié congédié, en plus de ses vacances, ait suffisamment de temps à consacrer à la recherche d'un nouvel emploi¹³²⁹ et à ses obligations familiales.

693

La jurisprudence a admis qu'il était possible de prendre un solde de trois semaines de vacances sur une dispense de quatorze semaines¹³³⁰ ou une semaine de vacances sur un délai de congé de quatre semaines¹³³¹, et jusqu'à une quarantaine de jours sur quatre-vingt-sept jours de travail du délai de congé¹³³². En revanche, un employeur ne saurait contraindre un travailleur à prendre en nature un solde de vacances de cinq jours dans le cadre d'une dispense de travail s'étendant sur dix jours¹³³³. En synthèse, une proportion d'un quart de jours de vacances sur la durée totale du délai de congé paraît généralement raisonnable.

694

Si l'employeur entend que le travailleur prenne ses vacances durant le moment où il est dispensé de venir travailler, il doit le lui faire savoir et ne pas lui demander concomitamment de se tenir à sa disposition¹³³⁴. Quant au travailleur, s'il prétend qu'il n'était pas en mesure de prendre ses vacances durant le délai de congé, par exemple parce qu'il était malade, il doit alléguer les circonstances permettant de prouver son état de santé¹³³⁵.

695

Nous avons déjà critiqué plus haut¹³³⁶ l'idée selon laquelle le travailleur pourrait se voir imputer ce qu'il gagne ou pourrait gagner en effectuant un autre travail durant la

696

¹³²⁷ TF, 19 juin 1991, ATF 117 II 270, JT 1992 I 398, cons. 3b ; TF, 24 novembre 1992, JAR 1994 167 ; TF, 12 février 2002, 4C.57/2001, précité ; TF, 31 juillet 2002, 4C.71/2002, DTA 2003 22 ; TF, 22 octobre 2002, 4C.84/2002, cons. 3.2 ; TF, 16 juin 2005, 4C.84/2005, DTA 2005 246, cons. 7.2 ; TF, 13 septembre 2007, 4A_117/2007, JAR 2008 264, cons. 6.1 ; AG/ZH, 29 avril 1993, JAR 1994 163 ; TC/JU, 5 décembre 1995, JAR 1996 147, SARB 1997 63 ; TC/FR, 13 mars 1996, JAR 1997 149 ; TC/FR, 21 juillet 1997, JAR 1998 160 ; AppG/BS, 24 octobre 2000, BJM 2002 215 ; AppG/BS, 9 août 2001, BJM 203 315 ; ZH, 24 janvier 2005, JU-TRAV 2006 75.

¹³²⁸ TF, 12 février 2002, 4C.57/2001, ATF 128 III 271, JT 2003 I 606, com. Blesi in DTA 2003 14, com. Byrde in JT 2003 I 606, com. Blesi in ArbR 2003 49, com. Rudolph in Der Treuhandexperte 2013 3 168.

¹³²⁹ TF, 30 septembre 2005, 4C.193/2005, ATF 131 III 623, JT 2006 I 127, Pra 2006 131 894, com. Koller in RJB 2006 433, cons. 3.2 ; TF, 27 mars 2015, 4A_434/2014, cons. 4.2.

¹³³⁰ TF, 31 juillet 2002, 4C.71/2002, DTA 2003 22, cons. 3.

¹³³¹ TF, 30 septembre 2005, 4C.193/2005, précité, cons. 3.

¹³³² TF, 12 février 2002, 4C.57/2001, ATF 128 III 271, JT 2003 I 606, com. Blesi in DTA 2003 14, com. Byrde in JT 2003 I 606, com. Blesi in ArbR 2003 49, com. Rudolph in Der Treuhandexperte 2013 3 168, cons. 4.

¹³³³ TF, 27 mars 2015, 4A_434/2014, cons. 4.3.

¹³³⁴ TF, 13 septembre 2007, 4A_117/2007, JAR 2008 264, cons. 6.3.

¹³³⁵ TF, 8 novembre 2016, 4A_391/2016, cons. 6.3.

libération de son obligation de travailler. Imaginer, comme l'a fait le Tribunal fédéral dans un arrêt¹³³⁷ – avant de revenir indirectement sur cette position¹³³⁸ –, que le travailleur doive, de lui-même, se considérer comme étant en vacances durant la libération de l'obligation de travailler, alors même que cette question n'aurait pas été abordée avec l'employeur, relève d'une erreur manifeste sur la nature des vacances, que le travailleur ne peut prendre de manière unilatérale¹³³⁹. La simple libération de l'obligation ne saurait dès lors être interprétée comme l'injonction contractuelle de la part de l'employeur au travailleur de prendre ses vacances¹³⁴⁰.

2) Moment

697 Les parties ne sont pas entièrement libres du choix du moment de la résiliation du rapport de travail. Lorsque certains événements interviennent, la résiliation peut être considérée comme étant donnée en temps inopportun.

698 **Champ d'application temporel.** La protection contre la résiliation en temps inopportun n'existe qu'après la fin du temps d'essai (art. 336c, al. 1 *in initio* CO). Le moment pertinent est celui de la notification de la résiliation¹³⁴¹.

699 **Coordination avec la résiliation abusive et sans justes motifs.** La résiliation en temps inopportun peut se cumuler avec la protection contre le congé abusif ou avec celle contre le congé immédiat sans justes motifs. Ainsi, un licenciement peut être à la fois prononcé en temps inopportun et être abusif ou dépourvu de justes motifs.

700 **Caractère semi-impératif.** La protection légale peut être étendue en faveur du salarié mais ne peut être modifiée en sa défaveur.

701 Certaines réglementations collectives, par exemple le contrat-type fédéral pour les jardiniers privés de 1979, consacrent des protections inférieures aux protections aujourd'hui en vigueur en droit commun (par exemple, uniquement huit semaines de protection avant et après l'accouchement de la travailleuse : article 5, c). Le droit fédéral, désormais plus généreux, doit prévaloir¹³⁴².

702 Il importe de connaître les ***cas de protection*** rendant la résiliation prononcée en temps inopportun (**a**), ainsi que les ***effets*** et les ***sanctions*** liés à une telle protection (**b**).

¹³³⁶ Cf. *supra* n° 691.

¹³³⁷ TF, 12 février 2002, 4C.57/2001, ATF 128 III 271, JT 2003 I 606, com. Blesi *in* DTA 2003 14, com. Byrde *in* JT 2003 I 606, com. Blesi *in* ArbR 2003 49, com. Rudolph *in* Der Treuhandexperte 2013 3 168, cons. 4a/cc.

¹³³⁸ TF, 13 septembre 2007, 4A_117/2007, JAR 2008 264, cons. 6.3.

¹³³⁹ Cf. *infra* sur le régime des vacances.

¹³⁴⁰ Du même avis : TC/VD, 26 septembre 1989, JU-TRAV 1989 23 ; Gabriel Aubert, « Le droit des vacances », *in* *Journée 1990 de droit du travail et de la sécurité sociale*, Genève, Schulthess, 1990, p. 130.

¹³⁴¹ Cf. *supra* n° 683.

¹³⁴² Sur le principe de faveur, applicable dans ce cas, cf. *infra*.

Il faudra ensuite procéder au **calcul de la période de protection**, particulièrement complexe (c).

a. Cas de protection

1° *En faveur du travailleur*

Les périodes qui rendent la résiliation temporellement inopportune en faveur du travailleur sont :

aa. *La maladie et l'accident non fautifs*

Le licenciement est inopportun s'il est prononcé pendant une incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute du travailleur.

703

La protection est limitée de deux manières : premièrement, elle ne dure que ***tant que l'incapacité de travail perdure*** ; en second lieu, même si l'incapacité perdure, la protection est limitée dans le temps, ***en fonction de l'ancienneté*** du rapport de travail¹³⁴³ : la protection dure au maximum ***trente*** jours au cours de la première année de service, ***nonante*** jours de la deuxième à la cinquième année de service et ***cent quatre-vingts*** jours à partir de la sixième année de service (art. 336c, al. 1, b CO).

La protection s'applique, que l'incapacité soit ***totale*** ou ***partielle***¹³⁴⁴. Un travailleur qui produit un certificat d'arrêt de travail, mais qui continue néanmoins à exercer son activité, peut bénéficier de la protection, sauf si l'atteinte à la santé s'avère insignifiante au point de ne pas empêcher le travailleur d'occuper, le cas échéant, un nouveau poste de travail¹³⁴⁵.

704

En effet, la *ratio legis* de cette protection réside non pas dans le fait que le travailleur ne puisse pas chercher un nouvel emploi à cause de son incapacité de travailler, mais dans le fait que son engagement par un nouvel employeur à la fin du délai de congé soit hautement invraisemblable, en raison de l'incertitude quant à la durée et au degré de l'incapacité de travail¹³⁴⁶. En synthèse, c'est l'employeur actuel qui supporte, pendant un temps déterminé, le risque de la non-embauche du travailleur par un nouvel employeur.

Pour la même raison, la protection s'applique ***même si*** le travailleur n'a pas conscience de son état de maladie ou n'en connaît pas l'origine au moment de la notification du

¹³⁴³ TF, 23 octobre 1992, 4C.383/1991, SJ 1993 365, cons. 2.

¹³⁴⁴ TF, 12 mars 1999, 4C.331/1998, cons. 1b ; TF, 25 mars 2002, 4C.312/2001, ATF 128 III 212, SJ 2002 I 581, PJA 2002 1357, Pra 2002 153 824, com. Spörri in PJA 2002 1357, com. Portmann in DTA 2004 238, cons. 2c.

¹³⁴⁵ TF, 12 mars 1999, 4C.331/1998, cons. 2b.

¹³⁴⁶ Message du Conseil fédéral, 9 mai 1984, FF 1984 II 628 ; TF, 25 mars 2002, 4C.312/2001, ATF 128 III 212, SJ 2002 I 581, PJA 2002. 1357, Pra 2002 153 824, com. Spörri in PJA 2002 1357, com. Portmann in DTA 2004 238, cons. 2c.

congé ou de l'écoulement du délai de congé, la protection n'étant pas subordonnée à une connaissance de la situation réelle¹³⁴⁷.

705 Sur le travailleur repose la **charge de la preuve** de son incapacité de travail, dans la mesure où il entend se prévaloir de la protection¹³⁴⁸. En cas de maladie ou d'accident, le travailleur aura le plus souvent recours à un **certificat médical**. Celui-ci se définit comme un document destiné à prouver l'incapacité de travailler d'un patient pour des raisons médicales¹³⁴⁹. Le certificat médical ne constitue toutefois pas un moyen de preuve absolu¹³⁵⁰.

Le devoir de fidélité impose au travailleur d'informer immédiatement l'employeur de son état de santé en cas d'absence¹³⁵¹.

bb. La grossesse et la maternité

706 Le licenciement est inopportun s'il est prononcé pendant la **grossesse** et au cours des **seize semaines** qui suivent l'accouchement (art. 336c, al. 1, c CO).

Au sens de cet alinéa, la grossesse débute au moment de la fécondation de l'ovule (conception de l'enfant) et non au moment de l'implantation de l'ovule fécondé dans l'utérus¹³⁵².

cc. Le service obligatoire

707 Le licenciement est inopportun s'il est prononcé durant l'exécution d'un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, ou un service civil, en vertu de la législation fédérale¹³⁵³, ainsi que pendant les quatre semaines qui précèdent et qui suivent ce service, pour autant qu'il ait duré plus de onze jours (art. 336c, al. 1, a CO).

dd. Le service d'aide à l'étranger

708 Le licenciement est inopportun s'il est prononcé pendant que le travailleur participe, avec l'accord de l'employeur, à un service d'aide à l'étranger ordonné par l'autorité fédérale (art. 336c, al. 1, d CO).

¹³⁴⁷ TF, 25 mars 2002, 4C.312/2001, précité, cons. 2c : les juges précisent : « Qu'un travailleur soit atteint d'une leucémie est évidemment de nature à susciter des inquiétudes et à entraver par conséquent un engagement par un nouvel employeur; il s'agit donc d'une circonstance qui justifie la protection légale, même si les causes de l'état du travailleur ne sont découvertes que plus tard. »

¹³⁴⁸ TF, 12 mars 1999, 4C.331/1998, cons. 1b ; TF, 25 février 2015, 4A_276/2014, 4A_282/2014, cons. 2.3.

¹³⁴⁹ Pour une analyse du certificat médical en droit du travail suisse, cf. Werner Gloor, « Le secret professionnel du médecin de l'employeur », Droitdutravail.ch juin 2017.

¹³⁵⁰ TF, 12 mars 1999, 4C.331/1998, cons. 1b.

¹³⁵¹ TF, 12 mars 1999, 4C.331/1998, cons. 3b.

¹³⁵² TF, 26 janvier 2017, 4A_400/2016, ATF 143 III 21, com. Perrenoud in Droitdutravail.ch mars 2017, cons. 2.3.

¹³⁵³ Pour la base constitutionnelle, cf. art. 59 Cst.

2° *En faveur de l'employeur*

Le travailleur ne peut pas résilier le contrat si un supérieur dont il est en mesure d'assumer les fonctions ou l'employeur lui-même se trouve empêché parce qu'il exécute un service obligatoire, et s'il incombe audit travailleur d'assurer le remplacement (art. 336d, al. 1 CO). Il suffit qu'un autre salarié dans l'entreprise soit en mesure d'assurer le remplacement pour que cette protection tombe¹³⁵⁴.

709

b. Effets et sanctions de la protection

Le congé donné pendant une des périodes de protection est **nul** (art. 336c, al. 2, 1^e phr.). En conséquence, il ne produit aucun effet juridique¹³⁵⁵ ; l'employeur qui persiste dans son intention de mettre fin au contrat doit renouveler sa manifestation de volonté une fois la période de protection achevée¹³⁵⁶.

710

Si le congé a été donné avant l'une des périodes de protection, et si le délai de congé n'a pas expiré avant cette période, ce délai est **suspendu** et ne continue à courir qu'après la fin de la période (art. 336c, al. 2, 2^e phr. CO).

711

Lorsque les rapports de travail doivent cesser à un terme, tel que la fin d'un mois ou d'une semaine de travail, et que ce terme ne coïncide pas avec la fin du délai de congé qui a recommencé à courir, ce délai est prolongé **jusqu'au prochain terme** (art. 336c, al. 3 CO).

712

Les mêmes règles s'appliquent pour les cas de protection en faveur de l'employeur (art. 336d, al. 2 CO).

Rémunération du travailleur durant la prolongation du rapport de travail. La prolongation du rapport de travail ne modifie pas les droits et obligations des parties : le travailleur doit donc fournir à nouveau sa prestation dès qu'il a recouvré sa capacité de travail, et l'employeur reste tenu de payer le salaire¹³⁵⁷. Selon la jurisprudence, s'il n'exécute pas sa prestation de travail sans être empêché par un motif reconnu, le travailleur tombe en demeure (cf. art. 102 et s. CO) et l'employeur peut alors refuser de payer le salaire (cf. art. 82 CO)¹³⁵⁸. Inversement, les règles sur la demeure de l'employeur sont applicables : s'il empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter, l'employeur doit payer le salaire même si le travailleur n'a pas fourni sa prestation (cf. art. 324, al. 1 CO)¹³⁵⁹. La demeure de

713

¹³⁵⁴ Florence Aubry-Girardin, in Commentaire Dunand/Mahon, N 5 ad art. 336d CO.

¹³⁵⁵ TF, 25 mars 2002, 4C.312/2001, ATF 128 III 212, SJ 2002 I 581, PJA 2002. 1357, Pra 2002 824, com. Spörri in PJA 2002 1357, com. Portmann in DTA 2004 238, cons. 3a.

¹³⁵⁶ TF, 15 septembre 1997, 4C.276/1996, cons. 5a ; TF, 25 mars 2002, 4C.312/2001, ATF 128 III 212, SJ 2002 I 581, PJA 2002 1357, Pra 2002 153 824, com. Spörri in PJA 2002 1357, com. Portmann in DTA 2004 238, cons. 3a ; TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.4.

¹³⁵⁷ TF, 23 octobre 2006, 4C.155/2006, cons. 5.2.

¹³⁵⁸ TF, 17 août 1989, ATF 115 V 437, cons. 5a ; TF, 19 janvier 2006, 4C.402/2005, ATF 132 III 406, cons. 2.6.

¹³⁵⁹ TF, 23 octobre 2006, 4C.155/2006, cons. 5.2.

l'employeur suppose en principe que le travailleur ait offert ses services¹³⁶⁰. Le travailleur ayant recouvré sa capacité de travail ne peut toutefois se voir reprocher de n'avoir pas offert ses services lorsque l'employeur l'a libéré de l'obligation de travailler jusqu'au terme du délai de congé¹³⁶¹ ou lorsqu'il n'aurait de toute manière pas accepté la prestation de travail offerte¹³⁶².

714 **Abus de droit.** Comme tout droit accordé à une personne par l'ordre juridique suisse, le droit d'invoquer la nullité du congé ou la suspension de l'écoulement du délai de congé est susceptible d'abus. Un tel abus ne doit toutefois être reconnu que dans des circonstances exceptionnelles. Aussi l'employeur ne peut-il invoquer que dans des circonstances particulières un abus de droit de l'employée qui lui aurait annoncé sa grossesse tardivement et qui ne se serait ainsi prévalu qu'après un certain temps du fait que le congé avait été donné en temps inopportun ; il appartient à l'employeur d'apporter la preuve de l'existence de telles circonstances¹³⁶³.

c. Calcul de la période de protection

Le calcul de la période de protection donne lieu à diverses difficultés.

1° Mécanisme de calcul

aa. Période pertinente pour la protection et période de protection

715 Tout d'abord, il convient de distinguer la **période pertinente pour la protection** contre la résiliation en temps inopportun et la **période de protection** elle-même. En effet, tout l'espace de temps s'écoulant entre la notification du congé et la fin du rapport de travail n'est pas susceptible de donner lieu à l'application des règles contre le congé en temps inopportun.

bb. Détermination de la période pertinente pour la protection

716 La période pertinente se calcule **rétroactivement** à partir de l'échéance prévue du rapport de travail au moment où la résiliation est notifiée¹³⁶⁴, c'est-à-dire indépendamment de tout prolongement potentiellement induit par la suspension de l'écoulement du délai de congé. Autrement dit, le délai de résiliation du rapport de travail se compute rétrospectivement dès le jour auquel il est censé expirer¹³⁶⁵.

¹³⁶⁰ TF, 17 août 1989, ATF 115 V 437, cons. 5a ; TF, 23 octobre 1992, 4C.383/1991, SJ 1993 365, cons. 3c ; TF, 12 février 2002, 4C.331/2001, cons. 4b ; TF, 1^{er} septembre 2005, 4C.230/2005, cons. 3.1 ; TF, 17 novembre 2005, 4C.189/2005, cons. 3.3 ; TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.4.

¹³⁶¹ TF, 9 juin 1992, ATF 118 II 139, cons. 1a ; TF, 20 juillet 1994, 4C.66/1994, SJ 1995 801, cons. 3b.

¹³⁶² TF, 12 février 2002, 4C.331/2001, cons. 4c ; TF, 1^{er} septembre 2005, 4C.230/2005, cons. 4 ; TF, 23 octobre 2006, 4C.155/2006, cons. 5.2.

¹³⁶³ TF, 6 juillet 2015, 4A_145/2015, cons. 4 et 5.

¹³⁶⁴ TF, 17 août 1989, ATF 115 V 437, cons. 3b ; TF, 23 octobre 1992, 4C.383/1991, SJ 1993. 365, cons. 2.

¹³⁶⁵ TF, 29 avril 2008, 4A_47/2008, ATF 134 III 354, cons. 2 et 3 ; TF, 27 avril 2011, 4A_89/2011, DTA 2011 281, JAR 2012 201, cons. 5.

Cette solution est motivée par la *ratio legis* de la protection, qui est de permettre au travailleur de pouvoir trouver un nouvel emploi, ce qui risque d'être compromis s'il est malade dans la phase finale du rapport de travail¹³⁶⁶.

cc. Calcul du nombre de jours de la période pertinente

Une fois la période pertinente déterminée, il convient de compter le nombre de jours qu'elle représente. Ce nombre de jours devra quoi qu'il arrive être octroyé au travailleur, soit que ce dernier soit de nouveau en capacité de travailler, soit qu'il ait atteint la durée maximale de la protection de protection.

717

dd. Effet de la période de protection

Durant la période de protection, le délai de congé ne s'écoule pas. Le nombre de jours de la période pertinente qui ne se sont pas encore écoulés avant le début de la suspension doivent être reportés une fois l'hypothèse ayant donné lieu à la protection achevée¹³⁶⁷ ou, à défaut, au plus tard une fois atteinte la durée maximale de la période de protection.

718

ee. Cas particulier de l'empiètement de la période de protection sur plusieurs années de service

Si une incapacité de travail, qui a commencé durant la première année de service, empiète sur la deuxième année de service, c'est la période de protection prévue dès la deuxième année de service, soit nonante jours, qui est applicable à cette incapacité de travail¹³⁶⁸. Le *dies a quo* marquant le début d'une période de protection est fixé au premier jour de l'incapacité de travail : ainsi, si la période de protection déclenchée par cette incapacité ne s'achève pas avant le début d'une nouvelle année de service, la nouvelle période de protection plus longue prendra fin nonante ou cent quatre-vingts jours à compter du premier jour d'incapacité de travail¹³⁶⁹.

719

Cette solution est donc différente de celle qui prévaut en matière de délai de résiliation¹³⁷⁰. Elle ne s'applique pas si l'extension du délai sur la nouvelle période de protection n'est due qu'au report de l'échéance du contrat au terme de la fin du mois.

720

¹³⁶⁶ TF, 17 août 1989, ATF 115 V 437, cons. 3b ; TF, 23 octobre 1992, 4C.383/1991, SJ 1993 366, cons. 2 ; TF, 11 novembre 1993, ATF 119 II 449, JT 1995 I 27, cons. 2a ; TF, 20 juillet 1994, 4C.66/1994, SJ 1995 801, cons. 3a ; TF, 5 janvier 1995, ATF 121 III 107, JT 1996 I 249, cons. 2a ; TF, 12 février 2002, 4C.331/2001, cons. 3d ; TF, 1^{er} septembre 2005, 4C.230/2005, cons. 1 ; TF, 29 avril 2008, 4A_47/2008, ATF 134 III 354, JT 2010 I 678, SJ 2008 I 333, com. Chanson *in* DTAonline 2008 319, com. Mauerhofer *in* Jusletter 1^{er} septembre 2008, com. Geiser *in* PJA 2009 134, com. Geiser/Häfliger *in* RSDA 105 2009 336, com. Koller/Graber *in* RJB 2010 1093, cons. 2.2. Dans un arrêt isolé, le Tribunal fédéral avait adopté une solution inverse : TF, 14 avril 2005, 4C.423/2004, ATF 131 III 467, JT 2006 I 43, cons. 2.1.

¹³⁶⁷ TF, 27 avril 2011, 4A_89/2011, DTA 2011 281, JAR 2012 201, cons. 5.

¹³⁶⁸ TF, 10 juillet 2007, 4C.89/2007, ATF 133 III 517, SJ 2007 I 505, Pra 2008 26 190, com. Chanson *in* DTAonline 2008. 41, com. Carruzzo *in* SJ 2008 II 317, com. Koller/Mauerhofer *in* RJB 2009 897, cons. 3.3.

¹³⁶⁹ *Ibidem*.

¹³⁷⁰ Cf. *supra* n° 683.

- 721 En revanche, si la première période de protection s'achève durant l'année de service en cours, que le délai de congé suspendu recommence à courir bien que le travailleur soit toujours incapable de travailler et qu'il soit derechef suspendu au début de l'année de service suivante, il y a lieu d'imputer sur la durée de la nouvelle période de protection le nombre de jours durant lesquels le délai de congé a été suspendu en raison de la même incapacité de travail au cours de l'année de service précédente¹³⁷¹.

ff. Échéance du rapport de travail

- 722 Une fois ces jours reportés, l'échéance du rapport de travail pourra intervenir, mais au terme prévu (soit la fin du mois selon le système légal de l'article 336c, alinéa 3 du code des obligations)¹³⁷².

2° Cumul des périodes liées à divers cas de protection

aa. Principe

- 723 Les périodes de protection prévues par la loi se cumulent¹³⁷³. Chaque nouveau cas de protection ouvre droit à une nouvelle période de protection, soit que les cas reposent sur des hypothèses légales différentes (par exemple, une maladie, puis une grossesse), soit que plusieurs cas d'une même hypothèse légale se produisent successivement (par exemple, une maladie, puis une autre maladie)¹³⁷⁴.

On appelle le premier cumul « interlittéral », en ce sens que les éventualités prévues par les différentes lettres de l'article 336c, alinéa 1 font courir chacune une période de protection nouvelle, et le second cumul « intralittéral ».

bb. Empiètement de deux périodes de protection l'une sur l'autre

- 724 Lorsque deux hypothèses de protection se succèdent, la date de début de la seconde éventualité est le point de départ de la seconde période de protection, même si la période de protection provoquée par la première éventualité devait ne pas être encore entièrement écoulee¹³⁷⁵. Autrement dit, la seconde période de protection commence à courir dès que les conditions de sa naissance sont remplies, même si le travailleur bénéficiait encore d'une période de protection précédemment ouverte.

cc. Preuve de l'absence de lien entre deux cas de protection

- 725 Il appartient au travailleur d'apporter la preuve de l'absence de lien entre deux hypothèses protectrices se succédant¹³⁷⁶. Si les juges retiennent un lien entre deux

¹³⁷¹ TF, 10 juillet 2007, 4C.89/2007, précité, cons. 3.3.

¹³⁷² Cf. TF, 27 avril 2011, 4A_89/2011, DTA 2011 281, JAR 2012 201, cons. 5.

¹³⁷³ TF, 3 mars 1998, 4C.303/1997, cons. 2b ; TF, 13 septembre 2007, 4A_127/2007, cons. 5.1.

¹³⁷⁴ TF, 19 avril 1994, ATF 120 II 124, cons. 3c et 3d ; TF, 4 août 2017, 4A_706/2016, cons. 2.1.

¹³⁷⁵ TF, 19 avril 1994, ATF 120 II 124, cons. 3b et 3e.

¹³⁷⁶ TF, 13 septembre 2007, 4A_127/2007, cons. 5.3.

maladies successives du travailleur tel qu'ils considèrent qu'il ne s'agit que d'une seule maladie, un seul délai de protection court¹³⁷⁷.

La parole de l'expert est déterminante pour savoir si un nouvel empêchement constitue une nouvelle maladie ou une simple rechute de la maladie existante¹³⁷⁸. Ainsi, dans une affaire où se posait la question de savoir si deux périodes d'incapacité étaient liées entre elles ou indépendantes, les juges cantonaux ont versé dans l'arbitraire en omettant de prendre en compte les propos du médecin généraliste dont la crédibilité n'était objectivement pas discutable ni discutée¹³⁷⁹.

Preuve de la volonté de licencier avant ou pendant une période de protection. Une problématique particulière existe du fait que la période de protection rend nulle toute signification d'un licenciement. En raison de ce mécanisme, certains employeurs pourraient être tentés de rester passifs, et d'attendre la fin de la maladie d'un travailleur pour le licencier à ce moment-là, refusant alors de prendre en considération toute incapacité ultérieure relevant du même cas de protection. Le travailleur aurait ainsi en quelque sorte « perdu » son droit légal à la protection contre le licenciement en temps inopportun, sans même avoir pu envisager que l'employeur avait ne serait-ce que l'intention de le licencier. Pire, les travailleurs souffrant d'affections de longue durée seraient les plus radicalement pénalisés, dès lors qu'ils pourraient ne jamais bénéficier de la protection contre le congé en temps inopportun, si l'on se mettait à comptabiliser toutes leurs incapacités de travail historiques en remontant indéfiniment dans le temps, y compris à des moments où la question d'un éventuel licenciement n'était pas pertinente.

La *ratio legis* de la protection serait manifestement violée. Le droit de la fonction publique refuse d'ailleurs expressément – et à juste titre – cette possibilité en reconnaissant la nécessité pour l'employeur de communiquer la volonté de résilier avant le début de la période de protection pour y faire en partie échec (cf. art. 10 OPers).

Pour éviter le risque d'une violation de la loi, on doit logiquement considérer que l'employeur ne peut se prévaloir d'un lien entre deux cas de protection au point que ces deux cas n'en formeraient qu'un seul – et revendiquer l'épuisement éventuel de la période de protection liée à ce cas – que s'il a clairement manifesté son intention de licencier le travailleur avant la première incapacité de travail ou durant celle-ci. L'employeur supporte alors la charge de la preuve qu'il a manifesté sa volonté de licencier le travailleur durant une période de protection.

¹³⁷⁷ Cf. TF, 21 septembre 2016, 8C_826/2015, cons. 3.3.2.2 (la fonctionnaire licenciée avait échoué à démontrer l'arbitraire des constatations des premiers juges, selon lesquelles sa seconde incapacité de travail était due à la même cause médicale que sa première incapacité).

¹³⁷⁸ Pour un exemple, cf. TF, 31 août 2007, 4A_153/2007.

¹³⁷⁹ TF, 4 août 2017, 4A_706/2016, com. Donatiello in Droitdu travail.ch novembre 2017, cons. 3 et 4.

C. Motif du congé

727 Schématiquement, un licenciement peut intervenir pour deux raisons : le poste est **supprimé** (ou restructuré, réparti sur d'autres postes, etc.) ; le poste est **maintenu** (dans l'essentiel de son contenu) mais son titulaire est changé. Dans le premier cas, il s'agit d'un motif lié à l'organisation économique de l'entreprise ; dans le second cas, il s'agit d'un motif personnel lié à l'appréciation portée par l'employeur sur le titulaire du poste. Le licenciement peut donc être décidé pour un motif principalement **étranger** à la personne même du travailleur ou pour un motif principalement **inhérent** à la personne du travailleur.

Dès lors, l'analyse juridique du motif de la rupture commande que soient connues les **circonstances** et la **motivation du congé** (1).

Peut ensuite être déterminé le **caractère abusif** ou non de la résiliation (2).

Si un abus est intervenu, des **sanctions** sont possibles (3), sous réserve que soient respectées les conditions de **mise en œuvre** de la protection contre la résiliation abusive (4).

728 **De lege referenda.** Le Conseil fédéral a pour l'instant suspendu ses travaux portant sur le projet d'une amélioration générale de la protection contre les licenciements ; il a tout de même donné mandat au Département fédéral de justice et police et au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche de rédiger une étude approfondie sur les conditions et les aspects déterminants de la protection des représentants des travailleurs¹³⁸⁰.

1) Circonstances et motivation du congé

a. Entretien préalable

729 Aucun entretien ni aucune consultation préalable au congé ne sont imposés par le code des obligations¹³⁸¹. Une procédure préalable au licenciement peut toutefois être prévue contractuellement ou conventionnellement.

730 Le licenciement opéré sans entretien préalable peut, dans certaines circonstances, représenter une **atteinte à la personnalité**. En effet, le congé peut être rendu abusif non seulement par le motif qui y préside, mais également par la façon dont il est donné¹³⁸². En particulier, pour les employés âgés, des égards accrus dans la manière de licencier sont exigés de l'employeur, lequel doit immédiatement informer le travailleur de son intention de résilier et lui donner l'occasion d'être entendu¹³⁸³.

¹³⁸⁰ Communiqué du Conseil fédéral, 21 novembre 2012, disponible sur < admin.ch >.

¹³⁸¹ TF, 5 août 2004, 4C.174/2004, JAR 2005 247, DTA 2004 244, cons. 2.4.

¹³⁸² Cf. *infra* n° 801.

¹³⁸³ TF, 12 novembre 2014, 4A_384/2014.

b. Obligation de motiver le congé

La partie qui donne le congé doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande (art. 335, al. 2 CO). Étonnamment, cette disposition n'est pas revêtue d'une sanction légale. On pourrait parfaitement imaginer que le refus de l'employeur de motiver le congé rende ce dernier abusif par principe. En l'état actuel de la jurisprudence, le refus de l'employeur de produire une motivation au licenciement doit être interprété contre lui¹³⁸⁴.

731

c. Portée de la motivation du congé

Ni la lettre de licenciement, ni la motivation du licenciement donnée par l'employeur sur demande du travailleur ne fixent les limites du litige éventuel portant sur le caractère abusif du licenciement. Ainsi, il n'existe pas de présomption légale selon laquelle le congé serait abusif du seul fait que la motivation serait inexistante, fausse ou incomplète¹³⁸⁵. Des sanctions telles que la nullité de la résiliation ou la présomption d'abus ne sont pas reconnues en droit suisse¹³⁸⁶.

732

L'employeur peut même changer d'argumentation en cours de procédure. La seule sanction – si le licenciement n'est pas abusif – serait la mise des dépens à la charge de l'employeur en raison de la complication du procès ainsi intervenue.

Cette solution jurisprudentielle est étonnante. En effet, quel est le sens de l'obligation légale de motiver le licenciement sur demande du travailleur si cette motivation peut être modifiée en tout temps ? Comment le travailleur, notamment le travailleur de bonne foi, peut-il juger de l'opportunité d'une action judiciaire s'il ne connaît pas, jusqu'au moment où les règles de procédure permettent encore d'ajouter des faits et des arguments, la véritable motivation de son licenciement ? Est-il admissible que ce soient les règles générales de procédure et non la règle de fond pertinente qui fixent le moment où l'employeur est censé donner sa motivation ?¹³⁸⁷

733

2) Caractère abusif du congé

En droit suisse du travail, la liberté de résiliation est qualifiée par la jurisprudence de « droit fondamental » : en principe, il n'est pas exigé qu'un congé repose sur un motif particulier¹³⁸⁸. Aussi le caractère abusif du motif n'affecte-t-il pas la validité du

734

¹³⁸⁴ TF, 19 janvier 1995, ATF 121 III 60, JT 1996 I 47, cons. 3b et 3c ; TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.1.1.

¹³⁸⁵ TF, 19 janvier 1995, ATF 121 III 60, JT 1996 I 47.

¹³⁸⁶ CAPH/GE, 14 mars 2007, CAPH/46/2007, JAR 2008 386, cons. 4.1.

¹³⁸⁷ Pour davantage de détails, cf. Aurélien Witzig, « L'ajout de motifs en cas de licenciement immédiat », Droitdutravail.ch septembre 2016.

¹³⁸⁸ TF, 6 juillet 2005, 4C. 110/2005, ATF 131 III 535, cons. 4.1 ; TF, 20 décembre 2005, 4C.215/2005, ATF 132 III 115, JT 2006 I 152, cons. 2.1 ; TF, 7 octobre 2010, 4A_408/2010, ATF 136 III 513, JT 2011 II 215, SJ 2011 I 24, Pra 2011 40 287, com. Rudolph in Jusletter 20 juin 2011, cons. 2.3 ; TF, 28 janvier 2016, 4A_539/2015, cons. 3.1 ; TF, 25 août 2016, 4A_130/2016, cons. 2.1 ; TF, 1^{er} décembre 2016, 4A_159/2016, cons. 3.1 ; TF, 19 janvier 2017, 4A_217/2016, cons. 4.1.

licenciement elle-même¹³⁸⁹ : en principe, seule une indemnisation est envisageable.

Le droit fondamental de chaque cocontractant de mettre fin au contrat unilatéralement est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif¹³⁹⁰.

Ainsi, l'article 336 du code des obligations énumère des cas dans lesquels la résiliation est abusive. Selon la jurisprudence, cet article concrétise l'interdiction générale de l'abus de droit, qu'il assortit de conséquences juridiques adaptées au contrat de travail¹³⁹¹.

La liste des cas d'abus exposés par cet article est exemplative et non exhaustive : la jurisprudence admet qu'un congé puisse se révéler abusif dans d'autres situations, qui apparaîtraient comparables, par leur gravité, aux hypothèses expressément envisagées par la loi¹³⁹².

735

Droit de la fonction publique. Si, en droit privé du travail, la résiliation du rapport de travail n'a pas besoin de reposer sur un motif admissible, une règle différente prévaut en matière de droit de la fonction publique. Par exemple, pour le personnel de la Confédération, l'employeur ne peut résilier un rapport de travail de durée indéterminée qu'en cas de « motifs objectivement suffisants », notamment en cas de violations d'obligations légales ou contractuelles importantes, de manquements, d'impératifs économiques, etc. (art. 10, al. 3 LPers).

Aussi une résiliation est-elle justifiée en droit de la fonction publique lorsqu'il est objectivement établi que la continuation des rapports de travail avec l'employé contredit la bonne marche de l'établissement – ce qui peut résulter de prestations insuffisantes, d'une attitude générale du travailleur inadéquate, notamment au niveau de son langage ou de son comportement, surtout si ces problèmes persistent au fil du temps malgré des demandes d'amélioration – en tout cas lorsque la poursuite des rapports de travail n'est plus objectivement compatible avec le bon fonctionnement de l'entreprise¹³⁹³ ou encore lorsqu'existent des motifs d'ordre opérationnel¹³⁹⁴.

¹³⁸⁹ TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.3.

¹³⁹⁰ TF, 19 décembre 2000, ATF 127 III 86, cons. 2a ; TF, 6 juillet 2005, 4C. 110/2005, ATF 131 III 535, cons. 4.1 ; TF, 20 décembre 2005, 4C.215/2005, ATF 132 III 115, JT 2006 I 152, cons. 2.1 ; TF, 7 octobre 2010, 4A_408/2010, précité, cons. 2.3 ; TF, 25 août 2016, 4A_130/2016, cons. 2.1 ; TF, 1^{er} décembre 2016, 4A_159/2016, cons. 3.1 ; TF, 19 janvier 2017, 4A_217/2016, cons. 4.1 ; TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016 et 4A_491/2016, cons. 2.1.

¹³⁹¹ TF, 6 juillet 2005, 4C. 110/2005, ATF 131 III 535, cons. 4.2 ; TF, 20 décembre 2005, 4C.215/2005, ATF 132 III 115, JT 2006 I 152, cons. 2.1.

¹³⁹² *Ibidem* ; TF, 7 octobre 2010, 4A_408/2010, ATF 136 III 513, JT 2011 II 215, SJ 2011 I 24, Pra 2011 40 287, com. Rudolph in Jusletter 20 juin 2011, cons. 2.3 ; TF, 28 janvier 2016, 4A_539/2015, cons. 3.1 ; TF, 15 février 2016, 4A_485/2015, cons. 3.1 ; TF, 17 mars 2016, 8C_243/2015, cons. 5 (en l'espèce, même si un employeur n'a pas respecté à tous égards la procédure réglementaire communale en matière de licenciement, le congé ne peut pas être qualifié d'abusif) ; TF, 1^{er} décembre 2016, 4A_159/2016, cons. 3.1 ; TF, 5 décembre 2016, 4A_439/2016, cons. 3.1 ; TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016 et 4A_491/2016, cons. 2.2.

¹³⁹³ TF, 16 octobre 2015, 8C_702/2014, cons. 6.3.

¹³⁹⁴ TF, 6 avril 2016, 8C_915/2015.

Dans certains arrêts récents en droit privé du travail¹³⁹⁵, le Tribunal fédéral conduit son raisonnement en examinant si le congé répond ou non à un intérêt digne de protection. Ce faisant, il semble rejoindre la logique qui prévaut en droit de la fonction publique et presque renverser la perspective issue du principe selon lequel le licenciement est par principe non abusif. L'aboutissement de cette évolution de la jurisprudence sera peut-être prochainement qu'un congé est abusif s'il ne répond à aucun intérêt digne de protection.

Temps d'essai. Pendant le temps d'essai, les règles sur le congé abusif s'appliquent, mais de manière atténuée¹³⁹⁶.

736

Quels sont les *cas d'abus* (a) ? Comment les *identifie-t-on* (b) ?

a. Cas d'abus

Le congé est abusif lorsqu'il est contraire à certains objectifs à visée constitutionnelle (1°), à certaines protections issues du droit collectif (2°) ou à des garanties contractuelles (3°).

737

Le *cas des lanceurs d'alerte* sera traité à part (4°).

Pour les parties qui auraient soumis **contractuellement** le droit de licencier à l'existence d'un **motif justifié**, on se référera utilement aux développements concernant les clauses de non-concurrence, dès lors que l'existence d'un motif justifié est une condition d'application de la clause de non-concurrence¹³⁹⁷.

738

La détermination de la protection contre les congés abusifs peut aussi figurer dans des conditions générales de travail s'il résulte de l'interprétation du contrat¹³⁹⁸ que les parties n'ont pas conclu un accord individuel qui l'emporterait sur celles-ci¹³⁹⁹.

1° La contrariété à certains objectifs à visée constitutionnelle

Un congé est contraire à des garanties constitutionnelles lorsqu'il est motivé par une caractéristique **inhérente à la personnalité** de l'autre partie (aa), en raison de l'**exercice d'un droit constitutionnel** par l'autre partie (bb) ou lorsque l'autre partie **accomplit un service ou une obligation légale** (cc).

739

¹³⁹⁵ Par exemple : TF, 5 décembre 2016, 4A_439/2016.

¹³⁹⁶ TF, 28 novembre 2007, 4A_385/2007, ATF 134 III 108, SJ 2008 I 298, com. Chanson *in* DTAonline 2008 218, com. Koller/Graber *in* RJB 2010 1087, com. Humbert *in* PJA 2011 1479 : alors qu'un salarié avait été engagé pour travailler à 80 %, l'employeur exige qu'il travaille à 100 % ; les juges considèrent que le licenciement, même prononcé pendant le temps d'essai, est abusif.

¹³⁹⁷ Cf. *infra* sur le régime des clauses de non-concurrence.

¹³⁹⁸ Cf. *supra* n° 419 et s.

¹³⁹⁹ TF, 21 janvier 2016, 4A_567/2015, DTA 2016 29, com. Geiser *in* PJA 2016 1379.

aa. Congé donné pour une caractéristique inhérente à la personnalité

740 Le congé est abusif lorsqu'il est motivé par une caractéristique¹⁴⁰⁰ inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (art. 336, al. 1, a CO). La loi prévoit donc concomitamment des **motifs prohibés** et des **motifs justificatifs**.

aaa. Les motifs prohibés

741 Qu'entend-on par « raison (ou plutôt caractéristique) inhérente à la personnalité » ? Ce qui est visé ici, c'est une protection contre un certain nombre de discriminations. Aux termes de l'article 8 de la Constitution fédérale, « nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son **origine**, de sa **race**, de son **sexe**, de son **âge**, de sa **langue**, de sa **situation sociale**, de son **mode de vie**, de ses **convictions religieuses, philosophiques ou politiques** ni du fait d'une **déficiences corporelle, mentale ou psychique** » (nous soulignons). On doit donc considérer logiquement que, au minimum, tous les éléments reçus par la Constitution forment des « raisons inhérentes à la personnalité » lorsqu'une résiliation est prononcée sur leur fondement. La jurisprudence et la doctrine y ajoutent la **nationalité**, l'« **homosexualité** »¹⁴⁰¹, les **antécédents judiciaires**¹⁴⁰², le **statut familial**¹⁴⁰³, ou encore la **maladie**, la **séropositivité** ainsi que la **religion**¹⁴⁰⁴.

742 **Maladie et état consécutif à un accident.** La maladie ou l'état consécutif à un accident sont des caractéristiques inhérentes à la personnalité au sens de cette disposition. Le licenciement opéré en raison de la maladie du travailleur est donc abusif, sauf si la maladie porte atteinte à la capacité de travail du travailleur¹⁴⁰⁵. Autrement dit, la résiliation du rapport de travail en raison d'une incapacité perdurant au-delà du délai de protection de l'article 336c n'est pas abusive si elle l'incapacité empêche le travailleur de travailler dans l'entreprise¹⁴⁰⁶.

¹⁴⁰⁰ Les versions française et italienne de la loi parlent de « raison » inhérente à la personnalité, ce qui est peut-être le fait d'une métonymie, mais n'a guère de sens en français. La version allemande utilise correctement le terme « *Eigenschaft* ».

¹⁴⁰¹ Il semble qu'au XXI^e siècle, ce soit plutôt que le concept d'« orientation sexuelle » ou mieux de « préférences sexuelles », davantage que celui d'« homosexualité », qui doive être utilisé.

¹⁴⁰² Cf. *infra* n° 746.

¹⁴⁰³ OG/BE, 22 octobre 2009, JAR 2010 442, cons. 6 ; CAPH/GE, 9 août 2010, CAPH/137/2010, JAR 2011 475, cons. 2.2.5. À ce sujet, cf. Kurt Pärli, « Eltern im Arbeitsverhältnis », FamPra.ch 2016 933.

¹⁴⁰⁴ TF, 7 septembre 2004, 4C.116/2004, ATF 130 III 699, JT 2006 I 193, SJ 2005 I 152, cons. 4.1.

¹⁴⁰⁵ TF, 5 août 2004, 4C.174/2004, JAR 2005 247, DTA 2004 244, cons. 2.2.2.

¹⁴⁰⁶ TF, 22 avril 1997, ATF 123 III 246, cons. 5 ; TF, 5 août 2004, 4C.174/2004, JAR 2005 247, DTA 2004 244, cons. 2.2.2.

Toutefois, si la maladie ou l'accident trouvent leur cause dans une violation de ses obligations par l'employeur, le licenciement prononcé sur ce fondement est abusif¹⁴⁰⁷.

A contrario, la résiliation du contrat de travail en raison d'une maladie qui n'empêche nullement le salarié d'exécuter sa prestation de travail est abusive. Par exemple, le licenciement en raison d'une maladie « latente », telle que la séropositivité, est abusive si cette maladie n'exerce pas de contrainte particulière sur le rapport de travail¹⁴⁰⁸.

Âge. L'âge est une caractéristique inhérente à la personnalité au sens de cette disposition.

743

Concernant le licenciement des travailleurs âgés, la jurisprudence a évolué au gré des espèces qui étaient soumises à la sagacité des juges.

Dans une première affaire retentissante, il avait été jugé que viole son devoir d'assistance et agit de manière abusive l'employeur qui congédie un travailleur quelques mois avant que celui-ci ne prenne sa retraite, après quarante-quatre années de bons et loyaux services, alors que le fonctionnement de l'entreprise ne commandait nullement une telle mesure et que l'employeur n'avait pas cherché une solution qui fût socialement plus supportable pour l'intéressé¹⁴⁰⁹.

744

Par la suite, le Tribunal fédéral a précisé que, dans l'affaire susmentionnée, l'âge du travailleur ne constituait pas à lui seul un motif de congé abusif, mais était pris en compte en rapport avec d'autres facteurs. Ainsi, cette situation n'était pas comparable avec une fin des rapports de travail qui coïnciderait avec la mise à la retraite d'une travailleuse qui aurait atteint l'âge déterminant lui permettant de percevoir une retraite pleine¹⁴¹⁰.

Semblant continuer à faire machine arrière, le Tribunal fédéral a ensuite jugé que, pour décider du caractère abusif ou non d'une résiliation, il fallait tenir compte de toutes les circonstances du cas particulier et non s'en tenir au seul âge du collaborateur¹⁴¹¹, et que le licenciement d'un travailleur à huit ans de l'âge de la retraite, prononcé pour des motifs économiques, ne saurait être qualifié d'abusif¹⁴¹². Le Tribunal fédéral a même ajouté que, lorsque le travailleur n'est plus en mesure d'exécuter à satisfaction les tâches qui lui sont confiées (en l'occurrence parce qu'il souffre d'un problème

¹⁴⁰⁷ TF, 22 avril 1997, ATF 123 III 246 ; TF, 20 mars 2006, 4C.320/2005, JAR 2007 219, cons. 3.2 ; TF, 11 octobre 2011, 4A_329/2011, cons. 5 ; TF, 4 décembre 2015, 4A_437/2015, JAR 2016 394, cons. 2.2.2 ; TPH/GE, 21 novembre 1991, JAR 1992 166, cons. 4c.

¹⁴⁰⁸ La résiliation pourrait être admissible dans le cas de professions pour lesquelles un risque objectif existe, comme les professions médicales ou hospitalières (cf. Wyler/Heinzer, p. 630).

¹⁴⁰⁹ TF, 20 décembre 2005, 4C.215/2005, ATF 132 III 115, JT 2006 I 152.

¹⁴¹⁰ TF, 30 janvier 2007, 4C.388/2006.

¹⁴¹¹ TF, 29 janvier 2008, 4A_419/2007.

¹⁴¹² TF, 2 avril 2008, 4A_72/2008.

d'alcool), son licenciement n'est pas abusif même à l'âge de soixante-trois ans et après vingt-cinq ans d'ancienneté¹⁴¹³.

Les juges ont ensuite affiné leur jurisprudence et, dans une union remarquable des conceptions contractuelle et communautaire de la relation de travail¹⁴¹⁴, ils ont posé la règle selon laquelle il est dans le cours ordinaire de la vie qu'un travailleur se trouvant à une année de la retraite soit moins motivé qu'un jeune ; cela ne dispense pas l'employeur d'avoir des égards envers une personne qui est depuis longtemps à son service, tant que celle-ci accomplit ses tâches d'une manière objectivement satisfaisante¹⁴¹⁵. Ce principe étant acquis, les juges ont pu, tout en rappelant qu'il n'existe pas de protection absolue contre le licenciement, imposer des garanties aux travailleurs âgés ayant une grande ancienneté, lesquels ont, selon le Tribunal fédéral, le droit d'être informés à temps du licenciement projeté et d'être entendus ; l'employeur est ainsi obligé de rechercher des solutions pour maintenir le rapport de travail¹⁴¹⁶.

745 Autrement dit, pour les employés âgés ayant une grande ancienneté, des égards accrus dans la manière de licencier sont exigés de l'employeur, lequel doit non seulement immédiatement informer le travailleur de son intention de résilier et lui donner l'occasion d'être entendu, mais aussi chercher des solutions pour permettre la poursuite des rapports de travail¹⁴¹⁷.

746 **Antécédents judiciaires.** Les antécédents judiciaires sont une caractéristique inhérente à la personnalité. Par « antécédents judiciaires », il faut comprendre non seulement l'existence d'une peine antérieure, mais aussi une inculpation ou l'ouverture d'une enquête pénale. Sont également inclus les soupçons de commission d'une infraction pénale¹⁴¹⁸.

747 **Traits de caractère.** Le licenciement n'est en principe pas abusif lorsque le travailleur présente des traits de caractère, tels qu'une « trop forte personnalité », des troubles problématiques de la mémoire, une incapacité de décision viscérale, qui nuisent au travail en commun¹⁴¹⁹, à condition que l'employeur ait pris toutes les mesures qu'on pouvait attendre de lui pour résoudre les problèmes en découlant¹⁴²⁰.

748 **Sexe.** Le licenciement à raison du sexe fait l'objet d'une protection renforcée. Aussi un congé est-il discriminatoire s'il est donné à raison du sexe, soit directement, soit

¹⁴¹³ TF, 3 avril 2009, 4A_60/2009.

¹⁴¹⁴ Cf. *supra* introduction historique.

¹⁴¹⁵ TF, 18 février 2013, 4A_558/2012.

¹⁴¹⁶ TF, 12 novembre 2014, 4A_384/2014.

¹⁴¹⁷ *Ibidem*.

¹⁴¹⁸ Jean-Philippe Dunand, in Commentaire Dunand/Mahon, N 28 *ad art.* 336 CO.

¹⁴¹⁹ TF, 6 octobre 2010, 4A_309/2010, cons. 2.4 à 2.6. Cf. également : TF, 1^{er} juillet 2010, 8C_826/2009, cons. 4.4 ; Jean-Philippe Dunand, in Commentaire Dunand/Mahon, N 33 *ad art.* 336 CO.

¹⁴²⁰ TF, 13 octobre 1998, ATF 125 III 70, cons. 2a ; cf. également : Duc/Subilia, N 20 *ad art.* 336 CO. Cf. *infra* n° 789 et s.

indirectement, notamment en se fondant sur l'état civil ou la situation familiale du travailleur ou de la travailleuse ou, s'agissant des femmes, sur leur grossesse (art. 3, al. 1 et 2 LEg).

bbb. Les motifs justificatifs

La loi prévoit deux motifs justificatifs lorsque le licenciement repose sur une caractéristique inhérente à la personnalité : « à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise ».

749

La formulation – extrêmement large – de la première branche de l'alternative (« à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ») est maladroite. L'idée est en réalité que la caractéristique inhérente à la personnalité empêcherait le travailleur d'exécuter le contrat de travail¹⁴²¹. Il faut donc que l'exécution du travail soit rendue impossible ou illégale pour que le congé ne soit pas abusif.

750

Quant à la seconde branche de l'alternative, soit le « préjudice grave au travail dans l'entreprise », il doit être apprécié de manière prioritairement **objective**. À défaut, il en résulterait que l'objectif d'interdiction des discriminations – et surtout celui de diminution de la prolifération des préjugés au sein de la société qui sous-tend toute norme juridique visant à combattre les discriminations – serait foulé au pied. En effet, ce serait le moyen pour tout employeur de justifier les attaques discriminatoires envers un travailleur dès lors que d'autres travailleurs argueraient de ce que, subjectivement, ils ne supportent pas de travailler avec un étranger, un malade, un homosexuel ou une personne de tel ou tel âge... Le « préjudice grave » au sens de cette disposition pourra être reconnu si le travailleur en question viole ses propres obligations, par exemple s'il maltraite ou harcèle d'autres travailleurs¹⁴²².

751

Le Message du Conseil fédéral¹⁴²³, tout comme la jurisprudence¹⁴²⁴, estiment que le congé n'est pas non plus abusif au sens de cette norme si le motif justifiant le congé trouve sa source dans la violation de son devoir de fidélité par le travailleur. Ainsi, s'il est établi qu'une situation conflictuelle sur le lieu du travail, due au caractère difficile d'un employé, nuit notablement au travail en commun dans l'entreprise, le congé donné à ce travailleur n'est pas abusif, à condition toutefois que l'employeur ait pris toutes les mesures que l'on pouvait attendre de lui pour désamorcer le conflit¹⁴²⁵.

752

En application de ces principes, le Tribunal fédéral a pu nier le caractère abusif du licenciement d'une vendeuse intervenu à la suite de litiges avec des collègues, dès lors

753

¹⁴²¹ Cf. Message du Conseil fédéral, 9 mai 1984, FF 1984 II 623.

¹⁴²² Duc/Subilia, N 18 *ad* art. 336 CO.

¹⁴²³ Message du Conseil fédéral, 9 mai 1984, FF 1984 II 623.

¹⁴²⁴ TF, 19 décembre 2000, ATF 127 III 86, cons. 2c ; TF, 27 juillet 2015, 4A_138/2015, DTA 2015 203, cons. 3.1.

¹⁴²⁵ TF, 13 octobre 1998, ATF 125 III 70, cons. 2c ; TF, 20 décembre 2005, 4C.215/2005, ATF 132 III 115, JT 2006 I 152, cons. 2.2 ; TF, 22 juin 2010, 4A_158/2010, cons. 3.2 ; TF, 25 août 2016, 4A_130/2016, cons. 2.1.

que l'employée licenciée avait déjà connu des tensions avec des collègues et qu'elle était responsable de la mauvaise ambiance sur le lieu de travail¹⁴²⁶.

754 Dans une espèce où l'employeur avait réagi avec sérieux aux griefs d'une travailleuse, en mandant un avocat extérieur pour enquêter en compagnie du chef des ressources humaines, et que, sur le vu des conclusions du rapport qui niait le *mobbing* invoqué par la travailleuse tout en retenant que c'était plutôt la travailleuse qui avait adopté un comportement grossier et agressif envers les collaborateurs qui se trouvaient sous sa responsabilité, le licenciement n'était pas abusif ; il fallait même se demander si le licenciement ne s'imposait pas afin de protéger la personnalité des subordonnés de la travailleuse¹⁴²⁷.

bb. Congé donné en raison de l'exercice d'un droit constitutionnel

755 Le congé est abusif lorsqu'il est donné en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel, à moins que l'exercice de ce droit ne viole une obligation résultant du contrat de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (art. 336, al. 1, b CO).

756 Comme pour le congé donné pour une caractéristique inhérente à la personnalité, la loi prévoit des **motifs prohibés** et des **motifs justificatifs**, alternatifs et non cumulatifs¹⁴²⁸.

aaa. Les motifs prohibés

757 Ce qui est protégé ici, c'est l'exercice de l'ensemble des droits constitutionnels et des libertés fondamentales¹⁴²⁹. Appartiennent aux « droits constitutionnels » tous les droits fondamentaux garantis par les constitutions cantonales, la constitution fédérale et la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales¹⁴³⁰.

758 Eu égard aux spécificités du rapport de travail – et de l'exigence logique selon laquelle les droits et libertés fondamentales doivent pouvoir être opposés non pas simplement à l'État, mais aussi à l'employeur¹⁴³¹ –, on peut considérer que cet ensemble comprend en tout cas : la **liberté personnelle** (cf. art. 10 Cst.), la protection de la **sphère privée** (cf. art. 13 Cst.), le droit au **mariage** et à la **famille** (cf. art. 14 Cst.), la liberté de **conscience** et de **croyance** (cf. art. 15 Cst.), les libertés d'**opinion** et d'**information** (cf. art. 16 Cst.), la liberté de **réunion** (cf. art. 22 Cst.), la liberté d'**association** (cf. art. 23 Cst.), la liberté d'**établissement** (cf. art. 24 Cst.), la garantie de la **propriété** (cf. art. 26 Cst.), la **liberté économique** (cf. art. 27 Cst.), la liberté **syndicale** (cf. art. 28 Cst.)¹⁴³², y

¹⁴²⁶ TF, 22 juin 2010, 4A_158/2010, cons. 3.3.

¹⁴²⁷ TF, 25 août 2016, 4A_130/2016, cons. 2.2.

¹⁴²⁸ TF, 23 novembre 2001, 4C.91/2000, DTA 2002 23, Assistalex 2001 n° 9075, cons. 3a.

¹⁴²⁹ Cf. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 5 *ad* art. 336 CO.

¹⁴³⁰ TF, 22 avril 2002, 4C.72/2002, DTA 2002 148, cons. 2a.

¹⁴³¹ Cette disposition fait produire un certain effet horizontal aux droits fondamentaux : Jean-Philippe Dunand, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 34 *ad* art. 336 CO.

¹⁴³² À ce sujet, voir également *infra* la garantie des protections spécifiques issues du droit collectif.

compris le **droit de grève**¹⁴³³, le **droit de pétition** (cf. art. 33 Cst.) et les **droits politiques** (cf. art. 34 Cst.).

Dans un arrêt qui commence à dater, le Tribunal fédéral avait jugé – contrairement à la cour cantonale – que le licenciement d'une travailleuse, décidé parce qu'elle entretenait une relation affective avec une personne travaillant pour une entreprise concurrente et qu'il en résultait un risque pour la confidentialité des informations accessibles à l'employée, ne tombait pas sous la protection d'un droit constitutionnel particulier, car le fait d'« entretenir une relation affective avec une personne déterminée est certes protégé par l'article 8 CEDH mais ne constitue pas l'exercice d'un droit constitutionnel au sens où l'entend l'article 336, alinéa 1, b du code des obligations »¹⁴³⁴. Une telle exclusion de la protection de la liberté personnelle et de la sphère privée du travailleur, ainsi que – potentiellement – du droit au mariage et à la famille, semble de moins en moins compatible avec l'évolution de la société.

759

D'ailleurs, dans une espèce plus récente, le Tribunal fédéral a jugé que la liberté personnelle incluait le droit d'organiser librement son temps libre¹⁴³⁵.

bbb. Les motifs justificatifs

Les deux motifs justificatifs sont que l'exercice du droit constitutionnel viole une obligation résultant du contrat de travail ou porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise.

760

Exercice du droit constitutionnel constituant la violation d'une obligation résultant du contrat de travail. Sous ce motif justificatif entrent principalement en considération l'obligation d'exécuter la prestation de travail et le respect du devoir de fidélité du travailleur.

761

Obligation d'exécuter la prestation de travail. Toute violation de cette obligation, même minime (comme, par exemple, une absence d'une courte durée), ne devrait pas être de nature à supprimer le caractère abusif du congé donné en raison de l'exercice d'un droit constitutionnel. Selon la jurisprudence, il faut se demander « si, dans un cas normal, la violation aurait été tolérée, et si l'employeur n'a réagi par un congé que parce que la violation en question était liée à l'exercice d'un droit constitutionnel »¹⁴³⁶. Le critère est dès lors celui de savoir si la motivation du congé est liée à l'exercice du droit constitutionnel ou si elle provient exclusivement – ou de manière clairement prépondérante – de la violation contractuelle.

762

¹⁴³³ Y voyant toutefois un cas de résiliation abusive *sui generis* : TF, 28 juin 1999, ATF 125 III 277, cons. 3c. Lorsque l'on se penche sur l'argumentation du Tribunal fédéral, on ne comprend pas vraiment la pudeur consistant à ne pas vouloir ranger l'exercice licite du droit de grève directement sous la protection de l'article 336, alinéa 1, b : « Lorsque l'employeur résilie le contrat en respectant le préavis et que le travailleur peut démontrer que, selon toute vraisemblance, c'est la grève licite qui a entraîné le licenciement, ce congé est abusif au sens de l'article 336 du code des obligations, car il vise à rendre impossible l'exercice du droit de grève garanti par l'État. »

¹⁴³⁴ TF, 22 avril 2002, 4C.72/2002, DTA 2002 148, cons. 2b.

¹⁴³⁵ TF, 15 novembre 2011, 4A_408/2011, JAR 2012 354, DTA 2012 42, cons. 5.4.1.

¹⁴³⁶ *Ibidem*.

763 **Devoir de fidélité.** Le devoir de fidélité est consacré à l'article 321a du code des obligations¹⁴³⁷.

Ce devoir s'applique non seulement dans l'entreprise, mais également – dans une certaine mesure¹⁴³⁸ – en dehors de l'entreprise. Il faut dans chaque cas procéder à une balance des intérêts en présence¹⁴³⁹. Par exemple, le salarié qui, usant de sa liberté d'expression, critique publiquement son employeur doit formuler ses critiques de façon objective, sans tomber dans la polémique¹⁴⁴⁰. Le Tribunal fédéral considère qu'un employeur n'abuse pas de son droit de résiliation en licenciant un travailleur au motif que ce dernier critique la stratégie ou l'organisation de l'entreprise¹⁴⁴¹. Il faut toutefois selon nous que cette critique soit mal fondée ou excessivement formulée pour que le licenciement ne soit pas abusif.

En outre, les parties peuvent définir le devoir de fidélité de façon plus stricte que ne le fait l'article 321a du code des obligations¹⁴⁴². La restriction aux droits constitutionnels doit toutefois se faire dans les limites de la liberté contractuelle, notamment de l'article 27, alinéa 2 du code civil¹⁴⁴³.

764 Dans le cas des **entreprises de conviction**¹⁴⁴⁴, l'employeur est légitimé à se séparer du travailleur qui afficherait publiquement des convictions diamétralement opposées à celles de l'entreprise¹⁴⁴⁵. En effet, la personne qui conclut un contrat de travail avec une entreprise de conviction accepte un devoir de fidélité plus exigeant que le devoir de fidélité habituel ; même en dehors de son activité professionnelle, elle doit éviter tout comportement qui pourrait nuire à l'image de l'entreprise¹⁴⁴⁶.

765 **Exercice du droit constitutionnel représentant sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise.** L'exercice d'un droit constitutionnel ne saurait justifier la mise en péril de la pérennité de l'entreprise. Pour écarter tout risque quant à la garantie des droits constitutionnels, le motif du congé ne devra pas résider dans l'exercice du droit constitutionnel lui-même, mais dans ses conséquences néfastes – objectivement appréciables – sur l'entreprise.

¹⁴³⁷ Cf. *infra* n° 1193 et s.

¹⁴³⁸ Cf. *infra* n° 1239 et s.

¹⁴³⁹ TF, 23 novembre 2001, 4C.91/2000, DTA 2002 23, Assistalex 2001 n° 9075, cons. 3a.

¹⁴⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴⁴¹ TF, 6 octobre 2008, 4A_325/2008, JAR 2009 398, DTA 2009 38, cons. 3.

¹⁴⁴² TF, 15 novembre 2011, 4A_408/2011, JAR 2012 354, DTA 2012 42, cons. 5.4.1.

¹⁴⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴⁴ À propos de cette notion, cf. *infra*.

¹⁴⁴⁵ Duc/Subilia, N 24 *ad art.* 336 CO.

¹⁴⁴⁶ TF, 7 septembre 2004, 4C.116/2004, ATF 130 III 699, JT 2006 I 193, SJ 2005 I 152, cons. 4.1.

cc. Accomplissement d'un service ou d'une obligation légale

Règle. Le congé est abusif lorsqu'il est donné parce que l'autre partie accomplit un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, ou un service civil, en vertu de la législation fédérale, ou parce qu'elle accomplit une obligation légale lui incombant sans qu'elle ait demandé de l'assumer (art. 336, al. 1, e CO).

766

Signification. Au titre des obligations légales concernées, on compte des mandats de **tuteur** ou **curateur**, un appel comme **juré**, **scrutateur**, **témoin** dans une procédure judiciaire, ainsi que certains mandats **politiques**, qui peuvent avoir été rendus obligatoires par certains cantons¹⁴⁴⁷.

767

Exemples. Est, par exemple, abusif le congé donné à une collaboratrice après qu'elle eut participé à un interrogatoire et répondu à des questions précises de la police à la suite d'un vol d'argent commis dans l'entreprise¹⁴⁴⁸, tout comme celui qui est signifié parce qu'un travailleur a témoigné dans un procès opposant son employeur à un ex-employé¹⁴⁴⁹.

768

En matière **d'obligations militaires**, le congé est nul s'il est signifié durant la période légale de protection (art. 336c, al. 1, a CO)¹⁴⁵⁰. Lorsque le licenciement est opéré en dehors de cette période de protection, mais en raison de l'accomplissement du service militaire, le congé est abusif¹⁴⁵¹.

2° La contrariété à des protections issues du droit collectif

Un congé est contraire à des protections issues du droit collectif s'il est donné en raison de l'**appartenance** ou de l'**activité syndicales** (aa).

769

En outre, le **représentant élu des travailleurs** jouit d'une protection renforcée (bb).

Enfin, le non-respect de certaines procédures en matière de **licenciement collectif** peut rendre le licenciement abusif (cc).

aa. Appartenance ou activité syndicales

Le congé est abusif lorsqu'il est donné par l'employeur en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance du travailleur à une organisation de travailleurs ; il est également abusif lorsqu'il est donné en raison de l'exercice, conforme au droit, d'une activité syndicale (art. 336, al. 2, a CO).

770

¹⁴⁴⁷ Marie-Gisèle Zoss, *La résiliation abusive du contrat de travail*, thèse, Lausanne, 1997, pp. 222 et s. ; Jean-Philippe Dunand, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 51 ad art. 336 CO.

¹⁴⁴⁸ TF, 21 novembre 2008, 4A_422/2008, JAR 2009 426, DTA 2009 48, cons. 2.

¹⁴⁴⁹ CAPH/GE, 6 novembre 1987, SJ 1988 586, rés. Aubert (décision rendue sur la base de l'interdiction générale de l'abus de droit) ; CC/NE, 25 octobre 1996, RJN 2003 51, cit. Dunand.

¹⁴⁵⁰ Cf. *supra*.

¹⁴⁵¹ Jean-Philippe Dunand, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 54 ad art. 336 CO.

Cette disposition instaure une protection spéciale de la liberté syndicale, elle-même garantie à l'article 28, alinéa 1 de la Constitution fédérale¹⁴⁵².

771 **Appartenance syndicale.** Selon la jurisprudence, la première hypothèse de cette disposition protège en particulier la liberté d'association – tant positive (droit de fonder un syndicat, d'adhérer à un syndicat existant) que négative (droit de ne pas adhérer à un syndicat ou d'en démissionner) – ; pour être abusif, il faut que le congé ait été donné parce que le travailleur est syndiqué¹⁴⁵³.

772 **Activité syndicale.** La seconde hypothèse visée par cette norme est l'activité syndicale. Elle n'est protégée que si elle est exercée de manière conforme au droit, c'est-à-dire si elle respecte le contrat et la loi, voire les dispositions de la convention collective de travail ou du contrat-type de travail applicables¹⁴⁵⁴. L'activité syndicale comprend notamment la possibilité d'informer l'ensemble des travailleurs sur le rôle et l'organisation des syndicats, la nécessité de défendre les droits des travailleurs et le renforcement de l'organisation syndicale dans l'entreprise¹⁴⁵⁵.

Pour que le congé soit abusif, il doit exister un **lien de causalité** entre l'activité syndicale exercée conformément au droit et le licenciement¹⁴⁵⁶.

773 Dans une espèce où l'autorité cantonale avait admis que le motif économique de licenciement du travailleur avancé par l'employeur n'était qu'un prétexte pour se débarrasser de lui, car il était considéré comme ayant joué un rôle néfaste dans l'entreprise, et où la cour d'appel avait retenu que l'employeur, avant de congédier le travailleur, savait qu'il était membre d'un syndicat et qu'il avait joué un rôle de meneur dans le cadre de revendications émises par des employés, le motif réel du congé reposait sur l'appartenance syndicale du travailleur et sur l'exercice par ce dernier de son activité syndicale¹⁴⁵⁷. Dès lors que l'employeur ne soutenait ni ne démontrait que le travailleur eût exercé son activité syndicale au mépris de la loi ou de son contrat de travail (cf. art. 321d CO), le licenciement devait être qualifié d'abusif¹⁴⁵⁸.

774 L'Union syndicale suisse a déposé plainte contre la Suisse auprès de l'Organisation internationale du travail, pour protection insuffisante des travailleurs licenciés pour des motifs antisyndicaux. L'OIT a recommandé à la Suisse d'adopter le même degré de protection qu'en cas de licenciement discriminatoire à raison du sexe (en prévoyant notamment une possibilité de réintégration)¹⁴⁵⁹.

¹⁴⁵² TF, 15 février 2016, 4A_485/2015, cons. 3.1 ; cf. également : Streiff/von Känel/Rudolph, N 11 *ad* art. 336 CO.

¹⁴⁵³ TF, 15 février 2016, 4A_485/2015, cons. 3.1.

¹⁴⁵⁴ *Ibidem* ; cf. également : Wyler/Heinzer, p. 640.

¹⁴⁵⁵ TF, 9 janvier 1995, 4C.189/1994, cons. 5a/aa ; TF, 15 février 2016, 4A_485/2015, cons. 3.1.

¹⁴⁵⁶ TF, 15 février 2016, 4A_485/2015, cons. 3.1.

¹⁴⁵⁷ TF, 15 février 2016, 4A_485/2015, cons. 3.2.

¹⁴⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁵⁹ Informations disponibles sur < admin.ch >.

De même, le Syndicat des services publics a déposé plainte contre la Suisse pour insuffisance de la protection contre les licenciements abusifs en cas d'exercice régulier du droit de grève. Le Conseil fédéral a indiqué qu'il chargeait les Départements fédéraux de la justice et de l'économie de rédiger une étude approfondie sur ces points¹⁴⁶⁰.

bb. Représentant élu des travailleurs

Le congé est abusif lorsqu'il est donné par l'employeur pendant que le travailleur, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise¹⁴⁶¹, à moins que l'employeur puisse prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation (art. 336, al. 2, b CO)¹⁴⁶². La protection du représentant des travailleurs dont le mandat a pris fin en raison d'un transfert des rapports de travail (cf. art. 333 CO)¹⁴⁶³ est maintenue jusqu'au moment où ce mandat aurait expiré si le transfert n'avait pas eu lieu (art. 336, al. 3 CO).

775

Selon la jurisprudence, cette protection sanctionne les licenciements qui reposent sur la simple réprobation que l'employeur pourrait être tenté de faire retomber sur un représentant élu des travailleurs¹⁴⁶⁴. L'inversion de la charge de la preuve renforce la protection légale du représentant élu des travailleurs afin de permettre une représentation effective des intérêts de ces derniers¹⁴⁶⁵. Cette prescription n'a pas pour effet de garantir la pérennité du rapport de travail pendant une durée déterminée ; elle se contente de sanctionner le licenciement reposant sur des motifs inadmissibles¹⁴⁶⁶. En synthèse, un licenciement donné pour des motifs économiques n'est pas abusif, pour autant qu'il ne soit pas lié à l'activité exercée par l'employé en tant que représentant élu des travailleurs¹⁴⁶⁷.

776

Une restructuration d'entreprise justifiée par des motifs économiques objectifs, qui peuvent tenir à la prévention de difficultés envisageables dans la marche future des affaires, peut suffire à renverser la présomption d'abus dans le licenciement d'un employé représentant élu des travailleurs¹⁴⁶⁸. D'ailleurs, l'employeur n'est pas tenu d'appliquer les mesures de restructuration en priorité à d'autres employés¹⁴⁶⁹. La

777

¹⁴⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁴⁶¹ TF, 12 août 1997, JAR 1998 199.

¹⁴⁶² Voir à ce sujet, Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon *et alii*, « Étude sur la protection accordée aux représentants des travailleurs », 14 août 2015, disponible sur < admin.ch >.

¹⁴⁶³ Cf. *infra* sur le transfert d'entreprise.

¹⁴⁶⁴ TF, 26 août 2016, 4A_387/2016, cons. 5.1.

¹⁴⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶⁶ TF, 26 juin 2007, 4C.77/2007, ATF 133 III 512, JT 2008 I 29, SJ 2008 I 45, com. Müller *in* DTAonline 2008 40, com. Koller/Mauerhofer *in* RJB 2009 893, cons. 6.1 ; TF, 26 août 2016, 4A_387/2016, cons. 5.1.

¹⁴⁶⁷ TF, 19 mars 2012, 4A_415/2011, ATF 138 III 359, JT 2013 II 301.

¹⁴⁶⁸ TF, 26 juin 2007, 4C.77/2007, ATF 133 III 512, JT 2008 I 29, SJ 2008 I 45, com. Müller *in* DTAonline 2008 40, com. Koller/Mauerhofer *in* RJB 2009 893, cons. 6.2 à 6.4 ; TF, 1^{er} septembre 2017, 4A_656/2016, cons. 3.2.

¹⁴⁶⁹ TF, 26 juin 2007, 4C.77/2007, précité, cons. 6.2 à 6.4.

preuve qu'il existe un motif objectif de supprimer le poste d'un représentant élu des travailleurs dans le cadre d'une restructuration de l'entreprise ne permet toutefois de justifier le congé que si ce motif n'est pas la conséquence de la charge supplémentaire liée à la représentation des travailleurs¹⁴⁷⁰.

778 Dans une espèce où le seul et unique motif du licenciement fut l'enregistrement effectué par le travailleur d'une grande quantité de données en lien avec le précédent dirigeant de l'employeur, dont certaines étaient confidentielles et sensibles et où, en raison d'une relation historiquement compliquée, l'employeur avait perdu confiance en ce travailleur, craignant que ce dernier n'utilise ces documents contre sa réputation, et que cette crainte s'était confirmée par la suite lorsque, requis de s'expliquer, le travailleur n'avait pu justifier les raisons pour lesquelles il avait enregistré ces données¹⁴⁷¹, les juges ont considéré que l'absence d'explication rationnelle pour l'enregistrement des données sensibles avait pu valablement conforter l'employeur dans sa crainte d'un péril pesant sur lui. Le licenciement n'était dès lors pas abusif¹⁴⁷².

cc. Procédure de consultation en cas de licenciement collectif

779 Le congé est abusif lorsqu'il est donné par l'employeur sans que n'ait été respectée la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs (art. 336, al. 2, c CO)¹⁴⁷³.

3° Les motifs abusifs contraires à des garanties contractuelles

780 Sont classiquement des motifs abusifs contraires à des garanties contractuelles l'**obstruction à la naissance de prétentions juridiques (aa)** et le **congé-représailles (bb)**.

Dans la période récente, la jurisprudence a ajouté d'autres hypothèses à la liste légale des congés abusifs, tenant compte des exigences contemporaines en matière de contrôle de l'arbitraire et de la protection de la personnalité¹⁴⁷⁴. Ces hypothèses sont le **congé arbitraire ou de mauvaise foi (cc)**, le congé consécutif à un **manquement de l'employeur à son obligation de protection de la personnalité (dd)** ou à son **devoir d'assistance (ee)**.

aa. Obstruction à la naissance de prétentions juridiques

781 Le congé est abusif lorsqu'il est donné seulement afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie qui résultent du contrat de travail (art. 336, al. 1, c CO).

¹⁴⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁴⁷¹ TF, 26 août 2016, 4A_387/2016, cons. 5.2.

¹⁴⁷² TF, 26 août 2016, 4A_387/2016, cons. 5.6.

¹⁴⁷³ Cf. *supra* sur le régime du licenciement collectif.

¹⁴⁷⁴ Le refus de l'arbitraire et la protection de la personnalité sont en train de prendre une telle ampleur en droit privé suisse qu'il faudra bientôt se demander si ces principes ne méritent pas d'être rangés parmi les « objectifs à visée constitutionnelle » que nous avons identifiés ci-dessus (cf. *supra* n° 739 et s.).

La formulation de cet alinéa est étrange dès lors que toute résiliation empêche, par nature, la naissance de prétentions juridiques au titre du rapport de travail. Le rapport de travail est marqué par un certain nombre de termes, parfois récurrents, au moment desquels des créances naissent dans le chef d'une des parties. Par exemple, avec l'ancienneté, le travailleur peut, lorsque la loi ou le contrat le prévoit, prétendre à certains avantages.

C'est donc la résiliation qui tendrait à priver le travailleur d'une prestation contractuelle particulière dont l'exécution est liée à un moment déterminé des rapports de travail qui est visée ici, comme par exemple une **gratification contractuelle**, une **indemnité** à raison de longs rapports de travail, une **prime** de fidélité, le versement rétroactif du **renchérissement**, ou encore l'augmentation des charges de **prévoyance professionnelle** liée à un changement de classe d'âge¹⁴⁷⁵, une **augmentation de salaire** prévue de longue date ou fonction de l'ancienneté, le versement du **salaire en cas d'empêchement non fautif de travailler**, le bénéfice d'un **plan social** ou l'accroissement du droit aux **vacances**¹⁴⁷⁶.

782

bb. Congé-représailles

Le congé est abusif lorsqu'il est donné parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail (art. 336, al. 1, d CO).

783

Dès lors que le rapport de travail est une relation de durée fondée sur un socle contractuel, il serait illogique que l'une des parties puisse impunément résilier ce rapport alors que l'autre partie s'est contentée de demander le respect des prévisions contractuelles. Aussi cette disposition tend-elle en particulier à empêcher que le licenciement soit utilisé pour punir le travailleur d'avoir fait valoir des prétentions auprès de son employeur alors qu'il supposait de bonne foi que les droits dont il soutenait être le titulaire lui étaient acquis¹⁴⁷⁷.

La notion de « prétentions résultant du contrat de travail » s'entend au sens large : elle comprend toutes les prétentions qui reposent sur le **contrat**, le **règlement d'entreprise**, la **loi**, le **droit collectif**, ou encore l'**usage** et la **pratique**¹⁴⁷⁸.

784

Concrètement, on compte notamment parmi de telles prétentions la **rémunération** (salaire, primes, etc.), les **vacances**¹⁴⁷⁹, la **protection de la personnalité et de la santé** du travailleur (par exemple, lorsque le travailleur a expressément sollicité la protection de l'employeur et que ce dernier y aurait répondu par un licenciement)¹⁴⁸⁰.

¹⁴⁷⁵ TF, 30 janvier 2007, 4C.388/2006, cons. 3.1.

¹⁴⁷⁶ Jean-Philippe Dunand, in Commentaire Dunand/Mahon, N 39 *ad* art. 336 CO ; Caruzzo, N 4 *ad* art. 336 CO.

¹⁴⁷⁷ TF, 13 octobre 1993, 4C.171/1993, SJ 1995 797, cons. 2 ; TF, 4 novembre 2003, 4C.262/2003, cons. 3.1 ; TF, 16 juin 2005, 4C.84/2005, DTA 2005 246, cons. 3.1 ; TF, 18 décembre 2008, 4A_407/2008, cons. 4.1.

¹⁴⁷⁸ Cf. TF, 18 décembre 2008, 4A_407/2008, cons. 4.2.

¹⁴⁷⁹ TF, 27 octobre 2005, 4C.237/2005, cons. 2.3 ; TF, 13 janvier 2017, 4A_401/2016, cons. 5.1.1.

¹⁴⁸⁰ TF, 13 octobre 2003, 4C.343/2003, cons. 7 ; TF, 22 mai 2006, 4C.60/2006, cons. 7.3 ; TF, 13 janvier 2017, 4A_401/2016, cons. 5.1.1.

Cette disposition protège également le travailleur contre un **congé-modification abusif**¹⁴⁸¹.

785 Contrairement au cas prévu à la lettre c de l'article 336, alinéa 1, les prétentions doivent exister et ne pas représenter de simples attentes¹⁴⁸². La réclamation du travailleur qui cherche à obtenir une augmentation de salaire reçue de manière systématique les années précédentes entre dans la catégorie des prétentions existantes¹⁴⁸³, tout comme la réclamation tendant à ce que le salaire soit adapté conformément aux promesses orales que l'employeur a faites¹⁴⁸⁴.

786 La loi exige que le travailleur soit **de bonne foi**, condition qui est, selon le droit commun, présumée (cf. art. 3 al. 1 CC)¹⁴⁸⁵. Il importe peu qu'en réalité, la prétention n'existe pas¹⁴⁸⁶. Il suffit que le travailleur soit légitimé, de bonne foi, à penser que sa prétention est fondée¹⁴⁸⁷. Toutefois, la réclamation ne doit être ni chicanière ni téméraire, au point qu'elle empêcherait une résiliation en elle-même – objectivement – admissible¹⁴⁸⁸.

L'employeur qui soutient que l'employé est de mauvaise foi doit apporter la preuve de cette mauvaise foi¹⁴⁸⁹. Ainsi, alors que l'employé de bonne foi peut bénéficier de la protection contre le congé-représailles sans démontrer le bien-fondé de sa prétention, l'employeur, de son côté, s'il entend établir la mauvaise foi de l'employé, doit démontrer que l'employé savait qu'il faisait valoir des prétentions totalement injustifiées¹⁴⁹⁰ ou chicanières¹⁴⁹¹ ou présentant un caractère téméraire¹⁴⁹².

787 Les prétentions émises par l'employé doivent encore avoir joué un **rôle causal** dans la décision de l'employeur de le licencier¹⁴⁹³. Ainsi, le fait que l'employé émette de bonne foi une prétention résultant de son contrat de travail n'a pas nécessairement pour conséquence de rendre abusif le congé donné ultérieurement par l'employeur : encore

¹⁴⁸¹ Le congé-modification est traité dans le cadre de la modification du rapport de travail : cf. *infra*.

¹⁴⁸² TF, 27 octobre 2005, 4C.237/2005, cons. 2.3.

¹⁴⁸³ TF, 13 octobre 1993, 4C.171/1993, SJ 1995 797, cons. 2 ; TF, 27 octobre 2005, 4C.237/2005, cons. 2.3.

¹⁴⁸⁴ TF, 27 octobre 2005, 4C.237/2005, cons. 2.3 ; BL, 9 mars 1994, JAR 1995 160.

¹⁴⁸⁵ TF, 22 mai 2006, 4C.60/2006, cons. 7.1 ; TF, 20 octobre 2010, 4A_346/2009, cons. 3.1 ; TF, 13 janvier 2017, 4A_401/2016, cons. 5.1.2.

¹⁴⁸⁶ TF, 7 octobre 2010, 4A_408/2010, ATF 136 III 513, JT 2011 II 215, SJ 2011 I 24, Pra 2011 40 287, com. Rudolph in Jusletter 20 juin 2011, cons. 2.4 ; TF, 28 janvier 2016, 4A_539/2015, cons. 3.1 ; TF, 13 janvier 2017, 4A_401/2016, cons. 5.1.2.

¹⁴⁸⁷ TF, 13 octobre 1993, 4C.171/1993, SJ 1995. 797, cons. 2 ; TF, 13 janvier 2017, 4A_401/2016, cons. 5.1.2.

¹⁴⁸⁸ TF, 27 octobre 2005, 4C.237/2005, cons. 2.2 ; TF, 18 décembre 2008, 4A_407/2008, cons. 4.1.

¹⁴⁸⁹ Sur la preuve du contraire, cf. TF, 9 juillet 2015, 4A_474/2014, cons. 6.2.1.

¹⁴⁹⁰ TF, 6 avril 1994, 4C.247/1993, cons. 3d ; TF, 13 janvier 2017, 4A_401/2016, cons. 5.1.2.

¹⁴⁹¹ TF, 20 octobre 2010, 4A_346/2009, cons. 3.1 ; TF, 13 janvier 2017, 4A_401/2016, cons. 5.1.2.

¹⁴⁹² TF, 6 avril 1994, 4C.247/1993, cons. 3d ; TF, 13 janvier 2017, 4A_401/2016, cons. 5.1.2.

¹⁴⁹³ TF, 7 octobre 2010, 4A_408/2010, ATF 136 III 513, JT 2011 II 215, SJ 2011 I 24, Pra 2011 40 287, com. Rudolph in Jusletter 20 juin 2011, cons. 2.6 ; TF, 13 janvier 2017, 4A_401/2016, cons. 5.1.3.

faut-il que la formulation de la prétention en soit à l'origine et qu'elle soit le motif déterminant du licenciement¹⁴⁹⁴.

La *loi sur l'égalité* consacre une espèce particulière de congé-représailles (art. 10 LEg) : est abusif le licenciement qui ferait suite à une réclamation en cessation d'une discrimination à raison du sexe, adressée à un supérieur ou à un autre organe compétent au sein de l'entreprise, à l'ouverture d'une procédure de conciliation ou à l'introduction d'une action en justice (art. 10, al. 1 LEg).

788

Selon un auteur, ce peut être le cas, par exemple, si une travailleuse est licenciée après avoir vainement demandé à son employeur d'obtenir une réduction de son taux d'occupation à son retour de congé de maternité¹⁴⁹⁵.

cc. Congé arbitraire ou de mauvaise foi

aaa. En cas de reproches formulés à l'encontre du travailleur consécutivement à une violation contractuelle de l'employeur

On observe une tendance claire dans la jurisprudence au refus de permettre à l'employeur de justifier un licenciement en se prévalant **d'un acte du travailleur dont l'origine réside dans sa propre faute**. Il s'agit d'une application large du principe *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (« nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude »). Ce principe va jusqu'à paralyser l'employeur dans ses possibilités d'apporter des preuves pour justifier le licenciement : par un mécanisme proche de celui du « fruit de l'arbre empoisonné », il ne peut se prévaloir de faits du travailleur, certes fautifs mais consécutifs à son propre comportement illicite.

789

Ainsi, l'employeur ne peut se prévaloir du comportement fautif du travailleur lorsque ce comportement est dû à sa propre faute. Un congé est aussi abusif s'il est motivé par une baisse des prestations du travailleur, elle-même intervenue à la suite d'un harcèlement psychologique toléré par l'employeur en violation de son obligation de protection de la personnalité du travailleur¹⁴⁹⁶.

L'employeur ne peut pas non plus se prévaloir de la situation résultant de l'incapacité d'un travailleur lorsque cette incapacité est due à sa propre faute¹⁴⁹⁷. Autrement dit, est abusif le licenciement d'un travailleur décidé en raison de la maladie de ce dernier, alors que la maladie trouve son origine dans le comportement incorrect de l'employeur à l'égard du travailleur, même si ce licenciement pouvait se justifier par ailleurs pour des motifs économiques¹⁴⁹⁸.

790

En l'espèce, l'employeur devait, pour des raisons économiques avérées, supprimer un des deux postes de mécaniciens dans son garage automobile. Le choix s'est porté sur le

791

¹⁴⁹⁴ TF, 22 mai 2006, 4C.60/2006, cons. 7.1 ; TF, 13 janvier 2017, 4A_401/2016, cons. 5.1.2.

¹⁴⁹⁵ Stéphanie Perrenoud, « Durées du travail et discrimination », PJA 2017 663.

¹⁴⁹⁶ TF, 13 octobre 1998, ATF 125 III 70, cons. 2a ; TF, 1^{er} décembre 2016, 4A_159/2016, cons. 3.1.

¹⁴⁹⁷ TF, 4 décembre 2015, 4A_437/2015, cons. 2.3.

¹⁴⁹⁸ *Ibidem*.

mécanicien qui s'était trouvé récemment en incapacité de travail d'assez longue durée. Les deux mécaniciens avaient une ancienneté et des qualités de travail comparables. L'autre mécanicien avait assumé seul le service pendant l'absence du premier, en donnant pleine satisfaction. Toutefois, ce fait ne pouvait être retenu par l'employeur puisque le premier mécanicien était malade du fait même de l'attitude incorrecte dont l'employeur avait fait preuve envers lui¹⁴⁹⁹.

792 Dans le cas particulier où, en raison du caractère difficile d'un employé, sévit une **situation conflictuelle** sur le lieu du travail telle qu'elle nuit au travail en commun, le congé donné au travailleur responsable n'est pas abusif, à condition toutefois que l'employeur ait pris toutes les mesures que l'on pouvait attendre de lui pour désamorcer le conflit. Cette exigence repose sur le devoir de l'employeur de protéger et de respecter, dans les rapports de travail, la personnalité de ses travailleurs. L'abus résiderait alors dans le fait que l'employeur exploiterait la propre violation de ses devoirs contractuels. En effet, après avoir laissé une situation conflictuelle s'envenimer parmi ses salariés sans prendre les mesures adéquates pour en atténuer les effets, l'employeur se prévaudrait du fait que l'ambiance serait devenue préjudiciable au travail dans l'entreprise pour licencier le salarié apparaissant, en raison de son caractère difficile, comme fauteur de troubles. La question de savoir si l'employeur a pris les mesures nécessaires pour désamorcer le conflit avant d'en arriver à la résiliation relève du droit, car elle revient à examiner si l'employeur s'est conformé aux devoirs que lui impose l'article 328 du code des obligations¹⁵⁰⁰.

793 Certes, rien n'empêche un employeur, confronté à une **ambiance de travail tendue** entre ses salariés, de chercher à rétablir la situation en licenciant un ou plusieurs des employés concernés, pour autant qu'il ne se laisse pas guider dans son choix par des critères injustifiés comme le sexe, l'âge ou la nationalité¹⁵⁰¹, et qu'il respecte les droits de la personnalité du travailleur ; cependant, cela implique, pour l'employeur qui se trouve face à un important conflit relationnel opposant deux personnes qui ne sont pas faites pour s'entendre, de prendre les mesures adéquates pour désamorcer le conflit.

Ainsi, n'est pas abusif le licenciement ordinaire d'un travailleur qui intervient après que ce travailleur eut provoqué une altercation avec un collègue en insistant pour se faire rembourser des frais, nonobstant un défaut de pièces justificatives et en usant de violence verbale – procédé ayant conduit son collègue à riposter (de façon certes illicite) par de la violence physique¹⁵⁰².

794 En outre, on ne saurait reprocher à l'employeur, en présence d'un conflit ouvert entre deux travailleurs, de ne pas avoir pris les mesures adéquates pour préserver la personnalité du travailleur licencié, dès lors qu'il est intervenu en demandant au travailleur non licencié de modérer ses propos et en offrant au travailleur licencié de

¹⁴⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰⁰ TF, 13 octobre 1998, ATF 125 III 70, cons. 2c ; TF, 20 décembre 2005, 4C.215/2005, ATF 132 III 115, JT 2006 I 152, cons. 2.2 ; TF, 22 juin 2010, 4A_158/2010, cons. 3.2 ; TF, 25 août 2016, 4A_130/2016, cons. 2.1.

¹⁵⁰¹ Cf. *supra* n° 1651 et s.

¹⁵⁰² TF, 19 janvier 2017, 4A_217/2016, cons. 4.2.

répondre de temps à autre directement à ses moult interrogations, ainsi qu'en requérant par la suite du travailleur non licencié qu'il s'abstienne de tenir des propos blessants¹⁵⁰³.

De même n'est pas abusif le licenciement d'un travailleur qui intervient parce que, d'une part, le travailleur ne pouvait plus exercer sa fonction à cause d'une procédure pénale ouverte contre lui – sans que l'employeur n'en soit responsable – et parce que, d'autre part, le travailleur avait refusé deux postes de remplacement proposés par l'employeur – alors que ces postes correspondaient à ses qualifications, lui assuraient un salaire fixe équivalent à celui qu'il percevait alors et lui permettaient, à terme, de se recycler au sein de l'entreprise. Le fait que ce soit l'employé lui-même qui ait proposé initialement d'entamer des négociations en vue de mettre un terme au contrat de travail et que le licenciement soit intervenu après l'échec d'une solution conventionnelle confirmait, en l'espèce, le caractère non abusif du licenciement¹⁵⁰⁴.

795

bbb. En cas de soupçons pesant sur le travailleur

La situation dans laquelle l'employeur nourrit des soupçons à l'égard d'un certain comportement du travailleur est particulière : dans une telle hypothèse, comment identifier la réalité du motif de licenciement, dès lors que la réalité du comportement du travailleur sur lequel il reposerait n'est pas établie ?

796

Malgré cette difficulté, la jurisprudence estime qu'une résiliation prononcée sur le seul fondement de soupçons n'est pas abusive, y compris lorsque l'accusation élevée contre le travailleur se révèle finalement infondée ou ne peut pas être confirmée¹⁵⁰⁵. Aussi l'abus suppose-t-il que, de surcroît, l'employeur ait accusé le travailleur « avec légèreté, sans justification raisonnable »¹⁵⁰⁶. L'abus réside donc dans le caractère potentiellement arbitraire de l'accusation portée contre le travailleur.

797

Par exemple, dans une affaire où le gérant d'un magasin avait été accusé de vols et d'abus de confiance sur la base des dires de la vendeuse qui le remplaçait lors de ses congés, où il avait ensuite été arrêté provisoirement et son logement perquisitionné, mais où l'enquête pénale n'avait finalement mis en évidence aucun acte délictueux, le licenciement du travailleur injustement soupçonné n'était pas abusif, parce que la décision de l'employeur reposait sur des indices suffisants¹⁵⁰⁷.

La jurisprudence a toutefois récemment durci les conditions d'admission du congé-soupçon. Aussi le Tribunal fédéral exige-t-il désormais qu'en cas de soupçon de

798

¹⁵⁰³ TF, 5 décembre 2016, 4A_439/2016, cons. 3.1.

¹⁵⁰⁴ TF, 1^{er} décembre 2016, 4A_159/2016, cons. 3.2.

¹⁵⁰⁵ À l'étranger, le droit français adopte une position nuancée, dès lors que le licenciement doit reposer sur une cause non seulement sérieuse, mais aussi réelle : un licenciement ne peut donc être prononcé en présence de simples soupçons (Cour de cass. fr., soc., 25 juin 1991, RJS 10/91 n° 1081 ; 16 mai 1991, RJS 7/91, n° 825 ; 12 mars 1991, *Bonfils*, JCP E 1991. II. 176), à moins qu'ils ne soient véritablement étayés, par exemple par des expertises (Cour de cass. fr., soc., 14 janvier 1992, RJS 1992, n° 419).

¹⁵⁰⁶ TF, 4 mai 2016, 4A_694/2015, com. Wyler in JT 2017 II 239, cons. 2.

¹⁵⁰⁷ TF, 5 août 2004, 4C.174/2004, JAR 2005 247, DTA 2004 244, cons. 2.3.1.

commission d'un manquement de la part d'un travailleur (comme un vol par exemple), l'employeur s'efforce de vérifier les faits dénoncés¹⁵⁰⁸. Le travailleur doit alors pouvoir équitablement défendre sa position lorsque son honneur est compromis¹⁵⁰⁹ et être mis en mesure de se défendre contre toute accusation portée contre lui¹⁵¹⁰. Les démarches à accomplir par l'employeur ne sauraient être envisagées de manière abstraite et absolue ; elles dépendent au contraire des circonstances concrètes de chaque cas¹⁵¹¹.

799 Approuvant la doctrine¹⁵¹², le Tribunal fédéral a considéré que l'employeur était censé accomplir ou faire accomplir, éventuellement par un mandataire externe si l'accusation est grave, une enquête complète comportant, pour le travailleur dénoncé, des garanties équivalentes à celles d'une instruction pénale, telles les possibilités de préparer sa défense, se faire assister d'un conseil et faire administrer des preuves¹⁵¹³.

800 Il en résulte que, pour se garantir de l'accusation d'avoir pris une décision arbitraire quant au fond, l'employeur doit mettre en œuvre une procédure préalable à la prise de décision, qui garantisse que cette prise de décision ne soit pas effectuée de manière arbitraire.

dd. Manquement de l'employeur à son devoir de protection de la personnalité

801 La manière dont le congé est donné peut le faire apparaître comme abusif : même lorsque le motif de la résiliation est en soi légitime, celui qui exerce son droit de mettre fin au contrat doit agir avec des égards¹⁵¹⁴. Ainsi, une atteinte grave aux droits de la personnalité du travailleur dans le contexte d'un licenciement peut rendre celui-ci abusif¹⁵¹⁵. Cependant, un comportement simplement inconvenant ne suffit pas¹⁵¹⁶. En

¹⁵⁰⁸ TF, 4 mai 2016, 4A_694/2015, précité, cons. 2.4 ; cf. également : Wolfgang Portmann/Vania Dobрева, « Abklärungs- und Anhörungspflichten des Arbeitgebers vor ordentlichen und ausserordentlichen Verdachtskündigungen », DTA 2016 92.

¹⁵⁰⁹ TF, 4 mai 2016, 4A_694/2015, com. Wyler in JT 2017 II 239, cons. 2.4.

¹⁵¹⁰ TF, 4 mai 2016, 4A_694/2015, précité, cons. 2.5.

¹⁵¹¹ TF, 4 mai 2016, 4A_694/2015, précité, cons. 2.4.

¹⁵¹² Christian Bettex, « Le cadre légal des enquêtes internes dans les banques et autres grandes entreprises en droit du travail », SJ 2013 II 166 ; Christian Bettex, « Le whistleblowing », ST 2014 493 ; Carlos Jaïco Carranza/Sébastien Micotti, *Whistleblowing*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2014, pp. 80-81 ; Stefan Rieder, *Whistleblowing als interne Risikokommunikation*, Zurich/Saint-Gall, Dike, 2013, p. 103 ; Othmar Strasser, « Zur Rechtsstellung des vom Whistleblower beschuldigten Arbeitnehmers », in Adrian von Känel (édit.), *Beiträge zum Whistleblowing*, Berne, Stämpfli, 2012, p. 55.

¹⁵¹³ TF, 4 mai 2016, 4A_694/2015, cons. 2.4.

¹⁵¹⁴ TF, 20 décembre 2005, 4C.215/2005, ATF 132 III 115, JT 2006 I 152, cons. 2.2 ; TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016 et 4A_491/2016, cons. 2.2.2.

¹⁵¹⁵ TF, 7 octobre 2010, 4A_408/2010, ATF 136 III 513, JT 2011 II 215, SJ 2011 I 24, Pra 2011 40 287, com. Rudolph in Jusletter 20 juin 2011, cons. 2.3 ; TF, 20 décembre 2005, 4C.215/2005, précité, cons. 2.2 ; TF, 6 juillet 2005, 4C. 110/2005, ATF 131 III 535, cons. 4.2 ; TF, 1^{er} décembre 2016, 4A_159/2016, cons. 3.1 ; TF, 19 janvier 2017, 4A_217/2016, cons. 4.1.

¹⁵¹⁶ TF, 20 décembre 2005, 4C.215/2005, précité, cons. 2.2-2.3 ; TF, 6 juillet 2005, 4C. 110/2005, ATF 131 III 535, consid. 4.2 ; TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016 et 4A_491/2016, cons. 2.2.2 ; cf. également : TF, 7 octobre 2010, 4A_408/2010, ATF 136 III 513, JT 2011 II 215, SJ 2011 I 24, Pra 2011 40 287, com. Rudolph in Jusletter 20 juin 2011, cons. 2.3.

effet, « l'interdiction de l'abus de droit réprime bien davantage que de simples chicanes »¹⁵¹⁷. En revanche, elle ne suppose ni que celui qui abuse de son droit ait l'intention de nuire ni que le procédé utilisé soit lui-même immoral¹⁵¹⁸.

La protection ici envisagée est donc une façon particulière de sanctionner la violation de la personnalité du travailleur. L'employeur – tenu qu'il est de protéger notamment l'honneur personnel et professionnel du travailleur – ne doit pas stigmatiser, de manière inutilement vexatoire et au-delà du cercle des intéressés, le comportement du travailleur¹⁵¹⁹.

Il y a atteinte grave aux droits de la personnalité lorsque l'employeur formule des accusations lourdes qui se révèlent infondées alors qu'il ne dispose d'aucun indice sérieux ou n'a fait aucune recherche en vue d'établir les faits. L'employeur ne doit pas formuler des accusations accablantes si ses soupçons ne reposent sur aucun élément sérieux. Même si les faits sont exacts, la stigmatisation à l'égard de tiers peut constituer, de la part de l'employeur, une violation de son devoir de protéger la personnalité du travailleur¹⁵²⁰.

802

Licenciement pour convenance personnelle de l'employeur. Peut également être analysé comme une espèce particulière d'abus liée à une violation de la personnalité du travailleur, le cas du licenciement dit « pour simple motif de convenance personnelle », soit celui qui est notifié à un travailleur alors qu'il existe une disproportion grossière des intérêts en présence, par exemple, lorsque l'employeur notifie le congé, pour donner « l'impression [qu'il a] pris les mesures adéquates » (« parce qu'il fallait un responsable, un "fusible" »), en faisant abstraction de l'intérêt légitime du travailleur à conserver un emploi dans lequel il s'est investi pendant de nombreuses années, et alors que le congé n'a aucune portée pratique pour l'employeur¹⁵²¹. Le Tribunal fédéral l'a retenu dans une espèce où, en outre, l'employeur n'avait pas hésité, en violation de l'article 328 du code des obligations, à ternir de manière imméritée la réputation personnelle et professionnelle de son cadre auprès d'autres employeurs potentiels¹⁵²².

803

En revanche, une demande, formulée par l'employeur au travailleur, de restituer sa clé de bureau – dès lors qu'elle est postérieure à la signification du congé – ne saurait rendre *a posteriori* abusif le congé litigieux¹⁵²³.

¹⁵¹⁷ TF, 6 juillet 2005, 4C. 110/2005, ATF 131 III 535, consid. 4.2 ; TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016 et 4A_491/2016, cons. 2.2.

¹⁵¹⁸ *Ibidem*.

¹⁵¹⁹ TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016 et 4A_491/2016, cons. 2.2.2.

¹⁵²⁰ TF, 30 avril 2012, 4A_99/2012, cons. 2.2.1 ; TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016 et 4A_491/2016, cons. 2.2.2.

¹⁵²¹ TF, 6 juillet 2005, 4C. 110/2005, ATF 131 III 535, consid. 4.2 et 4.3.

¹⁵²² TF, 6 juillet 2005, 4C. 110/2005, ATF 131 III 535, consid. 4.3 ; cf. TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016 et 4A_491/2016, cons. 2.2.1.

¹⁵²³ TF, 5 décembre 2016, 4A_439/2016, cons. 3.2.

ee. Manquement de l'employeur à son devoir d'assistance

804 En vertu de son devoir d'assistance, l'employeur peut être tenu de chercher des solutions alternatives à un licenciement¹⁵²⁴. Une violation de cette obligation est susceptible de rendre le congé abusif¹⁵²⁵. Tel n'est toutefois pas le cas lorsque l'employeur s'efforce d'adoucir les conséquences du licenciement en mettant sur pied un plan social approprié¹⁵²⁶.

Tenter de repourvoir un poste avant que son titulaire n'ait été formellement licencié peut, selon les circonstances, rendre abusif le congé. Encore faut-il que le travailleur démontre que des tiers connaissaient avant lui les intentions de l'employeur de lui donner son congé¹⁵²⁷.

En revanche, on ne saurait taxer d'abusif le comportement d'un employeur du simple fait qu'il a favorisé ses propres intérêts plutôt que ceux de son employé¹⁵²⁸.

805 En outre, n'est pas abusif le licenciement signifié pour toute une série de motifs se rapportant à des manquements répétés du travailleur dans l'exécution des tâches confiées (par exemple, le manque d'assimilation et de mémorisation des consignes ; le manque de rigueur, de contrôle et d'assiduité ; l'incapacité à gérer les priorités ; diverses lacunes en informatique une certaine lenteur dans l'accomplissement du travail ; la réitération des mêmes erreurs ; un manque d'autonomie)¹⁵²⁹.

4° Le cas des lanceurs d'alerte

806 En l'état actuel du droit suisse, le licenciement d'un lanceur d'alerte n'est pas automatiquement considéré comme abusif¹⁵³⁰. L'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) a, dans un récent rapport, souligné la carence de la Suisse en la matière et l'a encouragée à se doter d'un dispositif de protection juridique des lanceurs d'alerte¹⁵³¹. Un projet de modification de l'article 321a du code des obligations est à l'étude¹⁵³².

¹⁵²⁴ TF, 26 juin 2007, 4C.77/2007, ATF 133 III 512, JT 2008 I 29, SJ 2008 I 45, com. Müller *in* DTAonline 2008 40, com. Koller/Mauerhofer *in* RJB 2009 893, cons. 6.6.

¹⁵²⁵ *Ibidem*.

¹⁵²⁶ *Ibidem*.

¹⁵²⁷ TF, 5 décembre 2016, 4A_439/2016, cons. 3.1.

¹⁵²⁸ TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016 et 4A_491/2016, cons. 3.2.2.

¹⁵²⁹ TF, 5 décembre 2016, 4A_439/2016, cons. 3.2.

¹⁵³⁰ Et ce, à l'inverse du droit français par exemple, où l'article L. 1161-1 du Code du travail protège contre tout licenciement ou mesure discriminatoire le salarié qui aurait « relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ».

¹⁵³¹ Rapport du 12 janvier 2012, < ocde.org > (un résumé figure sur le site de l'administration fédérale : < admin.ch >).

¹⁵³² Cf. Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de révision partielle du code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur), 2009, disponible sur < admin.ch >.

Au niveau de la Cour européenne des droits de l'Homme, plusieurs lanceurs d'alerte ont été reconnus comme ayant été injustement licenciés, sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (liberté d'expression, en particulier liberté de communiquer des informations)¹⁵³³. Ainsi, la Cour a jugé : « Consciente de l'importance du droit à la liberté d'expression sur des questions d'intérêt général, du droit des fonctionnaires et des autres salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, des devoirs et responsabilités des salariés envers leurs employeurs et du droit de ceux-ci de gérer leur personnel, la Cour, après avoir pesé les divers autres intérêts ici en jeu, conclut que l'atteinte portée au droit à la liberté d'expression du requérant, en particulier à son droit de communiquer des informations, n'était pas "nécessaire dans une société démocratique". Partant, il y a eu violation de l'article 10 de la Convention. »¹⁵³⁴

807

b. Identification concrète des cas d'abus

aa. Détermination du motif réel de résiliation

Pour dire si un congé est abusif, il faut se fonder sur son **motif**¹⁵³⁵, et sur son motif **réel**¹⁵³⁶.

808

Le caractère abusif d'un congé suppose un **rapport de causalité** entre le motif abusif et la résiliation¹⁵³⁷. Ainsi, pour qu'une résiliation soit abusive, il doit exister un lien de causalité (naturelle) entre le motif illicite et le licenciement, c'est-à-dire que le motif illicite doit avoir **joué un rôle déterminant** dans la décision de l'employeur de résilier le contrat¹⁵³⁸.

809

Lorsque le licenciement repose **sur plusieurs motifs** dont l'un est illicite, il faut déterminer si, sans le motif illicite, le contrat aurait tout de même été résilié ; si tel est

810

¹⁵³³ Sur la question des lanceurs d'alerte dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, cf. Stefan Rieder, « Whistleblowing als Menschenrecht », *Jusletter* 28 novembre 2011. Sur la question des lanceurs d'alerte en droit suisse, cf. également : Diana Imbach Haumüller, *Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich — ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle ?*, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2011 ; Zora Ledergerber, « Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung », *ArbR* 2005 93 ; Isabelle Augsburger-Bucheli, « Le whistleblowing et la lutte contre la corruption », *ECS* 2009 627 ; Carlos Jaico Carranza/Sébastien Micotti, *Whistleblowing*, Zurich, Schulthess, 2014.

¹⁵³⁴ CEDH, 12 février 2008, *Guja c. Moldavie*, § 97. Voir également : CEDH, 21 juillet 2011, *Heinisch c. Allemagne*. Pour des condamnations pénales, cf. CEDH, 19 février 2009, *Martchenko c. Ukraine* ; CEDH, 8 janvier 2013, *Bucur et Toma c. Roumanie*.

¹⁵³⁵ TF, 5 décembre 2016, 4A_439/2016, cons. 3.1.

¹⁵³⁶ TF, 7 octobre 2010, 4A_408/2010, cons. 2.3 ; TF, 28 janvier 2016, 4A_539/2015 ; TF, 15 février 2016, 4A_485/2015, cons. 3.1 ; TF, 1er décembre 2016, 4A_159/2016, cons. 3.1 ; TF, 19 janvier 2017, 4A_217/2016, cons. 4.1.

¹⁵³⁷ TF, 7 septembre 2004, 4C.116/2004, ATF 130 III 699, JT 2006 I 193, SJ 2005 I 152, cons. 4.1 ; TF, 11 novembre 1993, 4C.87/1993, SJ 1995. 798, cons. 2c ; TF, 20 mai 2015, 4A_19/2015, cons. 4 ; TF, 4 décembre 2015, 4A_437/2015, cons. 2.2.4 ; TF, 19 janvier 2017, 4A_217/2016, cons. 4.1. Savoir si un tel rapport existe est une question de fait.

¹⁵³⁸ TF, 11 novembre 1993, 4C.87/1993, SJ 1995 798, cons. 2c.

le cas, le licenciement n'est pas abusif¹⁵³⁹. En effet, la loi ne consacre pas la notion de congé partiellement abusif¹⁵⁴⁰.

- 811 Déterminer le motif réel du congé relève du fait¹⁵⁴¹, alors que dire si le motif est abusif est une question de droit¹⁵⁴². Les constatations relatives à l'incidence respective des divers motifs de résiliation en concours faites par les autorités cantonales lient le Tribunal fédéral qui ne peut s'en écarter que si elles ont été établies de façon manifestement inexacte ou en violation du droit¹⁵⁴³.

bb. Liberté d'appréciation du juge

- 812 Pour déterminer le caractère abusif d'une résiliation, l'ensemble des circonstances doit être examiné : le Tribunal fédéral entend qu'« une large place soit laissée à l'appréciation du juge, de sorte qu'établir une casuistique en se focalisant sur un seul élément du dossier, sorti de son contexte, ne saurait être significatif »¹⁵⁴⁴. Toujours selon le Tribunal fédéral, les éventuelles comparaisons avec des décisions judiciaires rendues dans des causes que les parties tiennent pour similaires à la leur doivent être appréciées avec circonspection¹⁵⁴⁵.

S'il n'appartient pas au juge de substituer à la décision de l'employeur une pesée des intérêts des parties au contrat de travail¹⁵⁴⁶, les magistrats peuvent sanctionner tout abus de droit, notamment s'il existe une disproportion grossière entre les intérêts en présence¹⁵⁴⁷.

¹⁵³⁹ TF, 11 novembre 1993, 4C.87/1993, SJ 1995 798, cons. 2c ; TF, 23 novembre 2001, 4C.91/2000, DTA 2002 23, Assistalex 2001 n° 9075, cons. 2b ; TF, 1^{er} novembre 2012, 4A_316/2012, SJ 2013 I 193, cons. 2.1 ; TF, 4 décembre 2015, 4A_437/2015, cons. 2.2.3.

¹⁵⁴⁰ Duc/Subilia, N 4 *ad* art. 336 CO.

¹⁵⁴¹ TF, 7 septembre 2004, 4C.116/2004, ATF 130 III 699, JT 2006 I 193, SJ 2005 I 152, cons. 4.1 ; TF, 6 juillet 2005, 4C. 110/2005, ATF 131 III 535, cons. 4.3 ; TF, 7 octobre 2010, 4A_408/2010, ATF 136 III 513, JT 2011 II 215, SJ 2011 I 24, Pra 2011 40 287, com. Rudolph *in* Jusletter 20 juin 2011, cons. 2.3 ; TF, 4 décembre 2015, 4A_437/2015, cons. 2.2.4. Le Tribunal fédéral ne le revoit que sous l'angle de l'arbitraire : il appartient donc au recourant de démontrer que la décision attaquée est insoutenable (TF, 13 avril 2016, 4A_298/2015).

¹⁵⁴² TF, 7 octobre 2010, 4A_408/2010, ATF 136 III 513, JT 2011 II 215, SJ 2011 I 24, Pra 2011 40 287, com. Rudolph *in* Jusletter 20 juin 2011, cons. 2.3 ; TF, 2 mai 2015, 4A_714/2014, cons. 3 ; TF, 28 janvier 2016, 4A_539/2015 ; TF, 1^{er} décembre 2016, 4A_159/2016, cons. 3.1.

¹⁵⁴³ TF, 4 décembre 2015, 4A_437/2015, cons. 2.2.4 ; TF, 7 février 2008, 4A_341/2007, cons. 2.1 ; TF, 1^{er} novembre 2012, 4A_316/2012, SJ 2013 I 193, cons. 2.1.

¹⁵⁴⁴ TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016 et 4A_491/2016, cons. 3.2.4. Cf. également, à propos du licenciement immédiat : TF, 17 décembre 2014, 4A_404/2014, JAR 2015 423, cons. 4.1.

¹⁵⁴⁵ TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016 et 4A_491/2016, cons. 3.2.4.

¹⁵⁴⁶ TF, 22 octobre 1985, ATF 111 II 242, cons. 2c.

¹⁵⁴⁷ TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016 et 4A_491/2016, cons. 2.2.1.

cc. Risque de preuve

Conformément à l'article 8 du code civil, c'est **à la partie congédiée** qu'il revient de prouver le caractère abusif du congé¹⁵⁴⁸.

813

Par exemple, un travailleur qui se prévaut d'un licenciement abusif pour mobbing doit invoquer – entre autres possibilités – le fait que l'attitude de ses collègues a eu un effet négatif sur ses prestations de travail. Pour ne pas l'avoir fait, le travailleur doit être débouté de ses prétentions à ce titre¹⁵⁴⁹.

Toutefois, cette charge de la preuve est **facilitée** en raison des difficultés à apporter la preuve de l'élément subjectif que constitue le motif réel du congé. Ainsi, le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur¹⁵⁵⁰. Autrement dit, s'il incombe en principe au travailleur d'apporter la preuve d'un motif abusif, le juge peut **présumer un abus** lorsque le motif avancé par l'employeur semble mensonger et que celui-ci ne parvient pas à en apporter la confirmation¹⁵⁵¹.

814

En conséquence, l'employeur ne peut rester inactif : il doit fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé¹⁵⁵². En cas de pluralité de motifs, dont l'un au moins s'avère abusif, il incombe à l'employeur de démontrer qu'il aurait licencié le travailleur même en l'absence du motif abusif¹⁵⁵³. Concrètement, le Tribunal fédéral a admis que le juge présume l'existence d'un congé abusif lorsque le travailleur parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur¹⁵⁵⁴.

815

Il s'agit d'une présomption dite « de l'homme » ou « de fait », qui peut faciliter la preuve en pratique, mais sans opérer, selon la jurisprudence, ni renversement du fardeau de la preuve, ni même allègement du degré de la preuve¹⁵⁵⁵. Le point de savoir

816

¹⁵⁴⁸ TF, 22 avril 1997, ATF 123 III 246, cons. 4b ; TF, 7 septembre 2004, 4C.116/2004, ATF 130 III 699, JT 2006 I 193, SJ 2005 I 152, cons. 4.1 ; TF, 4 décembre 2015, 4A_437/2015, cons. 2.2.5 ; TF, 19 janvier 2017, 4A_217/2016, cons. 4.1.

¹⁵⁴⁹ TF, 7 novembre 2016, 4A_529/2016, cons. 3.

¹⁵⁵⁰ TF, 4 décembre 2015, 4A_437/2015, cons. 2.2.5.

¹⁵⁵¹ TF, 7 septembre 2004, 4C.116/2004, ATF 130 III 699, JT 2006 I 193, SJ 2005 I 152, cons. 4.1 ; TF, 5 décembre 2016, 4A_439/2016, cons. 3.1.

¹⁵⁵² TF, 7 septembre 2004, 4C.116/2004, précité, cons. 4.1 ; TF, 15 novembre 2011, 4A_408/2011, cons. 4.2 ; TF, 17 mai 2013, 4A_447/2012, cons. 4 ; TF, 27 janvier 2014, 4A_507/2013, cons. 3 ; TF, 4 décembre 2015, 4A_437/2015, cons. 2.2.5 ; TF, 19 janvier 2017, 4A_217/2016, cons. 4.1.

¹⁵⁵³ TF, 6 mars 2001, 4P.205/2000, JAR 2002 238, cons. 3a ; TF, 15 novembre 2010, 4A_430/2010, cons. 2.1.3 ; TF, 4 décembre 2015, 4A_437/2015, cons. 2.2.5 ; TF, 20 mai 2015, 4A_19/2015, cons. 4.6.

¹⁵⁵⁴ TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016 et 4A_491/2016, cons. 2.3.

¹⁵⁵⁵ *Ibidem*.

si une telle présomption est établie ou non continue donc de relever de l'appréciation des preuves¹⁵⁵⁶. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'un renversement du fardeau de la preuve, mais d'une ***preuve par indices***¹⁵⁵⁷.

Lorsqu'une cour cantonale s'est forgée une conviction quant au motif réel du licenciement, il n'y a plus lieu d'invoquer une violation de l'article 8 du code civil ; la seule voie juridique de contestation vise à contrôler que la cour a apprécié les preuves sans sombrer dans l'arbitraire (art. 9 Cst.)¹⁵⁵⁸. L'appréciation des preuves ou l'établissement des faits est arbitraire si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a fait des déductions insoutenables¹⁵⁵⁹.

Devant le Tribunal fédéral, la partie recourante, pour soutenir valablement que les faits ont été constatés d'une manière arbitraire, doit satisfaire au principe d'allégation (art. 106 al. 2 LTF), c'est-à-dire soulever expressément ce grief et exposer celui-ci de façon claire et détaillée¹⁵⁶⁰ : pour chaque constatation de fait incriminée, elle doit démontrer comment les preuves administrées auraient dû, selon elle, être correctement appréciées et en quoi leur appréciation par l'autorité cantonale est insoutenable¹⁵⁶¹.

3) Sanctions de la résiliation abusive

Il faut distinguer les ***cas généraux (a)*** du cas particulier du ***licenciement à raison du sexe (b)***.

a. En général

1° Indemnité pour résiliation abusive

aa. Principe

817

La partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité (art. 336a, al. 1 CO). *A contrario*, cela signifie qu'aucune indemnité n'est due si le licenciement n'est pas abusif¹⁵⁶².

¹⁵⁵⁶ TF, 6 juin 2011, 4A_190/2011, JT 2012 II 206, cons. 2.2 ; TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016 et 4A_491/2016, cons. 2.3.

¹⁵⁵⁷ TF, 7 septembre 2004, 4C.116/2004, ATF 130 III 699, JT 2006 I 193, SJ 2005 I 152, cons. 4.1 ; TF, 4 décembre 2015, 4A_437/2015, cons. 2.2.5 ; TF, 19 janvier 2017, 4A_217/2016, cons. 4.1.

¹⁵⁵⁸ TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016 et 4A_491/2016, cons. 2.3.

¹⁵⁵⁹ TF, 8 octobre 2010, 4A_348/2010 & 4A_358/2010, ATF 136 III 552, cons. 4.2 ; TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016 et 4A_491/2016, cons. 2.3.

¹⁵⁶⁰ TF, 9 janvier 2009, 5A_545/2007, ATF 135 III 232, cons. 1.2 ; TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016 et 4A_491/2016, cons. 2.3.

¹⁵⁶¹ TF, 29 avril 2015, 4A_535/2014, cons. 1.2 ; TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016 et 4A_491/2016, cons. 2.3.

¹⁵⁶² TF, 6 janvier 2016, 4A_487/2015, cons. 6.2 : le travailleur qui se fonde sur le caractère abusif de son licenciement pour arguer d'une violation du droit de sa personnalité et exiger le paiement de dommages-intérêts (dont un dommage ménager) ainsi qu'une indemnité pour tort moral ne peut voir ses conclusions que rejetées

L'indemnité pour licenciement abusif ne connaît pas de plancher ; en revanche, elle est plafonnée : elle ne peut dépasser le montant correspondant à **six mois de salaire** du travailleur (art. 336a, al. 2 CO), ou de **deux** mois de salaire en cas de licenciement ne respectant pas la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs (art. 336a, al. 3 CO).

818

bb. Périmètre de l'indemnité

Ni la loi, ni le message ne précisent ce qu'il faut entendre par « salaire » au sens de cet article. En revanche, dans le droit en vigueur avant la réforme du droit du licenciement de 1988, le Message précisait qu'il fallait inclure dans l'indemnité pour gain manqué du fait du licenciement immédiat injustifié, la gratification, la treizième mensualité et l'indemnité de départ auxquels le travailleur aurait eu droit si le contrat avait pris fin normalement¹⁵⁶³. En l'absence d'une autre définition plus restrictive, il faut entendre ici par « salaire » ***l'ensemble des revenus qu'un salarié tire de son emploi au service d'un employeur***. Le maximum de six mois inclut donc l'ensemble des rémunérations du salarié¹⁵⁶⁴, le salaire déterminant étant le salaire brut (non pas le salaire net), auquel s'ajoutent les prestations de l'employeur revêtant un caractère salarial contractuel¹⁵⁶⁵.

819

Il convient de se fonder sur le salaire du dernier mois ou, si ce dernier mois n'est pas représentatif, sur la moyenne des salaires de la dernière année¹⁵⁶⁶.

De manière générale, lorsque le code parle de « six mois de salaire du travailleur » (art. 336a, al. 2, art. 337c, al. 3 CO) ou fait toute autre référence au « salaire mensuel » (art. 337d, al. 1^{er} CO) ou au « salaire pour deux mois » (art. 339c, al. 1^{er} CO), « huit mois » (art. 339c, al. 2 CO)¹⁵⁶⁷, il faut prendre en considération le salaire fixe de base, le treizième salaire *pro rata temporis*¹⁵⁶⁸, la gratification contractuelle¹⁵⁶⁹, les indemnités de départ, la participation¹⁵⁷⁰, la provision, le salaire variable et toute autre rémunération variable dès lors qu'elle n'est pas discrétionnaire. En effet, la

820

lorsque le caractère abusif du licenciement est nié. En conséquence, le travailleur qui prétend avoir subi une violation de sa personnalité distincte du licenciement lui-même doit engager la responsabilité contractuelle, voire délictuelle, de son employeur.

¹⁵⁶³ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 399.

¹⁵⁶⁴ TF, 29 mars 2006, 4C.414/2005, cons. 4.3. Cf. également Staehelin, N 6 *ad* art. 336a CO ; Philippe Ehrenström, « Système et réforme des indemnités en cas de résiliation de rapports de travail de droit privé », Jusletter 20 juin 2011, N 25. Cette solution correspond d'ailleurs à celle retenue par le droit anglais (Norman Selwyn, *Selwyn's Law of Employment*, Oxford University Press, 15^e éd., 2008, p. 394). *Contra* : Alexandre Richa/David Raedler, « Le "bonus" soumis à une condition objective », GesKR 2012 526.

¹⁵⁶⁵ Cf. *infra* le chapitre sur les différentes formes de rémunérations.

¹⁵⁶⁶ TF, 8 octobre 2010, 4C_348/2010, cons. 6.5 (non publié in ATF 136 III 552) ; TF, 5 mars 2009, 4A_571/2008, cons. 5.1 ; TF, 15 février 2016, 4A_485/2015, cons. 4.1 ; cf. également Wyler/Heinzer, p. 659.

¹⁵⁶⁷ Cf. Jürg Emil Egli, *L'Indemnité de départ dans le contrat de travail*, Zurich, Juris Druck + Verlag, 1979, p. 95.

¹⁵⁶⁸ AG/ZH, 8 septembre 1981, JAR 1983 198 ; CAPH-GE, 10 février 1993, IX/538/91, cons. 2.3 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 12 *ad* art. 339c CO.

¹⁵⁶⁹ TF, 10 janvier 1980, JAR 1982 204 ; TF, 19 juin 1991, ATF 117 II 270, cons. 3b ; Christoph BALSIGER, *Die Abgangsentschädigung*, Zurich, Schulthess, 1995, p. 117.

¹⁵⁷⁰ Zivilgericht/BS, 23 février 1979, BJM 1979 127, JAR 1980 300.

systématique de la loi commande de prendre en considération tous les éléments inclus sous le titre « salaire » du code.

cc. Fixation de l'indemnité

821 L'indemnité est fixée par le juge, compte tenu de toutes les **circonstances** (art. 336a, al. 2, *in initio* CO)¹⁵⁷¹, en **équité** (cf. art. 4 CC)¹⁵⁷².

Deux sortes d'éléments figurent au nombre des circonstances que le juge doit prendre en compte :

- celles relatives à la **motivation** et à la **mise en œuvre** du congé : gravité de l'atteinte à la personnalité de celui qui a reçu le congé, manière dont la résiliation des rapports contractuels a été signifiée¹⁵⁷³, gravité de la faute de l'employeur et de l'éventuelle faute concomitante de l'employé¹⁵⁷⁴ ;

- celles relatives aux **effets économiques** du congé¹⁵⁷⁵ : âge du travailleur, situation au sein de l'entreprise, position sociale et situation sur le marché du travail¹⁵⁷⁶ et situation économique de l'employeur¹⁵⁷⁷.

822 Pour ce qui relève plus particulièrement du comportement des parties, il s'agit notamment d'observer, si l'employeur a permis au travailleur de s'exprimer sur les motifs ayant conduit au licenciement¹⁵⁷⁸ ou si, ayant connaissance de querelles au sein de l'entreprise, il a pris diverses mesures pour protéger la personnalité de ses employés. Selon la jurisprudence, cette dernière circonstance ne représente toutefois qu'un critère parmi d'autres permettant d'apprécier l'attitude de l'employeur, de sorte que, dans le contexte de la fixation de l'indemnité pour congé abusif, il n'est pas nécessaire de savoir si l'employeur a pris toutes les mesures exigées par l'article 328 du code des obligations¹⁵⁷⁹.

¹⁵⁷¹ TF, 30 juillet 1997, ATF 123 III 391, cons. 3 ; TF, 31 mai 2011, 4A_173/2011, JAR 2012 221, cons. 5.

¹⁵⁷² TF, 30 juillet 1997, ATF 123 III 391, cons. 3c ; TF, 15 février 2016, 4A_485/2015, cons. 4.1 ; TF, 13 janvier 2017, 4A_401/2016, cons. 6.2.2.

¹⁵⁷³ TF, 22 avril 1997, ATF 123 III 246, cons. 6a ; TF, 15 février 2016, 4A_485/2015, cons. 4.1.

¹⁵⁷⁴ TF, 23 mars 1991, ATF 119 II 157, cons. 2b ; TF, 13 janvier 2017, 4A_401/2016, cons. 6.2.1 ; TF, 2 juin 2017, 4A_699/2016, cons. 5.1.

¹⁵⁷⁵ TF, 30 juillet 1997, ATF 123 III 391, cons. 3c ; TF, 5 mars 2009, 4A_571/2008, cons. 5.1 ; TF, 15 février 2016, 4A_485/2015, cons. 4.1.

¹⁵⁷⁶ TF, 23 mars 1991, ATF 119 II 157, cons. 2b ; TF, 13 janvier 2017, 4A_401/2016, cons. 6.2.1.

¹⁵⁷⁷ TF, 28 mars 2002, 4C.86/2001, cons. 1d ; TF, 13 janvier 2017, 4A_401/2016, cons. 6.2.1 ; TF, 2 juin 2017, 4A_699/2016, cons. 5.1.

¹⁵⁷⁸ TF, 28 mars 2002, 4C.86/2001, cons. 1e ; TF, 13 janvier 2017, 4A_401/2016, cons. 6.2.1.

¹⁵⁷⁹ TF, 13 janvier 2017, 4A_401/2016, cons. 6.2.1.

D'après le Tribunal fédéral, il résulte de la casuistique sur la faute de l'employeur en matière de congé-représailles que l'indemnité se situe le plus souvent entre quatre et six mois de salaire¹⁵⁸⁰.

Des incidents **antérieurs** au congé et qui n'ont qu'un rapport indirect avec ce dernier ne peuvent pas être pris en considération dans la fixation de l'indemnité pour congé abusif¹⁵⁸¹.

823

Comme il n'existe pas de minimum pour le montant de l'indemnité à laquelle le salarié a droit en cas de licenciement abusif, dans l'hypothèse où le juge aurait octroyé une indemnité équivalant à un mois de salaire de base, sans tenir compte des provisions et du treizième salaire, le salarié devra – s'il veut obtenir une indemnité plus importante – démontrer en quoi le juge a outrepassé sa liberté d'appréciation en établissant l'indemnité à un montant inférieur à un mois de salaire¹⁵⁸².

Le plus simple selon nous, pour calculer l'échelle sur laquelle le juge fixera l'indemnité due, consiste à raisonner en **pourcentages** et non en mois de salaire. Ainsi, on calculera le montant maximal auquel peut prétendre le salarié (six mois de salaire de base, auxquels s'ajoutent la part du treizième salaire, de la gratification contractuelle et des autres rémunérations obligatoires), avant de déterminer le pourcentage de réparation qui doit être octroyé au salarié et qu'on appliquera, pour obtenir le montant dû, au montant maximal de réparation.

Le Tribunal fédéral n'intervient en matière de fixation de l'indemnité que si la décision attaquée s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, si elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou à l'inverse, si elle n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération ; il sanctionne en outre les décisions qui aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante¹⁵⁸³. Le Tribunal fédéral estime n'avoir pas pour mission d'étudier lui-même, en fait et en droit, les conséquences pécuniaires de licenciements éventuellement irréguliers ; il appartient donc au demandeur de proposer, sur la base des faits retenus par l'instance cantonale, les calculs et estimations nécessaires, ou de montrer sur quels points les constatations cantonales se révèlent incomplètes¹⁵⁸⁴.

824

Par exemple, un tribunal a pu fixer une indemnité pour licenciement abusif à quatre mois de salaire, lorsqu'il a constaté et pris en considération, outre la durée des rapports

¹⁵⁸⁰ TF, 28 mars 2002, 4C.86/2001, cons. 1 ; TF, 21 octobre 2003, 4C.177/2003, cons. 3.5 ; TF, 13 janvier 2017, 4A_401/2016, cons. 6.2.1 ; cf. également : Rehinder/Stöckli, N 15 *ad* art. 336a CO.

¹⁵⁸¹ TF, 16 juin 2005, 4C.84/2005, DTA 2005 246, cons. 4.2. Ces éléments peuvent toutefois fonder le droit à une indemnité pour tort moral, qui s'ajoute à l'indemnité pour congé abusif : cf. *infra*.

¹⁵⁸² TF, 20 mai 2010, 4A_59/2010, cons. 4.4. En effet, le Tribunal fédéral ne fixe pas de montant minimum que le salarié devrait recevoir à ce titre (TF, 11 mars 2011, 4A_660/2010, JAR 2012 171, cons. 3.3).

¹⁵⁸³ TF, 22 avril 1997, ATF 123 III 246, cons. 6a ; cf. également TF, 8 octobre 2010, 4C_348/2010, cons. 6.5 (non publié *in* ATF 136 III 552) ; TF, 15 février 2016, 4A_485/2015, cons. 4.1 ; TF, 13 janvier 2017, 4A_401/2016, cons. 6.2.2 ; cf. TF, 2 juin 2017, 4A_699/2016, cons. 5.2.

¹⁵⁸⁴ TF, 2 juin 2016, 4A_175/2016, cons. 5.

de travail, que le travailleur était âgé de quarante-six ans, qu'il n'avait pas retrouvé d'emploi, qu'il subissait une atteinte grave à sa personnalité, et que ses souffrances psychologiques l'empêchaient de se projeter dans un nouvel avenir professionnel¹⁵⁸⁵.

dd. Nature de l'indemnité

- 825 L'indemnité pour congé abusif a une fonction à la fois de sanction pour l'employeur et de réparation pour le travailleur¹⁵⁸⁶. Elle n'est pas un salaire¹⁵⁸⁷. Le montant du préjudice doit être fixé indépendamment du préjudice subi par la partie qui a reçu le congé : il ne dépend que du caractère abusif du congé¹⁵⁸⁸.

2° Dommages-intérêts

- 826 Sont réservés les dommages-intérêts qui pourraient être dus à un autre titre (art. 336a, al. 2, 2^e phr. CO). Le travailleur peut donc faire valoir des prétentions contractuelles après un licenciement abusif.

En particulier, lorsque l'employeur donne congé dans le but d'éviter le paiement d'une gratification au travailleur, le montant de la gratification ne sera pas imputé sur l'indemnité pour résiliation abusive, mais il devra être versé en sus¹⁵⁸⁹. De même, lorsque l'employeur a résilié le contrat de manière abusive et a, de ce fait, empêché l'avènement d'une condition de présence au mépris des règles de la bonne foi, le salarié peut lui demander la réparation intégrale du préjudice subi¹⁵⁹⁰.

- 827 Un cumul entre une indemnité pour licenciement abusif sur le fondement de l'article 336a du code des obligations et une prétention pour **tort moral** fondée sur l'article 49 du même code ne peut entrer en considération que si le travailleur a subi une atteinte à sa personnalité qui se distingue nettement de celle résultant déjà du congé abusif¹⁵⁹¹. En effet, lorsque l'atteinte à la personnalité du salarié congédié abusivement découle du licenciement, l'indemnité de l'article 336a inclut d'ores et déjà, en principe, la réparation du tort moral subi par le travailleur licencié¹⁵⁹². Le Tribunal fédéral n'exclut pas une réparation supplémentaire du tort moral, lorsque l'atteinte est grave au point qu'un montant correspondant à six mois de salaire ne suffirait pas à la réparer¹⁵⁹³.

¹⁵⁸⁵ TF, 4 mai 2016, 4A_694/2015, cons. 5.

¹⁵⁸⁶ TF, 2 juin 2017, 4A_699/2016, cons. 5.1.

¹⁵⁸⁷ Message du Conseil fédéral, 9 mai 1984, FF 1984 II 624.

¹⁵⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁹⁰ TF, 6 juin 2006, 4C.97/2006, DTA 2006 271-272, JAR 2007 270, cons. 4.

¹⁵⁹¹ TF, 22 avril 2009, 4A_590/2008, ATF 135 III 405, cons. 3.2 ; TF, 19 janvier 2017, 4A_217/2016, cons. 5.1.

¹⁵⁹² TF, 8 janvier 1999, 4C.310/1998, SJ 1999 I 277, cons. 4a ; TF, 30 juillet 1997, ATF 123 III 391 consid. 3 ; TF, 16 juin 2005, 4C.84/2005, DTA 2005 246, cons. 5.1.

¹⁵⁹³ TF, 8 janvier 1999, 4C.310/1998, SJ 1999 I 277, cons. 4a ; TF, 16 juin 2005, 4C.84/2005, DTA 2005 246, cons. 5.1.

En revanche, comme l'article 336a, alinéa 2 réserve les dommages-intérêts qui pourraient être dus à un autre titre, le travailleur conserve le droit de réclamer la réparation du préjudice résultant d'une cause autre que celle liée au caractère abusif du congé¹⁵⁹⁴, par exemple le tort moral résultant d'un harcèlement antérieur au congé abusif¹⁵⁹⁵. La jurisprudence a ainsi admis le versement d'une indemnité pour tort moral en application de l'article 49 du code des obligations, indépendamment de l'indemnité prévue à l'article 336a, afin de réparer le tort moral subi par une caissière de magasin victime de harcèlement sexuel et licenciée parce qu'elle s'en était plainte¹⁵⁹⁶, ou celui subi par des mois de tensions intenses vécues sur le lieu de travail en raison de la maladie mentale d'un directeur¹⁵⁹⁷.

828

Rémunération variable et responsabilité civile. La rémunération variable doit être prise en compte dans le calcul du dommage d'un salarié licencié qui attaque la personne qui, l'ayant dénoncé aux autorités pénales, se trouve directement à l'origine de son licenciement (par exemple parce qu'il a envoyé le procès-verbal d'inculpation à son employeur). Dans cette hypothèse, la quotité de la part variable du salaire peut être estimée selon les principes de l'article 42, alinéa 2 du code des obligations¹⁵⁹⁸.

829

b. En cas de licenciement à raison du sexe

La sanction du licenciement à raison du sexe présente une particularité : la résiliation est, à certaines conditions, **annulable** (art. 10, al. 1 LEg).

830

Les conditions de l'annulabilité de la résiliation sont les suivantes :

1° la résiliation **ne repose pas sur un motif justifié**¹⁵⁹⁹. L'employeur peut se prévaloir d'un motif justifié de congé pour faire échec à l'annulation du licenciement. La notion de « motif justifié » au sens de cette disposition est la même que celle qui prévaut dans le régime des clauses de non-concurrence¹⁶⁰⁰, auquel il faut donc se référer¹⁶⁰¹, ainsi qu'aux motifs justificatifs admissibles dans le cadre des congés à raison d'une caractéristique inhérente à la personnalité¹⁶⁰² ou de l'exercice d'un droit constitutionnel¹⁶⁰³. L'employeur supporte la charge de la preuve du motif justifié¹⁶⁰⁴ ;

¹⁵⁹⁴ Cf. TF, 30 juillet 1997, ATF 123 III 391, cons. 3c.

¹⁵⁹⁵ TF, 21 octobre 2003, 4C.177/2003, cons. 4.1 ; TF, 16 juin 2005, 4C.84/2005, DTA 2005 246, cons. 5.1.

¹⁵⁹⁶ TF, 8 janvier 1999, 4C.310/1998, SJ 1999 I 277, cons. 4c.

¹⁵⁹⁷ TF, 16 juin 2005, 4C.84/2005, DTA 2005 246, cons. 5.2.

¹⁵⁹⁸ TF, 28 avril 2008, 5A.690/2007.

¹⁵⁹⁹ Pour une interprétation retenue sur un fondement indirect à celui de la loi sur l'égalité, cf. TF, 21 janvier 2016, 4A_567/2015, DTA 2016 29, cons. 4.4.

¹⁶⁰⁰ Message du Conseil fédéral, 24 février 1993, FF 1993 I 1222 ; Adrian von Känel, « Begriff und Voraussetzungen der Kündigungsanfechtung nach Art. 10 Gleichstellungsgesetz », ArbR 2008 61.

¹⁶⁰¹ Cf. *infra*.

¹⁶⁰² Cf. *supra*.

¹⁶⁰³ Adrian von Känel, « Begriff und Voraussetzungen der Kündigungsanfechtung nach Art. 10 Gleichstellungsgesetz », ArbR 2008 61. Cf. *supra*.

2° la résiliation ***fait suite à une réclamation*** contre une discrimination à raison du sexe¹⁶⁰⁵, adressée à un supérieur ou à un autre organe compétent au sein de l'entreprise, à l'ouverture d'une ***procédure*** de conciliation ou à l'introduction d'une action en justice (art. 10, al. 1 LEg), ou à une ***action judiciaire intentée par une organisation*** au sens de l'article 7 de la loi sur l'égalité (art. 10, al. 5 LEg).

831 Ce n'est donc que dans le cas d'un ***congé-représailles***¹⁶⁰⁶ que le licenciement peut être annulé¹⁶⁰⁷. Le régime général du congé-représailles est dès lors applicable, ce qui signifie notamment que la bonne foi du travailleur est présumée, et qu'il n'est pas nécessaire que la réclamation portée par le travailleur soit juridiquement fondée, dès lors qu'elle n'est formulée de manière ni chicanière ni téméraire¹⁶⁰⁸.

Selon une décision cantonale, le travailleur devrait avoir expressément invoqué la violation de l'égalité entre hommes et femmes dans le cadre de sa réclamation auprès de l'employeur¹⁶⁰⁹. Une telle exigence pourrait toutefois être difficile à remplir, par exemple en cas de discrimination indirecte. À notre avis, il suffit qu'une telle violation découle de la revendication formulée par le travailleur.

832 **Durée de la protection.** La protection commence dès la première réclamation formulée auprès de l'employeur¹⁶¹⁰. Le travailleur doit prouver avoir formulé ou renouvelé sa réclamation six mois au plus tard avant le prononcé du licenciement¹⁶¹¹. Elle s'étend pendant toute la durée des démarches effectuées au sein de l'entreprise, durant la procédure de conciliation et durant tout le procès, et encore pendant le semestre qui suit la clôture des démarches ou de la procédure (art. 10, al. 2 LEg)¹⁶¹². Si un congé abusif intervient au-delà de cette période, ce sont les articles 336 et suivants du code des obligations qui s'appliquent ; le congé abusif peut alors seulement donner lieu à une indemnisation¹⁶¹³.

833 **Réengagement provisoire.** Le juge peut ordonner le réengagement provisoire du travailleur pour la durée de la procédure lorsqu'il paraît vraisemblable que les

¹⁶⁰⁴ Message du Conseil fédéral, 24 février 1993, FF 1993 I 1222 ; Adrian von Känel, « Begriff und Voraussetzungen der Kündigungsanfechtung nach Art. 10 Gleichstellungsgesetz », ArbR 2008 61.

¹⁶⁰⁵ VG/ZH, 6 mars 2013, VB.2012.00612, *Entscheide des Zürcher Verwaltungsgerichts*, cons. 2.3.

¹⁶⁰⁶ Cf. *supra* n° 783 et s.

¹⁶⁰⁷ Stéphanie Perrenoud, « La protection contre les discriminations fondées sur la maternité selon la LEg », in Jean-Philippe Dunand/Karine Lempen/Pascal Mahon (édit.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2016, p. 93.

¹⁶⁰⁸ Cf. *supra*. Semblant exiger la preuve d'une discrimination réelle, ce qui irait à l'encontre même du régime du congé-représailles, et devrait être réservé au congé discriminatoire des articles 336, al. 1, a CO et 3 Leg : VG/ZH, 6 mars 2013, VB.2012.00612, *Entscheide des Zürcher Verwaltungsgerichts*, cons. 2.4.

¹⁶⁰⁹ KG/SG, 18 septembre 2009, GVP 2009 n° 22, JAR 2010 574, cons. 2.

¹⁶¹⁰ Adrian von Känel, « Begriff und Voraussetzungen der Kündigungsanfechtung nach Art. 10 Gleichstellungsgesetz », ArbR 2008 59.

¹⁶¹¹ TF, 14 mai 2010, 4A_178/2010, JAR 2011 193, cons. 3.

¹⁶¹² VG/ZH, 29 juin 2016, VB.2016.00057, *Entscheide des Zürcher Verwaltungsgerichts*, cons. 2.2.

¹⁶¹³ Message du Conseil fédéral, 24 février 1993, FF 1993 I 1222.

conditions d'une annulation du congé sont remplies (art. 10, al. 3, 2^e phr. LEg). Une telle possibilité présuppose logiquement que le travailleur formule une requête de réintégration provisoire préalablement à toute demande de jugement sur le fond, par exemple dans le cadre de mesures provisionnelles¹⁶¹⁴ ou superprovisionnelles¹⁶¹⁵.

Indemnité. À la place de l'annulabilité, le travailleur peut toujours renoncer, au cours du procès, à poursuivre les rapports de travail ; il peut alors demander une indemnité au sens de l'article 336a du code des obligations en lieu et place de l'annulation du congé (art. 10, al. 4 LEg).

834

Fonction publique. En matière de rapports de travail de droit public, des sanctions spécifiques existent également. Par exemple, l'employé de la Confédération dont le rapport d'emploi a été résilié parce qu'il a dénoncé des crimes poursuivis d'office dont il a eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions, ou pour un motif abusif selon l'article 336 du code des obligations, ou pendant une période de protection selon l'article 336c, alinéa 1, ou encore en raison d'une discrimination à raison du sexe, doit se voir proposer une réintégration ; alternativement, il peut demander une indemnité allant en principe de six à douze mois de salaire (art. 34c LPers).

835

Le règlement sur le personnel de la ville de Zurich prévoit qu'en cas de licenciement injustifié, l'employé doit être réintégré **à son poste ou à un autre poste au sein de l'administration** ; si, pour des raisons valables, une réintégration n'est pas possible, l'employé doit être indemnisé selon les principes du droit des obligations relatifs au congé abusif ; de telles raisons existent lorsque, comme en l'espèce, le travailleur a déposé plainte pénale contre son employeur, démontrant une aggravation de la situation déjà conflictuelle et tendue entre les parties ; en admettant le contraire, l'autorité précédente a fait une application arbitraire de la disposition litigieuse¹⁶¹⁶.

4) Mise en œuvre de la protection contre le congé abusif

La partie qui entend demander l'indemnité fondée sur les articles 336 et 336a doit faire **opposition** au congé par écrit auprès de l'autre partie **au plus tard avant** la fin du délai de congé (art. 336b, al. 1 CO).

836

Selon la jurisprudence, il ne faut pas poser des exigences trop élevées à la **formulation** de cette opposition écrite : il suffit que son auteur y manifeste à l'égard de l'employeur qu'il n'est pas d'accord avec le congé qui lui a été notifié¹⁶¹⁷. Il n'y a toutefois pas

837

¹⁶¹⁴ TC/NE, 14 juin 2012, RJN 2012 167, cons. 4.

¹⁶¹⁵ Streiff/von Känel/Rudolph, N 8 ad art. 336 CO, p. 1022.

¹⁶¹⁶ TF, 27 janvier 2015, 8C_343/2014.

¹⁶¹⁷ TF, 22 avril 1997, ATF 123 III 246, cons. 4c ; 16 novembre 2009, 4A_347/2009, ATF 136 III 96, JT 2013 II 296, com. Chanson in DTAonline 2010 412, com. Berger in RJB 2012 172, com. Koller/Sennhauser in RJB 2012 441, cons. 2 ; TF, 8 avril 2004, 4C.39/2004, cons. 2.1 ; TF, 25 octobre 2006, 4C.233/2006, cons. 3 ; TF, 5 mars 2009, 4A_571/2008, cons. 4.1.2 ; TF, 8 septembre 2014, 4A_320/2014.

d'opposition lorsque le travailleur s'en prend uniquement à la motivation de la résiliation, ne contestant que les motifs invoqués dans la lettre de congé, et non à la fin des rapports de travail en tant que telle¹⁶¹⁸.

Selon la jurisprudence également, l'opposition a pour but de permettre à l'employeur de prendre conscience que son employé conteste le licenciement et le considère comme abusif ; elle tend à encourager les parties à engager des pourparlers et à examiner si les rapports de travail peuvent être maintenus¹⁶¹⁹. Dans cette perspective, le droit du travailleur de réclamer l'indemnité pour licenciement abusif s'éteint si le travailleur refuse l'offre – sincère – formulée par l'employeur de retirer la résiliation¹⁶²⁰.

838 La partie qui reçoit un congé et ne fait pas valablement opposition est réputée, en vertu d'une présomption irréfragable, avoir accepté la résiliation : procéduralement, elle ne peut plus intenter qu'une action en constatation de l'illicéité de la résiliation¹⁶²¹.

839 Le moment déterminant pour le respect du délai prévu pour faire opposition est celui où l'opposition parvient à la partie qui a signifié le congé : l'opposition doit donc, en tant que **déclaration de volonté sujette à réception**, intervenir avant l'échéance du délai de résiliation¹⁶²².

840 En cas de discrimination à raison du **sexe**, la procédure de l'article 336b du code des obligations s'applique également (art. 9 LEg). Par ailleurs, s'il entend demander l'annulation de la décision de licenciement, le travailleur doit saisir le tribunal **durant le délai de congé** (art. 10, al. 3 LEg). Le juge peut alors ordonner le réengagement provisoire du travailleur pour la durée de la procédure, à condition qu'il paraisse vraisemblable que les conditions d'une annulation congé sont remplies (art. 10, al. 3 LEg).

841 Si l'opposition est valable et que les parties ne s'entendent pas pour maintenir le rapport de travail, la partie qui a reçu le congé peut alors faire valoir en justice sa prétention à une indemnité (art. 336b, al. 2, 1^e phr. CO).

842 Elle doit agir par voie d'action en justice dans les **cent quatre-vingts jours** à compter de la fin du contrat, sous peine de **péremption** (art. 336b, al. 2, 2^e phr. CO).

¹⁶¹⁸ TF, 8 avril 2004, 4C.39/2004, cons. 2.4 ; TF, 5 mars 2009, 4A_571/2008, cons. 4.1.2 ; TF, 8 septembre 2014, 4A_320/2014.

¹⁶¹⁹ TF, 5 mars 2009, 4A_571/2008, cons. 4.1.2 ; TF, 8 septembre 2014, 4A_320/2014.

¹⁶²⁰ TF, 16 novembre 2007, 4A_346/2007, ATF 134 III 67, cons. 5 ; TF, 8 septembre 2014, 4A_320/2014 ; cf. également : Wyler/Heinzer, p. 667.

¹⁶²¹ TF, 16 novembre 2009, 4A_347/2009, ATF 136 III 96, JT 2013 II 296, com. Chanson *in* DTAonline 2010 412, com. Berger *in* RJB 2012 172, com. Koller/Sennhauser *in* RJB 2012 441, cons. 2.2.

¹⁶²² TF, 16 novembre 2009, 4A_347/2009, précité, cons. 2.3.

§ 4 : La fin extraordinaire du contrat à durée déterminée ou indéterminée (avec effet immédiat)

Par la résiliation du rapport de travail avec effet immédiat, le rapport d'emploi prend fin au moment même de la notification de la résiliation, sans respect ni du délai de congé applicable ni des périodes de protection.

843

Ainsi, lorsque l'employeur communique une résiliation extraordinaire pour justes motifs, les rapports de travail cessent en fait et en droit le jour même où le congé est communiqué, peu important qu'il soit justifié ou injustifié, que son exercice soit jugé tardif¹⁶²³ ou qu'il ait été donné pendant une période de protection contre les licenciements en temps inopportun¹⁶²⁴. Une telle résiliation est, en soi, possible en tout temps, même si le travailleur aurait été protégé contre un licenciement ordinaire prononcé en temps inopportun au sens de l'article 336c du code des obligations¹⁶²⁵.

En outre, puisque le rapport d'emploi a cessé, une éventuelle incapacité ultérieure de prester est sans incidence : le travailleur n'a plus à offrir ses services et le régime du maintien de la rémunération en cas d'empêchement de travailler est inapplicable. Par conséquent, une cour cantonale erre lorsque, au motif que l'employé n'aurait pas pu offrir ses services en raison de sa maladie, elle applique l'article 324a du code des obligations¹⁶²⁶.

844

La résiliation immédiate du rapport d'emploi suppose, pour qu'elle sortisse ses **effets** attendus (**B**), que certaines **conditions** soient remplies (**A**). À défaut, la résiliation immédiate, si elle est injustifiée, doit être **sanctionnée** (**C**).

845

Champ d'application. Le licenciement immédiat d'un travailleur en location de services est également régi par les articles 337 et suivants du code des obligations¹⁶²⁷. Ce régime est aussi applicable, par analogie, au contrat d'agence (cf. art. 418r CO).

846

Il n'existe pas de place pour d'autres sortes de résiliation, à côté de la résiliation ordinaire ou de la résiliation extraordinaire du rapport d'emploi. Aussi, la **suspension provisoire de travail sans salaire** ne correspond à aucune fin de contrat de travail prévue par le droit privé suisse. Selon la jurisprudence, il y a donc lieu d'admettre, en l'absence d'accord du travailleur avec cette mesure, qu'elle équivaut à une résiliation immédiate pour justes motifs au sens de l'article 337, alinéa 1 du code des obligations¹⁶²⁸.

847

¹⁶²³ TF, 24 août 2004, 4C.348/2003, cons. 3.3 ; TF, 13 décembre 2005, 4C.291/2005, cons. 3 et 4 ; TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.1.2.

¹⁶²⁴ Wyler/Heinzer, p. 596.

¹⁶²⁵ TF, 10 mars 2005, 4C.413/2004, cons. 2.4 ; TF, 1er décembre 2016, 4A_521/2016, cons. 2.2.3 ; TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.1.2.

¹⁶²⁶ TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 6.1.

¹⁶²⁷ TF, 1er décembre 2016, 4A_521/2016, cons. 2.1.

¹⁶²⁸ TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 6.1.

848 **Licenciement immédiat ou abandon d'emploi ?** Il y a licenciement immédiat et non pas abandon d'emploi, dans des circonstances concrètes où, premièrement, compte tenu notamment des autres licenciements que l'employeuse venait de signifier à ses proches, un employé pouvait de bonne foi inférer qu'elle entendait désormais se passer de ses services en le privant de tout accès à ses locaux professionnels, et où, deuxièmement, l'employeuse n'a pas détrompé l'employé à réception d'une lettre qu'il lui a envoyée, et où, troisièmement, l'employeuse elle-même concède que l'initiative du licenciement lui revient lorsqu'elle répète dans son recours que « sous peine de mettre en péril le bon fonctionnement [...] de la société [...], il n'y avait donc d'autre choix que de se séparer » de l'employé¹⁶²⁹.

A. Conditions

849 Pour être licite, la résiliation immédiate doit reposer sur de **justes motifs** (art. 337, al. 1 CO).

Les « justes motifs » se déterminent conformément à la bonne foi, la loi précisant que sont notamment considérées comme de justes motifs « toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail » (art. 337, al. 2 CO).

850 À l'inverse de la résiliation abusive, qui implique que la charge de la preuve repose sur la partie dont le contrat a été résilié, c'est **à la partie qui résilie avec effet immédiat qu'il revient de démontrer qu'existait un juste motif l'autorisant à procéder de la sorte**¹⁶³⁰.

851 Le juge apprécie s'il existe de justes motifs (art. 337, al. 3 CO)¹⁶³¹. Pour ce faire, il doit appliquer les règles du droit et de l'équité (cf. art. 4 CC)¹⁶³². Lorsqu'une partie veut mettre en évidence un abus dans le pouvoir d'appréciation reconnu au juge, elle doit au moins mettre sérieusement en doute que son comportement ait pu justifier une résiliation immédiate¹⁶³³.

852 Les comparaisons avec d'autres décisions judiciaires doivent être effectuées avec circonspection : les justes motifs de l'article 337 du code des obligations supposent d'examiner l'ensemble des circonstances et laissent une large place à l'appréciation, de sorte qu'établir une casuistique en se focalisant sur un seul élément du dossier, sorti de son contexte, n'est pas significatif¹⁶³⁴.

¹⁶²⁹ TF, 21 avril 2017, 4A_711/2016, cons. 4.

¹⁶³⁰ TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016 et 4A_491/2016, cons. 2.1.

¹⁶³¹ Cf. TF, 26 septembre 2016, 4A_288/2016, cons. 4.1.

¹⁶³² TF, 27 septembre 2016, 4A_153/2016, cons. 2.1 ; TF, 18 janvier 2017, 4A_559/2016, cons. 5.1.

¹⁶³³ TF, 14 mars 2017, 4A_519/2016, cons. 7.

¹⁶³⁴ TF, 22 juillet 2014, 4A_60/2014, SJ 2014 I 481, cons. 3.2 ; TF, 17 décembre 2014, 4A_404/2014, JAR 2015 423, cons. 3.

Le Tribunal fédéral ne revoit qu'avec réserve la décision d'équité prise par la cour cantonale¹⁶³⁵. Il intervient lorsque celle-ci s'écarte sans raison des règles établies par 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 à l'inverse, lorsqu'elle n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération¹⁶³⁶. Autrement dit, le Tribunal fédéral a pleine cognition sur l'appréciation exercée par les juges cantonaux, mais il limite son contrôle aux écarts trop importants par rapport à la norme standard, ainsi qu'à la prise en considération de faits non pertinents ou à la non-prise en considération de faits pertinents¹⁶³⁷. Le Tribunal fédéral sanctionne en outre les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante¹⁶³⁸.

853

1) Notion de justes motifs de résiliation immédiate

a. Principes

1° Nature

Selon la jurisprudence, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière **restrictive**¹⁶³⁹. Il s'agit d'une mesure **exceptionnelle**¹⁶⁴⁰.

854

2° Critère

Les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la **perte du rapport de confiance qui constitue le fondement** du rapport de travail¹⁶⁴¹. Il ne suffit pas que la relation de confiance entre les parties soit détruite sur le plan subjectif. Encore faut-il que, **objectivement**, la continuation des rapports de travail jusqu'à l'échéance du contrat ne puisse pas être attendue de la partie qui donne le congé¹⁶⁴².

855

¹⁶³⁵ TF, 5 mai 2003, 4C.67/2003, ATF 129 III 380, cons. 2 ; TF, 21 octobre 2003, 4C.223/2003, ATF 130 III 28, cons. 4.1 ; TF, 2 novembre 2015, 4A_395/2015, cons. 3.6.

¹⁶³⁶ TF, 21 octobre 2003, 4C.223/2003, ATF 130 III 28, cons. 4.1 ; TF, 9 janvier 2004, 4C.258/2003, ATF 130 III 213, JT 2004 I 223, PJA 2004 1426, com. Groner *in* recht 2004 160, com. Sommer *in* PJA 2004 1059, cons. 3.1 ; TF, 26 septembre 2016, 4A_288/2016, cons. 4.1 ; TF, 27 septembre 2016, 4A_153/2016, cons. 2.1 ; TF, 18 janvier 2017, 4A_559/2016, cons. 5.1.

¹⁶³⁷ TF, 5 mai 2003, 4C.67/2003, ATF 129 III 380 ; TF, 21 octobre 2003, 4C.223/2003, ATF 130 III 28 ; TF, 9 janvier 2004, 4C.258/2003, ATF 130 III 213, JT 2004 I 223, PJA 2004 1426, com. Groner *in* recht 2004 160, com. Sommer *in* PJA 2004 1059 ; TF, 11 août 2016, 4A_109/2016, ATF 142 III 579, JT 2016 II 327, com. Witzig *in* Droitdu travail.ch septembre 2016, cons. 4.

¹⁶³⁸ TF, 28 avril 2011, 4A_53/2011, ATF 137 III 303, JT 2011 II 390, SJ 2011 I 453, JAR 2012 205 cons. 2.1.1 ; TF, 27 septembre 2016, 4A_153/2016, cons. 2.1.

¹⁶³⁹ TF, 18 janvier 2017, 4A_559/2016, cons. 5.1.

¹⁶⁴⁰ Message du Conseil fédéral, 9 mai 1984, FF 1984 II 635 ; TF, 8 octobre 2014, 4A_188/2014, cons. 2 ; TF, 27 septembre 2016, 4A_153/2016, cons. 2.1.

¹⁶⁴¹ TF, 28 avril 2011, 4A_53/2011, ATF 137 III 303, précité, cons. 2.1.1 ; TF, 27 septembre 2016, 4A_153/2016, cons. 2.1 ; TF, 18 janvier 2017, 4A_559/2016, cons. 5.1.

¹⁶⁴² TF, 28 avril 2011, 4A_53/2011, ATF 137 III 303, précité, cons. 2.1.1 ; cf. TF, 5 mai 2003, 4C.67/2003, ATF 129 III 380, cons. 2.2.

- 856 À cet effet, le juge doit prendre en considération tous les éléments de l'espèce, notamment la **position** et la **responsabilité** du travailleur, le **type** et la **durée** des rapports contractuels, ainsi que la **nature** et l'**importance** des manquements¹⁶⁴³. La **durée restant à courir** avant la fin du délai de congé ordinaire doit également être prise en compte dans l'appréciation des justes motifs sous l'angle de la bonne foi¹⁶⁴⁴.
- 857 En particulier, un **manquement au devoir de fidélité** du travailleur (cf. art. 321a CO) peut constituer un juste motif de congé¹⁶⁴⁵. Selon la jurisprudence, les rapports de confiance sont à la base du rapport de travail, à telle enseigne que si ceux-ci sont ébranlés ou détruits, notamment en raison de la violation du devoir de fidélité du travailleur, cela peut légitimer la cessation immédiate des rapports de travail¹⁶⁴⁶.
- 858 Pour rappel : le juge civil n'est pas tenu par les constatations factuelles et l'appréciation des preuves faites par le **juge pénal**¹⁶⁴⁷.

3° Évaluation

- 859 Seul un manquement **particulièrement grave** du travailleur justifie son licenciement immédiat ; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un **avertissement**¹⁶⁴⁸.
- 860 Par manquement du travailleur, la jurisprudence entend en règle générale la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, mais d'autres incidents peuvent aussi justifier une résiliation immédiate¹⁶⁴⁹. Autrement dit, il faut « une faute particulièrement grave du travailleur, objectivement propre à rompre ou du moins à ébranler si fortement le lien de confiance que la poursuite du contrat ne puisse plus être exigée de l'employeur, voire une faute moins grave si elle est répétée malgré un avertissement »¹⁶⁵⁰.

¹⁶⁴³ TF, 11 mai 2001, ATF 127 III 351, cons. 4a ; TF, 21 octobre 2003, 4C.223/2003, ATF 130 III 28, cons. 4.1 ; TF, 28 avril 2011, 4A_53/2011, ATF 137 III 303, précité, cons. 2.1.1 ; TF, 27 septembre 2016, 4A_153/2016, cons. 2.1 ; TF, 18 janvier 2017, 4A_559/2016, cons. 5.1.

¹⁶⁴⁴ TF, 28 juin 2004, 4C.95/2004 ; TF, 11 août 2016, 4A_109/2016, ATF 142 III 579, JT 2016 II 327, com. Witzig in Droitdu travail.ch septembre 2016, cons. 4 ; TF, 26 septembre 2016, 4A_288/2016, cons. 4.2.

¹⁶⁴⁵ TF, 19 novembre 1991, ATF 117 II 560, cons. 3a ; TF, 17 décembre 2014, 4A_404/2014, JAR 2015 423, cons. 4 ; TF, 18 janvier 2017, 4A_559/2016, cons. 5.1.

¹⁶⁴⁶ TF, 19 décembre 2000, ATF 127 III 86, cons. 2c ; TF, 27 juillet 2015, 4A_138/2015, DTA 2015 203, cons. 3.1.

¹⁶⁴⁷ TF, 27 mars 2014, 4A_533/2013, cons. 3.3 ; TF, 25 février 2015, 4A_276/2014, cons. 2.5 ; TF, 12 septembre 2016, 4A_169/2016, cons. 6.4.3.

¹⁶⁴⁸ TF, 5 mai 2003, 4C.67/2003, ATF 129 III 380, cons. 2.1 ; TF, 9 janvier 2004, 4C.258/2003, ATF 130 III 213, cons. 3.1 ; TF, 8 octobre 2014, 4A_188/2014, cons. 2 ; TF, 11 août 2016, 4A_109/2016, ATF 142 III 579, JT 2016 II 327, com. Witzig in Droitdu travail.ch septembre 2016, cons. 4 ; TF, 26 septembre 2016, 4A_288/2016, cons. 4.2 ; TF, 27 septembre 2016, 4A_153/2016, cons. 2.1 ; TF, 18 janvier 2017, 4A_559/2016, cons. 5.1.

¹⁶⁴⁹ TF, 21 octobre 2003, 4C.223/2003, ATF 130 III 28 consid. 4.1 ; TF, 27 septembre 2016, 4A_153/2016, cons. 2.1 ; TF, 18 janvier 2017, 4A_559/2016, cons. 5.1.

¹⁶⁵⁰ TF, 5 mai 2003, 4C.67/2003, ATF 129 III 380 ; TF, 21 octobre 2003, 4C.223/2003, ATF 130 III 28 ; TF, 9 janvier 2004, 4C.258/2003, ATF 130 III 213 ; TF, 11 août 2016, 4A_109/2016, ATF 142 III 579, JT 2016 II 327, com. Witzig in Droitdu travail.ch septembre 2016, cons. 4.

Régime de l'avertissement. Un licenciement immédiat est justifié lorsque le travailleur ne modifie pas son comportement malgré un avertissement exprès de l'employeur et que la continuation des rapports de travail ne peut dès lors plus être raisonnablement exigée¹⁶⁵¹. L'exigence d'un avertissement n'entre en ligne de compte qu'en matière de congé pour justes motifs, lorsque le manquement aux obligations contractuelles du travailleur ne justifie pas, par sa nature et sa gravité, un licenciement immédiat¹⁶⁵².

861

L'avertissement a une double fonction de réprimande et d'avertissement *stricto sensu*. La nature, l'importance et la fréquence des manquements, tout comme la réaction du travailleur à l'avertissement doivent être pris en compte¹⁶⁵³. Le Tribunal fédéral, selon ses propres termes, se refuse à poser des règles rigides sur le nombre et le contenu des avertissements dont la méconnaissance, par le travailleur, permettrait de justifier un licenciement immédiat, insistant sur le fait qu'« il relèvera toujours du pouvoir d'appréciation du juge de déterminer s'il y a gravité suffisante dans un cas donné »¹⁶⁵⁴. Si l'avertissement ne doit pas nécessairement comporter, dans chaque cas, une menace expresse de résiliation immédiate du contrat, il n'en demeure pas moins que, par l'avertissement, l'employeur doit clairement faire comprendre au travailleur qu'il considère le comportement incriminé comme inadmissible et que sa répétition ne restera pas sans sanction ; le travailleur doit savoir quelle attitude ne sera plus tolérée à l'avenir¹⁶⁵⁵.

862

Lorsque l'employeur, dans un avertissement, reproche au travailleur des arrivées tardives, il souligne ce faisant la nécessité de respecter les horaires de travail ; le travailleur ne peut se prévaloir du fait qu'un départ anticipé en fin de journée ne serait pas inclus dans l'avertissement¹⁶⁵⁶.

Toutefois, même si un avertissement a été prononcé, il faut toujours évaluer l'ensemble des circonstances concrètes de l'affaire pour déterminer si un licenciement immédiat est justifié ou non. Par exemple, le fait, pour un employé de banque dont l'ex-amie se présente inopinément sur son lieu de travail, de laisser discuter cette dernière de façon véhémement dans les locaux de la banque et de la conduire dans une salle de conférence pour tenter de la calmer – après avoir notamment prévenu sa supérieure hiérarchique de l'incident –, ne saurait justifier un licenciement immédiat, alors même que, près d'une année et demie auparavant, l'intéressé avait été expressément invité à ne plus permettre l'accès de tiers à la zone en question¹⁶⁵⁷.

863

¹⁶⁵¹ TF, 15 septembre 2014, 8C_340/2014, ATF 140 I 320, JT 2015 II 120, RDAF 2015 I 447, com. Wyler in JT 2015 II 121, com. Chavanne in Plaidoyer 2015 4 40, com. Dunand in Droitdu travail.ch janvier 2015, cons. 6.

¹⁶⁵² TF, 27 juillet 2015, 4A_138/2015, DTA 2015 203, cons. 3.2.2.

¹⁶⁵³ TF, 12 janvier 2006, 4C.364/2005, cons. 2.3 ; TF, 26 septembre 2016, 4A_288/2016, cons. 4.4.

¹⁶⁵⁴ TF, 14 février 2001, ATF 127 III 153, cons. 1c ; TF, 30 avril 2007, 4C.10/2007, cons. 2.1.

¹⁶⁵⁵ TF, 5 juillet 2004, 4C.187/2004, cons. 5.1 ; TF, 12 janvier 2006, 4C.364/2005, cons. 2.3 ; TF, 30 avril 2007, 4C.10/2007, cons. 2.1.

¹⁶⁵⁶ TF, 26 septembre 2016, 4A_288/2016, cons. 5.

¹⁶⁵⁷ TF, 27 septembre 2016, 4A_153/2016, cons. 2.2.

864 En droit de la fonction publique, il a été jugé qu'un avertissement n'était pas nécessaire lorsqu'il résulte de l'attitude du travailleur qu'une telle démarche serait d'emblée inutile¹⁶⁵⁸.

4° *Étendue du contrôle sur les actes du travailleur*

865 Selon la jurisprudence, tant les faits relevant de l'activité professionnelle que ceux appartenant à la vie privée du travailleur peuvent constituer un justif motif de licenciement immédiat, à condition que l'acte soit suffisamment grave¹⁶⁵⁹ et emporte des conséquences directes sur le rapport de travail¹⁶⁶⁰. Toutefois, sauf à réduire à néant la spécificité du régime des entreprises de conviction et la protection constitutionnelle de la sphère privée¹⁶⁶¹, la prise en compte d'un fait relevant de la vie privée du travailleur devrait demeurer tout à fait exceptionnelle et n'être considéré comme pertinent qu'en raison de ses conséquences objectives sur le rapport de travail.

5° *Caractère impératif du régime légal*

866 La convention des parties ne peut s'opposer au régime légal tel qu'exposé ici (cf. art. 361, al. 1 CO)¹⁶⁶². Si les parties envisagent (par contrat individuel, contrat-type ou convention collective) des circonstances qui devraient selon elles conduire à une résiliation immédiate, le juge ne saurait être tenu par une telle clause¹⁶⁶³. Aussi le juge peut-il admettre comme un juste motif de résiliation immédiate dans une circonstance pourtant exclue par les parties¹⁶⁶⁴ ou, inversement, ne pas admettre un juste motif que les parties avaient contractuellement envisagé¹⁶⁶⁵. La clause contractuelle qui mentionne, de façon formelle, des circonstances pouvant conduire à une résiliation immédiate peut être prise en considération par le juge au titre des éléments que, subjectivement, les parties ont considéré comme acceptable ou non pour elles¹⁶⁶⁶.

867 Ainsi, un manquement qui ne revêtirait pas une gravité particulière dans une situation objective pourrait tout de même justifier un licenciement immédiat dans le cas particulier où, en tenant compte des autres circonstances pertinentes, il rendrait la poursuite du rapport d'emploi objectivement intolérable pour la partie qui est à

¹⁶⁵⁸ TF, 9 février 2016, 8C_176/2015, cons. 3.2.

¹⁶⁵⁹ TF, 8 octobre 2002, 4C.112/2002, cons. 5 ; TF, 4 août 2005, 4C.114/2005, cons. 2.1 ; TF, 9 mars 2017, 4A_625/2016, DTA 2017 114, cons. 6.2.

¹⁶⁶⁰ TF, 22 février 1996, 4C.89/1995, JAR 1997 198, cons. 4b ; TF, 9 mars 2017, 4A_625/2016, DTA 2017 114, cons. 6.2.

¹⁶⁶¹ Cf. *infra* n° 1625 et s.

¹⁶⁶² TF, 14 mai 2010, 4A_115/2010, cons. 2.3 ; TF, 9 mars 2017, 4A_625/2016, DTA 2017 114, cons. 7.3.

¹⁶⁶³ TF, 15 avril 2011, 4A_84/2011, cons. 4 ; TF, 9 mars 2017, 4A_625/2016, DTA 2017 114, cons. 7.3.

¹⁶⁶⁴ TF, 9 mars 2017, 4A_625/2016, DTA 2017 114, cons. 7.3 ; cf. également : TF, 22 janvier 1963, ATF 89 II 30, cons. 5a.

¹⁶⁶⁵ TF, 9 mars 2017, 4A_625/2016, DTA 2017 114, cons. 7.3 ; cf. également : Jürg Brühwiler, *Einzelarbeitsvertrag*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 3^e éd., 2014, N 16 *ad* art. 337 CO ; Rehbindler/Stöckli, N 4 *ad* art. 337 CO ; Staehelin, N 43 *ad* art. 337 CO ; Streiff/von Känel/Rudolf, N 26 *ad* art. 337 CO.

¹⁶⁶⁶ TF, 9 mars 2017, 4A_625/2016, DTA 2017 114, cons. 7.3 ; cf. également, TF, 12 août 2002, 4C.149/2002, cons. 1.1 ; TF, 15 avril 2011, 4A_84/2011, cons. 4.

l'initiative de la résiliation. La clause contractuelle joue donc ici en quelque sorte un rôle similaire à celui de l'avertissement. Toutefois, le manquement lui-même doit revêtir une gravité objectivement suffisante pour justifier le recours à une sanction aussi importante qu'une résiliation immédiate.

b. Casuistique

Une casuistique de la jurisprudence montre que des justes motifs ont pu, en fonction des circonstances, être reconnus en cas de *commission d'une infraction pénale* (1°), de *menaces* et de *violence* (2°), de *violation grave des obligations du travailleur* (3°), voire en cas de *simples soupçons* (4°).

868

1° Commission d'une infraction pénale

La commission d'une infraction pénale peut constituer un juste motif de licenciement. Ainsi, les infractions que le travailleur perpètre à l'occasion de son travail, telles qu'un **vol** commis au préjudice de l'employeur, d'autres collaborateurs ou de clients, constituent des motifs classiques de résiliation immédiate¹⁶⁶⁷. Le montant du dommage subi par l'employeur n'est pas déterminant en tant que tel. La rupture irrémédiable de la confiance peut intervenir même dans le cas du vol de deux paquets de céréales et de charcuterie¹⁶⁶⁸, ou d'une simple bouteille de vin¹⁶⁶⁹.

869

Le licenciement avec effet immédiat d'un chauffeur de poids lourd s'étant rendu coupable d'un **grave accident de la route** est justifié¹⁶⁷⁰.

Néanmoins, et comme pour tous les motifs de licenciement abrupt, cette mesure extrême suppose que la continuation des rapports de travail soit **inexigible** de l'employeur¹⁶⁷¹. De même, lorsque l'employeur ne fait pas valoir, ou du moins pas suffisamment, que le simple soupçon de la commission d'un grave délit (par exemple, une gestion déloyale prétendument matérialisée par la réception d'un paiement par le travailleur) ait pu justifier le congé immédiat, il n'y a pas lieu de juger ce point¹⁶⁷².

870

2° Menaces et violence

L'attitude violente et menaçante d'un travailleur à l'encontre de son employeur justifie un licenciement avec effet immédiat. Ainsi, le comportement d'un travailleur qui, alors qu'il avait repris avec retard son travail après une période de vacances et alors que son chef insistait pour obtenir des documents justifiant ce retour tardif, lui adresse des insultes telles que « gros con » et « pédé », aggravées de menaces, justifie typiquement

871

¹⁶⁶⁷ TF, 29 septembre 2015, 4A_228/2015 ; cf. également : TF, 21 octobre 2003, 4C.223/2003, ATF 130 III 28, cons. 4.2 et 4.3.

¹⁶⁶⁸ TF, 22 juin 2017, 4A_177/2017.

¹⁶⁶⁹ TF, 29 septembre 2015, 4A_228/2015, cons. 5.

¹⁶⁷⁰ TF, 9 mars 2017, 4A_625/2016, DTA 2017 114.

¹⁶⁷¹ TF, 29 septembre 2015, 4A_228/2015.

¹⁶⁷² TF, 12 septembre 2016, 4A_169/2016, cons. 7 ; cf. également : TF, 19 février 2016, 4A_419/2015, cons. 2.1.2.

une résiliation immédiate du contrat de travail par l'employeur, même sans avertissement¹⁶⁷³.

- 872 À l'inverse, le fait, pour un travailleur, d'envoyer par courriel à une collègue une photographie de son sexe en érection, n'a pas justifié, dans une espèce, une résiliation immédiate, malgré l'obligation pesant sur l'employeur de ne pas tolérer un tel comportement sur le lieu de travail¹⁶⁷⁴.

3° *Violation grave des obligations du travailleur*

aa. Inexécution de la prestation de travail

- 873 Le fait, pour le travailleur, de cesser toute exécution de sa prestation de travail peut justifier un licenciement immédiat.

Il faut préciser toutefois qu'on ne peut pas dire qu'un travailleur, qui se contente – à quelques occasions – de consulter des sites internet (même pornographiques), n'effectue pas sa prestation de travail¹⁶⁷⁵. Il revient d'ailleurs en principe à l'employeur de prendre des mesures contre ce genre de pratiques¹⁶⁷⁶. En revanche, si une fenêtre informatique avertit le travailleur qu'il est sur le point de consulter un site interdit, l'employeur n'a pas à donner d'avertissement supplémentaire¹⁶⁷⁷.

- 874 En aucun cas, le juge ne peut considérer comme un juste motif le fait que le travailleur ait été **sans sa faute empêché de travailler** (cf. art. 337, al. 3 CO).

L'incapacité de travailler sans faute se détermine d'après l'article 324a du code des obligations ; elle inclut notamment la maladie¹⁶⁷⁸, l'accident, la grossesse etc. Ainsi, dans une espèce où l'employeur avait prononcé un licenciement avec effet immédiat en raison du refus du travailleur de participer à un entretien après son refus d'exécuter une mission qui lui avait été confiée, le travailleur disposait d'un motif justifié pour refuser l'entretien puisqu'il était malade et avait un rendez-vous chez le médecin ce jour-là ; le congé immédiat n'était donc pas justifié¹⁶⁷⁹.

Le point de savoir si une telle incapacité existait au moment du prononcé du licenciement se décide uniquement au vu de la situation factuelle du travailleur. Peu importe que l'employeur ait eu ou non connaissance de l'incapacité au moment du licenciement¹⁶⁸⁰. Il résulte toutefois du devoir de fidélité consacré à l'article 321a,

¹⁶⁷³ TF, 23 mars 2017, 4D_79/2016, cons. 6.

¹⁶⁷⁴ TF, 29 juin 2009, 4A_251/2009, JAR 2010 329, cons. 2.2.

¹⁶⁷⁵ TF, 25 juin 2003, 4C.349/2002, cons. 5 ; cf. TF, 30 juin 2017, 8C_79/2016, destiné à la publication aux ATF, cons. 7.4 ; TF, 30 juin 2017, 8C_87/2016, cons. 7.4.

¹⁶⁷⁶ Cf. TF, 21 octobre 2003, 4C.173/2003, cons. 3.2.

¹⁶⁷⁷ TF, 30 juin 2017, 8C_79/2016, destiné à la publication aux ATF, cons. 7.5 ; TF, 30 juin 2017, 8C_87/2016, cons. 7.5.

¹⁶⁷⁸ TF, 1^{er} décembre 2016, 4A_521/2016, cons. 2.2.3.

¹⁶⁷⁹ TF, 20 mai 2016, 4A_702/2015, cons. 2 et 3.

¹⁶⁸⁰ TF, 1^{er} décembre 2016, 4A_521/2016, cons. 2.2.3.

alinéa 1 du code des obligations que le travailleur doit informer immédiatement l'employeur de ses absences, dès que possible. Dans une espèce où le travailleur avait tardé (pendant trois jours) à informer l'employeur de son absence, alors que rien ne l'empêchait de le faire, il a été jugé que son licenciement immédiat reposait sur de justes motifs¹⁶⁸¹.

Le salarié doit pouvoir **se renseigner sur ses droits**, lorsqu'il craint une violation de la loi par l'employeur – y compris durant ses heures de travail s'il y a menace imminente –, sans risquer un licenciement avec effet immédiat¹⁶⁸². Dans ces cas légitimes, on ne saurait considérer qu'il y a inexécution de la prestation de travail.

875

bb. Non-respect grave du pouvoir de direction

Le non-respect grave et injustifié du pouvoir de direction de l'employeur¹⁶⁸³ peut justifier, selon les circonstances, un licenciement immédiat.

876

Il a ainsi été jugé que le non-respect de directives concernant l'attitude à adopter lors d'une urgence dans un établissement médico-social peut constituer un juste motif de licenciement immédiat : tel est le cas d'une travailleuse n'ayant pas mis en œuvre la marche à suivre indiquée par l'employeur en cas de détérioration significative de l'état de santé d'un pensionnaire durant la nuit¹⁶⁸⁴.

Repose également sur de justes motifs le licenciement avec effet immédiat d'un employé de banque, après qu'il eut reconnu avoir remis à un client, au lieu de l'extrait patrimonial de la banque, un document non véridique dans lequel avait été omise la mention de l'investissement qui avait causé au client ses pertes les plus élevées et présentant un solde total différent du solde réel¹⁶⁸⁵.

877

À l'inverse, dans une espèce où un travailleur avait insulté son employeur et qu'un entretien s'en était suivi, lors duquel l'employeur avait signifié un avertissement au travailleur, le fait d'avoir quitté l'entretien ne saurait constituer un juste motif pour le licenciement prononcé le lendemain¹⁶⁸⁶.

878

En droit de la fonction publique, l'insubordination, le non-respect des directives et de la hiérarchie ainsi que l'absence d'amendement de l'employé étatique sont des manquements graves constitutifs de justes motifs de congé¹⁶⁸⁷. Dans ce domaine, il a également été jugé que constituait un juste motif de licenciement immédiat le fait pour

879

¹⁶⁸¹ TF, 1^{er} décembre 2016, 4A_521/2016, cons. 3.5.

¹⁶⁸² CAPH/GE, 30 juin 1982, in Gabriel Aubert (édit.), *Quatre cents arrêts sur le contrat de travail*, Lausanne, Payot, 1984, n° 202 : à propos d'un salarié qui est allé se renseigner sur ses droits en matière de commission à la suite d'une conversation avec son employeur à ce sujet ; l'employeur pouvait toutefois exiger que le salarié remplace les heures manquées.

¹⁶⁸³ Sur le régime du pouvoir de direction, cf. *infra*.

¹⁶⁸⁴ TF, 28 juin 2016, 4A_659/2015, cons. 2.

¹⁶⁸⁵ TF, 30 mai 2017, 4A_157/2016, cons. 4.

¹⁶⁸⁶ TF, 30 juin 2016, 4A_56/2016, cons. 3.

¹⁶⁸⁷ TF, 4 février 2015, 8C_621/2014, cons. 5.2.

un travailleur de choisir, par deux fois, d'exposer ses problèmes (réels ou non) dans un journal satirique, avec l'objectif de tourner ses supérieurs en dérision et de susciter la polémique au sein de son service¹⁶⁸⁸.

cc. Violation grave du devoir de fidélité

880 Le travailleur doit s'abstenir d'entreprendre tout ce qui pourrait nuire économiquement à son employeur¹⁶⁸⁹. Par exemple, le comportement d'un travailleur – engagé à plein temps – qui crée sa propre société sans avertir son employeur et lui fait ainsi concurrence est particulièrement grave et justifie un congé immédiat¹⁶⁹⁰.

881 Toutefois, même en présence d'une clause de prohibition de concurrence, le travailleur ne viole pas ce devoir lorsque, avant le terme de son contrat, il entreprend des préparatifs pour fonder une entreprise concurrente, s'il ne concurrence pas déjà son employeur, s'il ne débauche pas du personnel et s'il ne détourne pas de la clientèle¹⁶⁹¹.

882 Est un juste motif de licenciement immédiat le comportement de l'employé qui a établi une fausse attestation de salaire au nom de l'employeur pour y faire disparaître la saisie de salaire dont il faisait l'objet et obtenir ainsi la conclusion du bail qu'il convoitait, et qui a ensuite rapporté son acte à plusieurs collaborateurs dont il était le supérieur¹⁶⁹².

883 La manipulation d'une timbreuse servant à enregistrer les entrées et les sorties du personnel constitue une violation grave du devoir de fidélité du travailleur, indépendamment du montant du dommage causé à l'employeur : elle peut justifier un licenciement avec effet immédiat, notamment lorsque la relation de travail n'a duré que peu de temps, que plusieurs manipulations ont eu lieu et qu'il était évident que l'employeuse ne tolérerait aucune manipulation¹⁶⁹³.

dd. Violation des obligations de l'employeur

884 En cas d'**insolvabilité de l'employeur**, le travailleur peut résilier immédiatement le contrat, si des sûretés ne lui sont pas fournies dans un délai convenable pour garantir ses prétentions contractuelles (art. 337a CO).

¹⁶⁸⁸ TF, 9 février 2016, 8C_176/2015, cons. 3.4.

¹⁶⁸⁹ TF, 19 novembre 1991, ATF 117 II 560, cons. 3a ; TF, 17 décembre 2014, 4A_404/2014, JAR 2015 423, cons. 4. Cf. *infra* sur le devoir de fidélité du travailleur.

¹⁶⁹⁰ TF, 18 janvier 2017, 4A_559/2016, cons. 5.2.

¹⁶⁹¹ TF, 10 janvier 2012, 4A_489/2011 / 4A_491/2011, ATF 138 III 67, JT 2012 II 207, JT 2012 II 287, SJ 2012 I 297, Pra 2012 76 521, com. Stefanicki *in ius.focus*, 2012 3 8, com. Portmann *in* RJB 2014 981, cons. 2.3.5 ; TF, 10 octobre 2013, 4A_212/2013, cons. 2.2 ; TF, 17 décembre 2014, 4A_404/2014, JAR 2015 423, cons. 3 et 4.

¹⁶⁹² TF, 21 juin 2016, 4A_515/2015, cons. 3.

¹⁶⁹³ TF, 4 août 2005, 4C.114/2005, cons. 2.5 ; TF, 2 novembre 2015, 4A_395/2015, cons. 3.6.

4° *Le licenciement immédiat en cas de simples soupçons*

En l'état de sa jurisprudence, le Tribunal fédéral n'exclut pas que le simple soupçon d'un grave méfait puisse justifier un licenciement immédiat¹⁶⁹⁴.

885

Ainsi, lorsque le licenciement immédiat est fondé sur un soupçon d'infraction grave ou de manquement grave, il peut être justifié même si l'accusation portée contre le travailleur se révèle finalement infondée ou ne peut pas être prouvée ; toutefois, certains éléments excluent généralement le bien-fondé d'un congé-soupçon, soit parce que le manquement ne serait pas suffisamment important pour justifier un congé immédiat, soit parce que l'employeur n'a pas fait tout ce qu'on pouvait exiger de lui pour vérifier les soupçons¹⁶⁹⁵. Dans une espèce où avait été licencié, avec effet immédiat et sans être entendu, un employé qui aurait, selon les dires d'un collègue, demandé à quelqu'un de prendre des photographies d'une zone de stockage de produits dangereux – malgré l'interdiction de prendre de telles photographies faite par l'employeur et figurant dans des consignes de sécurité –, le Tribunal fédéral a confirmé l'absence de justes motifs en exigeant de l'employeur qu'il démontre davantage le manquement du travailleur¹⁶⁹⁶.

De même, l'employeur qui licencie sur-le-champ un travailleur en raison d'une altercation ayant prétendument dégénéré en bagarre commet une faute s'il ne dispose pas d'éléments suffisants pour retenir que le travailleur s'était battu avec son collègue¹⁶⁹⁷.

886

En synthèse, le soupçon doit être étayé par des éléments probants. Plus le soupçon est grave, plus des garanties doivent être octroyées au travailleur : droit d'être renseigné préalablement sur l'accusation, droit d'être entendu, absence de pression. Quant aux actes d'enquête de l'employeur, ils doivent être immédiats et continus.

887

c. Caractère des circonstances susceptibles d'être retenues comme justes motifs

Seul un événement s'étant produit avant le prononcé du licenciement immédiat peut entrer en ligne de compte comme juste motif¹⁶⁹⁸. La partie qui se prévaut d'un juste motif de résiliation immédiate ne peut dès lors invoquer qu'un fait qu'elle connaissait ou aurait pu connaître au moment du prononcé du licenciement¹⁶⁹⁹.

888

Cela étant, le Tribunal fédéral admet qu'un motif de licenciement soit ajouté postérieurement au prononcé dudit licenciement, à condition toutefois que le fait en

889

¹⁶⁹⁴ TF, 3 janvier 2006, 4C.317/2005, cons. 5.3 ; TF, 4 mai 2016, 4A_694/2015, cons. 2 ; cf. également : Daniel Egli, *Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht*, Berne Stämpfli, 2000, p. 65.

¹⁶⁹⁵ TF, 19 février 2016, 4A_419/2015, cons. 2.

¹⁶⁹⁶ TF, 19 février 2016, 4A_419/2015.

¹⁶⁹⁷ TF, 13 décembre 2016, 4A_161/2016, cons. 3.4.

¹⁶⁹⁸ TF, 11 août 2016, 4A_109/2016, ATF 142 III 579, JT 2016 II 327, com. Witzig in *Droit du travail*.ch septembre 2016, cons. 4.

¹⁶⁹⁹ *Ibidem*.

question ait été non seulement inconnu de l'employeur, mais encore qu'il ne pût pas être connu de lui¹⁷⁰⁰. Doit ainsi être exclu l'ajout du motif reposant sur un fait que l'employeur, au moment du prononcé du licenciement, connaissait mais n'a pas désigné comme motif de licenciement¹⁷⁰¹.

890 Dans une espèce, le licenciement s'étant déroulé alors que l'employeur connaissait le vol commis par un travailleur mais ne lui en avait pas fait le reproche, il n'était plus possible d'ajouter ce motif par la suite. Seul un autre manquement grave demeurerait un motif possible de licenciement avec effet immédiat¹⁷⁰².

d. Motivation du licenciement immédiat

891 La résiliation immédiate peut être prononcée de manière orale, un écrit étant recommandé *ad probationem*.

La résiliation immédiate n'a pas non plus besoin d'être justifiée formellement par écrit tant qu'une demande n'est pas formulée en ce sens par l'autre partie¹⁷⁰³. Toutefois, comme en matière de résiliation ordinaire, la partie qui résilie le contrat doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le lui demande (art. 337, al. 1, 2^e phr. CO). Le devoir de motivation vise en premier lieu à permettre à la partie résiliée d'étudier la résiliation sous l'angle de l'existence d'un juste motif au sens de l'article 337 du code des obligations¹⁷⁰⁴.

892 **Ajout de motifs.** L'employeur ne peut plus se prévaloir *a posteriori* de faits qu'il connaissait au moment du prononcé du licenciement immédiat, s'il a renoncé à s'en prévaloir à ce moment-là. En revanche, l'employeur peut faire valoir ultérieurement des motifs différents de ceux indiqués concomitamment au licenciement immédiat, si ces motifs reposent sur des faits survenus avant le prononcé du licenciement et restés alors ignorés de lui¹⁷⁰⁵.

2) Exercice de la résiliation immédiate

893 Selon la jurisprudence, la partie qui veut résilier le rapport d'emploi avec effet immédiat doit agir sans tarder à compter du moment où elle a connaissance d'un juste motif de résiliation, sous peine d'être déchue du droit de s'en prévaloir. En effet, si la

¹⁷⁰⁰ TF, 11 août 2016, 4A_109/2016, précité, cons. 5.1. Dans un arrêt ultérieur, le Tribunal fédéral se contente de dire « qui n'étaient pas ou ne pouvaient pas être connus de l'auteur de la résiliation » (TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.1.2).

¹⁷⁰¹ TF, 2 décembre 1997, ATF 124 III 25, cons. 3c ; TF, 11 août 2016, 4A_109/2016, ATF 142 III 579, JT 2016 II 327, com. Witzig *in* Droitdu travail.ch septembre 2016, cons. 5.1 ; TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.1.2.

¹⁷⁰² TF, 11 août 2016, 4A_109/2016, ATF 142 III 579, JT 2016 II 327, com. Witzig *in* Droitdu travail.ch septembre 2016, cons. 5.2. Pour une critique de la possibilité offerte à l'employeur de l'ajout de motifs, cf. *supra*.

¹⁷⁰³ TF, 5 novembre 2003, 4C.278/2003, cons. 1 ; TF, 26 septembre 2016, 4A_288/2016, cons. 4.3. Posant toutefois le principe que la résiliation pour justes motifs doit être motivée : TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.1.2.

¹⁷⁰⁴ TF, 19 janvier 1995, ATF 121 III 60, cons. 3b ; TF, 26 septembre 2016, 4A_288/2016, cons. 4.3.

¹⁷⁰⁵ TF, 11 août 2016, 4A_109/2016, ATF 142 III 579, JT 2016 II 327, com. Witzig *in* Droitdu travail.ch septembre 2016.

partie tarde à agir, elle donne à légitimement penser qu'elle a renoncé au licenciement immédiat, et donc qu'elle peut s'accommoder de la continuation des rapports de travail jusqu'à l'échéance ordinaire du contrat¹⁷⁰⁶.

C'est en fonction des circonstances de l'espèce que l'on déterminera le moment jusqu'au quel on pouvait raisonnablement attendre de l'intéressé qu'il prenne la décision de résilier le contrat avec effet immédiat¹⁷⁰⁷. De manière générale, la jurisprudence considère qu'un délai de réflexion de **deux à trois jours ouvrables** est suffisant pour réfléchir et prendre des renseignements juridiques¹⁷⁰⁸, étant précisé que les week-ends et jours fériés ne sont pas pris en considération¹⁷⁰⁹.

894

Il sied de surcroît de distinguer selon que les faits à l'origine de l'interrogation sont clairs ou au contraire appellent des éclaircissements. Dans ce dernier cas, il faut, selon la jurisprudence, tenir compte du temps nécessaire à l'élucidation des faits, étant précisé que l'employeur qui soupçonne concrètement l'existence d'un juste motif doit prendre immédiatement et sans discontinuer toutes les mesures que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour clarifier la situation¹⁷¹⁰. Compte tenu des conséquences importantes de la résiliation immédiate, l'employeur doit pouvoir établir les faits avec soin, en veillant à ne pas attenter à la réputation du travailleur par une condamnation hâtive¹⁷¹¹.

895

Ainsi, dans des circonstances où l'employeur doit se forger une conviction sur la réalité des faits qu'il a découverts concernant un travailleur qui lui faisait concurrence à travers une autre société, un délai de réflexion comportant quatre jours ouvrables (après déduction du week-end) n'est pas trop long¹⁷¹².

896

Lorsqu'un gestionnaire de banque, arrêté et placé en détention provisoire pour être soupçonné de participer à un réseau de blanchiment d'argent n'est licencié avec effet immédiat qu'après un délai de réflexion de trente-cinq jours entre le moment de la connaissance des faits et le prononcé du licenciement, il a été jugé que l'employeur

¹⁷⁰⁶ TF, 30 mars 2001, ATF 127 III 310, cons. 4b ; TF, 29 décembre 2011, 8C_294/2011, ATF 138 I 113, cons. 6.3.1 ; TF, 6 janvier 2016, 4A_251/2015, SJ 2016 I 421, cons. 3.2.2 ; TF, 18 janvier 2017, 4A_559/2016, cons. 4.1.

¹⁷⁰⁷ TF, 18 janvier 2017, 4A_559/2016, cons. 4.1.

¹⁷⁰⁸ TF, 21 octobre 2003, 4C.223/2003, ATF 130 III 28, cons. 4.4 ; TF, 29 décembre 2011, 8C_294/2011, ATF 138 I 113, cons. 6.3.2.

¹⁷⁰⁹ TF, 14 mars 1967, ATF 93 II 18 ; TF, 13 septembre 2002, 4C.178/2002, cons. 2.1 ; TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.1.2.

¹⁷¹⁰ TF, 29 décembre 2011, 8C_294/2011, ATF 138 I 113, cons. 6.3.3 ; TF, 6 janvier 2016, 4A_251/2015, SJ 2016 I 421, cons. 3.2.2 ; TF, 18 janvier 2017, 4A_559/2016, cons. 4.1 ; TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.1.2.

¹⁷¹¹ TF, 29 décembre 2011, 8C_294/2011, ATF 138 I 113, cons. 6.2 ; TF, 18 janvier 2017, 4A_559/2016, cons. 4.1.

¹⁷¹² TF, 18 janvier 2017, 4A_559/2016, cons. 4.2. Pour une analyse détaillée, cf. Jean-Philippe Dunand, « Quel est le délai maximal pour notifier un licenciement immédiat (art. 337 CO) ? Exercice du pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC). », in Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (édit.), *Regards croisés sur le droit du travail : Liber Amicorum pour Gabriel Aubert*, Genève, Schulthess, 2015, pp. 131-148.

n'avait pas tardé à agir puisqu'il attendait de voir comment évoluait la procédure pénale¹⁷¹³.

Du point de vue du travailleur, dans une espèce où ce dernier occupait parallèlement les fonctions de collaborateur, de directeur et d'administrateur d'une société qu'il avait initialement contribué à fonder, il a été admis qu'il démissionnât avec effet immédiat au moment où la modification de son statut, contraire à des garanties contractuelles sur le maintien de ce statut, allait être décidée par l'employeur¹⁷¹⁴.

897 L'étude de ces espèces montre que le délai de péremption en cas de licenciement immédiat est, de plus en plus, « à géométrie variable »¹⁷¹⁵, ce qui ne va pas sans poser des problèmes de sécurité juridique¹⁷¹⁶.

898 En droit de la fonction publique, un délai de huit à dix jours (voire douze jours comme dans le cas présent) est admissible, sous l'angle du droit d'être entendu, pour préparer des objections sur la communication de l'employeur de sa volonté de mettre fin aux rapports de travail¹⁷¹⁷. Dans ce domaine également, un « délai social » (« *Sozialfrist* ») est admissible pour autant qu'il existe de justes motifs à un licenciement immédiat, que la prolongation des relations de travail n'égale pas le délai de résiliation ordinaire, qu'il n'y ait aucune violation de l'intérêt public et que l'octroi d'un tel délai le soit principalement dans l'intérêt de l'employé¹⁷¹⁸.

B. Effets de la résiliation immédiate

899 Si les justes motifs de la résiliation immédiate du contrat consistent dans son inobservation par l'une des parties, celle-ci doit réparer intégralement le dommage causé, compte tenu de toutes les prétentions découlant des rapports de travail (art. 337b, al. 1 CO).

900 Dans les autres cas, le juge apprécie librement les conséquences pécuniaires de la résiliation immédiate en tenant compte de toutes les circonstances (art. 337b, al. 2 CO).

901 Le travailleur qui a résilié son contrat de travail pour justes motifs a droit à son salaire fixe et à son salaire variable qui devait dépendre de l'atteinte de certains objectifs (en

¹⁷¹³ TF, 6 janvier 2016, 4A_251/2015, 4A_253/2015, cons. 3.5.

¹⁷¹⁴ TF, 11 mai 2017, 4A_662/2016, ATF 143 III 290, com. Witzig in Droitdutravail.ch juillet 2017, cons. 4.

¹⁷¹⁵ Werner Gloor, « Licenciement immédiat. Un délai de péremption à géométrie variable ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_251/2015 », Droitdutravail.ch mars 2016.

¹⁷¹⁶ Aurélien Witzig, « Démission avec effet immédiat : le moment de l'annonce », Droitdutravail.ch juillet 2017.

¹⁷¹⁷ TF, 9 février 2016, 8C_176/2015, cons. 2.2.

¹⁷¹⁸ TF, 15 septembre 2014, 8C_340/2014, ATF 140 I 320, JT 2015 II 120, RDAF 2015 I 447, com. Wyler in JT 2015 II 121, com. Chavanne in Plaidoyer 2015 4 40, com. Dunand in Droitdutravail.ch janvier 2015, cons. 7.

l'occurrence du nombre de matchs joués par un footballeur) — quand bien même il n'en aura atteint aucun¹⁷¹⁹.

C. Sanctions de la résiliation immédiate injustifiée

1) Résiliation par l'employeur

La résiliation immédiate injustifiée ouvre droit pour le travailleur à une **indemnité pour la rémunération dont il a été privé (a)**, ainsi qu'à une **indemnité punitive et réparatrice (b)**. 902

a. Indemnité pour la privation de rémunération

Lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, le travailleur a droit à **ce qu'il aurait gagné**, si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ordinaire ou à la fin du contrat conclu pour une durée déterminée (art. 337c, al. 1 CO)¹⁷²⁰. 903

Concrètement, lorsque l'employeur a résilié avec effet immédiat sans justes motifs, il doit déterminer le montant de **rémunération** dont le salarié aurait bénéficié durant le délai de congé normalement applicable¹⁷²¹. Lorsque la rémunération varie d'un mois sur l'autre, il convient de faire la moyenne des gains réalisés durant l'année précédente, dont on peut supposer qu'ils reflètent les accords les plus récents des parties et la situation économique la plus actuelle¹⁷²². Le Tribunal fédéral considère qu'une cour cantonale peut se contenter de cette moyenne sur un an, mais non pour une période plus longue¹⁷²³. La prétention du travailleur déduite de l'article 337c, alinéa 1 peut recouvrir aussi le droit aux vacances, qui est alors remplacé par des prestations en argent, sauf si le travailleur a eu suffisamment de temps pour prendre ses jours de vacances durant le délai de congé¹⁷²⁴. 904

La somme porte **intérêts** dès le moment du licenciement immédiat¹⁷²⁵.

¹⁷¹⁹ TF, 28 avril 2011, 4A_53/2011, ATF 137 III 303, JT 2011 II 390, SJ 2011 I 453, JAR 2012 205, cons. B : solution non remise en cause par le Tribunal fédéral.

¹⁷²⁰ Cf. TF, 25 novembre 1998, ATF 125 III 14, cons. 2b et 2c.

¹⁷²¹ TF, 12 janvier 2011, 4A_474/2010, DTA 2011 112, JAR 2012 121, cons. 2.2.1.

¹⁷²² TF, 25 novembre 1998, ATF 125 III 14, JT 1999 I 359, SJ 1999 I 315, cons. 2b ; TF, 12 janvier 2011, 4A_474/2010, DTA 2011 112, JAR 2012 121, cons. 2.2.1.

¹⁷²³ TF, 25 novembre 1998, ATF 125 III 14, JT 1999 I 359, SJ 1999 I 315, cons. 2b ; TF, 12 janvier 2011, 4A_474/2010, DTA 2011. 112, JAR 2012. 121, cons. 2.2.1 ; CAPH-GE, 12 octobre 1984, SJ 1986. 304, note Aubert.

¹⁷²⁴ TF, 30 juin 2016, 4A_56/2016, cons. 4.1 : c'est le cas lorsqu'il dispose de deux à trois mois, mais non lorsque, comme dans cette espèce, le congé immédiat a été donné le 19 novembre et que le délai ordinaire de congé aurait couru jusqu'à la fin du mois de décembre suivant.

¹⁷²⁵ TF, 12 janvier 2011, 4A_474/2010, DTA 2011 112, JAR 2012 121, cons. 2.2.1-2.2.2.

905 Cette indemnisation n'est pas subordonnée à une protestation du travailleur, ni à une obligation pour ce dernier de continuer à offrir ses services¹⁷²⁶.

906 On **impute** sur ce montant ce que le travailleur a épargné par suite de la cessation du contrat de travail ainsi que le revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou le revenu auquel il a intentionnellement renoncé (art. 337c, al. 2 CO). Cette déduction est une expression du principe général imposant à celui qui subit un dommage de faire tout ce que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour le réduire (art. 44, al. 1 CO)¹⁷²⁷. Pour déterminer si le travailleur a renoncé intentionnellement à un revenu, il faut tenir compte de toutes les circonstances du cas¹⁷²⁸. Il s'agira en particulier d'examiner si l'on pouvait exiger du travailleur qu'il acceptât un poste donné (« *zumutbare Arbeit* »)¹⁷²⁹. Le travailleur n'est en principe pas tenu de reprendre son ancien poste, sauf s'il n'en résulte aucune atteinte à sa personnalité, ce qui pourrait – exceptionnellement – être le cas dans l'hypothèse où l'employeur aurait reconnu d'emblée une erreur manifeste et se serait excusé¹⁷³⁰.

b. Indemnité punitive et réparatrice

1° Principe

907 Le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances ; elle ne peut toutefois dépasser le montant correspondant à **six mois** de salaire du travailleur (art. 337c, al. 3 CO).

908 Compte tenu de la nature de l'indemnité, qui se distingue de la créance en dommages-intérêts pour la perte de salaire subie, la doctrine et la pratique soutiennent généralement qu'il faut se fonder sur le salaire brut¹⁷³¹. Par ailleurs, la doctrine préconise de prendre en considération le salaire prévalant au moment du congé ou le mois précédent, voire un salaire moyen établi sur les six ou douze derniers mois¹⁷³². L'élément déterminant pour l'indemnité spécifique n'est pas, comme pour l'indemnité pour la rémunération perdue, le montant que le travailleur aurait gagné chaque mois jusqu'à l'échéance ordinaire des rapports de travail, mais le montant qu'il a gagné chaque mois avant la résiliation¹⁷³³.

¹⁷²⁶ TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.1.2.

¹⁷²⁷ TF, 27 février 2006, 4C.321/2005, cons. 6.2.

¹⁷²⁸ TF, 12 juin 2001, 4C.100/2001, cons. 6a ; TF, 15 juillet 2005, 4C.293/2004, cons. 2.3.

¹⁷²⁹ TF, 27 février 2006, 4C.321/2005, cons. 6.2.

¹⁷³⁰ Gabriel Aubert, in CR-CO I, N 11 *ad* art. 337c CO.

¹⁷³¹ TF, 5 août 2015, 4A_234/2015, cons. 3.2 ; cf. également : TF, 25 septembre 2008, 4A_310/2008, JAR 2009 380, cons. 4.

¹⁷³² TF, 5 août 2015, 4A_234/2015, cons. 3.2.

¹⁷³³ TF, 2 août 2006, 4C.406/2005, JAR 2007 300, cons. 6.

Sauf cas exceptionnel, elle doit être versée pour tout licenciement immédiat dénué de justes motifs¹⁷³⁴.

2° *Nature*

Cette indemnité s'ajoute à l'indemnité pour la privation de rémunération. Elle revêt une double finalité, à la fois réparatrice et punitive, quand bien même elle ne consiste pas en des dommages-intérêts au sens classique, car elle est due même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage ; revêtant un caractère *sui generis*, elle s'apparente à une peine conventionnelle¹⁷³⁵.

909

3° *Détermination du montant*

L'indemnité est fixée d'après la **gravité de la faute** de l'employeur, la mesure de l'**atteinte portée aux droits de la personnalité** du travailleur et la **manière** dont la résiliation a été annoncée ; d'autres critères tels que la **durée** des rapports de travail, l'**âge** du travailleur, sa **situation sociale**, une éventuelle **faute concomitante**¹⁷³⁶ et les **effets économiques** du licenciement entrent aussi en considération¹⁷³⁷.

910

Statuant selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation¹⁷³⁸.

911

Pour fixer le montant de cette indemnité, la loi n'impose pas de s'en tenir strictement à une quote-part de salaire¹⁷³⁹.

La faute concomitante du travailleur ne permet de réduire que l'indemnité prévue par l'article 337c, alinéa 3 du code des obligations, mais non pas la prétention découlant de l'alinéa 1^{er} de cette disposition¹⁷⁴⁰.

Casuistique. Est conforme au droit fédéral une indemnité à hauteur de trois mois de salaire décidée en considération de la durée des rapports de travail, de l'âge du

912

¹⁷³⁴ TF, 16 octobre 2007, ATF 133 III 657, cons. 3.2 ; TF, 30 juin 2016, 4A_56/2016, cons. 4.2 ; TF, 27 septembre 2016, 4A_153/2016, cons. 3.1 ; TF, 13 décembre 2016, 4A_161/2016, cons. 3.1.

¹⁷³⁵ TF, 24 mai 1994, ATF 120 II 209, cons. 9b ; TF, 22 avril 2009, 4A_590/2008, ATF 135 III 405, cons. 3.1 ; TF, 27 septembre 2016, 4A_153/2016, cons. 3.1 ; TF, 13 décembre 2016, 4A_161/2016, cons. 3.1 ; TF, 21 avril 2017, 4A_711/2016, cons. 5.2 ; cf. également : TF, 5 août 2015, 4A_234/2015, cons. 3.2.

¹⁷³⁶ TF, 28 février 1995, ATF 121 III 64, cons. 3c ; TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.1.2.

¹⁷³⁷ TF, 11 mars 2011, 4A_660/2010, cons. 3.2 ; TF, 24 juillet 2012, 4A_218/2012, cons. 2.2 ; TF, 6 juin 2013, 4A_135/2013, cons. 3.2 ; TF, 27 septembre 2016, 4A_153/2016, cons. 3.1 ; TF, 13 décembre 2016, 4A_161/2016, cons. 3.1 ; TF, 21 avril 2017, 4A_711/2016, cons. 5.2. Cf. également : TF, 5 août 2015, 4A_234/2015, cons. 3.2 : « Parmi les circonstances à prendre en considération figurent notamment la situation sociale et économique des deux parties, la gravité de l'atteinte à la personnalité de la partie congédiée, l'intensité et la durée des relations de travail antérieures au congé, la manière dont celui-ci a été donné ainsi que la faute concomitante du travailleur ; aucun de ces facteurs n'est décisif en lui-même. »

¹⁷³⁸ TF, 27 septembre 2016, 4A_153/2016, cons. 3.1 ; TF, 13 décembre 2016, 4A_161/2016, cons. 3.1 ; TF, 21 avril 2017, 4A_711/2016, cons. 5.2.

¹⁷³⁹ TF, 13 décembre 2016, 4A_161/2016, cons. 3.3.

¹⁷⁴⁰ Message du Conseil fédéral, 9 mai 1984, FF 1984 II 635 ; Cour de cass. civ./NE, 17 juin 1991, RJN 1991 50-52 ; Gabriel Aubert, « La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1989 », SJ 1990 658-659.

travailleur, du fait qu'il donnait satisfaction à l'employeur au moment du licenciement et qu'il avait retrouvé un emploi en moins de six mois, et en considération de la gestion diligente de la situation créée par l'irruption inopinée de son ex-amie dans l'agence bancaire¹⁷⁴¹.

Quant au travailleur qui se dispute verbalement avec son collègue et va à son contact physique, il adopte un comportement répréhensible dont l'autorité cantonale peut tenir compte au moment de fixer l'ampleur de l'indemnité (en l'espèce limitée à un mois de salaire)¹⁷⁴².

4° *Coordination avec d'autres prétentions du travailleur*

913 **Tort moral.** En principe, cette indemnité couvre le tort moral subi par le travailleur¹⁷⁴³. Ce n'est que dans des cas particulièrement graves, dans lesquels l'indemnité spécifique serait insuffisante, qu'une indemnité pour tort moral peut être allouée en sus¹⁷⁴⁴.

914 **Congé abusif.** Lorsque le congé immédiat injustifié présente également le caractère d'un congé abusif (au sens de l'article 336), le juge n'allouera qu'une seule indemnité, fondée uniquement sur l'article 337c, alinéa 3 du code des obligations¹⁷⁴⁵.

2) Résiliation par le travailleur

915 Lorsque le travailleur n'entre pas en service ou abandonne son emploi abruptement sans justes motifs, l'employeur a droit à une indemnité égale, au maximum¹⁷⁴⁶, au **quart** du salaire mensuel ; il a en outre droit à la réparation du dommage supplémentaire (art. 337d, al. 1 CO)¹⁷⁴⁷.

916 Le juge peut réduire l'indemnité selon sa libre appréciation si l'employeur ne subit aucun dommage ou si le dommage est inférieur à l'indemnité prévue à l'alinéa précédent (art. 337d, al. 2 CO).

917 Si le droit à l'indemnité ne s'éteint pas par compensation, il doit, sous peine de péremption, être exercé par voie d'action en justice ou de poursuites dans les **trente jours** à compter de la non-entrée en place ou de l'abandon de l'emploi (art. 337d, al. 3 CO). Il s'agit d'un délai de **péremption**¹⁷⁴⁸.

¹⁷⁴¹ TF, 27 septembre 2016, 4A_153/2016, cons. 3.2.

¹⁷⁴² TF, 13 décembre 2016, 4A_161/2016, cons. 3.4.

¹⁷⁴³ TF, 22 avril 2009, 4A_590/2008, ATF 135 III 405, cons. 3.1 ; TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.1.2.

¹⁷⁴⁴ TF, 24 juillet 2012, 4A_218/2012, cons. 2.3 ; TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.1.2.

¹⁷⁴⁵ TF, 28 février 1995, ATF 121 III 64, cons. 2 ; TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.3.

¹⁷⁴⁶ Tercier/Bieri/Carron, p. 421.

¹⁷⁴⁷ TF, 25 juin 1992, ATF 118 II 312, JT 1993 I 663.

¹⁷⁴⁸ Selon Tercier/Bieri/Carron, p. 421, la péremption affecterait uniquement le droit à l'indemnité forfaitaire, non le droit à la réparation du dommage supplémentaire. Nous ne partageons pas cet avis en vertu de l'adage *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

§ 5 : Résiliation d'un commun accord

Les parties peuvent à tout moment convenir, d'un commun accord, de mettre fin au rapport d'emploi. Selon la jurisprudence, un tel accord n'est cependant valable que s'il ne contrevient à aucune disposition impérative de la loi¹⁷⁴⁹.

918

Pour que la fin du rapport d'emploi soit effective, il faut donc que la résiliation d'un commun accord **existe (A)** et qu'elle soit **licite (B)**.

A. Existence de la résiliation d'un commun accord

1) Principes

La convention de cessation des rapports de travail n'est rien d'autre qu'un contrat, conclu conformément à l'article 1^{er} du code des obligations ; elle nécessite que les parties se mettent d'accord sur tous les points objectivement ou subjectivement essentiels, conformément à l'article 2, alinéa 1 du code des obligations¹⁷⁵⁰. L'accord de résiliation d'un commun accord n'est soumis à aucune exigence de forme ; il peut intervenir par écrit, oralement ou même tacitement¹⁷⁵¹.

919

Découvrir un tel accord implique généralement d'interpréter la volonté des parties, d'abord subjectivement et, si cela n'est pas possible, objectivement, c'est-à-dire en recherchant quel sens les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques¹⁷⁵². En toute hypothèse, la jurisprudence considère que celui qui résilie un contrat exerce un droit formateur, qui, en raison de ses effets pour le cocontractant, doit reposer sur une manifestation de volonté claire et dépourvue d'incertitudes¹⁷⁵³.

920

Toutefois, l'employeur ne doit pas conclure trop facilement que le salarié ait accepté une résiliation d'un commun accord du rapport d'emploi¹⁷⁵⁴. Il ne peut, de bonne foi, déduire une telle volonté de la part du travailleur que si cette volonté ressort de

921

¹⁷⁴⁹ TF, 3 mars 1992, ATF 118 II 58, JT 1993 I 154, cons. 2a ; TF, 11 novembre 1993, ATF 119 II 449, JT 1995 I 27, cons. 2a ; TF, 15 mars 2005, 4C.397/2004, cons. 2.1.

¹⁷⁵⁰ TF, 8 février 2017, 4A_561/2016, cons. 6.

¹⁷⁵¹ TF, 15 mars 2005, 4C.397/2004, cons. 2.1 ; TF, 24 mai 2006, 4C.61/2006, cons. 3.1 ; TF, 1^{er} décembre 2015, 4A_362/2015, DTA 2016 100, JAR 2016 386, cons. 3.2 ; TF, 8 février 2017, 4A_561/2016, cons. 7 ; cf. également : Roland Müller, *Die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Berne, Stämpfli, 1991, pp. 26 et 42.

¹⁷⁵² TF, 27 septembre 2002, 4C.185/2002, cons. 3.1 ; TF, 15 mars 2005, 4C.397/2004, cons. 2.1 ; TF, 13 février 2009, 4A_474/2008, cons. 3.1 ; TF, 1^{er} décembre 2015, 4A_362/2015, DTA 2016 100, JAR 2016 386, cons. 3.2 ; TF, 3 juillet 2017, 4A_673/2016, cons. 3.1. Cf. également : TF, 3 février 2015, 4A_381/2014, cons. 3 : « Savoir si l'on est en présence ou non d'une résiliation ressortit à l'interprétation de la volonté de l'employeur selon le principe de la confiance, pour autant toutefois que la volonté réelle n'ait pas pu être établie ». Cf. *supra*.

¹⁷⁵³ Cf. en matière de bail : TF, 1^{er} mai 2009, 4A_89/2009, ATF 135 III 441, cons. 3.3.

¹⁷⁵⁴ TF, 15 mars 2005, 4C.397/2004, cons. 2.1.

manière claire et irréfutable de son comportement¹⁷⁵⁵. Une résiliation conventionnelle ne doit être admise qu'avec retenue. Elle suppose notamment que soit prouvée sans équivoque la volonté des intéressés de se départir du contrat¹⁷⁵⁶.

922 Il faut en outre tenir compte du fait que la résiliation d'un commun accord emporte des conséquences significatives pour le travailleur, notamment la perte d'une partie de son salaire lorsque la fin des rapports de travail convenue intervient avant l'expiration ordinaire du contrat¹⁷⁵⁷, la renonciation à la protection contre le licenciement abusif et le licenciement en temps inopportun, ainsi que la potentielle diminution des prestations de l'assurance-chômage (cf. art. 30, al. 1, a LACI)¹⁷⁵⁸.

923 Autrement dit, l'accord entre les parties doit être interprété **de manière restrictive** ; il ne peut constituer un contrat de résiliation d'un commun accord que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'est prouvée sans équivoque la volonté des intéressés de se départir du contrat¹⁷⁵⁹. L'acceptation de la résiliation par le travailleur ne suffit pas à elle seule à prouver l'existence d'une résiliation conventionnelle et par là même l'existence d'une volonté implicite du travailleur de renoncer à la protection accordée par l'article 336c du code des obligations¹⁷⁶⁰.

2) Casuistique

924 Le fait pour un travailleur de contresigner une lettre de résiliation préparée par l'employeur, de ne pas contester cette résiliation et d'affirmer en audience avoir même espéré recevoir son congé, ne suffit pas pour reconnaître l'existence d'une résiliation d'un commun accord dès lors qu'il ne s'agit pas d'un comportement sans équivoque de sa part¹⁷⁶¹.

À l'inverse, dans le cadre d'une convention passée entre un travailleur et un employeur, le fait qu'une clause mentionne à la fois que l'employeur avait jusqu'à une date déterminée pour résilier le contrat en respectant un délai de congé de trois mois et que le contrat se terminerait au plus tard à l'issue de ce délai de congé, a été

¹⁷⁵⁵ TF, 23 avril 1999, 4C.49/1999, cons. 2 ; TF, 15 mars 2005, 4C.397/2004, cons. 2.1 ; TF, 27 avril 2005, 4P.77/2005, cons. 2.2 ; TF, 24 mai 2006, 4C.61/2006, cons. 3.1 ; TF, 19 janvier 2012, 4A_563/2011 cons. 4.1 ; TF, 3 juillet 2017, 4A_673/2016, cons. 3.1.

¹⁷⁵⁶ TF, 1^{er} décembre 2015, 4A_362/2015, cons. 3.2 ; TF, 31 octobre 2016, 4A_364/2016, cons. 3.1.

¹⁷⁵⁷ TF, 23 avril 1999, 4C.49/1999, cons. 2 ; TF, 15 mars 2005, 4C.397/2004, cons. 2.1.

¹⁷⁵⁸ TF, 15 mars 2005, 4C.397/2004, cons. 2.1 ; TF, 1^{er} septembre 2005, 4C.230/2005, cons. 2 ; TF, 3 juillet 2017, 4A_673/2016, cons. 3.1.

¹⁷⁵⁹ TF, 8 janvier 1999, 4C.310/1998, SJ 1999 I 277, cons. 2c ; TF, 19 avril 2002, 4C.27/2002, SJ 2003 I 220, cons. 2 ; TF, 17 juin 2005, 4C.37/2005, cons. 2.2 ; TF, 2 novembre 2005, 4C.127/2005, JAR 2006 351, cons. 4.1 ; TF, 1^{er} décembre 2015, 4A_362/2015, DTA 2016 100, JAR 2016 386, cons. 3.2.

¹⁷⁶⁰ TF, 19 avril 2002, 4C.27/2002, SJ 2003 I 220, cons. 2 ; TF, 17 juin 2005, 4C.37/2005, cons. 2.2 ; TF, 19 janvier 2012, 4A_563/2011, cons. 4.1 ; TF, 1^{er} décembre 2015, 4A_362/2015, DTA 2016 100, JAR 2016 386, cons. 3.2.

¹⁷⁶¹ TF, 1^{er} décembre 2015, 4A_362/2015, DTA 2016 100, JAR 2016 386, cons. 3.3.

correctement interprété comme signifiant objectivement que les parties étaient convenues d'une résiliation d'un commun accord¹⁷⁶².

Lorsque des parties ont signé une convention de départ stipulant la fin des rapports de travail à une certaine date et la libération de l'obligation de travailler dès le lendemain de la signature de la convention, ainsi que le versement d'indemnités au travailleur, on peut se demander si les parties ont décidé, ce faisant, d'une résiliation d'un commun accord ; ce ne sera toutefois pas le cas si les faits démontrent que la volonté réelle des parties n'était pas de conclure une résiliation conventionnelle : une telle interprétation peut ressortir des événements postérieurs à la signature de la convention de départ, notamment si, quelques jours plus tard, le travailleur soutient qu'en réalité, il a été congédié par l'employeur et que ce dernier lui confirme ensuite qu'il l'a effectivement licencié, pour des raisons économiques et structurelles¹⁷⁶³.

925

B. Licéité de la résiliation d'un commun accord

La résiliation d'un commun accord est impuissante, à elle seule, à supprimer ou à réduire une créance à laquelle le travailleur, selon l'article 341, alinéa 1 du code des obligations, ne peut valablement renoncer pendant la durée du contrat de travail¹⁷⁶⁴. Aux termes de cette disposition en effet, le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du rapport de travail 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. Cet article n'introduit pas un simple délai de réflexion : il s'applique pendant toute la durée du contrat et encore pendant un mois au-delà¹⁷⁶⁵.

926

Selon la jurisprudence, si cette norme prohibe la renonciation unilatérale du travailleur à des dispositions impératives, elle n'interdit pas aux parties de rompre en tout temps le contrat d'un commun accord, « pour autant qu'elles ne cherchent pas, ce faisant, à détourner une disposition impérative de la loi »¹⁷⁶⁶, et qu'« il s'agisse nettement d'un cas de transaction »¹⁷⁶⁷. Autrement dit, les parties restent libres de rompre le contrat

927

¹⁷⁶² TF, 3 juillet 2017, 4A_673/2016, cons. 3.3.

¹⁷⁶³ TF, 3 février 2015, 4A_381/2014, cons. 3.

¹⁷⁶⁴ TF, 8 février 2017, 4A_561/2016, cons. 6.

¹⁷⁶⁵ TF, 14 février 1979, ATF 105 II 39.

¹⁷⁶⁶ TF, 3 mars 1992, ATF 118 II 58, JT 1993 I 154, cons. 2b ; TF, 11 novembre 1993, ATF 119 II 449, JT 1995 I 27, cons. 2a ; TF, 1^{er} décembre 2015, DTA 2016 100, JAR 2016 386, cons. 3.2.

¹⁷⁶⁷ TF, 3 mars 1992, ATF 118 II 58, JT 1993 I 154, cons. 2b ; TF, 28 juin 2010, 4A_71/2010, ATF 136 III 467, JT 2011 II 224, SJ 2010 I 545, Pra 2011 28 193, com. Wildhaber/Johnson Wilcke *in* DTAonline 2010 519, com. Pietruszak *in* CJN 15 septembre 2010, com. Beffa *in* PJA 2010 1433, com. Schweizer *in* RSPC 2010 362, com. Beyeler *in* Questions de droit 2011 67 6, com. Geiser *in* PJA 2011 251, com. Carcagni Roesler *in* Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2010/2011, 2011 93, com. Jung *in* ius.full 2011 37, com. Akikol *in* Jusletter 8 août 2011, com. Berger *in* RJB 2012 170, cons. 4.5 ; TF, 19 janvier 2012, 4A_563/2011, cons. 4.1 ; TF, 31 octobre 2016, 4A_364/2016, cons. 3.1.

d'un commun accord pour une date précise, pour autant qu'elles ne cherchent pas à frauder par ce biais une disposition impérative de la loi¹⁷⁶⁸.

928 Ainsi, une disposition telle que l'article 336c, qui prévoit la nullité du congé ou le report de l'échéance contractuelle lorsque l'employeur résilie en temps inopportun, peut être tenue en échec par une résiliation d'un commun accord, à condition que cet accord comporte des **concessions réciproques – d'importance comparable**¹⁷⁶⁹ – et qu'il s'agisse nettement d'un cas de **transaction**¹⁷⁷⁰ (ce que les germanophones appellent un *Aufhebungsvertrag*). Par exemple, l'employeur peut subordonner l'indemnité de résiliation qu'il accorde à la condition que le contrat se termine à son terme contractuel ou légal.

929 Selon la logique de la jurisprudence, la résiliation d'un commun accord n'est donc possible que si les deux conditions nécessaires suivantes sont remplies :

1° Une absence de vice du consentement¹⁷⁷¹

930 Lorsque l'accord est préparé par l'employeur, il faut que le travailleur ait pu bénéficier d'un **délai de réflexion** et n'ait pas été pris de court au moment de la signature¹⁷⁷².

Aussi la volonté du salarié doit-elle être interprétée de manière restrictive : il n'y aura résiliation d'un commun accord que dans l'hypothèse où est établie sans équivoque la volonté de chacune des deux parties de se départir du contrat. Ainsi, l'accord est nul lorsqu'un cadre signe un accord de résiliation préparé par l'employeur, sans aucun délai de réflexion, en état d'affaiblissement psychologique et alors que de fortes pressions étaient exercées sur lui en raison d'une restructuration¹⁷⁷³.

2° Des concessions réciproques

931 Le salarié ne peut renoncer à la protection que lui octroie le code que si l'employeur lui accorde suffisamment en compensation¹⁷⁷⁴. Ainsi, les deux parties doivent avoir fait des concessions¹⁷⁷⁵, d'importance comparable¹⁷⁷⁶. Une concession unilatérale de la

¹⁷⁶⁸ TF, 11 novembre 1993, ATF 119 II 449, JT 1995 I 27, cons. 2a ; TF, 31 octobre 2016, 4A_364/2016, cons. 3.1.

¹⁷⁶⁹ TF, 19 janvier 2012, 4A_563/2011, cons. 4.1 ; TF, 1^{er} décembre 2015, 4A_362/2015, DTA 2016 100, JAR 2016 386, cons. 3.2.

¹⁷⁷⁰ TF, 18 juin 1984, ATF 110 II 168, cons. 3b ; TF, 3 mars 1992, ATF 118 II 58, JT 1993 I 154, cons. 2b ; TF, 11 novembre 1993, ATF 119 II 449, JT 1995 I 27, cons. 2a ; TF, 19 avril 2002, 4C.27/2002, SJ 2003 I 220, cons. 2 ; TF, 15 mars 2005, 4C.397/2004, cons. 2.1 ; TF, 1^{er} décembre 2015, 4A_362/2015, DTA 2016 100, JAR 2016 386, cons. 3.2.

¹⁷⁷¹ TF, 30 mai 2007, 2A.650/2006, JAR 2008 204, cons. 2.2.1.

¹⁷⁷² TF, 20 juillet 1999, 4C.51/1999, cons. 3c ; TF, 16 mars 2010, 4A_103/2010, cons. 2.2 ; TF, 31 octobre 2016, 4A_364/2016, cons. 3.1.

¹⁷⁷³ TF, 30 septembre 2010, 4A_376/2010, cons. 3.

¹⁷⁷⁴ Cf. TF, 6 mai 2006, 4C.390/2005, cons. 3 ; TF, 30 mai 2007, 2A.650/2006, JAR 2008 204, cons. 2.2.1 ; TF, 13 février 2009, 4A_474/2008, JAR 2010 196, cons. 3.1.

¹⁷⁷⁵ TF, 3 mars 1992, ATF 118 II 58, JT 1993 I 154, cons. 2b ; TF, 11 novembre 1993, ATF 119 II 449, JT 1995 I 27, cons. 2a ; TF, 19 janvier 2012, 4A_563/2011, cons. 4.1 ; TF, 3 juillet 2017, 4A_673/2016, cons. 4.1.

part du travailleur n'autorise pas à rendre valide la résiliation d'un commun accord¹⁷⁷⁷. L'accord de résiliation doit dès lors apparaître comme justifié du point de vue du travailleur¹⁷⁷⁸.

Par exemple, le fait que l'accord de résiliation prévoie un délai de congé deux fois plus long que le délai normalement applicable, ainsi que le paiement d'un treizième salaire non contractuel et d'une prime exceptionnelle de 275'000 francs, rend celui-ci admissible sous l'angle de l'article 341 du code des obligations¹⁷⁷⁹.

En droit de la fonction publique, un accord de résiliation est non seulement admissible, mais encore, selon la conception du législateur, il devrait même être le mode normal d'extinction des rapports de travail conclus pour une durée indéterminée¹⁷⁸⁰.

C. Sanction de l'inexistence ou de l'illicéité de la résiliation d'un commun accord

L'accord de résiliation qui ne satisferait pas aux conditions susmentionnées ne lie pas les parties. Dans un tel cas, jurisprudence et doctrine considèrent qu'il faut faire abstraction dudit accord et appliquer, en lieu et place de l'accord nul, les dispositions relevant du régime légal ordinaire, c'est-à-dire le régime de la rupture du rapport d'emploi¹⁷⁸¹. En d'autres termes, il y a lieu de replacer les parties dans la situation qui serait la leur si elles n'avaient pas conclu l'accord de résiliation non valable¹⁷⁸².

Lorsque, comme c'est généralement le cas, il a été mis fin au rapport d'emploi au moyen de l'accord inefficace, il faut se demander si l'employeur aurait résilié le contrat de manière ordinaire ou avec effet immédiat dans l'hypothèse où l'accord de résiliation n'eût pas été conclu¹⁷⁸³. Suivant la réponse apportée à cette question, le travailleur pourra soit faire valoir une prétention de salaire jusqu'à la fin du délai de résiliation ordinaire, le cas échéant pour la durée prolongée découlant de l'application des articles 324a et 336c, soit réclamer des dommages-intérêts et une indemnité fondés sur l'article

932

933

¹⁷⁷⁶ TF, 19 avril 2002, 4C.27/2002, SJ 2003 I 220, cons. 3 ; TF, 30 septembre 2010, 4A_376/2010, cons. 3 ; TF, 19 janvier 2012, 4A_563/2011, cons. 4.1 ; TF, 3 juillet 2017, 4A_673/2016, cons. 4.1.

¹⁷⁷⁷ TF, 3 mars 1992, ATF 118 II 58, JT 1993 I 154, cons. 2a ; TF, 11 novembre 1993, ATF 119 II 449, JT 1995 I 27, cons. 2a ; TF, 16 mars 2010, 4A_103/2010, cons. 2.2 ; TF, 19 janvier 2012, 4A_563/2011, cons. 4.1 ; TF, 3 juillet 2017, 4A_673/2016, cons. 4.1.

¹⁷⁷⁸ TF, 19 janvier 2012, 4A_563/2011, cons. 4.1 ; TF, 3 juillet 2017, 4A_673/2016, cons. 4.1.

¹⁷⁷⁹ TF, 3 juillet 2017, 4A_673/2016, cons. 4.2.

¹⁷⁸⁰ TAF, 8 décembre 2015, A-1711/2014, cons. 3.2. Une telle convention de résiliation est un contrat de droit administratif, qui s'interprète selon les mêmes règles que les contrats de droit privé (même arrêt, cons. 4).

¹⁷⁸¹ TF, 31 octobre 2016, 4A_364/2016, cons. 3.2.

¹⁷⁸² TF, 12 janvier 2009, 4A_495/2007, cons. 4.3.1.2 ; TF, 31 octobre 2016, 4A_364/2016, cons. 3.2.

¹⁷⁸³ TF, 2 juin 2017, 4A_699/2016, cons. 2.2.

337c ; c'est au travailleur qui soutient que son employeur l'aurait licencié avec effet immédiat en pareille hypothèse d'en apporter la preuve¹⁷⁸⁴.

Le Tribunal fédéral a jugé qu'un travailleur ne démontrait pas que l'employeur, dans l'hypothèse où l'accord de résiliation n'aurait pas été conclu, aurait résilié le contrat avec effet immédiat, dans une hypothèse où les circonstances étaient tout aussi bien compatibles avec une résiliation ordinaire du contrat, assortie d'une libération de l'obligation de travailler durant le délai de congé et d'une autorisation d'exercer une activité indépendante pendant le préavis¹⁷⁸⁵.

934 Toujours selon la jurisprudence, le régime de licenciement immédiat n'est pas applicable du seul fait que le rapport de travail aurait dû, selon la résiliation d'un commun accord nulle, être rompu immédiatement ; il convient davantage d'observer quelles dispositions protectrices ont été contournées par la résiliation d'un commun accord¹⁷⁸⁶. Peu importe que l'on conclue que la résiliation a été ordinaire et abusive ou immédiate et injustifiée : le travailleur peut, dans les cas, réclamer à la fois le salaire équivalant au délai de congé et une indemnité réparatrice¹⁷⁸⁷.

935 Le travailleur ne peut pas invoquer la **nullité partielle** d'une convention de résiliation du contrat de travail dans l'hypothèse où l'employeur, s'il avait envisagé la nullité de la convention de résiliation quant à l'accord sur la résiliation immédiate du contrat de travail, n'aurait objectivement pas accepté de conclure uniquement un accord par lequel il renonçait au profit du travailleur à percevoir des commissions pour un montant total de plusieurs centaines de milliers de francs¹⁷⁸⁸.

D. Résiliation d'un commun accord et transaction

936 Il convient de distinguer l'accord de résiliation et l'**accord postérieur à la résiliation régissant les modalités de la fin des rapports de travail**¹⁷⁸⁹ : ce n'est pas parce qu'il négocie les modalités de la résiliation que le salarié renonce à invoquer un licenciement abusif.

937 La résiliation d'un commun accord est possible en tout temps si l'on constate des concessions réciproques et qu'il s'agit clairement d'un cas de transaction ; dans ce cas, aucune protection ne subsiste au niveau du droit impératif. En revanche, l'accord sur les modalités de la résiliation intervient après une résiliation unilatérale : dans une telle hypothèse, le droit impératif continue à protéger le travailleur. Ainsi, lorsque l'employeur résilie unilatéralement le contrat et que les parties passent simultanément

¹⁷⁸⁴ TF, 12 janvier 2009, 4A_495/2007, cons. 4.3.1.2 ; TF, 31 octobre 2016, 4A_364/2016, cons. 3.2 et 5.2.1.

¹⁷⁸⁵ TF, 31 octobre 2016, 4A_364/2016, cons. 5.3.2.

¹⁷⁸⁶ TF, 2 juin 2017, 4A_699/2016, cons. 2.3.

¹⁷⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸⁸ TF, 31 octobre 2016, 4A_364/2016, cons. 4.

¹⁷⁸⁹ TF, 17 juin 2005, 4C.37/2005, cons. 2.2.

ou postérieurement un accord régissant uniquement les modalités de la fin du contrat, l'article 336c reste, sur le principe, applicable¹⁷⁹⁰.

Chapitre 2 : Les effets de la rupture du rapport d'emploi

Quels que soient la forme et le motif de la rupture, les dettes des parties doivent être réglées. Ainsi, le travailleur a droit au paiement de ses heures de travail effectuées, de ses vacances et de ses heures supplémentaires dues et non compensées, même dans l'hypothèse où il aurait été licencié pour justes motifs¹⁷⁹¹.

938

Ainsi, la rupture du rapport d'emploi produit des *effets pécuniaires* propres (section 1). En outre, elle induit des *obligations de faire ou de ne pas faire* (section 2).

Section 1 : Les effets pécuniaires

Les effets pécuniaires de la rupture du rapport d'emploi sont l'*exigibilité des créances* (§ 1) et le versement d'*indemnités de fin d'emploi* (§ 2).

939

§ 1 : L'exigibilité des créances

Lorsque le rapport de travail est terminé, la liquidation des prétentions doit être rapide¹⁷⁹² : à la fin du contrat, toutes les créances qui en découlent et qui ne seraient pas encore exigibles deviennent exigibles (art. 339, al. 1 CO).

940

Les prétentions exigibles à un moment antérieur gardent leur date initiale d'exigibilité (notamment le salaire à la date prévue par l'article 323, alinéa 1¹⁷⁹³, les vacances à la date prévue à l'article 329c, alinéa 2¹⁷⁹⁴ et les frais à la date prévue à l'article 327a, alinéa 1).

Les actions et les options sur actions bloquées deviennent exigibles immédiatement¹⁷⁹⁵, sauf si elles ne font l'objet que d'une expectative et non d'un droit

941

¹⁷⁹⁰ TF, 1^{er} décembre 2015, 4A_362/2015, DTA 2016 100, JAR 2016 386, cons. 3.2.

¹⁷⁹¹ Cf. TF, 2 novembre 2015, 4A_395/2015, cons. 4. Notez qu'en droit français, le licenciement du salarié intervenu à raison d'une faute lourde, c'est-à-dire d'une faute grave commise avec l'intention de nuire à son employeur, privait le travailleur de toute indemnité, y compris de l'indemnité de congés payés. Le Conseil constitutionnel a récemment jugé qu'une telle privation était inconstitutionnelle (décision du Conseil constitutionnel n° 2015-523, QPC du 2 mars 2016).

¹⁷⁹² Cf. Werner Gloor, in Commentaire Dunand/Mahon, N 1 ad art. 339 CO.

¹⁷⁹³ Cf. TF, 20 mars 2006, 4C.320/2005, JAR 2007 219, cons. 6.

¹⁷⁹⁴ Cf. TF, 1^{er} avril 2010, 4A_44/2010, DTA 2010 183, cons. 3.3.2.

acquis¹⁷⁹⁶ ou qu'elles représentent une gratification contractuelle dont il n'est pas spécifiquement prévu qu'elle soit versée *pro rata temporis* en cas de départ en cours d'année (art. 322d, al. 2 CO)¹⁷⁹⁷, ou encore lorsqu'elles sont soumises à la condition suspensive d'une absence de résiliation du contrat¹⁷⁹⁸.

La règle de l'exigibilité immédiate s'applique également à l'indemnité pour licenciement abusif (cf. art. 336a CO) et à celle pour licenciement immédiat injustifié (cf. art. 337c, al. 3 CO)¹⁷⁹⁹.

- 942 Aucune interpellation n'est nécessaire (cf. art. 102, al. 2 CO)¹⁸⁰⁰. Par conséquent, les **intérêts** moratoires commencent à courir dès la date de l'exigibilité¹⁸⁰¹, tout comme le délai de **prescription** (cf. art. 130, al. 1 CO). Concrètement, le Tribunal fédéral a confirmé que la somme due en application de l'article 337c, alinéa 1^{er} portait intérêts dès le moment du licenciement immédiat injustifié¹⁸⁰².

Sauf convention contraire, les contrats **annexes** au contrat de travail (bail, prêt, etc.) ne sont pas soumis à la règle de l'exigibilité immédiate¹⁸⁰³.

- 943 Lorsque le travailleur a droit à une **provision** pour des affaires dont l'exécution a lieu entièrement ou partiellement après la fin du contrat, l'exigibilité peut être différée par accord écrit, mais en général pour six mois au plus ; l'exigibilité ne peut pas être différée de plus d'une année s'il s'agit d'affaires donnant lieu à des prestations successives, ni de plus de deux ans s'il s'agit de contrats d'assurance ou d'affaires dont l'exécution s'étend sur plus d'une demi-année (art. 339, al. 2 CO). La partie qui se prévaut que l'exigibilité a été différée doit en apporter la preuve¹⁸⁰⁴. Le droit à une participation au résultat de l'exploitation est exigible conformément à l'article 323, alinéa 3 du code des obligations¹⁸⁰⁵ (art. 339, al. 3 CO).

¹⁷⁹⁵ Streiff/von Känel/Rudolph, N 8 *ad* art. 339 CO ; Duc/Subilia, N 12 *ad* art. 339 CO. Mentionnant la réserve de restrictions qui pourraient être assimilées à une clause de non-concurrence valablement conclue : Wyler/Heinzer, p. 994. Si les actions sont conservées par l'employeur, il doit les remettre au travailleur en vertu de l'article 339a. Les règles sont différentes si l'on se trouve en présence d'un plan d'investissement (cf. *infra* n° 1352 et s).

¹⁷⁹⁶ Wyler/Heinzer, p. 995.

¹⁷⁹⁷ Cf. *infra*.

¹⁷⁹⁸ Wyler/Heinzer, pp. 995-996.

¹⁷⁹⁹ TF, 29 mars 2006, 4C.414/2006, cons. 6.

¹⁸⁰⁰ TF, 4 mai 2005, 4C.67/2005, JAR 2006 229, cons. 2.3.

¹⁸⁰¹ TF, 4 octobre 1977, ATF 103 II 274, JT 1978 I 94, SJ 1978 423, cons. 3b ; TF, 14 février 1978, SJ 1979. 33, cons. 3a ; TF, 12 janvier 2011, 4A_474/2010, DTA 2011 112, cons. 2.2.2. Évoquant cette solution, mais sans trancher : TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, ATF 129 III 664, JT 2004 I 60, cons. 7.4.

¹⁸⁰² TF, 4 octobre 1977, ATF 103 II 274, cons. 3b ; TF, 12 janvier 2011, 4A_474/2010, DTA 2011 112, JAR 2012 121, cons. 2.2.1.

¹⁸⁰³ Cf. pour les prêts : Carruzzo, N 1 *ad* art. 339 et 339a CO ; Werner Gloor, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 2 *ad* art. 339 CO.

¹⁸⁰⁴ TF, 7 septembre 2015, 4A_64/2015, cons. 4.7.2.

¹⁸⁰⁵ Cf. *infra*.

Réglementation spéciale de la FINMA. En matière bancaire, la FINMA exige, dans sa circulaire 2010/01 sur les systèmes de rémunération, qu'une partie de la rémunération variable du travailleur ne soit exigible qu'ultérieurement et que son montant final varie en fonction des résultats ultérieurs de l'entreprise (§ 54). Ce système de rang administratif est contraire à la loi¹⁸⁰⁶. Le problème réside en ceci que la circulaire exige une évolution de la rémunération due en fonction de certains critères d'évaluation, c'est-à-dire que l'employeur pourrait continuer à porter un jugement sur les prestations du salarié après la fin de la relation contractuelle. De plus, il paraîtrait délicat de faire supporter le risque d'une évolution à une personne qui n'aurait plus aucun pouvoir sur ladite évolution, alors même que le caractère différé de la rémunération est censé concerner les personnes « dont l'activité influe notablement sur le profil de risque de l'établissement financier » (§ 53). Pour tenter d'opérer une conciliation entre règles civiles et règles administratives, nous proposons la piste suivante : si l'on ne peut concevoir une variation fondée sur des critères subjectifs après la fin de la relation contractuelle, on peut accepter une variation fondée sur des critères objectifs, comme l'évolution du chiffre d'affaires, du bénéfice ou du cours de l'action de l'entreprise, pendant une période limitée à trois ans au maximum¹⁸⁰⁷. Une révision du code des obligations sur ce point serait bienvenue. Par ailleurs, la règle de l'article 339c, alinéa 4 du code des obligations selon laquelle une prime de départ peut voir son échéance différée par écrit¹⁸⁰⁸ pourrait être appliquée par analogie. Ainsi, une prime de départ d'un montant forfaitaire pourrait être versée plusieurs années après le départ du salarié¹⁸⁰⁹.

Péremption des créances de l'employeur. Se fondant sur un principe général de bonne foi et sur l'acceptation tacite par le travailleur d'une offre qui lui serait favorable (cf. art. 6 CO), la jurisprudence considère que l'employeur qui aurait des prétentions contre son travailleur doit les faire valoir – si ce n'est dans leur quotité, à tout le moins dans leur principe – avant la fin du rapport d'emploi, sous peine de péremption de la

¹⁸⁰⁶ Sur cette problématique, cf. Aurélien Witzig, *Le renouveau des rémunérations variables*, Genève, Slatkine, 2015, pp. 182-185.

¹⁸⁰⁷ *Contra* : Thérèse Amstutz, « Circulaire FINMA 10/1 / Problématique de droit du travail des rémunérations variables », *Perspectives et risques de nouveautés juridiques 2009/2010*, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2010, pp. 45 et s., spéc. p. 51, laquelle prône une solution inverse de la nôtre, à savoir le maintien d'une appréciation subjective afin de garantir la qualification de gratification à l'élément de rémunération en cause. Outre qu'il n'est pas dit que la gratification ne soit pas comprise dans la règle générale de l'article 339 du code des obligations (la doctrine se prononce plutôt pour une application de cet article à la gratification, du moins quand cette dernière présente des traits communs avec la participation aux résultats : Wyler/Heinzer, p. 699 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 7 *ad* art. 339 CO ; dans la même direction mais sans distinguer entre la gratification contractuelle et la gratification bénévole qui est de toute façon hors de cause : Duc/Subilia, N 12 *ad* art. 339 CO), cette proposition nous paraît ouvrir la porte à de nombreuses contestations : comment l'employeur peut-il évaluer subjectivement un travailleur qui a quitté son entreprise depuis trois ans ?

¹⁸⁰⁸ Sur cette règle en général, cf. Streiff/von Känel/Rudolph, N 14 *ad* art. 339c CO. Pour un exemple d'étalement du paiement : TC/JU, 15 avril 1982, JAR 1986 162, JU-TRAV 1984 31, cons. 9.

¹⁸⁰⁹ On pourrait également envisager d'appliquer par analogie le tempérament de l'alinéa 3 de ce même article, selon lequel l'indemnité peut être réduite si son paiement devait exposer l'employeur à la gêne. Nous manifestons toutefois une certaine réticence à l'égard de cette généralisation du fait que cette règle ouvre la voie des interprétations contradictoires qui risquent de nuire à la sécurité juridique.

créance¹⁸¹⁰. Le mécanisme de la préemption ne joue pas lorsque l'employeur n'a pas connaissance du principe de ses prétentions contre le travailleur ou lorsqu'il est dans l'impossibilité matérielle de les faire valoir¹⁸¹¹. Le travailleur supporte la charge de la preuve de la renonciation de l'employeur à sa créance (cf. art. 8 CC)¹⁸¹².

§ 2 : Les indemnités de fin d'emploi

946 Les indemnités qui trouvent leur cause dans la fin du rapport d'emploi peuvent être d'origine soit **légale (A)** soit **contractuelle** ou **conventionnelle (B)**.

A. Les indemnités légales

947 Les indemnités légales de fin d'emploi sont rares en droit suisse. Qualifiées d'« indemnités à raison des longs rapports de service », elles visent avant tout un objectif de prévoyance ; historiquement, elles ont servi de transition lorsqu'une prévoyance obligatoire généralisée n'avait pas encore été instituée¹⁸¹³. Ainsi, il n'existe d'indemnité légale de licenciement que dans le cas où le travailleur est âgé d'au moins **cinquante** ans et que le rapport d'emploi prend fin après au moins **vingt** années de service (art. 339b, al. 1 CO). De plus, si le travailleur reçoit des prestations d'une institution de prévoyance, ces prestations peuvent être déduites de l'indemnité due dans la mesure où elles ont été financées soit par l'employeur lui-même, soit par l'institution de prévoyance au moyen de la contribution de l'employeur (art. 339d, al. 1 CO)¹⁸¹⁴. Enfin, l'employeur est également libéré de l'obligation de verser une indemnité de départ dans la mesure où il s'engage à payer à l'avenir des prestations de prévoyance au travailleur ou qu'il les lui fait assurer par un tiers (art. 339d, al. 2 CO). De nos jours, il est peu fréquent que l'ensemble des conditions permettant l'octroi d'une indemnité légale de licenciement soient remplies¹⁸¹⁵.

948 Si tel est néanmoins le cas, le montant de l'indemnité peut être fixé librement par accord écrit¹⁸¹⁶, contrat-type de travail ou convention collective, mais ne doit pas être

¹⁸¹⁰ TF, 20 novembre 1984, ATF 110 II 344, JT 1985 I 380, SJ 1985 278, cons. 2b ; TF, 28 août 2003, 4C.146/2003, cons. 6.2 ; TF, 20 mars 2006, 4C.320/2005, cons. 5.5 ; TF, 5 septembre 2011, 4A_351/2011, DTA 2011 284, cons. 2.2 ; KG/LU, 10 juillet 1978, JAR 1980 127 ; cf. également : Werner Gloor, in Commentaire Dunand/Mahon, N 5 ad art. 339 CO.

¹⁸¹¹ TF, 20 novembre 1984, ATF 110 II 344, JT 1985 I 380, SJ 1985 278, cons. 2b.

¹⁸¹² *Ibidem* ; TF, 28 août 2003, 4C.146/2003, cons. 6.2 ; TF, 20 mars 2006, 4C.320/2005, cons. 5.5 ; TF, 5 septembre 2011, 4A_351/2011, DTA 2011 284, cons. 2.2.

¹⁸¹³ Cf. TF, 10 août 2005, 2A.63/2005, ATF 131 II 593, RDAF 2005 II 511, RF 61 2006 57, Pra 2006 117 807, cons. 3.1.

¹⁸¹⁴ Pour un cas d'application, cf. TF, 12 mars 1975, ATF 101 II 270, JT 1976 I 188, SJ 1976 129. Sur le principe, cf. également : TF, 23 janvier 1990, JAR 1991 293.

¹⁸¹⁵ Pour des exemples de cas où l'indemnité devrait être payée, cf. Werner Gloor, in Commentaire Dunand/Mahon, N 1 ad art. 339b CO.

¹⁸¹⁶ Cette exigence de forme est une condition de validité de l'accord : TF, 12 mars 1975, ATF 101 II 270, JT 1976 I 188, SJ 1976 129, cons. 4a.

inférieur au montant de **deux** mois de salaire (art. 339c, al. 1 CO). Si le montant de l'indemnité n'est pas déterminé, le juge le fixe selon sa libre appréciation, compte tenu de toutes les circonstances (notamment : âge, durée du rapport d'emploi, situation personnelle du travailleur, position dans l'entreprise, perspectives de retrouver un emploi, motifs de la rupture du rapport d'emploi, capacité financière de l'employeur)¹⁸¹⁷ ; l'indemnité ne doit toutefois pas dépasser le montant de **huit** mois de salaire (art. 339c, al. 2 CO).

L'employeur peut tenir compte d'une gratification bénévole versée peu avant la rupture du contrat pour déterminer le montant de l'indemnité dans la fourchette légale de deux à huit mois de salaire ; cependant, la gratification ne pourra pas être imputée purement et simplement sur l'indemnité¹⁸¹⁸.

L'indemnité peut être réduite ou supprimée si le travailleur a résilié le contrat sans justes motifs ou si l'employeur l'a résilié avec effet immédiat pour de justes motifs – au sens de l'article 337 du code des obligations¹⁸¹⁹ – ou si le paiement de cette indemnité l'exposerait à la gêne (art. 339c, al. 3 CO). La condition de la gêne vise à préserver les petites entreprises d'une charge qui deviendrait excessive pour elles¹⁸²⁰. La gêne doit être évaluée par rapport à la capacité économique de l'employeur de verser l'indemnité due au travailleur¹⁸²¹.

949

L'indemnité est due au moment où les rapports de travail prennent fin, mais l'échéance peut en être différée par un accord écrit, par un contrat-type de travail, par une convention collective ou par le juge (art. 339c, al. 4 CO). Les parties peuvent également convenir d'un paiement anticipé de l'indemnité de départ si l'employeur veille à ce que le montant soit encore à disposition du travailleur à la fin du rapport de travail¹⁸²².

950

Si le travailleur meurt pendant la durée des rapports de travail, l'indemnité est versée au conjoint ou au partenaire enregistré survivant, aux enfants mineurs ou, à défaut, aux autres personnes en faveur desquelles le travailleur remplissait une obligation d'entretien (art. 339b, al. 2 CO).

B. Les indemnités contractuelles ou conventionnelles

Il n'existe d'indemnité contractuelle ou conventionnelle à la fin du rapport d'emploi que si une source obligationnelle oblige l'employeur à procéder à un tel paiement. Les règles générales d'identification des sources d'obligations sont applicables. Ainsi,

951

¹⁸¹⁷ TF, 16 janvier 1989, ATF 115 II 30, JT 1989 I 601 ; Werner Gloor, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 1 *ad* art. 339c CO.

¹⁸¹⁸ TF, 16 janvier 1989, ATF 115 II 30, JT 1989 I 601, cons. 3e.

¹⁸¹⁹ TF, 2 août 1984, ATF 110 II 268, JT 1985 I 285, cons. 3b.

¹⁸²⁰ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 407.

¹⁸²¹ TC/JU, 15 avril 1982, JAR 1986 162, cons. 8 ; TC/NE, 7 décembre 1987, JAR 1989 242.

¹⁸²² TF, 11 décembre 1979, ATF 105 II 280, JT 1980 I 366 ; TC/VS, 6 octobre 2006, RVJ 2007 277.

lorsque l'employeur et le travailleur ont signé une convention de départ, celle-ci doit être interprétée en fonction de la volonté réelle des parties ou, lorsqu'une telle volonté ne peut être établie, selon le principe de la confiance¹⁸²³.

Dans une espèce, il a été constaté par les juges qu'il ressortait des courriels échangés entre les parties que l'employeur avait accepté de verser au travailleur une indemnité de départ ; comme il n'en ressortait pas que cet engagement eût été conditionné à la renonciation par le travailleur à toutes ses autres créances contre l'employeur, ce dernier ne pouvait pas remettre en cause l'engagement pris en se prévalant d'une clause secondaire de solde de tout compte qui aurait représenté un élément subjectivement essentiel de son engagement¹⁸²⁴.

952 Comme le régime de l'indemnité à raison des longs rapports de travail est relativement impératif (cf. art. 362 CO)¹⁸²⁵, l'employeur peut promettre au travailleur une indemnité de départ à des conditions plus favorables que le régime de l'indemnité légale¹⁸²⁶. En particulier, aucun montant maximal n'est imposé. Les parties peuvent aussi aménager le système légal en faveur du salarié : par exemple, une clause peut écarter tout facteur de réduction du genre de ceux de l'article 339c¹⁸²⁷.

Les types d'indemnités de départ conventionnelles ne sont pas limités : l'employeur peut par exemple promettre une **rente viagère** au travailleur¹⁸²⁸, ou des prestations de **pré-retraite**, notamment par l'entremise d'un porte-fort¹⁸²⁹.

953 Des conditions peuvent être imposées à l'indemnité conventionnelle. Par exemple, le droit à l'indemnité conventionnelle peut cesser lorsque le contrat de travail est résilié par l'employeur avec effet immédiat pour justes motifs (application de l'art. 339c, al. 3 CO par analogie)¹⁸³⁰. Toutefois, si le contrat subordonne le droit à une indemnité de départ à l'absence de faute du salarié dans les motifs de licenciement, c'est à l'employeur de prouver le manquement qu'il allègue¹⁸³¹.

L'employeur qui verse, de son plein gré et sans obligation légale, une indemnité de départ à son salarié ne peut prendre prétexte de ce versement pour se soustraire à son obligation de verser la gratification contractuelle dont le principe a été acquis et qui revêt une autre fonction¹⁸³².

¹⁸²³ TF, 3 février 2015, 4A_381/2014, cons. 3.

¹⁸²⁴ TF, 29 juillet 2016, 4A_642/2015, cons. 3.

¹⁸²⁵ TF, 2 août 1984, ATF 110 II 268, JT 1985 I 285, cons. 2b.

¹⁸²⁶ Cf. *supra* n° 947 et s.

¹⁸²⁷ Exemple dans TF, 8 octobre 2009, 4A_311/2009, DTA 2010 33, cons. 3.3.

¹⁸²⁸ TF, 11 novembre 1947, ATF 73 II 226, JT 1948 I 387.

¹⁸²⁹ TF, 5 août 2005, 4C.448/2004, ATF 131 III 606, JT 2006 I 126, Pra 2006 80 568, com. Jung *in ius*.full 2006 111, com. Blesi *in Jusletter* 8 mai 2006, com. Koller *in* RJB 2006 427, cons. 4.2 et 5.

¹⁸³⁰ TF, 31 mai 2012, 4A_101/2012, DTA 2012. 255, JAR 2013. 256.

¹⁸³¹ TF, 6 juillet 2005, 4C. 110/2005, ATF 131 III 535, cons. 3.2 (non publié dans l'ATF).

¹⁸³² TF, 27 mars 2006, 4C.6/2006, cons. 1.3. Sur la notion de gratification contractuelle, cf. *infra*.

Des dispositions favorables en matière de cotisations sociales promeuvent les indemnités de départ (cf. art. 8^{bis} et 8^{ter} RAVS, art. 11a LACI). À l'inverse, l'image du « parachute doré » a mis les indemnités de départ conventionnelles sous le feu des projecteurs : les montants octroyés ont atteint des sommets. La réglementation en matière de rémunérations abusives limite aujourd'hui la liberté de l'employeur en matière d'indemnités de départ¹⁸³³.

954

Section 2 : Les obligations de faire ou de ne pas faire

Parmi les obligations de faire à la fin du rapport d'emploi, on compte la **restitution** (§ 1) et la remise du **certificat de travail** (§ 2).

955

Les obligations de ne pas faire existent à travers la **clause de non-concurrence** (§ 3) et le devoir de **confidentialité** (§ 4).

Les obligations de faire ou de ne pas faire, à la fin du rapport d'emploi, sont des instruments permettant aux parties d'assurer la poursuite de leur développement économique malgré la séparation. Dans un régime de liberté économique et de libre concurrence, la légitimité de certaines de ces institutions devrait être remise en cause, comme nous le verrons à propos du certificat de travail et de la clause de non-concurrence.

§ 1 : La restitution

Au moment où le rapport d'emploi prend fin, les parties doivent se rendre tout ce qu'elles s'étaient remis pour la durée de ce rapport, ainsi que tout ce que l'une d'elles pourrait avoir reçu de tiers pour le compte de l'autre (art. 339a, al. 1 CO). Ce principe de restitution est de droit absolument impératif (cf. art. 361 CO).

956

Comme le principe d'exigibilité immédiate des créances, le principe de restitution vise la liquidation rapide de certaines prétentions¹⁸³⁴. Il protège aussi l'employeur contre un potentiel détournement de clientèle par le travailleur qui le quitte¹⁸³⁵. L'obligation de restitution est indépendante d'une éventuelle clause de non-concurrence (cf. art. 340b, al. 3 CO)¹⁸³⁶.

Pour le travailleur, cette obligation de restitution découle de son devoir de fidélité (cf. art. 321a CO)¹⁸³⁷. Ce devoir n'existe pas uniquement à la fin du rapport d'emploi, puisqu'il oblige le travailleur, déjà durant l'exécution du rapport de travail, à remettre

957

¹⁸³³ Cf. *infra* sur les rémunérations interdites.

¹⁸³⁴ Werner Gloor, in Commentaire Dunand/Mahon, N 1 ad art. 339a CO.

¹⁸³⁵ TF, 3 janvier 2012, 4A_611/2011, cons. 4.3.

¹⁸³⁶ TF, 17 décembre 2014, 4A_343/2014, ATF 141 III 23, SJ 2015 I 200, Pra 2015 114 945, cons. 3.1 ; cf. TF, 3 janvier 2012, 4A_611/2011, cons. 4.3.

¹⁸³⁷ TF, 17 décembre 2014, 4A_343/2014, précité, cons. 3.1.

à son employeur ce qu'il reçoit pour le compte de celui-ci (cf. art. 321b, al. 1 CO)¹⁸³⁸. La même règle s'applique à tous les documents que le travailleur produit dans le cadre de son travail, le résultat de son activité professionnelle appartenant en principe à l'employeur (cf. art. 321b, al. 2 CO)¹⁸³⁹.

- 958 L'obligation de restitution s'étend non seulement aux documents originaux mais également aux copies de tels documents¹⁸⁴⁰. En revanche, elle ne saurait s'étendre, selon la doctrine, aux documents nécessaires au travailleur pour faire valoir ses prétentions en justice en vertu de la charge de la preuve qui pèse sur lui¹⁸⁴¹ à condition que le travailleur n'en use pas au-delà des nécessités procédurales¹⁸⁴². En toute hypothèse, l'obligation de restitution ne porte que sur les documents reçus ou produits par le travailleur durant le rapport d'emploi mais non sur les documents ou informations reçus après la fin du rapport d'emploi¹⁸⁴³.
- 959 La loi précise également que le travailleur doit restituer les véhicules à moteur (avec leurs permis de circulation), de même que les avances de salaire et de frais dans la mesure où elles excèdent ses créances (art. 339a, al. 2 CO).
- 960 Les **droits de rétention** des parties sont réservés (art. 339a, al. 3 CO). Ils sont régis par les articles 895 à 898 du code civil¹⁸⁴⁴. Pour pouvoir exercer un droit de rétention, le travailleur doit, par le consentement de l'employeur, être possesseur de choses mobilières ou de papiers-valeurs appartenant à ce dernier (et non simple détenteur)¹⁸⁴⁵ ; sa créance doit être exigible ; il doit exister un rapport naturel de connexité entre la créance et l'objet retenu¹⁸⁴⁶. Un ordinateur ou un téléphone portable, s'ils sont attribués personnellement, peuvent faire l'objet d'une rétention¹⁸⁴⁷. Il en va de même d'un véhicule de service que le travailleur peut utiliser à des fins privées, même si ce véhicule fait l'objet d'un crédit-bail¹⁸⁴⁸, tout comme de l'argent encaissé

¹⁸³⁸ *Ibidem* ; cf. également : Jean-Philippe Dunand, in Commentaire Dunand/Mahon, N 8 ad art. 321b CO.

¹⁸³⁹ TF, 4 décembre 2007, 4A_310/2007, cons. 5.1 ; TF, 17 décembre 2014, 4A_343/2014, ATF 141 III 23, SJ 2015 I 200, Pra 2015 114 945, cons. 3.1 ; cf. également : Jean-Philippe Dunand, in Commentaire Dunand/Mahon, N 13 ad art. 321b CO.

¹⁸⁴⁰ TF, 3 janvier 2012, 4A_611/2011, cons. 4.3 ; TF, 17 décembre 2014, 4A_343/2014, ATF 141 III 23, SJ 2015 I 200, Pra 2015 114 945, cons. 3.1.

¹⁸⁴¹ Streiff/von Känel/Rudolph, N 4 ad art. 339a CO ; Werner Gloor, in Commentaire Dunand/Mahon, N 5 ad art. 339a CO.

¹⁸⁴² Un arrêt s'était opposé à ce que le travailleur puisse conserver des documents pour faire valoir ses droits en justice (TF, 11 octobre 2011, 4A_329/2011, RSPC 2012 115, cons. 4), mais la condition limitative que nous introduisons ici permet d'adapter cette jurisprudence dans un sens qui concilie les intérêts de l'employeur et ceux du travailleur.

¹⁸⁴³ TF, 17 décembre 2014, 4A_343/2014, ATF 141 III 23, SJ 2015 I 200, Pra 2015 114 945.

¹⁸⁴⁴ Sur la qualité de la possession du travailleur, cf. TF, 6 mars 1941, ATF 67 II 16.

¹⁸⁴⁵ Cf. TF, 6 mars 1941, ATF 67 II 16, JT 1941 I 622, SJ 1941 289.

¹⁸⁴⁶ Werner Gloor, in Commentaire Dunand/Mahon, N 3 ad art. 339a CO.

¹⁸⁴⁷ Carruzzo, N 3 ad art. 321b CO.

¹⁸⁴⁸ ArbG/ZH, 28 février 2003, JAR 2004 591.

par le travailleur pour le compte de l'employeur¹⁸⁴⁹. L'employeur, s'il fournit de manière effective des sûretés, peut neutraliser l'exercice du droit de rétention par le travailleur¹⁸⁵⁰.

§ 2 : Le certificat de travail

Le certificat de travail est un document important dans la vie de tout travailleur suisse. Cette institution est censée exister dans l'intérêt du travailleur, afin de favoriser son avenir économique¹⁸⁵¹. Pourtant, les certificats de travail ne vont pas sans poser différents problèmes qui rendent leur existence compliquée et source de conflits¹⁸⁵².

961

Le certificat de travail peut revêtir différentes **formes (A)**. Il doit présenter certains **caractères (B)** et **aspects formels (C)**. Son régime donne lieu des **sanctions** spécifiques (**D**).

A. Formes

1) Quant au moment

Même s'il sert généralement dans la perspective de la recherche d'un nouvel emploi, le certificat de travail n'est pas limité à la période de la résiliation du rapport d'emploi : le travailleur peut en demander un en tout temps à son employeur (art. 330a, al. 1 *in initio* CO), y compris après la fin du rapport d'emploi¹⁸⁵³, tant que sa demande n'est pas atteinte par la prescription décennale¹⁸⁵⁴.

962

Rien, pas même sa mise en faillite, ne libère l'employeur de son obligation de fournir un certificat de travail¹⁸⁵⁵.

Le travailleur **n'a pas à justifier** de la raison pour laquelle il requiert l'établissement d'un certificat de travail¹⁸⁵⁶. Toutefois, il ne doit pas faire un usage abusif de son droit de demander un certificat de travail (cf. art. 2 CC)¹⁸⁵⁷.

963

¹⁸⁴⁹ TC/FR, Chambre pénale, 6 mai 2010, cons. 2c, cité par Werner Gloor, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 3 *ad* art. 339a CO

¹⁸⁵⁰ TF, 18 octobre 1995, Repertorio di giurisprudenza patria 1995 92, cons. 4b.

¹⁸⁵¹ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 364.

¹⁸⁵² Comp. avec le droit français qui n'admet plus aujourd'hui que la simple attestation de travail et non le certificat complet (cf. art. D. 1234-6 C. Trav. fr.).

¹⁸⁵³ David Aubert, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 4 *ad* art. 330a CO.

¹⁸⁵⁴ CAPH/GE, 2 juin 1999, JAR 2000 287 ; David Aubert, *in* Commentaire Dunand, N 55 *ad* art. 330a CO.

¹⁸⁵⁵ ArbG/ZH, 8 septembre 2006, JAR 2007 532

¹⁸⁵⁶ David Aubert, *in* Commentaire Dunand, N 5 *ad* art. 330a CO.

¹⁸⁵⁷ Cf. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 1 *ad* art. 330a CO ; Carruzzo, N 2 *ad* art. 330a CO.

964 L'employeur doit remettre le certificat demandé **le plus diligemment possible**. Le délai admissible va de quelques jours pour un certificat simple à une semaine, voire une dizaine de jours au maximum – sauf circonstances particulières – pour un certificat complet¹⁸⁵⁸.

965 Le certificat de travail établi en cours d'exécution du rapport d'emploi est qualifié de **certificat de travail « intermédiaire »**. Lorsqu'il est établi à la fin du rapport d'emploi, il est qualifié de **certificat de travail « final »**.

Certificat de travail intermédiaire. Le certificat de travail intermédiaire, lorsqu'il est demandé à intervalle régulier (par exemple lors d'un changement de poste), marque autant de jalons dans la carrière du travailleur. Le travailleur qui aurait par hypothèse reçu un certificat de travail intermédiaire élogieux peut-il en faire usage ultérieurement pour s'opposer à un certificat de travail final moins élogieux ? S'il est clair que l'employeur ne saurait se contredire, chaque certificat doit correspondre à l'ensemble de la situation historique au moment de sa remise.

Dans un arrêt du Tribunal fédéral, il a été jugé qu'en matière de fixation de l'indemnité due en vertu de l'article 337c, alinéa 3 du code des obligations, un certificat de travail établi trois ans avant le licenciement immédiat ne représentait pas forcément une circonstance pertinente¹⁸⁵⁹.

966 **Certificat de travail final.** Le certificat de travail final est le plus décisif puisqu'il couvre l'ensemble du rapport d'emploi. Toutefois, les exigences de contenu ne sont pas relatives au moment de la rédaction du certificat comme le montre le paragraphe suivant.

2) Quant au contenu

967 Le travailleur peut demander à l'employeur un certificat portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite (cf. art. 330a, al. 1 CO). On parle alors de **certificat de travail complet** ou qualifié¹⁸⁶⁰ **(a)**. L'article 330a, alinéa 2 du code des obligations prévoit que, à la demande expresse du travailleur uniquement¹⁸⁶¹, le certificat puisse ne porter que sur la nature et la durée des rapports de travail. Il s'agit d'un **certificat de travail simple**, autrement dit d'une attestation de travail¹⁸⁶² **(b)**.

¹⁸⁵⁸ Dans un arrêt du 12 octobre 1998, la CAPH/GE (JAR 1999 212, JU-TRAV 2000 44) avait considéré qu'un certificat demandé le 4 septembre aurait dû être remis au plus tard au mois d'octobre suivant.

¹⁸⁵⁹ TF, 13 décembre 2016, 4A_161/2016, cons. 3.2.

¹⁸⁶⁰ TF, 6 septembre 2010, 4A_187/2010, ATF 136 III 510, JT 2010 I 437, JT 2011 II 207, com. Bärtschi *in ius.focus*, 2010 11 8, com. Portmann/Holenstein *in Regards croisés sur le droit du travail*, p. 256, cons. 4.1 ; TF, 18 septembre 2014, 4A_270/2014, cons. 3.2.

¹⁸⁶¹ TF, 25 février 2003, 4C.341/2002, ATF 129 III 177, JT 2003 I 342, SJ 2003 I 420, com. Koller *in* RJB 2004 526.

¹⁸⁶² TF, 25 février 2003, 4C.341/2002, précité, cons. 3.2 et 3.3 ; TF, 18 septembre 2014, 4A_270/2014, cons. 3.2.

Le choix entre les deux formes de certificat de travail revient au travailleur. Ce dernier est en droit de refuser un certificat établi contrairement à sa volonté¹⁸⁶³.

968

Le droit du travailleur d'exiger un certificat de travail complet ou simple n'est pas une obligation alternative au sens de l'article 72 du code des obligations : le droit au certificat ne s'éteint pas du fait que le travailleur a choisi une forme plutôt que l'autre ; ainsi, après avoir reçu un certificat de travail simple, le travailleur peut encore exiger un certificat complet, ou inversement¹⁸⁶⁴.

Signature. Le certificat doit être signé par l'employeur¹⁸⁶⁵.

969

Date. La date du certificat de travail pose un problème spécifique : il arrive en effet que le travailleur conteste le contenu du certificat de travail après la fin du rapport de travail. Lorsqu'un juge est saisi, le nouveau certificat de travail n'est parfois délivré que plusieurs années après la fin du rapport d'emploi, ce qui peut être considéré par un recruteur potentiel comme un indice de l'existence d'un litige entre les parties. Les juges prud'homaux vont parfois jusqu'à ordonner à l'employeur d'antidater le certificat de travail.

Dès lors que la date du certificat de travail ne vise pas, en tant que telle, à procurer un avantage spécifique à l'employeur ou au travailleur, ni même à améliorer leur situation, elle ne devrait pas tomber sous le coup de la loi pénale. En toute hypothèse, dès lors que le code n'oblige pas expressément à dater un certificat de travail, ce problème pourrait être selon nous résolu par l'absence – qui serait admissible, dans cette perspective – de date du certificat. D'ailleurs, la date du certificat de travail ne présente pas d'intérêt particulier dès lors que sont précisées les dates de début et de fin du rapport d'emploi, seules pertinentes quant au contenu. En revanche, le certificat de travail intermédiaire doit être daté puisqu'il est, par définition, remis avant la fin du rapport d'emploi.

a. Certificat de travail complet

Aux termes de la loi (cf. art. 330a, al. 1 CO), le certificat complet comprend quatre mentions, qui doivent être présentes concomitamment¹⁸⁶⁶ :

970

- **1° Nature des rapports de travail** : Le certificat doit contenir la description précise et détaillée des activités exercées et des fonctions occupées par le travailleur dans l'entreprise¹⁸⁶⁷. Seules les activités réellement effectuées doivent être mentionnées¹⁸⁶⁸, indépendamment de ce qui pouvait avoir été prévu au contrat de travail¹⁸⁶⁹.

¹⁸⁶³ TF, 25 février 2003, 4C.341/2002, précité, cons. 3.2.

¹⁸⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁶⁵ Pour des précisions, cf. TF, 24 avril 1997, JAR 1998. 167 ; ArbG/ZH, 13 novembre 1996, JU-TRAV 1997 48 ; KG/NW, 22 septembre 1994, RSJ 1998 26.

¹⁸⁶⁶ TF, 25 février 2003, 4C.341/2002, ATF 129 III 177, JT 2003 I 342, SJ 2003 I 420, com Koller in RJB 2004 526, cons. 3.2 et 3.3 ; TF, 18 septembre 2014, 4A_270/2014, cons. 3.2.

- **2° Durée des rapports de travail** : Il s'agit de la date de début du rapport d'emploi et de la date de fin du rapport d'emploi. Ce qui compte est la réalité juridique de ces dates. Ainsi, en cas de licenciement avec effet immédiat, la date de fin est celle de la notification du licenciement¹⁸⁷⁰.

- **3° Qualité du travail** : Le certificat doit préciser si le travail a été effectué à la satisfaction de l'employeur ou non. Il serait selon nous judicieux de mentionner par quelle personne au sein de l'entreprise l'appréciation est portée.

- **4° Qualité de la conduite du travailleur** : Le certificat doit décrire la qualité de la conduite du travailleur en général, sans toutefois que l'employeur ne se transforme en psychologue. L'aptitude du travailleur à travailler en équipe doit être précisée si elle est pertinente au vu des circonstances¹⁸⁷¹.

b. Certificat de travail simple

971 Le certificat de travail simple ne comporte que des éléments purement objectifs. Il n'est pas bref pour autant. En effet, la nature des rapports de travail doit être décrite de manière complète, comme dans le cas du certificat complet¹⁸⁷².

B. Caractères

972 Le certificat de travail doit répondre aux principes parfois contradictoires de **vérité**¹⁸⁷³ et de **complétude**¹⁸⁷⁴, d'une part, et de **bienveillance**¹⁸⁷⁵, d'autre part. Le rédacteur du certificat de travail doit non seulement *favoriser l'avenir professionnel* du travailleur, mais encore donner – du point de vue d'un tiers impartial¹⁸⁷⁶ – une **image la plus exacte possible** de la réalité de l'activité, des prestations et de la conduite du

¹⁸⁶⁷ TF, 5 septembre 2003, 4C.129/2003, JAR 2004. 308, cons. 6.1 ; TF, 13 septembre 2007, 4A_117/2007 et 4A_127/2007, cons. 7.1 ; KG/GR, 25 octobre 1999, JAR 2001 229. Cf. également : TF, 4 juillet 2000, 4C.463/1999, cons. 10.

¹⁸⁶⁸ TF, 10 novembre 2009, 4A_432/2009, JU-TRAV 2010 25, cons. 3.2.

¹⁸⁶⁹ David Aubert, in Commentaire Dunand/Mahon, N 26 *ad* art. 330a CO.

¹⁸⁷⁰ TF, 8 avril 2004, 4C.36/2004, DTA 2004 163, cons. 5.

¹⁸⁷¹ Du même avis : David Aubert, in Commentaire Dunand/Mahon, N 31 *ad* art. 330a CO.

¹⁸⁷² Cf. Gabriel Aubert, in CR-CO I, N 2 *ad* art. 330a CO ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 4 *ad* art. 330a CO ; David Aubert, in Commentaire Dunand/Mahon, N 38 *ad* art. 330a CO.

¹⁸⁷³ TF, 4 juillet 2000, 4C.463/1999, cons. 10 ; TF, 25 février 2003, 4C.341/2002, ATF 129 III 177, JT 2003 I 342, SJ 2003 I 420, com Koller in RJB 2004 526, cons. 3.2 ; TF, 10 novembre 2009, 4A_432/2009, JU-TRAV 2010 25, cons. 3 ; TF, 6 septembre 2010, 4A_187/2010, ATF 136 III 510, JT 2010 I 437, JT 2011 II 207, com. Bärtschi in ius.focus, 2010 11 8, com. Portmann/Holenstein in *Regards croisés sur le droit du travail* p. 256, cons. 4.1.

¹⁸⁷⁴ TF, 25 février 2003, 4C.341/2002, ATF 129 III 177, JT 2003 I 342, SJ 2003 I 420, com Koller in RJB 2004 526, cons. 3.2 ; TF, 12 février 2008, 4A_455/2007, cons. 4.2.2.

¹⁸⁷⁵ TF, 6 septembre 2010, 4A_187/2010, ATF 136 III 510, JT 2010 I 437, JT 2011 II 207, com. Bärtschi in ius.focus, 2010 11 8, com. Portmann/Holenstein in *Regards croisés sur le droit du travail* p. 256, cons. 4.1.

¹⁸⁷⁶ TF, 28 avril 2005, 4C.60/2005, cons. 4.1 et 4.3.

travailleur¹⁸⁷⁷. Cette double exigence implique que les aspects positifs de l'activité et du comportement du travailleur doivent être valorisés sans que les éléments négatifs ne soient pour autant dissimulés, dans la mesure toutefois où ils revêtent de l'importance pour évaluer l'ensemble de la situation¹⁸⁷⁸. En synthèse, s'il doit être établi en principe de manière bienveillante, le certificat de travail peut et même doit contenir des faits et appréciations défavorables, dans la mesure où ces éléments sont pertinents et fondés¹⁸⁷⁹.

Par exemple, le motif de la fin du rapport d'emploi ne doit être mentionné que s'il est nécessaire à l'appréciation générale de l'image générale du travailleur¹⁸⁸⁰. De manière générale, les derniers temps du rapport d'emploi ne doivent pas prendre une place exagérément importante par rapport à l'ensemble de la relation¹⁸⁸¹. Le rédacteur du certificat devra donc se méfier de la tendance à porter davantage l'accent sur les événements les plus récents, surtout lorsque ceux-ci sont chargés d'émotion.

973

La maladie d'un travailleur doit être mentionnée par exemple si elle a remis en question l'aptitude du travailleur à exécuter sa tâche au service de l'employeur et qu'elle a constitué la cause de la résiliation du contrat de travail¹⁸⁸². Il a été jugé que cette condition était remplie lorsque l'employé ne pouvait plus, à la suite d'une maladie, exercer son activité pendant plus d'une année et qu'il n'était pas possible de prévoir s'il serait à même de le faire à nouveau et à quel moment¹⁸⁸³.

974

Contradictions. L'employeur ne doit pas se contredire : si, après avoir établi un certificat de travail positif, il donne ensuite de mauvaises références à des tiers, il engage sa responsabilité contractuelle (cf. art. 328 et 97 CO) à l'égard du travailleur¹⁸⁸⁴.

975

C. Aspects formels

Langue. Le certificat doit être établi dans la langue usuelle du lieu d'exercice de l'activité¹⁸⁸⁵. Si la langue de travail diffère de la langue usuelle dans le lieu d'exercice

976

¹⁸⁷⁷ TF, 25 février 2003, 4C.341/2002, précité, cons. 3.2 ; TF, 10 novembre 2009, 4A_432/2009, JU-TRAV 2010 25, cons. 3 ; TF, 6 septembre 2010, 4A_187/2010, précité, cons. 4.1.

¹⁸⁷⁸ TF, 6 septembre 2010, 4A_187/2010, précité, cons. 4.1.

¹⁸⁷⁹ TF, 5 septembre 2003, 4C.129/2003, JAR 2004 308, cons. 6.1 ; TF, 13 septembre 2007, 4A_117/2007 et 4A_127/2007, cons. 7.1.

¹⁸⁸⁰ TF, 5 septembre 2003, 4C.129/2003, précité, cons. 4.2.2 ; KG/GR, 25 octobre 1999, JAR 2001 229.

¹⁸⁸¹ ArbG/ZH, 14 mars 2006, JU-TRAV 2006 17 ; David Aubert, in Commentaire Dunand/Mahon, N 15 *ad* art. 330a CO.

¹⁸⁸² TF, 6 septembre 2010, 4A_187/2010, ATF 136 III 510, JT 2010 I 437, JT 2011 II 207, com. Bärtschi in ius.focus, 2010 11 8, com. Portmann/Holenstein in *Regards croisés sur le droit du travail* p. 256, cons. 4.1.

¹⁸⁸³ TF, 6 septembre 2010, 4A_187/2010, précité, cons. 4.4.

¹⁸⁸⁴ Pour un exemple : TF, 22 avril 2003, 4C.379/2002.

¹⁸⁸⁵ TF, 5 septembre 2003, 4C.129/2003, JAR 2004 308, cons. 6.1 ; TF, 13 septembre 2007, 4A_117/2007 et 4A_127/2007, cons. 7.1.

de l'activité, le travailleur a droit à une version du certificat de travail dans ces deux langues¹⁸⁸⁶.

- 977 **Style.** L'employeur est globalement maître des mots et des formulations qu'il souhaite utiliser dans le certificat de travail¹⁸⁸⁷. Il lui est loisible d'adopter un style concis plutôt qu'emphatique¹⁸⁸⁸. Le travailleur ne peut exiger ni mention du fait qu'il serait libre de tout engagement, ni remerciement exprès pour ses services¹⁸⁸⁹. D'ailleurs, selon la jurisprudence, la formule « libre de tout engagement » a pour effet la renonciation de l'employeur à toutes ses créances connues contre le travailleur¹⁸⁹⁰.

Cependant, conformément au principe de la bonne foi, la liberté de rédaction reconnue à l'employeur trouve sa limite dans l'interdiction de recourir à des termes **péjoratifs**, **peu clairs** ou **ambigus** ; les fautes d'orthographe ou de grammaire doivent en outre être corrigées¹⁸⁹¹.

- 978 **Codes.** Les tribunaux semblent mal à l'aise avec l'emploi, avéré en Suisse¹⁸⁹², de termes codés dans les certificats de travail¹⁸⁹³. Alors même qu'il avait jugé précédemment que le travailleur pouvait chercher à établir avoir fourni des prestations d'une qualité au-dessus de la moyenne pour prétendre à un certificat de travail mentionnant qu'il avait œuvré « à l'entière satisfaction » de son employeur¹⁸⁹⁴, le Tribunal fédéral a semblé récemment vouloir fermer la porte aux litiges qui porteraient sur le sens caché du libellé d'un certificat de travail. Les juges de la Haute cour ont ainsi rejeté un recours qui visait à modifier la formule « à notre satisfaction » par « à notre entière satisfaction ».

- 979 Ce faisant, le Tribunal fédéral – d'une manière qui semble quelque peu déconnectée de la réalité de la pratique – critique un avis de doctrine¹⁸⁹⁵ qui ne faisait pourtant que mentionner ce que toute personne familière du monde du travail en Suisse sait, à savoir qu'il existe une différence d'appréciation concrète et productrice d'effets dans la

¹⁸⁸⁶ TF, 13 septembre 2007, 4A_117/2007 & 4A_127/2007, cons. 7.1 ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3e éd., Lausanne 2004, n. 2 ad art. 330a CO.

¹⁸⁸⁷ TF, 13 septembre 2007, 4A_117/2007 & 4A_127/2007, cons. 7.1 ; VwG/SZ, 20 décembre 2002, JAR 2003 269.

¹⁸⁸⁸ TF, 10 juin 2014, 4A/137/2014, cons. 4.

¹⁸⁸⁹ TF, 8 avril 2004, 4C.36/2004, DTA 2004 163, cons. 5. Cf. également : ArbG/ZH, 14 mars 2006, JU-TRAV 2006 17.

¹⁸⁹⁰ ArbG/AG, 2 septembre 1983, JU-TRAV 1983 26 ; TPH/GE, 6 mai 1993, JAR 1994 249 ; David Aubert, in Commentaire Dunand/Mahon, N 35 ad art. 330a CO. Notez que le droit français adopte la solution inverse : Cour cass. fr. soc., 10 novembre 1993, RJS 12/93, n° 1199 ; Cour cass. fr. soc., 13 décembre 1995, CSB n° 78, B 51 ; Cour cass. fr. soc., 25 octobre 1995, RJS 1/96, n° 22 ; Cour cass. fr. soc., 4 juillet 2001, RJS 10/01, n° 1137.

¹⁸⁹¹ TF, 5 septembre 2003, 4C.129/2003, JAR 2004 308, cons. 6.1 ; TF, 13 septembre 2007, 4A_117/2007 et 4A_127/2007, cons. 7.1.

¹⁸⁹² Amanda Castillo, « Comment décoder un certificat de travail », *Le Temps*, 9 février 2017.

¹⁸⁹³ Cf. CAPH/GE, 12 octobre 1998, JAR 1999 212, JU-TRAV 2000. 44 ; KG/TG, 21 décembre 2006, JU-TRAV 2009 28.

¹⁸⁹⁴ TF, 13 septembre 2007, 4A_117/2007 et 4A_127/2007, cons. 7.1.

¹⁸⁹⁵ David Aubert, in Commentaire Dunand/Mahon, N 28 ad art. 330a CO.

réalité entre l'expression « à notre satisfaction » et l'expression « à notre entière satisfaction ».

D. Sanctions

C'est l'employeur qui supporte le fardeau de la preuve de la délivrance d'un certificat de travail, si le travailleur la conteste¹⁸⁹⁶.

980

Afin d'obtenir un certificat de travail que l'employeur refuse de lui fournir, le travailleur peut agir en délivrance du certificat de travail, ce qui revient à intenter une **action condamnatoire**¹⁸⁹⁷. S'il n'est pas satisfait du certificat de travail reçu, en raison de son caractère lacunaire, inexact, trompeur ou ambigu, le travailleur peut en demander la modification, par le biais d'une **action en rectification**¹⁸⁹⁸.

Il appartient au travailleur de prouver les faits justifiant l'établissement d'un certificat de travail différent de celui qui lui a été remis¹⁸⁹⁹. L'employeur devra collaborer à l'instruction de la cause, en motivant les faits qui fondent son appréciation négative ; s'il refuse de le faire ou ne parvient pas à justifier sa position, le juge pourra considérer que la demande de rectification est fondée¹⁹⁰⁰. En synthèse, il incombe au travailleur de prouver les éléments positifs qui auraient été omis dans le certificat et à l'employeur d'établir la réalité des éléments négatifs qu'il a exprimés dans ledit certificat¹⁹⁰¹. À défaut de ces preuves, c'est donc le principe de **neutralité bienveillante** qui devra prévaloir.

981

L'action relative au certificat de travail (délivrance ou rectification) doit être formulée clairement et contenir des conclusions précises¹⁹⁰². Si le travailleur (ou l'employeur)¹⁹⁰³ demande la rectification du contenu du certificat de travail, il doit formuler lui-même le texte requis, de manière à ce que le tribunal puisse le reprendre sans modification dans son jugement¹⁹⁰⁴. Autrement dit, le travailleur ne peut pas se

982

¹⁸⁹⁶ TF, 5 septembre 2003, 4C.129/2003, JAR 2004 308, cons. 6.1.

¹⁸⁹⁷ TF, 25 février 2003, 4C.341/2002, ATF 129 III 177, JT 2003 I 342, SJ 2003 I 420, com Koller in RJB 2004 526, cons. 3.3 ; TF, 18 septembre 2014, 4A_270/2014, cons. 3.2.1.

¹⁸⁹⁸ TF, 25 février 2003, 4C.341/2002, précité, cons. 3.3 ; TF, 13 septembre 2007, 4A_117/2007 et 4A_127/2007, cons. 7.1 ; TF, 18 septembre 2014, 4A_270/2014, cons. 3.2.1 ; David Aubert, in Commentaire Dunand/Mahon, N 46 ad art. 330a CO.

¹⁸⁹⁹ TF, 5 septembre 2003, 4C.129/2003, JAR 2004. 308, cons. 6.1 ; TF, 13 septembre 2007, 4A_117/2007 & 4A_127/2007, cons. 7.1 ; TF, 18 septembre 2014, 4A_270/2014, cons. 3.2.1.

¹⁹⁰⁰ TF, 13 septembre 2007, 4A_117/2007 & 4A_127/2007, cons. 7.1 ; TF, 18 septembre 2014, 4A_270/2014, cons. 3.2.1 ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 5 ad art. 330a CO.

¹⁹⁰¹ CAPH/GE, 2 juin 1999, JAR 2000 287, cons. 2b.

¹⁹⁰² TF, 24 novembre 2006, 4C.237/2006, cons. 5 ; TF, 18 septembre 2014, 4A_270/2014, cons. 3.2.2. Cf. également : TF, 6 avril 2005, 4C.473/2004, cons. 9. Cf. également : TF, 31 août 2000, 1P.169/2000, cons. 4c.

¹⁹⁰³ AG/ZH, 17 septembre 2007, JAR 2008 537.

¹⁹⁰⁴ TF, 18 septembre 2014, 4A_270/2014, cons. 3.2.2 ; TF, 17 mars 2016, 8C_243/2015, cons. 7 ; cf. également : Streiff/von Känel/Rudolph, N 5a ad art. 330a CO.

borner à conclure à ce que l'employeur lui délivre un certificat de travail « dont le contenu soit conforme à la vérité »¹⁹⁰⁵.

983 L'employeur doit éviter deux écueils :

- s'il délivre un certificat comportant des appréciations inexactes ou infondées, il répond envers le travailleur du **dommage** causé de ce fait (cf. art. 97 CO)¹⁹⁰⁶. Lorsque le montant exact du dommage ne peut pas être établi, le juge le détermine équitablement (cf. art. 42 CO)¹⁹⁰⁷.

- s'il établit un certificat donnant une image fausse du travailleur (par exemple excessivement positive), il court le risque de se rendre **responsable** à l'égard d'un futur employeur qui se serait fondé de bonne foi sur les appréciations ainsi portées¹⁹⁰⁸. Toutefois, ce second risque devrait être relativisé : en effet, un recruteur diligent ne se fondera jamais sur la seule opinion exprimée par un ancien employeur. Aussi le lien de causalité entre le certificat excessivement positif et le dommage potentiellement subi par le nouvel employeur devrait selon nous être difficile à établir. Une faute concomitante du nouvel employeur qui se serait fondé sur un seul certificat de travail pourrait en outre être retenue contre lui.

984 L'employeur qui tenterait d'obtenir une action ou une abstention du travailleur en le menaçant de ne pas lui délivrer son certificat de travail en cas de refus d'obtempérer peut, selon les circonstances, se rendre coupable de **contrainte** au sens de l'article 181 du code pénal¹⁹⁰⁹.

985 **Valeur litigieuse.** Selon la jurisprudence, les litiges relatifs à l'établissement ou à la formulation de certificats de travail sont des contestations **pécuniaires**¹⁹¹⁰. Comme la demande de délivrance d'un certificat de travail ne tend pas au paiement d'une somme d'argent déterminée, le Tribunal fédéral fixe la valeur litigieuse selon son appréciation (cf. art. 51, al. 2 LTF). Il incombe à la partie, sous peine d'irrecevabilité, de donner les éléments suffisants pour permettre au Tribunal fédéral d'estimer aisément cette valeur (cf. art. 42, al. 1 et 2 LTF). La valeur litigieuse du certificat de travail sera donc fixée au cas par cas, en fonction des circonstances¹⁹¹¹.

¹⁹⁰⁵ TF, 18 septembre 2014, 4A_270/2014, cons. 3.2.2.

¹⁹⁰⁶ CAPH/GE, 12 octobre 1998, JAR 1999 212, JU-TRAV 2000 44 ; CAPH/GE, 2 juin 1999, JAR 2000 287, cons. 3 ; TC/VD, 11 mai 2007, JAR 2008 512, cons. 2.

¹⁹⁰⁷ CAPH/GE, 2 juin 1999, JAR 2000 287, cons. 3.

¹⁹⁰⁸ TF, 29 avril 1975, ATF 101 II 69, JT 1975 I 633, SJ 1976 209, cons. 2 ; TF, 25 février 2003, 4C.341/2002, ATF 129 III 177, JT 2003 I 342, SJ 2003 I 420, com Koller in RJB 2004 526, cons. 3.2 et 3.3 ; TF, 12 février 2008, 4A_455/2007, cons. 4.2.2 ; TF, 18 septembre 2014, 4A_270/2014, cons. 3.2.

¹⁹⁰⁹ TF, 30 mars 1981, ATF 107 IV 35, JT 1982 IV 111.

¹⁹¹⁰ TF, 18 février 1948, ATF 74 II 43, JT 1948 I 339 ; TF, 19 avril 1990, ATF 116 II 379, cons. 2b ; TF, 31 août 2010, 8C_151/2010, cons. 2.2.

¹⁹¹¹ TF, 31 août 2010, 8C_151/2010, cons. 2.

Attestation de l'employeur destinée à l'assurance-chômage. En sus du certificat de travail, l'employeur peut également être requis de compléter et de retourner une attestation destinée à l'assurance-chômage. Ce document est important pour que le travailleur puisse faire valoir ses droits à une indemnité. Tout chantage lié à la délivrance de ce document devrait donc logiquement être soumis au régime de la contrainte (cf. art. 181 CP) et l'employeur devrait répondre de tout dommage subi par le travailleur du fait du caractère tardif de cette transmission (cf. art. 97 CO). Comme pour le certificat de travail, un tort moral devrait selon nous être octroyé au travailleur qui subit une pression psychologique supplémentaire du fait d'une attente inopportune dans la transmission de ce document (cf. art. 328 et 49 CO).

§ 3 : La clause de non-concurrence

La concurrence est regardée depuis longtemps comme un des principes fondamentaux d'une économie de marché saine. Les conséquences sociales et économiques des cartels et des autres formes de limitation de la concurrence sont réputées dommageables par le constituant helvétique (cf. art. 96 Cst.).

Dans cette perspective, la clause de non-concurrence constitue une obligation de ne pas faire, dont on pourrait se demander s'il ne s'agit pas d'un pouvoir pris illégitimement par une partie sur l'autre. Cette interrogation est renforcée par l'absence d'obligation pour l'employeur, en droit positif suisse, de rémunérer la clause de non-concurrence¹⁹¹². Ainsi, alors que, dans la quadrilogie classique *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*, chaque partie fournit un bien ou une action à l'autre partie, la clause de non-concurrence non rémunérée se traduit par *non do ut facias*.

Il est donc étrange qu'alors même que les clauses de non-concurrence en droit du travail sont critiquées depuis plus d'un siècle¹⁹¹³, le législateur les admette toujours. Quand le Tribunal fédéral justifie la clause de non-concurrence en jugeant qu'une « cour cantonale n'a en rien transgressé [le régime de la clause de non-concurrence] en retenant que [le travailleur] avait acquis auprès de [son ancien employeur] des connaissances susceptibles d'être mises à profit au service de son nouvel employeur¹⁹¹⁴ », on se dit que c'est le principe même du travail qui est décrit ici. Un travailleur qui n'acquerrait pas des connaissances dans son travail pourrait d'ailleurs se voir licencié sans abus ; s'il acquiert ces mêmes connaissances, il se voit donc interdire d'exercer son activité. La situation juridique du travailleur est intenable : qu'il choisisse l'une ou l'autre option, il n'est plus autorisé à travailler...

¹⁹¹² Le droit allemand (§ 74 (2) BGB) comme le droit français (Cour cass. fr. soc., 10 juillet 2002, n° 00-45135, Bulletin civil 2002 V n° 239) exigent tous deux la rémunération de la clause de non-concurrence.

¹⁹¹³ Cf. FF 1909 III 773 : à l'époque, les opposants aux clauses de non-concurrence réclamaient leur nullité pure et simple. En 1971, les opposants aux clauses de non-concurrence n'en contestaient plus le principe, mais proposaient d'en subordonner la validité au paiement, par l'employeur, d'une contrepartie financière (Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 408).

¹⁹¹⁴ TF, 6 février 2017, 4A_468/2016, cons. 3.3.

Le devoir de confidentialité représente pourtant un outil juridique adéquat pour concilier les intérêts de l'ancien employeur et du travailleur. À cela s'ajoute que la prohibition de concurrence a été adoptée par le législateur à une époque où le droit de la concurrence n'était que balbutiant. L'ancien article 48 du code des obligations, qui traitait de la concurrence déloyale, n'était que difficilement applicable en matière de relation de travail¹⁹¹⁵ : l'existence d'un droit de la concurrence moderne rend d'autant plus obsolète aujourd'hui l'institution de la clause de non-concurrence dans une économie effectivement concurrentielle.

988 Toutefois, l'admissibilité des clauses de non-concurrence est soumise à de telles restrictions en matière de conditions¹⁹¹⁶ de **validité (A)** et de **mise en œuvre (B)**, ainsi qu'à de telles **limites (C)**, elles-mêmes assorties de **sanctions (D)**, que leur mise en œuvre demeure peu aisée.

Selon la jurisprudence, la *ratio legis* de cette réglementation est d'« éviter que les patrons n'imposent une interdiction de concurrence à n'importe quel employé subalterne qui, en réalité, ne pourra causer aucun tort à son employeur en travaillant un jour chez ses concurrents. Le législateur n'a pas voulu qu'un patron pût constituer ainsi en sa faveur un "monopole de personnel" »¹⁹¹⁷.

En cas de **mise en œuvre**, le **régime** des clauses de non-concurrence présente tout de même des spécificités importantes (**E**).

A. Conditions de validité

989 Les conditions de validité de la clause de non-concurrence portent sur la **capacité** et la **forme (1)**, ainsi que sur l'**objet (2)**. Les conditions de validité – comme les conditions de mise en œuvre d'ailleurs – doivent être remplies **au plus tard à la fin du rapport d'emploi**, moment de la mise en œuvre de la clause de non-concurrence¹⁹¹⁸.

1) Capacité et forme

990 Une clause de non-concurrence ne peut être acceptée que par un travailleur possédant l'exercice des droits civils (art. 340, al. 1 *in initio* CO), ce qui en exclut *de jure* les mineurs. Dans le contrat d'apprentissage, les accords qui portent atteinte à la libre décision de la personne en formation quant à son activité professionnelle après l'apprentissage sont nuls (art. 344a, al. 6 CO).

¹⁹¹⁵ Cf. par exemple : TF, 11 mai 1918, ATF 44 II 89.

¹⁹¹⁶ Cf. Roger Rudolph, « Die Realexekution von arbeitsrechtlichen Konkurrenzverboten », DTA 2003 1-2 (voir également, du même auteur, le même article, mais en français : TREX 2003, 333-338). M. Rudolph dénombre dix conditions d'application de la clause de non-concurrence. Cette énumération est approuvée par Marianne Favre Moreillon, *Droit du travail*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2^e éd., 2006, p. 214.

¹⁹¹⁷ TF, 22 janvier 1946, ATF 72 II 80.

¹⁹¹⁸ TF, 24 septembre 1946, ATF 72 II 419, JT 1947 I 270, SJ 1947 437 ; cf. également : Rehbinden/Stöckli, N 5 *ad* art. 340 CO.

De plus, une clause de non-concurrence n'est valable que si elle est formulée **par écrit**¹⁹¹⁹.

2) Objet

L'engagement à ne pas faire concurrence n'est pas limité en principe, bien qu'il concerne généralement l'exploitation pour le propre compte du travailleur d'une entreprise concurrente ou son travail au sein d'une telle entreprise, voire même son simple intérêt pour celle-ci (art. 340, al. 1 CO). 991

Une clause de **non-sollicitation** de clients est admise également. Elle est soumise au même régime, applicable par analogie.

En l'absence d'engagement contractuel spécifique, un travailleur peut informer son entourage – et même les clients de son ancien employeur – de ce qu'il s'installe à son compte, dès lors qu'il le fait sans dénigrer son ancien employeur ni vanter ses propres qualités de manière inappropriée¹⁹²⁰. 992

En sus des conditions de capacité et de forme auxquelles elle est soumise, une clause de non-concurrence n'est valable que si son objet porte sur certains renseignements que le travailleur pourrait utiliser de manière à causer un préjudice sensible à son employeur (art. 340, al. 2 CO) : ces renseignements sont la **clientèle (a)** et les **secrets de fabrication ou d'affaires** de l'employeur (**b**). 993

a. La clientèle

Dans un régime d'économie libérale, un client est censé être libre de choisir son vendeur ou son prestataire de service. Réciproquement, un travailleur est censé être libre de développer son activité pour tel ou tel employeur¹⁹²¹. 994

Selon la jurisprudence, une clause de non-concurrence fondée sur la connaissance de la clientèle ne se justifie que « si l'employé peut lui-même, grâce à sa connaissance des clients réguliers et de leurs habitudes, leur proposer des prestations analogues à celles de l'employeur et ainsi détourner ces clients réguliers de son ex-employeur »¹⁹²². Ce n'est que dans une situation de ce genre que, selon les termes de l'article 340, alinéa 2 du code des obligations, le fait d'avoir connaissance de la clientèle est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible. Le Tribunal fédéral a justifié cette règle en permettant à l'employeur de se protéger, dans une certaine mesure, contre le risque que 995

¹⁹¹⁹ Cette exigence, avant d'être posée par la loi, l'avait déjà été par la jurisprudence : TF, 30 juin 1899, ATF 25 II 521, cons. 2. Sur les questions de forme, cf. *supra*.

¹⁹²⁰ TF, 23 décembre 1930, ATF 56 II 439, JT 1931 I 359.

¹⁹²¹ Pour une analyse à ce sujet, cf. Severin Christen, « Persönliche Eigenschaften und Fähigkeiten von Arbeitnehmern und arbeitsvertragliches Konkurrenzverbot – unter besonderer Berücksichtigung aktueller Rechtsprechung », PJA 2014 1501-1509.

¹⁹²² TF, 1^{er} juillet 2016, 4A_680/2015, cons. 2.1 ; TF, 6 février 2017, 4A_468/2016, cons. 3.1.

le travailleur ne détourne à son profit les efforts de prospection effectués par lui-même ou pour son propre compte¹⁹²³.

996 À l'inverse, une clause de non-concurrence ne se justifie pas lorsque le travailleur exécute des prestations qui sont marquées principalement par ses compétences personnelles, de telle façon que ces compétences sont plus importantes que l'identité de l'employeur : dans le cas où la prestation du travailleur revêt une composante personnelle importante, une clause de non-concurrence est inadmissible¹⁹²⁴. Il a été jugé que ce n'était pas le cas d'un conseiller en placement d'une entreprise de travail temporaire¹⁹²⁵.

b. Les secrets de fabrication ou d'affaires

997 Les notions de « secrets de fabrication » et de « secrets d'affaires » doivent être interprétées de manière restrictive¹⁹²⁶.

Dans sa version de 1911, le texte en français du code des obligations indiquait, comme condition de validité de la clause de non-concurrence, que le travailleur devait avoir eu connaissance de secrets d'affaires *et* de fabrication de l'employeur. Selon le Tribunal fédéral, il s'agissait d'une « erreur de rédaction évidente »¹⁹²⁷ : c'est la conjonction « ou » et non la conjonction « et » qu'il fallait lire à la fin de l'alinéa 2 de l'ancien article 356¹⁹²⁸. Dans la version de 1971 du Code, l'erreur de la version française a été corrigée ; ce sont alors les versions allemandes et italiennes (correctes dans la version précédente) qui, cette fois-ci, furent mal rédigées : elles présentent la conjonction « et » là où il faut lire la conjonction « ou »¹⁹²⁹.

998 La charge de la **preuve** pèse sur l'employeur, lequel doit prouver tous les éléments constitutifs de la notion de secrets de fabrication ou d'affaires¹⁹³⁰. La conséquence de l'absence de secrets de fabrication ou d'affaires est la nullité de la clause¹⁹³¹.

Selon la jurisprudence, les secrets de fabrication ou d'affaires se composent de deux **éléments objectifs** (1°) et d'un **élément subjectif** (2°)¹⁹³².

¹⁹²³ TF, 6 février 2017, 4A_468/2016, cons. 3.1.

¹⁹²⁴ TF, 10 janvier 2012, 4A_489/2011 / 4A_491/2011, ATF 138 III 67, JT 2012 II 207, JT 2012 II 287, SJ 2012 I 297, Pra 2012 76 521, com. Stefanicki *in ius.focus*, 2012 3 8, com. Portmann *in* RJB 2014 981, cons. 2.2.1 ; TF, 1^{er} juillet 2016, 4A_680/2015, cons. 2.1.

¹⁹²⁵ TF, 1^{er} juillet 2016, 4A_680/2015, cons. 2.2.

¹⁹²⁶ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 409.

¹⁹²⁷ TF, 11 mai 1918, ATF 44 II 89, cons. 2.

¹⁹²⁸ Lequel énonçait : « [...] S]i le locateur peut causer un préjudice sérieux au maître en utilisant les renseignements *et* [nous soulignons] les secrets susmentionnés. » Cf. également TF, 8 octobre 1929, ATF 55 II 259, cons. 1.

¹⁹²⁹ Streiff/von Känel/Rudolph, N 12 *ad* art. 340 CO.

¹⁹³⁰ TF, 1^{er} décembre 1987, C.491/86, SJ 1989 683, JAR 1990 330, cons. 1 ; TF, 3 décembre 2008, 4A_417/2008, cons. 4.1 ; TF, 16 mars 2010, 4A.31/2010, cons. 2.1.

¹⁹³¹ Cf. notamment : TF, 15 juin 1967, ATF 102 II 211, cons. 5.

1° Les éléments objectifs

aa. Le domaine : les questions techniques, organisationnelles ou financières

Le Tribunal fédéral a d'abord jugé que les secrets d'affaires pouvaient « toucher soit à des questions techniques, soit à des questions financières, soit à l'organisation de l'entreprise »¹⁹³³. Par la suite, le Tribunal fédéral a reformulé cette définition en la raccourcissant et l'a étendue aux secrets de fabrication : il a alors mentionné des « questions techniques, organisationnelles ou financières »¹⁹³⁴. De ce fait, le Tribunal fédéral a censuré une cour cantonale qui avait jugé, de manière trop rapide, que la notion de « secrets de fabrication » recouvrait « tout ce qui n'est pas généralement accessible »¹⁹³⁵.

999

bb. La caractéristique : l'exclusivité

Selon la jurisprudence, les secrets, qu'il s'agisse de « secrets de fabrication » ou de « secrets d'affaires », sont des connaissances *spécifiques*¹⁹³⁶. Le Tribunal fédéral fait du caractère spécifique un élément de la définition du secret, lequel « peut consister dans un ensemble de conditions dont la réalisation donne au produit le caractère particulier qui le distingue d'autres produits similaires. »¹⁹³⁷ Le secret de fabrication peut consister en un ensemble de conditions dont la réalisation donne au produit le caractère particulier qui le distingue d'autres produits similaires¹⁹³⁸.

1000

En outre, pour être spécifiques, les connaissances doivent être *exclusives*. En effet, notre Haute Cour identifie une conséquence majeure du caractère spécifique que doivent revêtir les secrets de fabrication : le salarié doit avoir été formé à une technique de fabrication propre à l'entreprise qui l'employait¹⁹³⁹. Une technique de fabrication est propre à une entreprise lorsqu'elle représente une « innovation inconnue des concurrents »¹⁹⁴⁰.

1001

Par exemple, la fabrication d'appareils par application d'une méthode, certes particulière, mais néanmoins utilisée par de nombreuses entreprises à travers le monde, ne peut être considérée comme un procédé de fabrication exclusif¹⁹⁴¹.

¹⁹³² Pour davantage de précisions, cf. Aurélien Witzig, « Secrets de fabrication et secrets d'affaires (art. 340 CO) » in Rémy Wyler (édit.), *Panorama II en droit du travail*, Berne, Stämpfli, 2012.

¹⁹³³ TF, 1^{er} décembre 1987, C.491/86, SJ 1989. 683, JAR 1990. 330, cons. 1.

¹⁹³⁴ TF, 31 mars 1987, JAR 1988 345 ; TF, 16 mars 2010, 4A.31/2010, cons. 2.1.

¹⁹³⁵ TF, 31 mars 1987, JAR 1988 345, cons. 1b : la Cour cantonale avait jugé : « *Dieser Begriff umfasst alles, was nicht allgemein zugänglich sei.* »

¹⁹³⁶ TF, 1^{er} décembre 1987, C.491/86, SJ 1989. 683, JAR 1990 330, cons. 1.

¹⁹³⁷ TF, 11 mai 1918, ATF 44 II 89, cons. 2.

¹⁹³⁸ TF, 11 mai 1918, ATF 44 II 89.

¹⁹³⁹ TF, 3 décembre 2008, 4A_417/2008, cons. 4.2 ; TF, 16 mars 2010, 4A.31/2010, cons. 2.2.

¹⁹⁴⁰ TF, 16 mars 2010, 4A.31/2010, cons. 2.2 : « On ne voit pas que l'intimé aurait été initié, lorsqu'il travaillait pour le compte de [l'employeuse] à des innovations techniques inconnues des concurrents de celle-ci. » Ici, le Tribunal fédéral précise que l'innovation est « technique » ; cependant, nous l'avons vu dans la section précédente, le domaine peut être aussi organisationnel ou financier.

1002 De plus, il ne suffit pas que la technique de fabrication soit « très peu connue » et même « difficilement accessible » : elle doit bel et bien être inconnue des concurrents¹⁹⁴². À cet égard, les mouvements à répétition et à tourbillon ne peuvent être considérés comme l'exclusivité d'un horloger, bien qu'ils ne soient connus que d'une « infime élite d'horlogers »¹⁹⁴³. Dans cette espèce, l'employeur horloger avait argué du fait que son entreprise possédait son propre programme de formation pour les salariés. Cependant, le Tribunal fédéral a estimé que le seul fait qu'une entreprise possède son propre programme de formation à une technique particulière n'était pas suffisant pour prouver que le salarié qui bénéficie de la formation eût appris une technique de fabrication « spécifique »¹⁹⁴⁴.

La doctrine a néanmoins pu déduire de certains arrêts que le caractère secret de la technique de fabrication est indépendant de son éventuelle brevetabilité¹⁹⁴⁵. Le Tribunal fédéral n'a pas évoqué directement cette question, mais il n'en fait pas une condition.

1003 Pour faciliter la délimitation, le Tribunal fédéral opère une distinction entre « secret de fabrication ou d'affaires » et « expérience professionnelle » : les connaissances qui peuvent être acquises de la même manière dans toutes les entreprises d'une même branche appartiennent à l'expérience professionnelle¹⁹⁴⁶ ; elles ne peuvent pas être qualifiées de secrets d'affaires ou de fabrication. Dès lors, seules les spécificités inconnues des concurrents de l'employeur ne relèvent pas de la simple expérience professionnelle¹⁹⁴⁷.

Dans le cas d'un coiffeur par exemple, il faut considérer que seul le coiffeur qui aurait acquis auprès de son employeur une technique de coupe inconnue de l'ensemble des autres coiffeurs pourra être reconnu comme dépositaire d'un secret de fabrication.

2° *L'élément subjectif*

1004 L'élément subjectif consiste en ce que l'employeur doit vouloir, subjectivement, maintenir secrètes les connaissances acquises par le salarié¹⁹⁴⁸. Pour autant, le Tribunal

¹⁹⁴¹ TF, 16 mars 2010, 4A.31/2010, cons. 2.2 (à propos d'appareils destinés à la santé humaine et animale).

¹⁹⁴² TF, 3 décembre 2008, 4A_417/2008, cons. 4.2.

¹⁹⁴³ *Ibidem*.

¹⁹⁴⁴ Cette règle est tirée de la réflexion menée par le Tribunal fédéral dans la mineure de son syllogisme : « Le fait que chaque manufacture possède son propre programme de formation pour le montage des mouvements ne signifie pas, quoi qu'en pense la recourante, que le travailleur ait appris des techniques et des tours de main spécifiques à l'entreprise et, encore moins, qu'il risque d'en faire bénéficier des tiers. » (TF, 3 décembre 2008, 4A_417/2008, cons. 4.2)

¹⁹⁴⁵ Staehelin, N 14 *ad art.* 340 CO ; Roger Rudolph, « Coup de projecteur sur le droit du travail : La problématique de la prohibition de faire concurrence », TREX 2010 94-98, note 5.

¹⁹⁴⁶ TF, 8 février 1966, ATF 92 II 22, cons. 1d ; TF, 31 mars 1987, JAR 1988 345, cons. 1b ; TF, 3 décembre 2008, 4A_417/2008, cons. 4.2 ; TF, 16 mars 2010, 4A.31/2010, cons. 2.1 ; TF, 11 août 2010, 4A.283/2010, cons. 2.1.

¹⁹⁴⁷ TF, 3 décembre 2008, 4A_417/2008, cons. 4.2.

¹⁹⁴⁸ TF, 1^{er} décembre 1987, C.491/86, SJ 1989 683, JAR 1990 330, cons. 1 ; TF, 3 décembre 2008, 4A_417/2008, cons. 4.1.

fédéral ne précise pas si cette volonté doit avoir été exprimée de manière expresse ou non.

3) Caractère : le risque de préjudice sensible

La validité de la clause de prohibition de concurrence est soumise à la condition que l'utilisation des renseignements (comme la connaissance de la clientèle) soit de nature à causer à l'employeur un **préjudice sensible** (art. 340, al. 2 *in fine* CO). Selon la jurisprudence, cette norme n'exige toutefois pas la preuve d'un dommage effectif¹⁹⁴⁹.

1005

B. Conditions de mise en œuvre

La prohibition de faire concurrence cesse s'il est établi que l'employeur n'a plus d'**intérêt réel** à ce qu'elle soit maintenue (art. 340c, al. 1 CO) (1) ou si l'employeur résilie le contrat sans que le travailleur lui ait donné un **motif justifié** ou si le travailleur résilie le contrat pour un motif justifié imputable à l'employeur (art. 340c, al. 2 CO) (2).

1006

1) Intérêt réel de l'employeur

La condition de l'existence d'un intérêt réel s'apparente à une cause de l'obligation de ne pas faire que constitue la prohibition de concurrence. L'intérêt de l'employeur n'est pas réel en cas de changement de domaine d'activité, de transfert de son lieu d'activité ou de publicité de ses secrets de fabrication ou d'affaires¹⁹⁵⁰.

1007

Si l'intérêt réel fait défaut, l'obligation tombe. Ainsi, le simple fait que le travailleur passe à la concurrence ne saurait révéler l'existence d'un intérêt réel pour l'employeur¹⁹⁵¹.

2) Motif justifié de licenciement ou de démission

Ne constituent des motifs justifiés au sens de l'article 340c, alinéa 2 du code des obligations que les événements dont doit répondre la partie adverse¹⁹⁵². Plus précisément, est considéré comme un motif justifié « tout événement imputable au cocontractant qui, selon des considérations commerciales rationnelles, peut donner une raison importante pour qu'il soit mis fin aux relations de travail »¹⁹⁵³. Il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'une violation contractuelle en tant que telle¹⁹⁵⁴.

1008

¹⁹⁴⁹ TF, 9 décembre 1993, 4C.163/1993, cons. 2b ; TF, 6 février 2017, 4A_468/2016, cons. 4.1 ; cf. également : Wyler/Heinzer, p. 724.

¹⁹⁵⁰ Florence Aubry Girardin, in Commentaire Dunand/Mahon, N 6 *ad* art. 340c CO.

¹⁹⁵¹ Sous le droit précédant la réforme du code des obligations, la solution inverse prévalait en matière de dommage causé : TF, 22 janvier 1946, ATF 72 II 80, JT 1946 I 443, SJ 1946 321.

¹⁹⁵² TF, 20 février 2004, 4C.276/2003, ATF 130 III 353, JT 2005 I 12, cons. 2.2.1 ; TF, 26 avril 2007, 4C_13/2007, DTA 2007 169, cons. 4.2.

¹⁹⁵³ *Ibidem*.

Il a ainsi été jugé que la prohibition de faire concurrence tombait en cas de résiliation par le travailleur lorsque, par exemple, cette résiliation faisait suite à une baisse de salaire importante par comparaison des habitudes du marché, à une surcharge de travail chronique malgré un avertissement, à des reproches continuels ou à même un mauvais climat général¹⁹⁵⁵.

1009 Le congé donné par le travailleur peut être fondé sur plusieurs motifs, tous imputables à l'employeur, qui soient propres à entraîner l'extinction de la prohibition de concurrence en raison de leur concours, alors qu'aucun d'eux ne serait, à lui seul, suffisamment important¹⁹⁵⁶. Le travailleur n'est pas en principe obligé de les avoir communiqués préalablement à l'employeur. Lorsque les motifs ayant justifié le congé donné par le travailleur ressortissent à la sphère de risque dont répond l'entreprise, l'interdiction de concurrence prend fin¹⁹⁵⁷.

1010 Lorsque la responsabilité de la rupture du contrat de travail est partagée, il faut – selon la jurisprudence – vérifier si celle de l'employeur est ou non prépondérante¹⁹⁵⁸. Dans l'affirmative, la prohibition de concurrence devient caduque ; à l'inverse, si chacune des parties a une part égale dans la survenance du motif de congé, la prohibition pourrait être maintenue¹⁹⁵⁹.

1011 Ce régime est applicable que la résiliation soit ordinaire ou avec effet immédiat¹⁹⁶⁰, mais non en cas de résiliation du rapport de travail d'un commun accord¹⁹⁶¹.

S'il y a juste motif de licenciement immédiat, il y a toujours motif justifié de rupture du rapport d'emploi. Il peut encore y avoir motif justifié en l'absence de juste motif¹⁹⁶². Autrement dit, un motif peut parfaitement justifier une résiliation au sens du droit de la prohibition de concurrence, sans constituer pour autant un motif de résiliation avec effet immédiat¹⁹⁶³.

1012 Le droit public offre un point de comparaison intéressant pour la notion de motif justifié de résiliation dès lors que la condition de l'existence d'un motif justifié de résiliation existe presque toujours dans ce domaine. En droit de la fonction publique, une résiliation est justifiée lorsqu'il est objectivement établi que la continuation des

¹⁹⁵⁴ TF, 25 mai 2007, 4A_25/2007, cons. 5.1 ; TF, 21 mars 2011, 4A_33/2011, cons. 4.2.

¹⁹⁵⁵ TF, 20 février 2004, 4C.276/2003, ATF 130 III 353, JT 2005 I 12, cons. 2.2.1.

¹⁹⁵⁶ TF, 12 juin 2009, 4A_126/2009, cons. 4.

¹⁹⁵⁷ TF, 26 avril 2007, 4C_13/2007, DTA 2007 169, cons. 4.2.

¹⁹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁵⁹ TF, 17 juillet 1979, ATF 105 II 200, cons. 6 ; TF, 26 avril 2007, 4C_13/2007, DTA 2007 169, cons. 4.2.

¹⁹⁶⁰ TF, 20 février 2004, 4C.276/2003, ATF 130 III 353, JT 2005 I 12, cons. 2.2.1.

¹⁹⁶¹ TF, 31 juillet 2008, 4A_209/2008, cons. 3 ; TF, 1^{er} octobre 2013, 4A_261/2013, cons. 6.3 ; TF, 1^{er} juillet 2016, 4A_680/2015, cons. 3.1.

¹⁹⁶² TF, 20 février 2004, 4C.276/2003, ATF 130 III 353, JT 2005 I 12, cons. 2.2.1. Cf. TF, 22 mars 1966, ATF 92 II 31, JT 1967 I 155, cons. 3.

¹⁹⁶³ TF, 26 avril 2007, 4C_13/2007, DTA 2007 169, cons. 4.2.

rapports de travail avec l'employé contredit la bonne marche de l'entreprise, ce qui peut résulter de prestations insuffisantes, d'une attitude générale du travailleur inadéquate, notamment au niveau de son langage ou de son comportement, surtout si ces problèmes persistent au fil du temps malgré des demandes d'amélioration, en tout cas lorsque la poursuite des rapports de travail n'est plus objectivement compatible avec le bon fonctionnement de l'entreprise¹⁹⁶⁴ ou encore de motifs d'ordre opérationnel¹⁹⁶⁵.

C. Limites

La prohibition de concurrence ne peut pas aller au-delà de ce qu'exigent les intérêts légitimes de l'employeur¹⁹⁶⁶. Elle doit donc être limitée convenablement quant au **lieu** (1), au **temps** (2) et au **genre d'affaires** (3), de façon à ne pas compromettre l'avenir économique du travailleur d'une manière qui serait contraire à l'équité (art. 340a, al. 1 CO)¹⁹⁶⁷.

1013

Pour admettre le caractère excessif d'une interdiction de concurrence est déterminant le point de savoir si la prohibition compromet l'avenir économique du travailleur d'une manière qui ne peut se justifier par les intérêts de l'employeur¹⁹⁶⁸. Le juge doit procéder à une balance des intérêts entre l'intérêt de l'employeur à voir respecter la clause de non-concurrence et l'intérêt du travailleur à ne pas voir son avenir économique compromis.

1) Quant au lieu

La clause de non-concurrence doit en principe être limitée géographiquement. Elle ne doit en tout cas pas dépasser le **rayon** sur lequel l'employeur est actif, puisqu'au-delà la concurrence ne saurait porter préjudice à ce dernier¹⁹⁶⁹.

1014

2) Quant à la durée

Une clause de non-concurrence ne peut excéder **trois ans** qu'en cas de circonstances particulières (art. 340a, al. 1 *in fine* CO).

1015

La mesure de la durée admissible dépend de l'objet qui est à l'origine de la clause de non-concurrence : seule une durée relativement courte est admissible en matière de

¹⁹⁶⁴ TF, 16 octobre 2015, 8C_702/2014, cons. 6.3.

¹⁹⁶⁵ TF, 6 avril 2016, 8C_915/2015.

¹⁹⁶⁶ TF, 5 octobre 1965, ATF 91 II 372, JT 1966 I 322, cons. 8 ; TF, 27 juillet 1970, ATF 96 II 139, JT 1971 I 169, cons. 3a.

¹⁹⁶⁷ TF, 20 mai 2011, 4A_62/2011, JAR 2012 214, cons. 3. Cf. également : TF, 27 juillet 1970, ATF 96 II 139, JT 1971 I 169, cons. 3b.

¹⁹⁶⁸ TF, 20 février 2004, 4C.276/2003, ATF 130 III 353, JT 2005 I 12, cons. 2 ; TF, 6 février 2017, 4A_468/2016, cons. 5.1.

¹⁹⁶⁹ TF, 9 juillet 2002, 4C.44/2002, DTA 2002 215, cons. 2.4.

clientèle¹⁹⁷⁰. Une durée de quelques mois – le temps que l'employeur introduise son nouvel employé auprès de ses clients – paraît généralement la norme¹⁹⁷¹. La durée devrait normalement commencer à courir dès la fin de l'activité effective du travailleur au service de l'employeur ; à défaut, une libération de l'obligation de travailler prononcée alors que le délai de congé est long octroierait à l'employeur un pouvoir de mise à l'écart du travailleur trop important¹⁹⁷².

Les circonstances particulières qui permettraient de dépasser trois ans doivent être **exceptionnelles**¹⁹⁷³ et **prouvées** par l'employeur¹⁹⁷⁴.

3) Quant au genre d'affaires

- 1016 Les « affaires » que l'employeur entend interdire doivent être **décrites** de manière suffisamment claire dans la clause de non-concurrence¹⁹⁷⁵. Seules les activités susceptibles de causer un **préjudice sensible** à l'employeur d'une manière **inéquitable** peuvent être interdites¹⁹⁷⁶.

D. Sanctions

- 1017 Les sanctions du non-respect des conditions de validité, d'étendue et de circonstances de mise en œuvre sont, suivant les cas, la **nullité (1)**, la **réduction (2)** ou la **cessation (3)**.

1) Nullité

- 1018 Une clause qui ne respecte pas les conditions de **capacité**, de **forme** et d'**objet** doit être considérée comme nulle. La nullité s'étend également aux clauses qui ne spécifient pas les **limitations** de la concurrence quant au lieu, au temps et au genre d'affaires¹⁹⁷⁷.

2) Réduction

- 1019 Le juge peut réduire selon sa libre appréciation une prohibition excessive, en tenant compte de toutes les circonstances ; il aura égard, d'une manière équitable, à une éventuelle **contre-prestation** de l'employeur (art. 340a, al. 2 CO).

¹⁹⁷⁰ TF, 5 octobre 1965, ATF 91 II 372, JT 1966 I 322, cons. 8a.

¹⁹⁷¹ Cf. TF, 20 mai 2011, 4A_62/2011, JAR 2012 214, cons. 4.1.1.

¹⁹⁷² Cf. Wyler/Heinzer, p. 726.

¹⁹⁷³ Florence Aubry Girardin, in Commentaire Dunand/Mahon, N 11 ad art. 340a CO.

¹⁹⁷⁴ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 410.

¹⁹⁷⁵ D'un avis semblable : Florence Aubry Girardin, in Commentaire Dunand/Mahon, N 14 ad art. 340a CO.

¹⁹⁷⁶ Pascal Moesch, « La prohibition de concurrence », in Rémy Wyler (édit.), *Panorama en droit du travail*, Berne, Stämpfli, 2009, p. 343.

¹⁹⁷⁷ TF, 23 octobre 1992, 4C.385/1991, cons. 4 ; Florence Aubry Girardin, in Commentaire Dunand/Mahon, N 21 et 22 ad art. 340a CO : « Une clause ne contenant pas les précisions imposées par l'art. 340a al. 1 CO ne respecte pas la forme prévue et n'est donc pas valable. »

3) Ineffectivité

L'absence d'**intérêt réel** de l'employeur à l'absence de concurrence de son ancien salarié, tout comme la présence d'un **motif justifié** de démission ou l'absence d'un motif justifié de licenciement¹⁹⁷⁸ rendent inefficace la clause de non-concurrence (art. 340c CO).

1020

E. Régime de mise en œuvre

1) Respect par le travailleur

Contrairement aux droits allemand et français, le droit suisse n'impose pas le paiement par l'employeur d'une indemnité au travailleur qu'il astreint au respect d'une clause de non-concurrence. Cela signifie qu'en pratique, le travailleur peut se voir interdire d'exercer une activité lucrative **sans aucune compensation de la part de son employeur**. La loi autorise le juge à imposer une **réduction** de la clause de non-concurrence si la contrepartie financière de l'employeur est insuffisante (cf. art. 340a, al. 2 CO).

1021

2) Non-respect par le travailleur

Il ne peut y avoir non-respect d'une clause de non-concurrence par le travailleur que si l'on se situe **à l'intérieur** des limitations spatiales, temporelles et quant au genre d'affaires¹⁹⁷⁹.

1022

a. Réparation du dommage

Le travailleur qui enfreint la prohibition de faire concurrence est tenu de réparer le dommage qui en résulte pour l'employeur (art. 340b, al. 1 CO). Concrètement, cela signifie que l'employeur doit être placé dans la situation qui serait la sienne si l'interdiction de concurrence avait été respectée¹⁹⁸⁰. Le montant du dommage sera généralement apprécié en équité (cf. art. 42 CO). Le lien de causalité entre l'activité du travailleur et le dommage de l'ex-employeur doit être **prouvé** par l'employeur (cf. art. 8 CC).

1023

Compte tenu des difficultés à rapporter de telles preuves, une peine conventionnelle est généralement prévue.

b. Peine conventionnelle

Le travailleur peut, lorsque la contravention est sanctionnée par une peine conventionnelle et sauf accord contraire, se libérer de la prohibition de faire

1024

¹⁹⁷⁸ Cf. *supra* n° 1008 et s.

¹⁹⁷⁹ Cf. TF, 20 mai 2011, 4A_62/2011, JAR 2012 214, cons. 4.3.

¹⁹⁸⁰ TF, 21 juillet 1997, 4C.455/1996, cons. 3a ; Florence Aubry Girardin, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 12 ad art. 340b CO.

concurrence en payant le montant prévu (art. 340b, al. 2, 1^e phr. CO). Malgré cela, il reste tenu de réparer le dommage qui excéderait ce montant (art. 340b, al. 2, 2^e phr. CO).

Si une véritable peine conventionnelle est prévue, le **salaire annuel** du travailleur en constitue la limite supérieure, selon la jurisprudence¹⁹⁸¹.

1025 Toujours selon la jurisprudence, une peine conventionnelle ne peut être due **qu'une seule fois**, même si les stipulations contractuelles prétendaient autoriser l'employeur à réclamer une peine par violation de la prohibition de concurrence¹⁹⁸².

1026 Ce genre de peine conventionnelle est soumis aux dispositions des articles 160 et suivants du code des obligations¹⁹⁸³. En application de l'article 163, alinéa 3, le juge doit **réduire** le montant de la peine conventionnelle dont la quotité est excessive¹⁹⁸⁴. Pour juger du caractère excessif de la peine conventionnelle, il ne faut pas raisonner abstraitement, mais, au contraire, prendre en considération toutes les circonstances concrètes de l'espèce : il y a ainsi lieu de tenir compte notamment de la nature et de la durée du contrat, de la gravité de la faute et de la violation contractuelle, de la situation économique des parties, singulièrement de celle du débiteur¹⁹⁸⁵.

c. Cessation du non-respect

1027 L'employeur peut exiger, s'il s'en est expressément réservé le droit par écrit, outre la peine conventionnelle et les dommages-intérêts supplémentaires éventuels, la cessation de la contravention, lorsque cette mesure est justifiée par l'importance des intérêts lésés ou menacés de l'employeur et par le comportement du travailleur (art. 340b, al. 3 CO)¹⁹⁸⁶.

1028 Pour qu'une interdiction de concurrence soit prononcée par voie de **mesures provisionnelles**, un certain nombre de conditions formelles et matérielles doivent être réalisées : du point de vue formel, l'employeur doit avoir respecté la forme écrite ; du point de vue matériel, la lésion ou la mise en danger des intérêts de l'employeur, ainsi que le comportement du travailleur, doivent justifier l'interdiction ou la suspension de l'activité concurrente¹⁹⁸⁷. En règle générale, la simple violation de la clause de prohibition de concurrence n'est pas suffisante¹⁹⁸⁸.

¹⁹⁸¹ TF, 12 novembre 2012, 4A_466/2012, Pra 2014 15 111, cons. 6.1 ; TF, 6 février 2017, 4A_468/2016, cons. 6.1.

¹⁹⁸² TF, 20 février 2004, 4C.276/2003, cons. 3.1 (non publié in ATF 130 III 353).

¹⁹⁸³ TF, 12 novembre 2012, 4A_466/2012, Pra 2014 15 111, cons. 6.1 ; TF, 6 février 2017, 4A_468/2016, cons. 6.1.

¹⁹⁸⁴ Cf. TF, 30 octobre 2006, 4C.172/2006, ATF 133 III 43, cons. 3.3 ; TF, 15 mars 2007, 4C.374/2006, ATF 133 III 201, cons. 5.2 ; TF, 6 février 2017, 4A_468/2016, cons. 6.1.

¹⁹⁸⁵ TF, 15 mars 2007, 4C.374/2006, ATF 133 III 201, cons. 5.2 ; TF, 14 décembre 2016, 4A_268/2016, cons. 5.1 ; TF, 6 février 2017, 4A_468/2016, cons. 6.1.

¹⁹⁸⁶ Avant même d'être inscrite dans la loi, cette possibilité avait été ouverte par la jurisprudence : cf. TF, 10 novembre 1917, ATF 43 II 660.

¹⁹⁸⁷ TF, 2 mai 2005, 4P.293/2014, ATF 131 III 473, JT 2005 I 305, SJ 2005 I 517, cons. 3.2.

¹⁹⁸⁸ *Ibidem*.

§ 4 : La confidentialité

Le travailleur est tenu d'observer son devoir de confidentialité même après la fin du rapport d'emploi, dans la mesure où la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur l'exige (art. 321a, al. 4 *in fine* CO). Cette obligation reposant sur le devoir général de fidélité du travailleur¹⁹⁸⁹, elle existe indépendamment d'une éventuelle clause de non-concurrence¹⁹⁹⁰.

1029

Selon la jurisprudence, toute connaissance acquise par le travailleur dans le cadre de son activité n'est pas protégée par le devoir de confidentialité : une distinction doit être opérée entre l'**expérience professionnelle du travailleur** (connaissances, qualités propres, habileté, ingéniosité, expérience accumulée), qui lui appartient en propre et qu'il peut faire fructifier librement, et les **secrets à proprement parler**, c'est-à-dire les connaissances spécifiques à l'entreprise (secrets de fabrication ou d'affaires) ; seuls ces derniers sont soumis au devoir de confidentialité¹⁹⁹¹. En toute hypothèse, ce devoir ne s'étend qu'à des éléments secrets et non à des faits connus du public¹⁹⁹².

1030

Lorsqu'il s'agit de juger si l'employeur possède un intérêt légitime au maintien du secret sur un fait particulier, ses intérêts propres au maintien de son entreprise doivent être mis en balance avec l'intérêt propre du travailleur au développement de son avenir professionnel, de son avenir économique et à l'existence d'une concurrence libre entre acteurs économiques¹⁹⁹³.

1031

Les parties peuvent convenir des modalités spécifiques de l'obligation de garder le secret après la fin du contrat, mais uniquement dans la mesure où cette convention ne contrevient pas au régime impératif de la clause de prohibition de concurrence¹⁹⁹⁴.

1032

¹⁹⁸⁹ TF, 1^{er} mars 1938, ATF 64 II 162, JT 1938 I 522, cons. 8.

¹⁹⁹⁰ Jean-Philippe Dunand, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 50 *ad* art. 321a CO.

¹⁹⁹¹ TC/VD, 27 avril 2007, JAR 2008 497, cons. II c.

¹⁹⁹² TF, 21 juin 2007, 4C_69/2007, cons. 3.3.3.

¹⁹⁹³ TF, 23 octobre 1992, 4C.383/1991, SJ 1993 365, cons. 6c ; TF, 21 juin 2007, 4C_69/2007, cons. 3.3.3.

¹⁹⁹⁴ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 13 *ad* art. 321a CO ; Staehelin, N 51 *ad* art. 321a CO ; Jean-Philippe Dunand, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 53 *ad* art. 321a CO. Pour ce régime, cf. *supra*.

Titre 3 : Le transfert du rapport d'emploi

Le transfert du rapport d'emploi peut s'opérer de manière conventionnelle – il s'agit alors d'un **transfert contractuel** (Chapitre I) – ou *ex lege* – en cas de **transfert d'entreprise** (Chapitre II).

1033

Chapitre 1 : Le transfert contractuel du rapport d'emploi

L'employeur **ne peut pas transférer** à un tiers les droits découlant des rapports de travail, à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte des circonstances (art. 333, al. 4 CO). Par accord, il est toujours possible de mettre un terme à un contrat de travail existant et de conclure un nouveau contrat avec une autre société, quand bien même les services continueront à être fournis à la même place de travail¹⁹⁹⁵.

1034

Un tel transfert de contrat n'est pas réglé expressément dans le code des obligations : selon la jurisprudence, il s'agit d'un contrat *sui generis*, qui ne répond pas à la simple combinaison d'une cession de créance (art. 164 et s. CO) et d'une reprise de dette (art. 175 et s. CO)¹⁹⁹⁶.

1035

En vertu du principe de liberté de forme des contrats (cf. art. 11, al. 1 CO), le transfert de contrat n'est soumis à aucune forme particulière. Il ne peut toutefois être convenu sans le consentement du débiteur : il suppose l'accord de tous les intéressés¹⁹⁹⁷. En d'autres termes, l'entrée d'un tiers dans un rapport de droit bilatéral, à la place de l'un des cocontractants, ne peut intervenir qu'à la suite d'au moins deux accords : un accord entre la partie sortante et la partie reprenante, et un accord entre la partie reprenante et la partie restante¹⁹⁹⁸.

1036

Le Tribunal fédéral a jugé qu'il résultait de la définition même du transfert de contrat que l'intégralité du rapport contractuel, avec tous les droits et obligations y relatifs, devait passer d'une partie cocontractante à un tiers, dans le sens d'une substitution de celui-ci dans le rapport contractuel¹⁹⁹⁹. Il en découle que si l'intégralité des droits et obligations ne passe pas et que le tiers ne peut pas, par la force des choses, se

1037

¹⁹⁹⁵ TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, ATF 132 III 32, JT 2006 I 257, SJ 2006 I 193, Pra 2006 81 576, cons. 5.2.

¹⁹⁹⁶ TF, 4 juillet 2017, 4A_30/2017, cons. 4.1.

¹⁹⁹⁷ TF, 3 octobre 1921, ATF 47 II 416, cons. 2 ; TF, 28 mai 2004, 5C.51/2004, SJ 2005 I 46, cons. 3.1 ; TF, 5 juin 2015, 4A_650/2014, cons. 6.1 ; TF, 4 juillet 2017, 4A_30/2017, cons. 4.1.

¹⁹⁹⁸ TF, 19 juillet 2011, 4A_311/2011, cons. 3.1.2 ; TF, 9 septembre 2014, 4A_313/2014, cons. 3 ; TF, 4 juillet 2017, 4A_30/2017, cons. 4.1.

¹⁹⁹⁹ TF, 4 juillet 2017, 4A_30/2017, cons. 4.1.

substituer à la partie cocontractante, on ne se trouve pas en présence d'un transfert de contrat²⁰⁰⁰.

1038 **Transfert illimité et transfert limité.** Il y a ***transfert illimité*** lorsque la partie entrante prend la place de la partie sortante également pour la période qui a précédé le transfert : elle assume ainsi toutes les obligations et acquiert tous les droits qui ont pris naissance depuis la conclusion du contrat préexistant ; à l'inverse, il y a ***transfert limité*** lorsque la partie entrante ne remplace la partie sortante que pour l'avenir, soit pour la période postérieure au transfert²⁰⁰¹. Savoir quelle est l'étendue du transfert est affaire d'interprétation des déclarations de volonté des parties²⁰⁰². Selon la jurisprudence, en cas de doute sur la volonté des parties à cet égard, il faut se référer à l'intérêt supposé du nouveau cocontractant au transfert²⁰⁰³. Lorsque le contrat de base est un contrat de durée, l'intérêt du nouveau cocontractant est en principe de convenir d'un transfert limité²⁰⁰⁴.

1039 Lorsqu'un travailleur perd de nombreux avantages qu'il possédait dans sa relation avec son employeur (comme, par exemple, la perte de son plan de rémunération et d'épargne-retraite, de sa participation au plan d'intéressement, et de ses avantages liés à sa qualité d'expatrié), on ne peut constater qu'il y ait eu transfert du contrat de travail, puisque le nouvel employeur ne se substitue pas à l'ancien employeur dans tous les droits et obligations de ce dernier à l'égard du travailleur²⁰⁰⁵. Le fait que l'affectation du travailleur comme employé détaché depuis un certain nombre d'années était limitée dans le temps n'y change rien, tout comme le fait qu'il ait été question de mutation du travailleur, que le poste de celui-ci était en tous points identique à celui qu'il occupait précédemment, puisqu'il conservait la même position dans l'équipe, et que le nouvel employeur ait eu la volonté d'assurer la continuité des conditions contractuelles de l'employé, d'autant plus qu'il n'avait pas été établi que le nouveau salaire eût été supérieur et eût compensé la perte des avantages de l'employé²⁰⁰⁶. En l'absence de transfert du rapport d'emploi, il faut déterminer, au vu du nouveau contrat conclu entre l'employé et une autre société du groupe, si les prétentions que celui-ci réclame par son action sont demeurées à la charge de sa précédente société employeuse ou si elles concernent la nouvelle société²⁰⁰⁷.

²⁰⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰⁰¹ TF, 29 avril 2010, 4A_79/2010, cons. 2.4 ; TF, 19 juillet 2011, 4A_311/2011, cons. 3.1.2 ; TF, 9 septembre 2014, 4A_313/2014, cons. 3 ; TF, 16 juin 2017, 4A_508/2016, cons. 6.1 ; TF, 4 juillet 2017, 4A_30/2017, cons. 4.1.

²⁰⁰² TF, 4 juillet 2017, 4A_30/2017, cons. 4.1.

²⁰⁰³ TF, 1^{er} mars 2011, 4A_665/2010, cons. 4.1 ; TF, 19 juillet 2011, 4A_311/2011, cons. 3.1.2 ; TF, 4 juillet 2017, 4A_30/2017, cons. 4.1.

²⁰⁰⁴ TF, 29 avril 2010, 4A_79/2010, SJ 2010 I 459, cons. 2.4 ; TF, 1^{er} mars 2011, 4A_665/2010, cons. 4.1 ; TF, 4 juillet 2017, 4A_30/2017, cons. 4.1.

²⁰⁰⁵ TF, 4 juillet 2017, 4A_30/2017, cons. 4.2.

²⁰⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁰⁷ TF, 4 juillet 2017, 4A_30/2017, cons. 5 à 5.2.

Substitution du travailleur par un autre travailleur. Si le travailleur souhaite se faire remplacer par un tiers avant la fin du contrat, il peut proposer une personne qui présente toutes les qualifications requises. En vertu du principe de bonne foi, l'employeur ne saurait réclamer une indemnité pour **abandon de poste** si le tiers présenté en remplacement par le travailleur présente toutes les qualifications requises²⁰⁰⁸.

1040

Chapitre 2 : Le transfert d'entreprise

Le transfert d'entreprise peut intervenir dans le cadre d'une simple cession d'actifs : il s'agit du régime de **droit commun** (Section 1). Des règles supplémentaires s'appliquent s'il intervient dans le cadre d'une **fusion**, d'une **scission** ou d'un **transfert de patrimoine** (Section 2).

1041

Le droit du transfert d'entreprise est un cas de **reprise autonome du droit communautaire**. Pour cette raison, la jurisprudence estime qu'il convient de prendre en considération la directive 2001/23 du Conseil de l'Union européenne, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements²⁰⁰⁹. Cette directive est le résultat de l'évolution du droit européen avec lequel une harmonisation a donc été souhaitée, en cette matière, par le législateur fédéral²⁰¹⁰, lequel a modifié l'article 333, alinéa 1 du code des obligations, en lui donnant sa teneur actuelle, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1994, pour le rendre eurocompatible²⁰¹¹.

1042

Section 1 : Le transfert d'entreprise en droit commun²⁰¹²

Du point de vue du droit du travail, le régime du transfert d'entreprise revient à assurer aux travailleurs le maintien de leur rapport d'emploi malgré le changement du propriétaire juridique de l'entreprise qui les emploie. L'idée est donc que le rapport d'emploi se poursuive *ex lege* entre le travailleur et le reprenant, sans qu'il soit nécessaire que ces parties ne passent un contrat entre elles²⁰¹³. Les intérêts des travailleurs sont dès lors censés être protégés²⁰¹⁴.

1043

²⁰⁰⁸ Tercier/Bieri/Carron, p. 430.

²⁰⁰⁹ JOCE, 22 mars 2001, L 82, pp. 16 à 20.

²⁰¹⁰ Cf. TF, 25 mars 2003, 4C.316/2002, ATF 129 III 335, cons. 6.

²⁰¹¹ Message du conseil fédéral, 24 février 1993 FF 1993 I 757 ; TF, 6 août 1996, 4P.66/1996, cons. 3c/aa ; TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, ATF 132 III 32, JT 2006 I 257, SJ 2006 I 193, Pra 2006 81 576, cons. 4.1.

²⁰¹² Sur ce sujet, voir également : Endrit Kragjozi, *Les transferts d'entreprise en droit du travail*, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2003, p. 65.

²⁰¹³ Jean-Luc Chenaux/Françoise Martin, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 1 ad art. 333 CO.

1044 Seuls les *transferts d'entreprise au sens légal* (§ 1) sont soumis à un régime spécial.

Ce régime – impératif²⁰¹⁵ – comprend :

- une *information et consultation des travailleurs* (§ 2),
- une possibilité d'*acceptation* ou de *refus du transfert* (§ 3),
- une réglementation concernant *le sort des conventions collectives* (§ 4),
- une *solidarité entre l'ancien et le nouvel employeur* (§ 5).

Le transfert d'entreprise *durant un sursis concordataire* est soumis à des règles particulières (§ 6).

§ 1 : Définition du transfert d'entreprise

1045 Le droit du transfert d'entreprise suppose qu'un acquéreur poursuive ou reprenne effectivement une activité économique identique ou similaire à celle qui existe, dans le contexte d'une mutation juridique de l'employeur²⁰¹⁶. Il suffit que l'exploitation ou une partie de celle-ci soit effectivement poursuivie par le nouveau chef d'entreprise²⁰¹⁷. L'exploitation est considérée comme poursuivie en tout ou en partie par l'acquéreur lorsqu'elle conserve son *identité*, c'est-à-dire son *organisation* et son *but*²⁰¹⁸.

1046 Seuls les rapports de travail *existant* au moment du transfert de l'entreprise passent à l'acquéreur²⁰¹⁹. Le régime du transfert d'entreprise ne peut dès lors être invoqué que par les seuls travailleurs dont le rapport d'emploi est en cours à la date du transfert, même si ce rapport a déjà été résilié mais que l'effet de la résiliation doit avoir lieu à

²⁰¹⁴ TF, 20 avril 2001, ATF 127 V 183, cons. 4b ; TF, 25 mars 2003, 4C.316/2002, ATF 129 III 335, cons. 5.1 ; ATF 137 III 487, cons. 4.1.

²⁰¹⁵ TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, ATF 132 III 32, JT 2006 I 257, SJ 2006 I 193, Pra 2006 81 576, cons. 4.2.2.2.

²⁰¹⁶ TF, 8 octobre 2010, 4A_348/2010 & 4A_358/2010, ATF 136 III 552, cons. 2.1; TF, 15 mars 2017, 4A_619/2016, cons. 8.

²⁰¹⁷ TF, 20 août 1997, ATF 123 III 466, cons. 3a ; TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, ATF 132 III 32, JT 2006 I 257, SJ 2006 I 193, Pra 2006 81 576, cons. 4.1.

²⁰¹⁸ TF, 23 août 1999, 4C.176/1999, cons. 1a ; TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, ATF 132 III 32, JT 2006 I 257, SJ 2006 I 193, Pra 2006 81 576, cons. 4.1.

²⁰¹⁹ TF, 20 août 1997, ATF 123 III 466, cons. 3b ; TF, 7 janvier 1999, 4C.333/1998, cons. 1b/aa ; TF, 23 octobre 2007, 4A_48/2007, ATF 134 III 102, SJ 2008 I 301, Pra 2008 90 587, com. von Känel in DTAonline 2008 289, com. Geiser in PJA, 2009 138, com. Geiser/Häfliger in RSJ 2009 336, com. Koller/Graber in RJB 2010 1084, cons. 3.1.1.

une date postérieure à ce transfert²⁰²⁰. L'acquéreur de l'entreprise n'a pas à reprendre des contrats de travail n'existant plus au moment du transfert²⁰²¹.

§ 2 : Information et consultation des travailleurs

Si l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, il est tenu d'informer la représentation des travailleurs²⁰²² ou, à défaut, les travailleurs, **en temps utile avant la réalisation du transfert de l'entreprise**, sur le **motif** du transfert et les **conséquences juridiques, économiques et sociales** du transfert pour les travailleurs (art. 333a, al. 1 CO)²⁰²³ :

1047

- Par « conséquences juridiques », on doit entendre l'ensemble du régime légal applicable au transfert d'entreprise. Il s'agit donc pour l'employeur de présenter une synthèse claire du droit du transfert d'entreprise.

- Par « conséquences économiques », on doit entendre l'évolution de l'entreprise dans son environnement. Il s'agit donc pour l'employeur de présenter une synthèse claire de la stratégie économique de l'entreprise et le sens objectif que revêt le transfert.

- Par « conséquences sociales », on entend toute modification qui serait envisagée dans le cadre du transfert d'entreprise et qui pourrait avoir un effet sur les travailleurs, en particulier en matière d'assurances sociales et de prévoyance professionnelle²⁰²⁴.

Si aucune forme particulière n'est prescrite par la loi, il est conseillé en pratique à l'employeur d'effectuer à la fois une présentation orale, ce qui permet de préciser certains éléments en fonction des questions de l'assemblée des travailleurs, et une présentation écrite, qui fixe concrètement le contenu de l'information, en permette la diffusion aux éventuels absents et fournisse la preuve que l'obligation légale a été respectée.

1048

Si des mesures concernant les travailleurs sont envisagées à la suite du transfert de l'entreprise, une **consultation** de la représentation des travailleurs ou, à défaut, des travailleurs doit avoir lieu, en temps utile, **avant que ces mesures ne soient décidées** (art. 333a, al. 2 CO).

1049

²⁰²⁰ Cf. TF, 20 août 1997, ATF 123 III 466 ; TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, ATF 132 III 32, JT 2006 I 257, SJ 2006 I 193, Pra 2006 81 576.

²⁰²¹ TF, 23 octobre 2007, 4A_48/2007, ATF 134 III 102, SJ 2008 I 301, Pra 2008 90 587, com. von Känel in DTAonline 2008 289, com. Geiser in PJA, 2009 138, com. Geiser/Häfliger in RSJ 2009 336, com. Koller/Graber in RJB 2010 1084, cons. 3.1.1.

²⁰²² Sur ce concept, cf. *infra*.

²⁰²³ Sur l'information des travailleurs, cf. *infra*.

²⁰²⁴ Sur l'ensemble de ces points, cf. Isabelle Wildhaber, *Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen*, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2011, pp. 378 et s.

Par « mesures concernant les travailleurs », il faut entendre principalement toute modification des conditions de travail, voire des éléments contractuels du rapport de travail²⁰²⁵.

1050 Il n'y a toutefois pas de raison que la seule consultation des travailleurs dans le cadre du transfert d'entreprise autorise l'employeur à modifier les conditions de travail, et surtout les éléments contractuels du rapport de travail sans respecter le régime spécifique de modification du rapport de travail²⁰²⁶. Ainsi, une éventuelle présomption d'acceptation tacite du transfert²⁰²⁷ ne saurait porter que sur le principe du transfert lui-même, non sur la modification automatique d'éléments contractuels, sauf si un accord spécifique est intervenu sur ce point également, dans les conditions du régime de modification des éléments contractuels.

1051 Un **délai suffisant** doit être imparti aux travailleurs pour qu'ils puissent effectivement faire valoir leur point de vue. En pratique, il paraît difficile d'effectuer une consultation de bonne foi en moins de deux semaines.

§ 3 : Acceptation et refus du transfert

1052 Si l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, les rapports de travail passent à l'acquéreur **avec tous les droits et les obligations qui en découlent, au jour du transfert** (art. 333, al. 1 CO). L'acquéreur de l'entreprise ne peut en aucune façon s'opposer au transfert des rapports de travail²⁰²⁸. Ainsi, les rapports de travail existant au moment du transfert d'entreprise passent automatiquement à l'acquéreur, **même contre le gré de ce dernier**²⁰²⁹. Le nouvel employeur subroge donc l'ancien employeur par voie de succession à titre particulier²⁰³⁰. Le but sous-jacent de cette réglementation est qu'un tiers ne saurait reprendre une entreprise sans en reprendre simultanément le personnel²⁰³¹.

1053 Seuls les rapports de travail qui subsistent au moment du transfert d'entreprise sont transférés *ex lege* à l'acquéreur ; l'acquéreur n'a pas à reprendre les rapports de travail qui ne sont plus en cours au moment du transfert d'entreprise²⁰³². Le régime du transfert des rapports de travail s'applique donc aux rapports de travail qui sont résiliés

²⁰²⁵ Sur ces notions, cf. *infra*.

²⁰²⁶ Sur ce régime, cf. *infra*.

²⁰²⁷ Cf. TF, 28 novembre 2011, 9C_540/2010, ATF 137 V 463, cons. 4.4.

²⁰²⁸ Message du Conseil fédéral, 8 septembre 2010, FF 2010 5909.

²⁰²⁹ TF, 20 août 1997, ATF 123 III 466, cons. 3b ; TF, 20 avril 2001, ATF 127 V 183, cons. 4d ; TF, 25 mars 2003, 4C.316/2002, ATF 129 III 335, cons. 5.1 ; TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, ATF 132 III 32, JT 2006 I 257, SJ 2006 I 193, Pra 2006 81 576, cons. 4.2.1 ; TF, 23 octobre 2006, 4C.155/2006, cons. 3.2.

²⁰³⁰ Message du Conseil fédéral, 8 septembre 2010, FF 2010 5909.

²⁰³¹ TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, ATF 132 III 32, JT 2006 I 257, SJ 2006 I 193, Pra 2006 81 576, cons. 4.2.2.1.

²⁰³² TF, 3 juin 2015, 4A_56/2015, cons. 3.

avec effet après le transfert, mais non pas à ceux qui sont résiliés avec effet avant le transfert²⁰³³.

Lorsqu'une ***résiliation est opérée dans le cadre du transfert d'entreprise***, une fraude au régime du transfert d'entreprise risque d'intervenir. Selon la jurisprudence, une résiliation qui intervient avant ou au moment même du transfert d'entreprise n'est pas illicite par principe²⁰³⁴ ; il n'y a fraude à la loi que lorsque la résiliation a pour seul but d'empêcher le transfert du rapport de travail ou les conséquences d'un tel transfert : le cédant ne peut donc résilier les contrats de tout ou partie de ses travailleurs dans le but que ces derniers concluent de nouveaux contrats avec l'acquéreur²⁰³⁵. L'***ancienneté*** des rapports de travail et les ***avantages acquis*** doivent être maintenus.

1054

Conformément à la sanction de droit commun de la *fraus legis*, le licenciement opéré en fraude du régime du transfert d'entreprise est ***nul***²⁰³⁶.

Il est également illicite de licencier un ou plusieurs travailleurs déterminés parce que l'acquéreur n'en voudrait pas²⁰³⁷. Autrement dit, un licenciement dans le cadre d'un transfert d'entreprise n'est licite que lorsqu'il est justifié par des motifs d'ordre économique, technique ou organisationnel²⁰³⁸.

1055

Toutefois, le régime du transfert d'entreprise n'offre pas une sécurité d'emploi absolue : après l'acquisition de l'entreprise, rien n'empêche le repreneur de résilier les contrats de travail conformément au régime de résiliation du rapport d'emploi²⁰³⁹.

Opposition au transfert. Les travailleurs, quant à eux, ont la faculté de s'opposer au transfert (art. 333, al. 1 *in fine* CO). En cas d'opposition, les rapports de travail prennent fin à l'expiration du délai de congé légal ; jusque-là, l'acquéreur et le travailleur sont tenus d'exécuter le contrat (art. 333, al. 2 CO). La loi règle ainsi, de manière exhaustive, les effets de l'opposition du travailleur²⁰⁴⁰. En particulier, une éventuelle clause de non-concurrence tombe puisqu'elle n'est pas transférée à l'employeur reprenant²⁰⁴¹.

1056

²⁰³³ TF, 8 octobre 2010, 4A_348/2010 & 4A_358/2010, ATF 136 III 552, cons. 3.1 ; TF, 17 février 2014, 4A_399/2013, cons. 3.1 ; TF, 3 juin 2015, 4A_56/2015, cons. 3.

²⁰³⁴ TF, 8 octobre 2010, 4A_348/2010 & 4A_358/2010, ATF 136 III 552, cons. 3.1 ; TF, 3 juin 2015, 4A_56/2015, cons. 3.

²⁰³⁵ TF, 3 juin 2015, 4A_56/2015, cons. 3.

²⁰³⁶ Jean-Luc Chenaux/Françoise Martin, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 31 *ad* art. 333 CO ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 10 *ad* art. 333 CO ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 5 *ad* art. 333 CO ; Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, *in* BaK, N 10 *ad* art. 333 CO ; Gabriel Aubert, *in* CR-CO I, N 10 *ad* art. 333 CO.

²⁰³⁷ TF, 3 juin 2015, 4A_56/2015, cons. 3.

²⁰³⁸ TF, 8 octobre 2010, 4A_348/2010 & 4A_358/2010, ATF 136 III 552, cons. 3.3 ; TF, 15 août 2011, 5A_113/2011, ATF 137 III 487, cons. 4.5.2 ; TF, 3 juin 2015, 4A_56/2015, cons. 3.

²⁰³⁹ Message du Conseil fédéral, 8 septembre 2010, FF 2010 5909.

²⁰⁴⁰ TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, ATF 132 III 32, JT 2006 I 257, SJ 2006 I 193, Pra 2006 81 576, cons. 4.2.2.2.

²⁰⁴¹ Florence Aubry Girardin, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 26 *ad* art. 340c CO ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 10 *ad* art. 340c CO.

Selon la jurisprudence, le droit d'opposition ainsi accordé démontre que le législateur a entendu faire dépendre le transfert des rapports de travail, avec tous les droits et obligations qui en découlent, de la seule volonté du travailleur²⁰⁴².

- 1057 Si, par hypothèse et malgré l'obligation faite à l'employeur, le travailleur devait ne pas être formellement avisé du transfert, il serait réputé en avoir eu connaissance dès qu'apparaissent les premières manifestations des dispositions prises par le nouvel employeur ; si le travailleur ne réagit pas dans un délai raisonnable après qu'il a ainsi eu conscience du transfert, il est présumé l'avoir accepté tacitement²⁰⁴³, dès lors toutefois que le transfert – et le maintien de son emploi qui en découle – lui est en principe plus favorable qu'une fin de son rapport d'emploi.
- 1058 Lorsque les parties souhaitent que le rapport de travail se poursuive avec l'employeur initial malgré l'application du régime du transfert d'entreprise, le travailleur ne devra pas s'opposer au transfert des rapports de travail – faute de quoi ceux-ci s'éteindraient par l'effet de la loi (cf. art. 333, al. 2 CO) – mais, une fois le transfert opéré, il devra résilier le rapport de travail le liant à l'acquéreur et conclure un nouveau contrat avec son ancien employeur ; ainsi, les rapports de travail le liant à l'employeur initial se poursuivront sur une nouvelle base contractuelle²⁰⁴⁴.

§ 4 : Le sort des conventions collectives

- 1059 Lorsqu'une convention collective régissait les rapports de travail transférés, ***elle ne cesse pas d'être applicable du fait du transfert***. Au contraire, l'acquéreur est tenu de la respecter ***pendant une année***, sauf si elle devait prendre fin du fait de l'expiration de la durée convenue ou de sa dénonciation (art. 333, al. 1^{bis} CO). Le délai d'une année commence au jour du transfert d'entreprise.
- 1060 La loi ne dit pas comment la convention collective pourrait par la suite cesser de s'appliquer. Automatiquement au terme d'une année²⁰⁴⁵ ? Par simple déclaration unilatérale de l'employeur à ce même terme²⁰⁴⁶ ? Par dénonciation formelle dans le respect du préavis légal de six mois (art. 356c, al. 2 CO) ? En vertu de la maxime juridique *ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*, il convient de retenir la dernière solution²⁰⁴⁷.

²⁰⁴² TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, ATF 132 III 32, JT 2006 I 257, SJ 2006 I 193, Pra 2006 81 576, cons. 4.2.2.2.

²⁰⁴³ TF, 28 novembre 2011, 9C_540/2010, ATF 137 V 463, cons. 4.4.

²⁰⁴⁴ TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, ATF 132 III 32, JT 2006 I 257, SJ 2006 I 193, Pra 2006 81 576, cons. 4.2.2.4.

²⁰⁴⁵ Streiff/von Känel/Rudolph, N 9 ad art. 333 CO.

²⁰⁴⁶ Wildhaber Isabelle, « Die Weitergeltung des GAV bei Umstrukturierungen (asset deals, Fusionen, Spaltungen, Vermögensübertragungen) », DTA 2008 165-180.

²⁰⁴⁷ Cf. également *infra*.

§ 5 : Solidarité entre l'ancien et le nouvel employeur

L'ancien employeur et l'acquéreur répondent solidairement des créances du travailleur échues dès avant le transfert et jusqu'au moment où les rapports de travail pourraient normalement prendre fin ou ont pris fin par suite de l'opposition du travailleur (art. 333, al. 3 CO).

1061

Selon la jurisprudence, la solidarité prend naissance *ex lege* au moment du transfert de l'entreprise, le consentement de l'acquéreur n'étant pas requis²⁰⁴⁸. Aucun accord dérogatoire, que ce soit entre le cédant et l'acquéreur ou entre l'employeur et le travailleur, n'est juridiquement possible²⁰⁴⁹.

La loi limite la responsabilité solidaire aux « créances du travailleur »²⁰⁵⁰. Elle entend par là que les créances doivent découler des rapports de service²⁰⁵¹. La responsabilité solidaire vaut aussi pour des créances conditionnelles²⁰⁵².

1062

Aux termes de la loi, la responsabilité solidaire entre l'ancien employeur et l'acquéreur concerne les créances échues dès avant le transfert et jusqu'au moment où les rapports de travail pourraient normalement prendre fin ; l'acquéreur répond donc seul, en principe, des créances devenues exigibles *ultérieurement*²⁰⁵³.

1063

§ 6 : Le transfert d'entreprise durant un sursis concordataire

Le régime du transfert d'entreprise s'applique également durant un sursis concordataire, à deux exceptions près, qui visent à éviter que l'acquéreur potentiel d'une entreprise encore susceptible d'être assainie ne renonce à son achat²⁰⁵⁴ :

1064

- le transfert doit avoir été **convenu** entre le cédant et l'acquéreur (art. 333b, 1^e phr. CO). Il n'est donc pas automatique *ex lege*. Le reprenant peut **choisir** les rapports de travail qu'il souhaite reprendre ou non²⁰⁵⁵. En cas de décision de transfert entre le cédant et le reprenant, les travailleurs conservent bien entendu leur droit d'**opposition** ;

²⁰⁴⁸ TF, 25 mars 2003, 4C.316/2002, ATF 129 III 335, cons. 5.1 ; TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, ATF 132 III 32, JT 2006 I 257, SJ 2006 I 193, Pra 2006 81 576, cons. 4.2.2.1.

²⁰⁴⁹ TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, ATF 132 III 32, JT 2006 I 257, SJ 2006 I 193, Pra 2006 81 576, cons. 4.2.2.1 à 4.2.2.3.

²⁰⁵⁰ TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, précité, cons. 6.2.2.

²⁰⁵¹ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 381.

²⁰⁵² TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, précité, cons. 6.2.1.

²⁰⁵³ *Ibidem*.

²⁰⁵⁴ Message du Conseil fédéral, 8 septembre 2010, FF 2010 5910.

²⁰⁵⁵ Cf. Nicolas Jeandin, « Les nouveautés du droit de l'assainissement », in Jürg Schmid (édit.), *Gesellschaftsrecht und Notar - La société au fil du temps*, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2016, p. 354.

- le régime de **solidarité** entre l'ancien et le nouvel acquéreur, consacré à l'alinéa 3 de l'article 333, est **inapplicable** (art. 333b, 2^e phr. CO)²⁰⁵⁶. Les travailleurs ne peuvent faire valoir leurs créances pour le travail effectué jusqu'au transfert qu'à l'égard de leur ancien employeur. Quant aux travailleurs non repris, ils n'ont logiquement aucune créance à l'égard du repreneur.

- 1065 Comme le régime de droit commun s'applique pour le surplus, les travailleurs doivent jouir des droits d'**information** et de **consultation** (cf. art. 333a CO) – et ce, même s'ils jouissent de droits spécifiques en tant que créanciers dans la procédure d'insolvabilité – et l'acquéreur doit appliquer pendant un an l'éventuelle **convention collective** à laquelle serait soumise l'entreprise reprise (cf. art. 333, al. 1^{bis} CO)²⁰⁵⁷.

Section 2 : Les particularités du transfert d'entreprise dans le cadre d'une fusion, d'une scission d'entreprise ou d'un transfert de patrimoine

- 1066 Le droit des fusions vise à garantir la sécurité du droit et la transparence tout en protégeant les créanciers, les travailleurs et les personnes disposant de participations minoritaires (art. 1, al. 2 LFus). Les dispositions sur les droits des travailleurs s'appliquent tant aux sociétés suisses qu'aux sociétés reprenantes dont le siège est à l'étranger (art. 28, al. 4 LFus ; art. 77, al. 3 LFus).
- 1067 En cas de fusion (art. 27, al. 1 LFus) et de scission d'entreprise (art. 49, al. 1 LFus), le transfert des rapports de travail à la société reprenant est régi par le droit commun du transfert d'entreprise. En outre, des règles supplémentaires s'ajoutent, en matière d'**information et de consultation des travailleurs** (§ 1), de **garanties** (§ 2) et de **sanctions** (§ 3).

§ 1 : L'information et la consultation des travailleurs

- 1068 Tant en matière de fusion (art. 28, al. 1 LFus), de scission (art. 50 LFus), de transfert de patrimoine (art. 77 LFus), de fusion et de transfert de patrimoine de fondations (art. 85, al. 4 LFus), que de fusion, de transformation et de transfert de patrimoine d'institutions de prévoyance (art. 96, al. 5 LFus), le régime de droit commun d'information et de consultation est applicable²⁰⁵⁸, tant pour la société transférante que pour la société reprenante.

²⁰⁵⁶ Il s'agit d'une codification de la jurisprudence (cf. TF, 25 mars 2003, 4C.316/2002, ATF 129 III 335) : Pascal Rossé, « La valorisation des actifs dans la poursuite et la faillite », JT 2016 II 51.

²⁰⁵⁷ Message du Conseil fédéral, 8 septembre 2010, FF 2010 5910.

²⁰⁵⁸ Cf. *supra* sur le licenciement collectif.

Le moment où la consultation doit intervenir est précisé en ce sens que la consultation doit avoir lieu **avant la décision de fusion** (art. 28, al. 2 LFus ; cf. art. 18 LFus) **ou de scission** (art. 50 LFus)

L'organe supérieur de direction ou d'administration doit **informer l'assemblée générale** du résultat de la consultation lors de la décision de fusion (art. 28, al. 2 LFus) ou de scission (art. 50 LFus).

§ 2 : Les garanties des travailleurs

Les travailleurs des sociétés qui fusionnent peuvent exiger la garantie des créances résultant du contrat de travail qui deviennent exigibles jusqu'à la date à laquelle les rapports de travail pourraient normalement prendre fin – c'est-à-dire que le délai de congé applicable est pertinent – ou prendront fin si le travailleur s'oppose au transfert – c'est-à-dire que le délai de congé légal s'applique (art. 27, al. 2 LFus)²⁰⁵⁹.

1069

La garantie doit être demandée **dans les trois mois** à compter de la date à laquelle la fusion déploie ses effets (art. 25 LFus).

En cas de transfert de patrimoine, les dettes résultant du contrat de travail qui deviennent exigibles jusqu'à la date à laquelle les rapports de travail pourraient normalement prendre fin ou prendront fin si le travailleur s'oppose au transfert sont dues solidairement par le nouveau débiteur et les anciens débiteurs pour les dettes nées avant le transfert de patrimoine (art. 75 et 76, al. 2 LFus), ces prétentions en responsabilité solidaire se prescrivant par trois ans (art. 75, al. 2 LFus).

1070

Les associés de la société transférante qui répondaient de ses dettes avant la fusion continuent de répondre des dettes résultant du contrat de travail qui deviennent exigibles jusqu'à la date à laquelle les rapports de travail pourraient prendre fin ou prendront fin si le travailleur s'oppose au transfert (art. 27, al. 3 LFus)²⁰⁶⁰.

1071

Le rapport de fusion doit expliquer et justifier du point de vue juridique et économique les répercussions de la fusion sur les travailleurs des sociétés qui fusionnent ainsi que des indications sur le contenu d'un éventuel plan social (art. 14, al. 3, i LFus).

1072

§ 3 : La sanction du non-respect des droits des travailleurs

Si la consultation des travailleurs n'est pas effectuée dans les règles de 333a du code des obligations ou si elle n'est pas faite avec la décision de fusion, ou si l'assemblée générale n'est pas informée du résultat de la consultation lors de la décision de fusion,

1073

²⁰⁵⁹ Ce régime est valable aussi pour les scissions (art. 49, al. 2 LFus), les transferts de patrimoine (art. 76, al. 1 LFus), ainsi que pour les fusions et les transferts de patrimoine de fondations (art. 85, al. 4 LFus) et les fusions, transformations et transferts de patrimoine d'institutions de prévoyance (art. 96, al. 5 LFus).

²⁰⁶⁰ Cette disposition est valable également pour les scissions (art. 49, al. 3 LFus) et les transformations de société (art. 68, al. 2 LFus).

la représentation des travailleurs peut exiger du juge qu'il *interdise l'inscription de la fusion au registre du commerce* (art. 28, al. 3 LFus)²⁰⁶¹.

²⁰⁶¹ Cette disposition est valable également pour les scissions (art. 50 LFus) et les transferts de patrimoine concernant la consultation des travailleurs (art. 77, al. 2 LFus), ainsi que les fusions et les transferts de patrimoine de fondations (art. 85, al. 4 LFus) et les fusions, transformations et transferts de patrimoine d'institutions de prévoyance (art. 96, al. 5 LFus).

Troisième partie : Le rapport de travail

Le rapport de travail est, juridiquement, un rapport d'obligations réciproques : aux **obligations du travailleur (Titre 1)** répondent *celles de l'employeur (Titre 2)*.

1074

Sous l'aspect **contractuel**, les éléments-phares des obligations du contrat de travail sont relatives à l'exécution d'une prestation de travail durant un temps déterminé (du côté du travailleur) et au versement d'une rémunération (du côté de l'employeur). La dimension **communautaire** ajoute les éléments de fidélité et de soin (pour le travailleur) (en allemand : *Sorgfalt-* et *Treuepflicht*), de protection de la personnalité et de maintien de la rémunération (pour l'employeur) (en allemand : *Fürsorge-* et *Schutzpflicht*)²⁰⁶². En outre, un devoir de gratifier l'autre partie d'égards régit tout rapport de travail : « Dans le cadre du contrat de travail, les partenaires se doivent des égards réciproques, au respect desquels ils peuvent s'attendre l'un et l'autre. »²⁰⁶³

La jurisprudence propose parfois une présentation différente des obligations principales au titre du contrat de travail. Selon elle, le travailleur aurait deux obligations essentielles : la première, celle d'exécuter personnellement et avec soin les services que l'employeur attend de lui (art. 321 CO) ; la seconde, celle de sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur (art. 321a, al. 1 CO), ce qui impliquerait l'interdiction de travailler au noir (art. 321a, al. 3 CO) et de divulguer des secrets (art. 321a, al. 4 CO). Quant aux obligations de l'employeur, elles consisteraient principalement à payer le salaire (art. 322, al. 1 CO) et à protéger la personnalité du travailleur (art. 328 CO), ce dernier devoir comprenant la protection de la personnalité au sens étroit, mais aussi l'octroi de congés et de vacances ainsi que le paiement des cotisations aux assurances sociales²⁰⁶⁴.

En outre, le rapport de travail s'étendant dans le temps, il n'est pas immuable ; il peut donc être **modifié (Titre 3)**.

1075

²⁰⁶² Cf. mais sans utiliser directement le concept de « communauté » : TF, 11 mars 2005, 5C.245/2004, ATF 131 III 314, SJ 2005 I 397, com. Theurillat in RSDA 2006 278, com. Hausheer/Jaun in RJB 2007 135, cons. 2.3.1.

²⁰⁶³ TF, 20 novembre 1984, ATF 110 II 344, JT 1985 I 380, SJ 1985 278, cons. 2b.

²⁰⁶⁴ TF, 23 octobre 2007, 4A_48/2007, ATF 134 III 102, SJ 2008 I 301, Pra 2008 90 587, com. von Känel in DTAonline 2008 289, com. Geiser in PJA 2009 138, com. Geiser/Häfliger in RSJ 2009 336, com. Koller/Graber in RJB 2010 1084, cons. 3.1.2.

Titre 1 : Les obligations du travailleur

L'obligation cardinale du travailleur, celle-là même pour laquelle il est embauché par l'employeur, est **la mise à disposition de sa force de travail** (Chapitre 1).

1076

Une conception purement contractuelle du rapport de travail nous ferait nous en tenir là : le travail effectué, le travailleur serait libre d'agir entièrement comme bon lui semble. Mais, comme nous l'avons vu, le rapport de travail met parallèlement en jeu une conception communautaire ; il en résulte que **le devoir de fidélité du travailleur peut être étendu au-delà du temps de travail** (Chapitre 2).

Ces obligations posées, elles n'auraient pas grande valeur si n'existaient des sanctions à leur inobservation, dont fait partie – à côté du licenciement²⁰⁶⁵ et des sanctions disciplinaires²⁰⁶⁶ – le régime de la **responsabilité du travailleur** (Chapitre 3).

Chapitre 1 : La mise à disposition de la force de travail

La mise à disposition de la force de travail étant une action concrète, elle s'inscrit nécessairement dans un **lieu** et un **temps** donnés (Section 1).

1077

Par ailleurs, cette mise à disposition ne peut se faire de manière désinvolte : elle doit revêtir certains **caractères** (Section 2).

En outre, l'employeur dispose d'un **pouvoir de direction** sur le travailleur, qui l'autorise à lui donner des instructions et à en contrôler la bonne exécution (Section 3).

Section 1 : Lieu et temps de la mise à disposition

§ 1 : Le lieu de travail

Le lieu où l'obligation doit être exécutée est déterminé par la volonté expresse ou présumée des parties (art. 74, al. 1 CO). En principe, le lieu de travail initial est porté au contrat de travail. C'est généralement en cas de modification de ce lieu que se posent certains problèmes²⁰⁶⁷.

1078

²⁰⁶⁵ Cf. *supra* le chapitre consacré au licenciement.

²⁰⁶⁶ Cf. *infra* n° 1235 et s.

²⁰⁶⁷ Cf. *infra* le chapitre consacré à la modification du rapport de travail.

Le lieu de travail doit présenter certaines caractéristiques visant à garantir la santé et la sécurité du travailleur²⁰⁶⁸.

§ 2 : Le temps de travail

1079 Pour déterminer le temps de travail, les éléments décisifs sont la durée normale de travail, le nombre de jours travaillés dans la semaine et leur répartition, notamment la nuit et le dimanche, l'existence ou non d'heures supplémentaires, les vacances, les jours de congé et les jours fériés, les absences, les temps de repos et les pauses, les temps de déplacement et d'attente (cf. art. 48a, al. 2 OSE). Les horaires de travail sont considérés par la Constitution de l'Organisation internationale du Travail comme l'une des conditions de travail les plus fondamentales (al. 2 du préambule, Cst. OIT).

1080 Le temps de travail comprend les **heures de travail (A)**. S'y opposent les **temps de repos (B)**.

Des mentions devront être faites à propos de la figure particulière du **congé sans solde (C)**, de la situation particulière des **jeunes travailleurs (D)** et de celle des **travailleurs ayant des responsabilités familiales (E)**.

A. Les heures de travail

1081 Le régime des heures de travail diffère selon qu'il s'agit d'**heures de travail contractuelles** (que le travailleur est, en principe, obligé d'accomplir et qui sont, en principe, rémunérées par le salaire de base) et les **heures de travail effectuées au-delà des heures de travail contractuelles**. Il convient donc de commencer par distinguer ces deux espèces et leurs sous-espèces (1). Ensuite seulement pourront être exposés le régime tant des **heures supplémentaires (2)** que du **travail supplémentaire (3)**.

1) Heures de travail contractuelles et heures de travail au-delà des heures contractuelles

1082 La première étape consiste à déterminer les heures de travail contractuelles (a).

Les autres heures de travail sont logiquement des heures de travail effectuées au-delà des heures contractuelles. Elles se divisent en deux sous-espèces : les **heures supplémentaires** et les **heures de travail supplémentaire (b)**.

a. Détermination des heures de travail contractuelles

1083 Des **principes généraux** s'appliquent en matière de détermination des heures de travail contractuelles (1°).

À leurs côtés, on observe deux formes particulières : l'**horaire flexible (2°)** et le **service de piquet (3°)**.

²⁰⁶⁸ Cf. *infra* le chapitre consacré à la protection du travailleur.

1° Principes

En droit suisse, il n'existe pas de durée légale du temps de travail. Par ailleurs, il n'existe pas, en tant que tel, de temps de travail minimum au titre du contrat de travail.

1084

Les durées minimale et maximale du travail sont le pendant de la rémunération minimale et maximale du travail. Elles devraient être pensées conjointement, ce qui se produit en tout cas pour certains types de rémunération²⁰⁶⁹.

Le temps de travail se détermine individuellement pour chaque travailleur, à partir du contrat individuel de travail, du contrat-type de travail ou de la convention collective de travail éventuellement applicables, voire de l'usage²⁰⁷⁰.

1085

Aussi certaines conventions collectives et certains contrats-types prévoient-ils des durées de travail. Par exemple, le contrat-type de travail fédéral du 16 janvier 1985 pour les éducateurs employés dans des foyers et internats, dispose que la durée normale de la semaine de travail est de 45 heures en moyenne (art. 8).

Déterminer la durée du travail et les horaires pratiqués par un travailleur dans un cas concret est une question de fait²⁰⁷¹.

1086

L'employeur doit porter à la connaissance des travailleurs, par voie d'affichage ou par tout autre moyen approprié l'horaire de travail et les autorisations de travail accordées, ainsi que les dispositions de protection spéciale liées à l'horaire ou aux autorisations de travail (art. 47, al. 1 LTr). Certains horaires de travail doivent en outre être communiqués à l'autorité cantonale (art. 47, al. 2 LTr).

1087

2° Horaire flexible

L'horaire de travail peut être **fixe**, c'est-à-dire que tous les temps de travail sont déterminés à l'avance, ou **flexible** (*gleitende Arbeitszeit*).

1088

aa. Régime

En cas d'horaire flexible, les parties conviennent que le travailleur, dans un cadre prédéfini, déterminera librement la durée de son temps de travail journalier, pourvu qu'à l'issue d'une période de référence, il ait accompli le nombre d'heures contractuellement dues²⁰⁷². Généralement, des heures de présence obligatoire (plages horaires dites « bloquées ») doivent être respectées, le travailleur pouvant s'organiser librement le reste du temps²⁰⁷³. En pratique, l'employeur définit donc un certain nombre de plages bloquées, durant lesquelles la présence du travailleur est

1089

²⁰⁶⁹ Cf. *infra* sur la rémunération aux pièces.

²⁰⁷⁰ Cf. TF, 27 mars 1990, ATF 116 II 69, cons. 4a ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012, cons. 4.1 ; TF, 24 octobre 2016, 4A_227/2016, cons. 4.2.

²⁰⁷¹ TF, 24 novembre 2014, 4A_398/2014, cons. 3.

²⁰⁷² TF, 24 octobre 2016, 4A_227/2016, cons. 4.2.

²⁰⁷³ TF, 19 février 2013, 4A_611/2012, cons. 3.2 ; TF, 24 octobre 2016, 4A_227/2016, cons. 4.2 ; Jean-Philippe Dunand, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 10 *ad* art. 321c CO ; Wyler/Heinzer, pp. 110 et s.

impérativement requise, et des plages libres, durant lesquelles le travailleur est censé effectuer le reste de son nombre d'heures contractuel, à plus ou moins brève échéance.

1090 L'existence d'un horaire de travail flexible doit être **prouvée** par la partie qui cherche à s'en prévaloir. Il est arbitraire de retenir que le travailleur a un horaire flexible en se fondant sur des témoignages où il n'est dit nulle part que le travailleur pouvait établir ses horaires comme bon lui semble²⁰⁷⁴.

1091 Il revient au travailleur de veiller à retrouver un **équilibre** dans ses horaires de travail afin de **lisser** sur une période son temps de travail moyen afin qu'il corresponde à son temps de travail contractuel. Concrètement, le travailleur mis au bénéfice d'un horaire flexible doit en principe compenser, par un congé équivalent et dans un délai raisonnable, les heures qu'il a effectuées en supplément²⁰⁷⁵. Autrement dit, la contrepartie de l'autonomie accordée par l'employeur au travailleur est que ce dernier doit spontanément compenser par un congé le solde de travail excédentaire qu'il a librement accumulé²⁰⁷⁶.

bb. Excédent dans le cadre de l'horaire flexible et heures supplémentaires

1092 Pour distinguer le solde excédentaire dans le cadre d'un horaire flexible de véritables heures supplémentaires, il faut déterminer si les heures de travail effectuées ont été imposées par les besoins de l'entreprise ou par les directives de l'employeur (auquel cas il s'agit d'heures supplémentaires), ou si les heures de travail en question ont été librement accumulées par la volonté du travailleur (auquel cas il s'agit d'un solde excédentaire d'heures contractuelles)²⁰⁷⁷.

1093 Dans un cas où, selon les prévisions contractuelles des parties, le temps de travail théorique était de 156 heures par mois et que seules les heures supplémentaires dépassant ce temps théorique d'au moins 10 heures étaient compensées par un supplément de 25 %, il a été jugé que le travailleur, s'il voulait se prévaloir d'un reliquat d'heures supplémentaires non compensées, devait établir que les besoins de l'employeuse ou des directives de celle-ci l'avaient empêché de compenser ces heures supplémentaires par du temps libre²⁰⁷⁸.

cc. Incidence d'un horaire flexible en cas de résiliation du rapport d'emploi

1094 Les choses se compliquent lorsqu'une résiliation du rapport d'emploi survient. Comme le rapport de travail peut être résilié généralement en tout temps, les soldes résultant de l'application d'un horaire de travail flexible ne doivent pas, selon le Tribunal fédéral, excéder une mesure permettant de les équilibrer dans le délai de résiliation ordinaire

²⁰⁷⁴ TF, 11 juillet 2016, 4A_73/2016, cons. 3.2.

²⁰⁷⁵ TF, 24 octobre 2016, 4A_227/2016, cons. 4.3.

²⁰⁷⁶ TF, 24 octobre 2016, 4A_227/2016, cons. 4.2.

²⁰⁷⁷ TF, 19 février 2013, 4A_611/2012, JAR 2014 140, cons. 3.2 ; TF, 24 octobre 2016, 4A_227/2016, cons. 4.2.

²⁰⁷⁸ TF, 24 octobre 2016, 4A_227/2016, cons. 4.4 et 5.

applicable²⁰⁷⁹. La Haute Cour va même jusqu'à juger, de manière sévère, que s'il laisse croître ce solde positif dans une mesure importante, le travailleur assume le risque de ne pas pouvoir le compenser en cas de résiliation du contrat. Toujours selon le Tribunal fédéral, une indemnisation du travail effectué en plus de l'horaire contractuel n'entre alors en considération que si les besoins de l'entreprise ou les directives de l'employeur ont empêché le travailleur de récupérer ses heures en dehors des plages bloquées, à l'intérieur de l'horaire de travail flexible ; dans ce cas, il ne s'agit plus d'un solde positif d'heures contractuelles au sein de l'horaire flexible, mais de véritables heures supplémentaires²⁰⁸⁰.

En revanche, lorsque le travailleur est licencié avec effet immédiat, les heures de travail effectuées au-delà de l'horaire contractuel, qui ne peuvent dès lors plus être compensées durant le délai de congé devenu inexistant, doivent être rémunérées²⁰⁸¹.

1095

Droit de la fonction publique. En droit de la fonction publique, la notion d'horaire de travail « fondé sur la confiance » est utilisée (art. 64a OPers). Beaucoup de possibilités d'aménagement du temps de travail existent dans ce domaine (art. 64 OPers) : par exemple, un horaire à l'année (art. 30 O-OPers), un horaire de travail mobile, avec un solde positif ou négatif à la fin du mois (art. 31 O-OPers), un système dit des menus avec possibilité d'augmenter la durée hebdomadaire de travail d'une ou deux heures ou de réduire le salaire de 2 ou 4 % (art. 32 O-OPers).

1096

3° Service de piquet

aa. Définition

Est réputé service de piquet le temps pendant lequel le travailleur se tient, en sus du travail habituel, prêt à intervenir, le cas échéant, pour remédier à des perturbations, porter secours en cas de situation d'urgence, effectuer des visites de contrôle ou faire face à d'autres situations particulières analogues (art. 14, al. 1 OLT 1). Dans cette mesure, le service de piquet se distingue du **travail sur appel**²⁰⁸².

1097

bb. Limites

Le recours au service de piquet est limité par la législation sur le travail²⁰⁸³ : il ne doit pas s'effectuer sur plus de sept jours par période de quatre semaines (art. 14, al. 2, 1^e phr. OLT 1). En outre, le travailleur ne peut être affecté à aucun service de piquet au cours des deux semaines consécutives à son dernier service de piquet (art. 14, al. 2, 2^e phr. OLT 1). Le service de piquet peut, à titre exceptionnel, s'élever pour un travailleur à un maximum de quatorze jours par intervalle de quatre semaines, pour autant que

1098

²⁰⁷⁹ TF, 18 novembre 1997, ATF 123 III 469, JT 1999 I 23, cons. 3b ; TF, 19 février 2013, 4A_611/2012, JAR 2014 140, cons. 3.2 ; TF, 2 novembre 2015, 4A_395/2015, cons. 4.2.1.

²⁰⁸⁰ TF, 18 novembre 1997, ATF 123 III 469, JT 1999 I 23, cons. 3 ; TF, 24 octobre 2016, 4A_227/2016, cons. 4.2.

²⁰⁸¹ TF, 2 novembre 2015, 4A_395/2015, cons. 4.2.

²⁰⁸² TF, 4 octobre 2017, 4A_334/2017, cons. 2.3. Concernant le travail sur appel, cf. *supra*.

²⁰⁸³ Sur la question du champ d'application de la législation sur le travail, cf. *supra*.

l'entreprise, eu égard à sa taille et à sa structure, ne dispose pas des ressources suffisantes en personnel pour assurer le service de piquet selon les limitations normalement prévues et que le nombre d'interventions réellement effectuées dans le cadre du service de piquet n'excède pas cinq par mois en moyenne par année civile (art. 14, al. 3 OLT 1). Une modification à bref délai du plan ou de l'horaire du service de piquet et des interventions qui en découlent n'est possible qu'avec le consentement des travailleurs concernés ayant des responsabilités familiales, et en l'absence de toute autre solution acceptable pour l'entreprise (art. 14, al. 4 OLT 1).

cc. Comptabilisation

1099 Au niveau du temps de travail pertinent pour l'application des limites légales²⁰⁸⁴, l'intégralité du temps mis à la disposition de l'employeur au cours d'un service de piquet effectué **dans l'entreprise** compte comme durée du travail (art. 15, al. 1 OLT 1). Le temps consacré à un service de piquet effectué **en dehors de l'entreprise** compte comme durée du travail dans la mesure de l'activité effectivement déployée pour l'employeur ; dans ce cas, le trajet pour se rendre sur le lieu de travail et en revenir compte comme durée du travail (art. 15, al. 2 OLT 1).

1100 En application de ces règles, il a été jugé que le service de piquet effectué par un médecin-assistant, hors de l'hôpital dans son appartement privé, ne peut pas être considéré comme temps de travail au sens de l'article 15, alinéa 1 de l'ordonnance 1 de la loi sur le travail²⁰⁸⁵.

dd. Rémunération

1101 La rémunération du service de piquet relève non de la législation industrielle, mais du droit privé²⁰⁸⁶. Le service de piquet effectué à l'intérieur de l'entreprise doit être rémunéré au taux habituel du travail, que le travailleur exerce une activité effective ou non, dès lors qu'il est à disposition de son employeur (cf. art. 324 CO)²⁰⁸⁷. Autrement dit, le service de piquet effectué dans l'entreprise vaut temps de travail au titre de la rémunération²⁰⁸⁸.

1102 Lorsque le travailleur de piquet n'est pas tenu de rester dans l'entreprise, mais doit simplement être prêt à intervenir en cas de nécessité, le temps d'intervention compte toujours comme temps de travail et doit être rémunéré ou compensé²⁰⁸⁹.

²⁰⁸⁴ Cf. *infra* n° 1126 et s.

²⁰⁸⁵ TF, 31 mars 2016, 8C_739/2015, cons. 4.

²⁰⁸⁶ Cf. Wyler/Heinzer, p. 38.

²⁰⁸⁷ *Contra* : Wyler/Heinzer, p. 39, lesquels ne précisent toutefois pas du point de vue juridique pour quelle raison l'article 324 du code des obligations serait inapplicable dans les cas qu'ils mentionnent (à notre sens, il n'y a pas de raison de principe d'appliquer la demeure de l'employeur le jour et non la nuit).

²⁰⁸⁸ TF, 7 juin 2016, 4A_11/2016, cons. 5. Sur la rémunération du service de piquet, cf. Michael Kull, « Entschädigung für Bereitschaftsdienst », DTA 2015 112.

²⁰⁸⁹ TF, 22 novembre 2010, 4A_523/2010, cons. 5.1.

Dans ce domaine, le service de piquet ne doit être considéré comme effectué en dehors de l'entreprise que lorsque l'employé a la possibilité de s'adonner véritablement à des loisirs ou de se reposer : tel n'est pas le cas lorsque le travailleur doit intervenir à très bref délai, par exemple dans les quinze minutes qui suivent l'appel de l'employeur²⁰⁹⁰.

Selon la jurisprudence et la doctrine, le temps d'attente doit aussi être rémunéré lorsque le service de piquet a pour conséquence d'entraver le travailleur dans la jouissance de son temps libre, ce qui sera notamment le cas s'il doit se tenir prêt à intervenir à bref délai²⁰⁹¹.

1103

L'indemnité pour le temps d'attente durant le service de piquet peut être **inférieure** au taux du salaire de base ; le contrat individuel de travail peut même prévoir, à condition de l'indiquer spécifiquement et séparément²⁰⁹², que ladite indemnité est intégrée dans le taux de salaire pour l'activité principale²⁰⁹³. Lorsqu'aucune indemnité n'est prévue contractuellement ou par convention collective, l'employeur doit payer l'indemnité d'usage²⁰⁹⁴. À défaut, le juge la fixera en équité, en fonction de la rapidité d'intervention demandée au travailleur : plus la rapidité d'intervention demandée sera importante, plus le taux de rémunération devra être élevé²⁰⁹⁵.

1104

b. Distinction entre heures supplémentaires et travail supplémentaire

Une incertitude terminologique complique la compréhension de la distinction entre heures supplémentaires et travail supplémentaire (notamment à l'article 321c du code des obligations). Nous proposons de retenir la terminologie suivante :

1105

- les **heures supplémentaires** sont les heures de travail effectuées au-delà de l'horaire contractuel²⁰⁹⁶ ;

- les **heures de travail supplémentaire** sont les heures de travail effectuées au-delà de la limite horaire maximale selon la loi sur le travail.

En matière d'heures supplémentaires et d'heures de travail supplémentaire, la nature de l'activité supplémentaire importe peu. Ce qui compte est que le temps de travail convenu ait été dépassé dans l'intérêt de l'employeur²⁰⁹⁷.

1106

²⁰⁹⁰ TF, 7 juin 2016, 4A_11/2016, cons. 4 ; cf. TF, 4 mai 2010, 4A_94/2010, cons. 4.4 ; TF, 22 novembre 2010, 4A_523/2010, cons. 5.1.

²⁰⁹¹ TF, 22 novembre 2010, 4A_523/2010, cons. 5.1 ; Carruzzo, N 2 *ad* art. 329 CO ; Wyler/Heinzer, p. 39.

²⁰⁹² Wyler/Heinzer, p. 40.

²⁰⁹³ TF, 22 novembre 2010, 4A_523/2010, cons. 5.1.

²⁰⁹⁴ Wyler/Heinzer, p. 39.

²⁰⁹⁵ Pour des exemples, cf. Pascale Byrne-Sutton, *Le Contrat de travail à temps partiel*, Schulthess, Zurich, 2001, p. 101.

²⁰⁹⁶ Cf. TF, 27 mars 1990, ATF 116 II 69, JT 1990 I 384, cons. 4b ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012, cons. 4.1 ; TF, 24 octobre 2016, 4A_227/2016, cons. 4.2.

²⁰⁹⁷ TF, 17 décembre 1985, ATF 111 II 358, cons. 3 ; TF, 27 mars 1990, ATF 116 II 69, JT 1990 I 384, cons. 4a.

2) Régime des heures supplémentaires

a. Obligation d'effectuer des heures supplémentaires

1107 La loi met à la charge du travailleur une obligation d'exécuter des heures supplémentaires à la triple condition que les ***circonstances exigent*** des heures de travail plus nombreuses que les heures contractuelles, que le travailleur ***puisse s'en charger*** (et dans cette mesure seulement), et que les règles de la ***bonne foi*** permettent de le lui demander (art. 321c, al. 1 CO).

1° *Circonstances exigeant l'accomplissement d'heures supplémentaires*

1108 Les circonstances exigent des heures supplémentaires lorsque la sauvegarde des intérêts économiques de l'employeur est en jeu²⁰⁹⁸. Il doit donc d'agir d'un véritable risque pour l'entreprise, et non d'une situation imputable à un simple manque d'organisation²⁰⁹⁹. Si l'employeur n'ordonne pas expressément l'exécution d'heures supplémentaires, elles ne devront être effectuées de la propre initiative du travailleur que si elles sont objectivement nécessaires du point de vue de l'entreprise²¹⁰⁰.

1109 Selon la jurisprudence, le devoir de diligence²¹⁰¹, ou plutôt de fidélité²¹⁰², commande que le travailleur informe l'employeur en temps utile de l'exécution d'heures supplémentaires, afin que ce dernier puisse prendre des mesures pour limiter de telles heures supplémentaires à l'avenir²¹⁰³. S'il appartient donc en principe au travailleur de prouver que les heures supplémentaires ont été ordonnées par l'employeur ou qu'elles étaient nécessaires à la sauvegarde des intérêts légitimes de ce dernier, l'employeur est tout de même tenu de rémunérer les heures supplémentaires lorsque, sachant que le travailleur effectuait des heures supplémentaires, il n'a émis aucune protestation, autorisant le travailleur à déduire d'un tel silence que lesdites heures étaient approuvées²¹⁰⁴. Ce n'est que si le travailleur prend l'initiative d'accomplir des heures au-delà de la limite contractuelle, contrairement à la volonté de l'employeur ou à son insu, que le régime des heures supplémentaires au sens de cette disposition ne sera pas acquis²¹⁰⁵.

²⁰⁹⁸ Jean-Philippe Dunand, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 15 *ad* art. 321c CO.

²⁰⁹⁹ OG/LU, 17 mai 1993, JAR 1994 131, cons. 7b ; Jean-Philippe Dunand, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 16 *ad* art. 321c CO.

²¹⁰⁰ TF, 8 janvier 2003, 4C.342/2002, ATF 129 III 171, cons. 2.2.

²¹⁰¹ TF, 19 août 2008, 4A_40/2008, cons. 4.3.1.

²¹⁰² Cf. Jean-Philippe Dunand, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 18 *ad* art. 321c CO.

²¹⁰³ TF, 27 juin 1960, ATF 86 II 155, cons. 2 ; TF, 8 janvier 2003, 4C.342/2002, ATF 129 III 171, cons. 2.2.

²¹⁰⁴ TF, 27 juin 1960, ATF 86 II 155, cons. 2 ; TF, 31 octobre 2002, 4C.177/2002, cons. 2.1 ; TF, 13 août 2004, 4C.92/2004, cons. 3.2.

²¹⁰⁵ TF, 13 août 2004, 4C.92/2004, cons. 3.2.

L'employeur peut aussi approuver tacitement ou par actes concludants l'exécution des heures supplémentaires²¹⁰⁶. 1110

2° *Mesure dans laquelle le travailleur doit effectuer des heures supplémentaires*

Le point de savoir si la bonne foi commande l'exécution d'heures supplémentaires par le travailleur dépend des circonstances. Seront des indices la formulation du contrat de travail initial, ainsi que la durée et la fréquence des heures supplémentaires demandées²¹⁰⁷. En outre, il sera attendu qu'un délai de prévenance, acceptable en fonction des circonstances, soit octroyé au travailleur par l'employeur²¹⁰⁸. 1111

Il convient en outre, pour savoir dans quelle mesure le travailleur peut se charger de l'exécution des heures supplémentaires, de prendre en considération la protection de sa personnalité²¹⁰⁹. 1112

b. *Preuve des heures supplémentaires*

Le travailleur, s'il entend obtenir une rémunération supplémentaire, doit prouver, dans la mesure du possible, les heures supplémentaires qu'il a effectuées²¹¹⁰. 1113

Évaluation en équité. La détermination du nombre d'heures supplémentaires effectuées est bien souvent difficile à établir. Aussi le juge peut-il appliquer par analogie l'article 42, alinéa 2 du code des obligations, qui l'autorisera à établir en équité le nombre d'heures supplémentaires effectuées²¹¹¹.

Cet allègement du fardeau de la preuve n'équivaut toutefois pas à un renversement du fardeau de la preuve²¹¹² : dans la mesure du possible, le travailleur doit alléguer et prouver toutes les circonstances qui permettent d'évaluer le nombre des heures supplémentaires effectuées, de telle sorte que le nombre d'heures supplémentaires retenu s'impose avec une certaine force²¹¹³.

L'estimation des heures de travail effectuées relève de la constatation des faits, qui ne peut être revue devant le Tribunal fédéral que sous l'angle de l'arbitraire²¹¹⁴.

²¹⁰⁶ TF, 23 septembre 2008, 4A_86/2008, cons. 4.1.

²¹⁰⁷ Cf. TF, 13 juin 2000, JAR 2001 162, cons. 3a/bb.

²¹⁰⁸ Cf. ArbG/ZH, 8 février 1988, JAR 1990 156 ; Jean-Philippe Dunand, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 26 *ad* art. 321c CO.

²¹⁰⁹ Jean-Philippe Dunand, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 20 *ad* art. 321c CO.

²¹¹⁰ TF, 23 septembre 2008, 4A_86/2008, cons. 4.2 ; TF, 2 novembre 2015, 4A_395/2015, cons. 4.2.2 ; TF, 3 juillet 2017, 4A_408/2016, cons. 6.1 ; TF, 7 septembre 2017, 4A_280/2017, cons. 5.

²¹¹¹ TF, 12 février 2002, 4C.57/2001, ATF 128 III 271, cons. 2b/aa ; TF, 24 novembre 2014, 4A_398/2014, cons. 3 ; TF, 3 juillet 2017, 4A_408/2016, cons. 6 ; TF, 7 septembre 2017, 4A_280/2017, cons. 5.

²¹¹² TF, 12 février 2002, 4C.57/2001, ATF 128 III 271, cons. 2b/aa ; TF, 3 juillet 2017, 4A_408/2016, cons. 6.1.

²¹¹³ TF, 23 septembre 2008, 4A_86/2008, cons. 4.2 ; TF, 3 janvier 2012, 4A_465/2011, cons. 5e ; TF, 3 juillet 2017, 4A_408/2016, cons. 6.1.

²¹¹⁴ TF, 17 octobre 2011, 4A_543/2011, cons. 3.1.1.

1114 **Facilité de preuve.** Le contrat ou le droit collectif peuvent prévoir des conditions plus favorables : par exemple, l'article 21 de la convention collective nationale pour les hôtels, restaurants et cafés accorde une facilité de preuve au travailleur puisque l'employeur est obligé de tenir un registre des heures de travail et des jours de repos effectifs et que, si l'employeur n'observe pas l'obligation d'enregistrer la durée du travail du collaborateur, l'enregistrement de la durée du travail ou le contrôle de la durée du travail réalisé par le collaborateur doit être admis comme moyen de preuve en cas de litige²¹¹⁵ ; il en résulte que le juge peut s'y référer, en complément avec d'autres indices résultant des enquêtes²¹¹⁶.

1115 **Prise en compte du temps de déplacement en cas de travail durant un jour non travaillé normalement.** Il a été jugé que le laps de temps nécessaire pour se déplacer jusqu'au lieu de travail depuis le domicile du travailleur devrait à tout le moins être pris en compte dans le nombre d'heures supplémentaires effectuées en cas de déplacement le week-end, lorsque le travailleur n'était normalement pas tenu de travailler et, partant, de se rendre à son lieu de travail²¹¹⁷. Ainsi, le juge ne saurait rejeter une prétention en paiement d'heures supplémentaires au motif que le nombre d'heures supplémentaires à rétribuer ne pouvait être déterminé sur la base des faits allégués : il doit inviter le travailleur à préciser ses allégués conformément à l'article 56 du code de procédure civile²¹¹⁸.

c. Compensation des heures supplémentaires

1116 Les heures supplémentaires effectuées par le travailleur peuvent, avec son accord, être compensées par un congé d'une durée au moins égale, qui doit être accordé au cours d'une période appropriée (art. 321c, al. 2 CO). Le travailleur ne peut pas renoncer à la compensation des heures supplémentaires déjà effectuées²¹¹⁹.

1117 À défaut de compensation de tout ou partie des heures supplémentaires par du repos, l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail correspondantes en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins (art. 321c, al. 3 CO). Autrement dit, l'employeur ne peut pas imposer unilatéralement la compensation en nature²¹²⁰. Un accord du travailleur sur ce point – exprès ou tacite – est toujours nécessaire, ce qu'il incombe à l'employeur de prouver²¹²¹.

1118 **Compensation forfaitaire.** À côté de la rémunération majorée, le code n'interdit pas la prise en compte forfaitaire des heures supplémentaires dans l'économie générale du

²¹¹⁵ TF, 23 septembre 2008, 4A_86/2008, cons. 4.2.

²¹¹⁶ TF, 3 juillet 2017, 4A_408/2016, cons. 6.

²¹¹⁷ TF, 11 juillet 2016, 4A_73/2016, cons. 4.2.

²¹¹⁸ *Ibidem*.

²¹¹⁹ TF, 1^{er} mars 2002, 4C.337/2001, com. Barandun *in* DTA 2002 79, cons. 2.

²¹²⁰ TF, 20 janvier 1997, ATF 123 III 84, cons. 5a.

²¹²¹ TF, 19 février 2013, 4A_611/2012, JAR 2014 140, cons. 3.2.

contrat de travail²¹²². Aussi les parties peuvent-elles convenir que les heures supplémentaires accomplies seront rémunérées au taux horaire sans supplément, ou même ne seront pas rémunérées spécifiquement²¹²³.

Cette possibilité est soumise à deux conditions :

1119

- une **condition formelle** : une clause d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective doit explicitement indiquer que le travailleur renonce à obtenir une rétribution spécifique de ses heures supplémentaires (art. 321c, al. 3 *in fine* CO)²¹²⁴ ;

- une **condition matérielle** : la rémunération globale doit être en elle-même suffisamment élevée pour pouvoir inclure forfaitairement une rémunération équitable des heures supplémentaires²¹²⁵, c'est-à-dire une rémunération en tout cas supérieure au salaire minimum horaire applicable²¹²⁶ ou à la rémunération usuelle dans le domaine d'activité concerné.

La rémunération forfaitaire des heures supplémentaires, comme toute clause contractuelle, peut être battue en brèche par la **théorie de l'imprévision** : lorsque le nombre d'heures supplémentaires accomplies par le salarié excède ce qui était prévisible lors de la conclusion du contrat, l'employeur ne peut plus se prévaloir de l'économie générale du contrat pour refuser une rémunération spécifique de ces heures supplémentaires, dès lors que l'équilibre initialement prévu a été affecté d'une disproportion grave (cf. art. 2 CC)²¹²⁷.

1120

Inversement, le contrat de travail peut stipuler que les heures supplémentaires ne seront pas rémunérées mais obligatoirement compensées par un congé²¹²⁸. Bien entendu, s'il reste un reliquat d'heures supplémentaires non compensées à la fin du contrat de travail, il devra être rémunéré.

1121

²¹²² TF, 2 septembre 1998, ATF 124 III 469, cons. 3a ; TF, 2 mai 2011, 4A_73/2011, JAR 2012 211, cons. 4 ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, JAR 2013 293, cons. 4.1 et 6.1 ; TF, 19 février 2013, 4A_611/2012 ; cf. également: Streiff/von Känel/Rudolph, N 5 *ad* art. 321c CO.

²¹²³ TF, 2 septembre 1998, ATF 124 III 469, cons. 3a ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012, cons. 6.1 ; TF, 24 octobre 2016, 4A_227/2016, cons. 4.2.

²¹²⁴ TF, 2 mai 2011, 4A_73/2011, JAR 2012 211, cons. 4 ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, JAR 2013 293, cons. 4.3.3.

²¹²⁵ TF, 2 septembre 1998, ATF 124 III 469, cons. 3a ; TF, 2 mai 2011, 4A_73/2011, JAR 2012 211, cons. 4 ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012, cons. 6.1 ; TF, 24 octobre 2016, 4A_227/2016, cons. 4.2 ; cf. également : Wyler/Heinzer, p. 107.

²¹²⁶ TF, 2 mai 2011, 4A_73/2011, JAR 2012 211, cons. 4 ; cf. Geiser/Müller, pp. 123-127.

²¹²⁷ TF, 24 avril 2001, ATF 127 III 300, cons. 5b ; TF, 28 octobre 2008, 4A_299/2008, ATF 135 III 1, cons. 2.4 ; TF, 2 mai 2011, 4A_73/2011, JAR 2012 211, cons. 4.

²¹²⁸ Cf. en droit de la fonction publique : TF, 21 décembre 2015, 8C_931/2014.

3) Régime du travail supplémentaire

a. Durée maximale de la semaine de travail

1122 La durée maximale du travail s'entend comme le nombre d'heures (journalier, hebdomadaire, mensuel, annuel, etc.) maximal durant lequel un employeur a le droit de faire travailler un salarié.

La durée maximale de la semaine de travail est prévue dans la loi sur le travail. Les travailleurs qui sont exclus de son champ d'application n'y sont pas légalement soumis²¹²⁹. Toutefois, les règles sur la durée maximale du travail, en raison de leur importance toute particulière et du soin qu'a pris le législateur à les élaborer, devraient assez logiquement être appliquées à tous les travailleurs, quels qu'ils soient, sur le fondement de l'article 328 du code des obligations.

Plus précisément, la loi sur le travail prévoit une durée maximale de principe et des possibilités de dépassement sous certaines conditions.

1123 **Durée maximale de principe.** La durée maximale de principe se présente sous la forme d'une durée hebdomadaire. Elle est divisée en deux catégories, en fonction du type d'entreprise dans laquelle travaille le salarié.

La durée maximale de la semaine de travail est de :

- 45 heures pour les travailleurs occupés dans les entreprises industrielles, ainsi que pour le personnel de bureau, le personnel technique et les autres employés, y compris le personnel de vente des grandes entreprises de commerce de détail ;

- 50 heures pour tous les autres travailleurs (art. 9, al. 1 LTr).

1124 **Exceptions.** Pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs, la durée maximum de la semaine de travail peut, par ordonnance, être temporairement prolongée de quatre heures au plus, à la condition qu'elle ne soit pas dépassée en moyenne annuelle (art. 9, al. 3 LTr).

En outre, et toujours pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs ou pour certaines entreprises, le SECO peut accorder l'autorisation de prolonger la durée maximum de la semaine de travail de quatre heures au plus, si des raisons impérieuses le justifient (art. 9, al. 3 LTr ; art. 6 OLT 2).

Lorsque des employés de bureau, des techniciens ou d'autres employés, y compris le personnel de vente des grands établissements du commerce de détail, sont occupés dans la même entreprise ou partie d'entreprise que des travailleurs pour lesquels la durée maximum de la semaine de travail est plus longue, cette durée vaut pour les uns comme pour les autres (art. 9, al. 3 LTr).

²¹²⁹ Sur le champ d'application de la loi sur le travail, cf. *supra*.

Lorsque le travail est suspendu pour un temps relativement court, soit pour cause de perturbation dans l'entreprise, soit en cas de fermeture de l'entreprise pour cause de vacances, soit entre des jours chômés, soit dans d'autres circonstances analogues, ou lorsqu'un travailleur obtient des congés à sa demande, l'employeur peut faire compenser le temps perdu dans un délai convenable et, à cet effet, dépasser la durée maximum de la semaine de travail. Il est interdit de compenser plus de deux heures par jour et par travailleur, y compris le travail supplémentaire, sauf pendant les jours ou demi journées ordinairement chômés (art. 11 LTr). 1125

b. Conditions et limites et dépassement de la durée maximale de la semaine de travail

À titre exceptionnel, la durée maximum de la semaine de travail peut être dépassée, en cas d'urgence ou de surcroît extraordinaire de travail ou pour dresser un inventaire, arrêter des comptes ou procéder à une liquidation, ou encore pour prévenir ou supprimer des perturbations dans l'entreprise, si l'on ne peut attendre de l'employeur qu'il recoure à d'autres moyens (art. 12, al. 1 LTr). 1126

Le travail supplémentaire ne peut dépasser deux heures par travailleur et par jour, sauf les jours chômés ou en cas de nécessité, ni le nombre d'heures suivant par année civile : 1127

- 170 heures pour les travailleurs dont la durée maximale de la semaine de travail est de quarante-cinq heures,

- 140 heures pour les travailleurs dont la durée maximale de la semaine de travail est de cinquante heures (art. 12, al. 2 LTr).

c. Compensation du travail supplémentaire

En cas de travail supplémentaire, l'employeur doit verser au travailleur un supplément de salaire *d'au moins 25 %* (art. 13, al. 1 LTr). 1128

Ce supplément n'est dû aux employés de bureau, aux techniciens et aux autres employés, y compris le personnel de vente des grands établissements du commerce de détail, qu'à partir de la soixante et unième heure supplémentaire accomplie dans l'année civile (art. 13, al. 1 *in fine* LTr).

Le travail supplémentaire ne donne droit à aucun supplément de salaire lorsqu'il est compensé, avec l'accord du travailleur et dans un délai convenable, par un congé de même durée (art. 13, al. 2 LTr). 1129

Le service de piquet effectué dans l'entreprise valant temps de travail selon l'article 15, alinéa 1 OLT 1 et l'article 8a, alinéa 3 OLT 2, il doit être rémunéré comme du travail supplémentaire lorsque la durée légale du travail est dépassée²¹³⁰. 1130

²¹³⁰ TF, 7 juin 2016, 4A_11/2016, cons. 5.

d. Contrôle du respect des prescriptions sur le travail supplémentaire

- 1131 Le respect des règles légales sur la durée du travail doit pouvoir être contrôlé par les autorités. Un enregistrement du temps de travail est dès lors requis.

1° Contenu de l'enregistrement du temps de travail

- 1132 L'employeur a l'obligation légale d'enregistrer le temps de travail de ses salariés (art. 46 LTr)²¹³¹. Concrètement, l'employeur doit enregistrer la durée du travail quotidienne et hebdomadaire, y compris le travail compensatoire et le travail supplémentaire (art. 73, al. 1, c OLT 1), les jours de repos ou de repos compensatoire hebdomadaire accordés, pour autant qu'ils ne tombent pas régulièrement sur un dimanche (art. 73, d OLT 1), l'horaire et la durée des pauses d'une durée égale ou supérieure à une demi-heure (art. 73, e OLT 1), les périodes de repos supplémentaire et les suppléments de salaire prescrits par la loi (art. 73, h OLT 1).

L'employeur est tenu de conserver ces registres et pièces pendant **cinq ans** (art. 73, c OLT 1).

2° Méthodes d'enregistrement du temps de travail

- 1133 La loi n'impose pas de système particulier d'enregistrement et de conservation du temps de travail. En pratique, l'employeur peut utiliser une timbreuse (le salarié timbre ou « badge » lorsqu'il commence et termine son travail ou l'interrompt par une pause), un fichier informatique ou manuel (le salarié reporte ses heures de travail sur un tableau), un planning prédéterminé pour une période donnée (ce qui est possible pour les salariés qui travaillent en équipes ou lorsque l'horaire de travail est strictement réglementé, comme pour les employés de guichet, les vendeurs en magasins, les serveurs ; à la fin de la période, le planning doit être amendé pour que les éventuels changements y soient reportés, puis signé).

3° Exemption d'enregistrement du temps de travail

- 1134 L'ordonnance 1 sur le travail a été modifiée, avec effet au 1^{er} janvier 2016, et autorise désormais des systèmes d'exemption ou de simplification de l'enregistrement de la durée du temps de travail.

L'article 73a OLT 1 permet ainsi une exemption totale de l'enregistrement du temps de travail pour les travailleurs disposant d'une **grande autonomie** dans l'organisation de leur travail et la détermination de leur horaire de travail, et percevant un salaire annuel brut dépassant **120'000 francs**, bonus compris, pour un équivalent plein temps.

- 1135 Une telle exemption suppose, premièrement, qu'une **convention collective** ait été conclue entre l'employeur ou une association d'employeurs et la majorité des organisations représentatives de travailleurs, en particulier dans l'entreprise ou dans la branche. La convention collective doit prévoir la renonciation à l'enregistrement du

²¹³¹ Les sanctions en cas de non-respect d'une telle obligation sont les sanctions habituelles de la loi sur le travail (art. 51 et 52 LTr). L'employeur qui, intentionnellement, viole les prescriptions sur la durée du travail et du repos est passible de sanctions pénales (art. 59 et 61 LTr).

temps de travail, des mesures particulières pour garantir la protection de la santé et assurer le respect de la durée du repos fixée par la loi, l'obligation pour l'employeur de désigner un service interne chargé des questions relatives à la durée du travail.

En second lieu, le travailleur concerné doit avoir donné son **accord** écrit à l'absence d'enregistrement de son temps de travail. Un tel accord peut être révoqué par le travailleur chaque année.

4° **Enregistrement simplifié du temps de travail**

L'article 73b OLT 1 autorise un enregistrement simplifié de la durée du travail pour les travailleurs qui ont la possibilité de déterminer eux-mêmes une part significative de leur horaire de travail. Selon le SECO, une « part significative » doit représenter au moins le quart du temps de travail ; le simple fait de bénéficier d'un horaire flexible ne suffit pas pour remplir ce critère²¹³².

1136

L'« enregistrement simplifié » signifie que seule la durée quotidienne du travail est enregistrée, ainsi que le début et la fin des plages de travail de nuit ou du dimanche.

La mise en place d'un enregistrement simplifié est soumise à des conditions formelles, dont les modalités diffèrent en fonction de la taille de l'entreprise :

1137

- dans les entreprises employant cinquante salariés et davantage, un **accord collectif** doit être conclu entre l'employeur et les représentants des travailleurs au sein de l'entreprise ou de la branche ou, à défaut de tels représentants, la majorité des travailleurs de l'entreprise. Cet accord collectif doit indiquer à quelles catégories de travailleurs l'enregistrement simplifié s'applique ; il doit en outre prévoir des dispositions particulières pour garantir le respect de la durée du travail et du repos, ainsi qu'une procédure paritaire permettant de vérifier le respect de l'accord. Les modalités d'un tel respect peuvent être librement définies, à condition qu'elles garantissent au moins un échange périodique sur la mise en œuvre de l'accord entre l'employeur et la représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs concernés.

- dans les entreprises employant moins de cinquante salariés, un accord collectif n'est pas nécessaire. Un **accord écrit** peut être passé avec chaque travailleur concerné. L'accord individuel doit mentionner les dispositions en vigueur relatives à la durée du travail et du repos en vigueur ; un **entretien annuel**, dont le contenu doit être consigné, doit en outre être mené sur la charge de travail.

Tout travailleur soumis à l'enregistrement simplifié peut néanmoins décider de son propre chef d'enregistrer son temps de travail selon le système réglementaire de base. Si le travailleur opère un tel choix, l'employeur doit mettre à sa disposition l'instrument approprié pour ce faire.

Du fait de l'obligation légale indubitable d'enregistrement du temps de travail, on doit se demander si le travailleur ne devrait pas être autorisé à voir la charge de la preuve de l'absence d'heures supplémentaires être portée sur l'employeur dès lors que le

1138

²¹³² Rapport explicatif sur la Révision de l'OLT 1 – enregistrement de la durée du travail, octobre 2015.

travailleur aurait apporté un commencement de preuve susceptible de laisser présumer l'existence des heures supplémentaires dont il revendique le paiement. En effet, il paraît logique de faire supporter à l'employeur sa propre carence et son non-respect de la loi.

B. Les temps de repos

1139 À l'instar des prescriptions sur le temps de travail, les temps de repos sont **impératifs** : dans la mesure où la loi prescrit des temps de repos, ceux-ci ne doivent pas être remplacés par des prestations en argent ou d'autres avantages, sauf à la fin du rapport d'emploi (art. 22 LTr).

1140 Les temps de repos comprennent les pauses (1), le repos quotidien (2), le repos hebdomadaire (3), les jours fériés (4) et les jours de congés usuels (5).

1) Les pauses

1141 La loi prévoit que la journée de travail doit être interrompue par des pauses.

La durée des pauses augmente à mesure que la journée de travail augmente : aucune pause n'est obligatoire si la journée de travail dure cinq heures et demie ou moins ; un quart d'heure de pause est obligatoire si la journée dure plus de cinq heures et demie et jusqu'à sept heures ; une demi-heure si la journée de travail dure plus de sept heures et jusqu'à neuf heures ; une heure si la journée de travail dure plus de neuf heures (art. 15, al. 1 LTr).

1142 Ne peut être comptée comme pause que les moments où le travailleur est autorisé à quitter sa place de travail (art. 15, al. 2 LTr).

2) Le repos quotidien

a. Durée du repos quotidien

1143 Le travailleur doit bénéficier d'un repos quotidien d'au moins onze heures consécutives (art. 15a, al. 1 LTr).

Pour le travailleur adulte, la durée du repos peut être réduite à huit heures une fois par semaine, pour autant que la moyenne sur deux semaines atteigne onze heures (art. 15a, al. 2 LTr).

b. Moment du repos quotidien

1144 Le repos quotidien se prend en principe le soir et la nuit.

À certaines conditions, le **travail du soir** (1°) et le **travail de nuit** (2°) peuvent être possibles et autorisés.

Le **travail continu** présente aussi certaines particularités (3°).

1° **Le travail du soir**

Il y a travail de jour entre 6 heures et 20 heures, et travail du soir, entre 20 heures et 23 heures (art. 10, al. 1, 1^e phr. LTr).

1145

Avec l'accord des représentants des travailleurs dans l'entreprise ou, à défaut, de la majorité des travailleurs concernés, le début et la fin du travail de jour et du soir de l'entreprise peuvent être fixés différemment entre 5 heures et 24 heures (art. 10, al. 2, 1^e phr. LTr). Dans ce cas également, le travail de jour et du soir doit être compris dans un espace de dix-sept heures (art. 10, al. 2, 2^e phr. LTr).

Le travail de jour et du soir de chaque travailleur doit être compris dans un espace de quatorze heures, pauses et heures de travail supplémentaire incluses (art. 10, al. 3 LTr).

Ni le travail de jour ni le travail du soir ne sont soumis à autorisation (art. 10, al. 1, 2^e phr. LTr).

1146

Le travail du soir ne peut être introduit par l'employeur qu'après audition de la représentation des travailleurs dans l'entreprise ou, à défaut, des travailleurs concernés (art. 10, al. 1, 3^e phr. LTr)²¹³³.

2° **Le travail de nuit**

L'occupation des travailleurs est en principe **interdite** en dehors des limites du travail de jour et du travail du soir de l'entreprise (art. 16 LTr). En toute hypothèse, aucun travailleur ne peut être affecté au travail de nuit sans son **consentement** (art. 17, al. 6 LTr).

1147

Les dérogations à l'interdiction de travailler la nuit sont soumises à **autorisation** (art. 17, al. 1 LTr) :

1148

- le travail de nuit **régulier ou périodique** est autorisé lorsque des raisons techniques ou économiques le rendent indispensable (art. 17, al. 2 LTr) ;

- le travail de nuit **temporaire** est autorisé en cas de besoin urgent dûment établi (art. 17, al. 3 LTr).

En cas de besoin urgent dûment établi, le travail de nuit est autorisé entre 5 heures et 6 heures ainsi qu'entre 23 heures et 24 heures (art. 17, al. 4 LTr).

Le travail de nuit régulier ou périodique est soumis à l'autorisation du SECO, le travail de nuit temporaire, à celle des autorités cantonales (art. 17, al. 5 LTr).

La durée du travail de nuit du travailleur ne doit pas excéder neuf heures, ou dix heures, pauses incluses (art. 17a, al. 1 LTr). Si le travailleur est occupé trois nuits au plus sur sept nuits consécutives, la durée du travail quotidien peut s'élever à dix heures

1149

²¹³³ À ce sujet, cf. *infra* 4^e partie.

pour autant que les conditions fixées dans l'ordonnance soient observées ; toutefois, la durée du travail, pauses incluses, doit être comprise dans un espace de douze heures (art. 17a, al. 2 LTr).

1150 L'employeur doit accorder une **majoration de salaire de 25 % au moins** au travailleur qui effectue un travail de nuit à titre temporaire (art. 17b, al. 1 LTr). Le travailleur qui effectue un travail de nuit régulièrement ou périodiquement a droit à une compensation en temps équivalant à **10 %** de la durée de ce travail. Ce temps de repos compensatoire doit être accordé dans le délai d'une année. La compensation peut cependant être accordée sous forme de supplément salarial au travailleur dont le travail régulièrement fourni au début ou à la fin du travail de nuit n'excède pas une heure (art. 17b, al. 2 LTr).

1151 Le temps de repos compensatoire ne doit pas être accordé lorsque la durée moyenne du travail par équipes dans l'entreprise n'excède pas sept heures, pauses incluses, lorsque le travailleur de nuit n'est occupé que quatre nuits par semaine (semaine de quatre jours), lorsque des temps de repos compensatoires équivalents sont accordés aux travailleurs dans un délai d'une année, par convention collective de travail ou par une application par analogie de dispositions de droit public (art. 17b, al. 3 LTr).

1152 Le travailleur qui effectue un travail de nuit pendant une longue période a droit à un examen de son état de santé, de même qu'à des conseils sur la façon de réduire ou de supprimer les problèmes de santé liés à son travail (art. 17c, al. 1 LTr). Les frais occasionnés par l'examen médical et les conseils sont à la charge de l'employeur, à moins que la caisse-maladie ou une autre assurance du travailleur ne les assument (art. 17c, al. 3 LTr). Chaque fois que cela est réalisable, l'employeur doit affecter le travailleur déclaré inapte au travail de nuit pour des raisons de santé, à un travail de jour similaire auquel il est apte (art. 17d LTr).

1153 Pour autant que les circonstances l'exigent, l'employeur qui occupe régulièrement des travailleurs la nuit doit prendre des mesures supplémentaires appropriées, destinées à la protection des travailleurs, notamment en ce qui concerne la sécurité sur le chemin du travail, l'organisation des transports, les possibilités de se reposer et de s'alimenter, ainsi que la prise en charge des enfants (art. 17e, al. 1 LTr).

Les autorités qui les octroient peuvent assortir les autorisations portant sur la durée du travail de charges appropriées (art. 17e, al. 2 LTr).

3° Le travail continu

1154 Le travail continu est soumis à **autorisation** (art. 24, al. 1 LTr) :

- le travail continu **régulier ou périodique** est autorisé lorsque des raisons techniques ou économiques le rendent indispensable (art. 24, al. 2 LTr) ;

- le travail continu **temporaire** est autorisé en cas de besoin urgent dûment établi (art. 24, al. 3 LTr).

1155 Selon le même mécanisme que pour le travail de nuit, le travail continu régulier ou périodique est soumis à l'autorisation du SECO, le travail continu temporaire, à celle des autorités cantonales (art. 24, al. 4 LTr).

En outre, les dispositions sur le travail de nuit et sur le travail dominical sont applicables au travail continu (art. 24, al. 6 LTr).

Le temps de travail doit être organisé de telle sorte qu'aucun travailleur ne soit occupé plus de six semaines consécutives dans la même équipe (art. 25, al. 1 LTr).

En cas de travail de jour ou du soir à deux équipes, le travailleur doit participer dans une proportion égale aux deux équipes et, en cas de travail de nuit, au travail de jour ou du soir et au travail de nuit (art. 25, al. 2 LTr). Avec l'accord des travailleurs concernés et pour autant que les charges et conditions fixées dans l'ordonnance soient observées, la période de six semaines peut être prolongée ou l'alternance des équipes supprimée (art. 25, al. 3 LTr).

1156

3) Le repos hebdomadaire

a. Le dimanche

Du samedi à 23 heures au dimanche à 23 heures, il est en principe **interdit** d'occuper des travailleurs (art. 18, al. 1 LTr). Avec l'accord des représentants des travailleurs dans l'entreprise ou, à défaut, de la majorité des travailleurs concernés, cet intervalle de 24 heures peut être avancé ou retardé d'une heure au plus (art. 18, al. 2 LTr). En toute hypothèse, aucun travailleur ne peut être affecté au travail dominical sans son **consentement** (art. 19, al. 5 LTr).

1157

Comme pour le travail de nuit, des dérogations à l'interdiction de travailler le dimanche sont possibles, mais elles sont soumises à **autorisation** (art. 19, al. 1 LTr) :

1158

- le travail dominical **régulier ou périodique** est autorisé lorsque des raisons techniques ou économiques le rendent indispensable (art. 19, al. 2 LTr) ;

- le travail dominical **temporaire** est autorisé en cas de besoin urgent dûment établi (art. 19, al. 3, 1^e phr. LTr).

Le travail dominical régulier ou périodique est soumis à l'autorisation du SECO, le travail dominical temporaire, à celle des autorités cantonales (art. 19, al. 4 LTr).

Les cantons peuvent fixer au plus quatre dimanches par an pendant lesquels le personnel peut être employé dans les **commerces** sans qu'une autorisation ne soit nécessaire (art. 19, al. 6 LTr).

1159

En principe, une fois toutes les deux semaines au moins, le jour de repos hebdomadaire doit coïncider avec un dimanche complet, et suivre ou précéder immédiatement le temps de repos quotidien (art. 20, al. 1 LTr).

1160

L'employeur accorde une **majoration de salaire de 50 %** au travailleur en cas de travail dominical temporaire (art. 19, al. 3, 2^e phr. LTr). Ce supplément, en cas de salaire au temps, se calcule d'après le salaire horaire sans les allocations de résidence et de ménage ni les allocations pour enfants (art. 33, al. 1 OLT 1). En revanche, **aucune** compensation financière n'est prévue pour le travail dominical régulier ou périodique (art. 19, al. 2 LTr *a contrario*). Selon la jurisprudence, le travailleur qui a été engagé pour un tel travail est présumé avoir donné son consentement à la conclusion du

1161

contrat, et le salaire proposé est censé répondre aux inconvénients résultant de ce régime²¹³⁴. L'employé peut tout de même prouver qu'un supplément pour le travail régulièrement accompli le dimanche a été convenu, et le réclamer s'il a effectivement travaillé ces jours-là ; l'employeur doit alors établir qu'il a payé l'indemnité²¹³⁵, ou que celle-ci était forfaitairement incluse dans le salaire convenu²¹³⁶.

- 1162 En outre, tout travail dominical dont la durée n'excède pas cinq heures doit être compensé par du **temps libre**. S'il dure plus de cinq heures, il sera compensé, pendant la semaine précédente ou suivante et immédiatement après le temps de repos quotidien, par un repos compensatoire d'au moins 24 heures consécutives et coïncidant avec un jour de travail (art. 20, al. 2 LTr).

L'employeur peut occuper des travailleurs temporairement pendant le repos compensatoire, si cette mesure s'avère nécessaire, soit pour empêcher la détérioration de biens, soit pour prévenir ou supprimer des perturbations dans l'entreprise ; le repos compensatoire doit cependant être accordé au plus tard pendant la semaine suivante (art. 20, al. 3 LTr).

- 1163 Que le dimanche soit travaillé ou non, l'employeur doit accorder au travailleur un jour entier de congé par semaine (art. 329, al. 1 CO). À titre exceptionnel, l'employeur peut grouper les jours de congé auxquels le travailleur peut prétendre ou accorder deux demi-jours au lieu d'un jour complet, si des conditions particulières le justifient, et si le travailleur y consent (art. 329, al. 2 CO).

b. La demi-journée de repos hebdomadaire

- 1164 Lorsque le travail hebdomadaire est réparti sur plus de cinq jours, l'employeur est tenu de donner au travailleur une demi-journée de congé par semaine, sauf dans les semaines comprenant un jour chômé (art. 21, al. 1 LTr).

L'employeur peut, avec l'accord du travailleur, donner en une seule fois, pour quatre semaines au plus, les demi-journées de congé hebdomadaire, à condition que la durée moyenne du travail hebdomadaire ne dépasse pas le maximum légal (art. 21, al. 2 LTr).

4) Les jours fériés

a. Fête nationale

- 1165 Le jour de la fête nationale suisse – le 1^{er} août (art. 110, al. 3 Cst.) – suit le régime du travail le dimanche (art. 20a, al. 1, 1^e phr. LTr ; art. 1 et 2 de l'ordonnance sur la fête nationale). L'employeur doit payer le salaire complet pour le jour chômé de la fête nationale (art. 1 de l'ordonnance sur la fête nationale).

²¹³⁴ TF, 26 février 2015, 4A_515/2014, cons. 2.3.

²¹³⁵ Cf. Streiff/von Känel/Rudolph, p. 276.

²¹³⁶ TF, 26 février 2015, 4A_515/2014, cons. 2.7.

Ces dispositions consacrent une obligation de payer le salaire pour le jour férié fédéral. Cette obligation concerne également les travailleurs rémunérés à l'heure²¹³⁷, pour autant toutefois que le 1^{er} août tombe sur un jour à l'occasion duquel l'employé aurait normalement travaillé²¹³⁸.

b. Jours fériés cantonaux

Les cantons peuvent assimiler au dimanche huit autres jours fériés par an au plus et les fixer différemment selon les régions (art. 20a, al. 1, 2^e phr. LTr). Le 1^{er} août s'ajoute à ce nombre (art. 196, disposition transitoire 9, al. 2 Cst. ; art. 1 de l'ordonnance sur la fête nationale).

1166

À la différence de ce qui prévaut pour le 1^{er} août, il n'existe pas d'obligation pour l'employeur de payer les jours fériés pour les travailleurs payés à l'heure lorsqu'ils ne travaillent pas ces jours-là, la question étant le cas échéant réglée par les conventions collectives ou les contrats-cadres de travail, voire contractuellement dans chaque cas particulier, ou encore s'il existe un usage en la matière²¹³⁹.

1167

Vu le caractère étendu de la mensualisation des rémunérations, l'usage consiste généralement à payer tous les jours fériés qui auraient normalement été travaillés.

c. Fêtes religieuses

Le travailleur est autorisé à interrompre son travail à l'occasion de fêtes religieuses autres que celles qui sont assimilées à des jours fériés par les cantons. Il doit cependant en aviser son employeur au plus tard trois jours à l'avance (art. 20a, al. 2 LTr)

1168

En outre, le travailleur qui en fait la demande doit se voir accorder, si possible, le temps nécessaire pour assister à une fête – ou célébration – religieuse (art. 20a, al. 3 LTr).

La rémunération du temps de ces fêtes ou célébrations religieuses est réglée par accord de droit privé, de droit collectif ou par usage.

5) Les jours de congés usuels

L'employeur doit accorder au travailleur les heures et jours de congés usuels et, une fois le contrat dénoncé, le temps nécessaire pour chercher un autre emploi (art. 329, al. 3 CO). Cette disposition vise à ancrer légalement l'existence, sur le principe, de certaines pratiques consistant pour l'employeur à accorder au travailleur des jours de congé à certaines occasions.

1169

²¹³⁷ TF, 4 mai 2010, 4A_54/2010, ATF 136 I 290, JT 2011 II 204, SJ 2010 I 416, PJA 2011 983, Pra 2011 7 46, RDAF 2011 I 392, com. Geiser *in* PJA 2011 243, com. Würger *in* DTA 2011 102, com. Schmid *in* PJA 2011 983, cons. 2.1.

²¹³⁸ *Ibidem*.

²¹³⁹ TF, 4 mai 2010, 4A_54/2010, précité, cons. 2.2.

1170 Aussi, ce qui est entendu, *in concreto*, par « jours de congé usuels » n'est pas figé. La loi pose un premier garde-fou en recourant au paradigme de la **bonne foi** : pour fixer les heures et jours de congé, l'employeur et le travailleur doivent tenir compte équitablement de leurs intérêts respectifs (art. 329, al. 4 CO). Le juge est donc invité, en cas de litige, à évaluer de manière empirique si, dans telle ou telle situation donnée, le travailleur pouvait légitimement prétendre à telle ou telle durée de congé, et pour tel ou tel motif. Concrètement, le juge tiendra compte de la taille et de la situation économique de l'entreprise, du moment où le congé est demandé, des fonctions et responsabilités du travailleur, de la possibilité de les transférer aisément à un autre collaborateur, etc.

1171 L'article 329 est, de surcroît, une norme « ouverte », qui a vocation à s'adapter aux évolutions de la société. Aujourd'hui, on y inclut généralement les congés accordés en cas de décès d'un proche, de mariage, de déménagement. De tels congés dépassent rarement quelques jours. Les motifs de congé et leurs durées sont souvent précisés dans les contrats individuels de travail, dans les règlements d'entreprise, dans les conventions collectives ou encore dans les contrats-types de travail.

Par exemple, la convention collective cadre genevoise du commerce de détail²¹⁴⁰ prévoit en son article 8.1 qu'« après trois mois d'activité dans l'entreprise, sur demande, des congés spéciaux sont accordés au personnel fixe dans les cas suivants » : « mariage ou partenariat enregistré : 2 jours ; congé paternité : 2 jours ; décès (selon le degré de parenté et le lieu de décès) : ½ à 3 jours ; déménagement (pour le personnel titulaire d'un bail et pour un appartement non meublé en l'espace de 12 mois consécutifs) : 1 jour. »

C. Le congé sans solde

1172 Le congé sans solde n'existe légalement en droit privé du travail que dans le cadre du **congé-jeunesse** (1). Des congés sans solde **contractuels** sont en outre envisageables (2).

1) Congé-jeunesse

1173 Une loi du 6 octobre 1989 sur les activités de jeunesse, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1991, a octroyé au travailleur le droit, jusqu'à l'âge de trente ans révolus et pour chaque année de service, à un congé-jeunesse pouvant durer jusqu'à une semaine de travail. Un congé non payé plus long peut être octroyé d'un commun accord.

Le congé-jeunesse légal est accordé lorsque le travailleur se livre bénévolement à des activités de jeunesse extra-scolaires pour le compte d'une organisation du domaine culturel ou social, en y exerçant des fonctions de direction, d'encadrement ou de conseil, ou s'il suit la formation et les cours de perfectionnement nécessaires à l'exercice de ces activités (art. 329e, al. 1 CO).

²¹⁴⁰ RS/GE J 1 40.51.

Les jours du congé-jeunesse que le travailleur n'a pas pris à la fin de l'année civile ne peuvent être reportés sur l'année suivante (art. 329e, al. 3, dern. phr. CO). À défaut d'accord individuel, de contrat-type ou de convention collective plus favorable, le jeune travailleur n'a pas droit au salaire durant le congé-jeunesse (art. 329e, al. 2 CO).

Les dates du congé-jeunesse sont fixées d'un commun accord entre l'employeur et le travailleur ; à défaut d'accord, le travailleur doit annoncer son intention de faire valoir son droit deux mois avant le début du congé (art. 329e, al. 3 CO). La loi est muette sur la possibilité de fractionner ou non le congé-jeunesse. Les parties doivent donc pouvoir le prévoir si elles le désirent.

1174

L'employeur peut exiger que le travailleur apporte la preuve des tâches et des fonctions qui lui ont été attribuées dans le cadre des activités de jeunesse extra-scolaires (art. 329e, al. 4 CO).

La prise d'un congé-jeunesse ne saurait entraîner de réduction du droit aux vacances, tant que ce congé dure moins de deux mois (art. 329b, al. 2 CO).

2) Congé sans solde contractuel

En dehors de l'hypothèse du congé-jeunesse, un congé sans solde n'est envisageable que par accord des parties. Le principe d'un congé sans solde est que la prestation de travail et le paiement du salaire sont suspendus, tandis que le rapport d'emploi subsiste formellement entre les parties²¹⁴¹.

1175

Durant le congé sans solde, le travailleur n'est plus tenu que d'une obligation de fidélité très atténuée, la même que celle à laquelle il est tenu en dehors de ses heures de travail²¹⁴². Quant à l'employeur, il reste tenu de son obligation générale de protection de la personnalité, en ce sens qu'il doit s'abstenir de tout comportement qui pourrait être nuisible à la santé du travailleur. En bref, il doit respecter les termes contractuels du congé sans solde.

1176

Fonction publique. On trouve des exemples de congé sans solde légaux en droit de la fonction publique. Ainsi, au niveau fédéral, l'employé peut ouvrir un compte pour congé sabbatique au sein duquel il peut transférer jusqu'à 100 heures supplémentaires ou heures d'appoint. L'employé peut alors prendre un congé sabbatique une fois tous les cinq ans (art. 64 OPers, art. 34 O-OPers)²¹⁴³. Autre exemple : en droit de la fonction publique cantonale genevoise, un congé extraordinaire, sans traitement, n'excédant pas trois mois peut être accordé (art. 36 RPAC/GE), tout comme un congé sabbatique d'un an (art. 37), « si la bonne marche du service le permet ».

1177

²¹⁴¹ TF, 30 avril 2015, 4A_127/2015, cons. 3.4.

²¹⁴² Cf. *infra* n° 1239 et s.

²¹⁴³ Sur la question du compte épargne-temps, cf. Anne Meier, « Le compte épargne-temps en droit suisse du travail », in Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (édit.), *Regards croisés sur le droit du travail*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2015, pp. 213 et s.

D. Les jeunes travailleurs

1178 La **durée quotidienne** du travail des jeunes ne doit pas dépasser celle des autres travailleurs de la même entreprise ou, à défaut d'autres travailleurs, la durée admise par l'usage local. En aucun cas, elle ne doit excéder **neuf** heures. Cette durée comprend tout travail supplémentaire éventuel et le temps consacré pendant les heures de travail aux cours obligatoires (art. 31, al. 1 LTr).

1179 Les jeunes de **moins de treize ans** peuvent travailler trois heures par jour et neuf heures par semaine au maximum (art. 10 OLT 5). Quant aux jeunes de **plus de treize ans soumis à la scolarité obligatoire**, la durée maximale du travail est de trois heures par jour et neuf heures par semaine durant les périodes scolaires et de huit heures par jour et quarante heures par semaine, entre 6 heures et 18 heures, avec une pause d'une demi-heure au moins pour toute plage de travail de plus de cinq heures, pendant la moitié des vacances ou pendant un stage d'orientation professionnelle ; la durée d'un stage d'orientation professionnelle est limitée à deux semaines (art. 11 OLT 5).

Le travailleur mineur doit bénéficier d'une durée de **repos quotidien** d'au moins douze heures consécutives (art. 16, al. 1 OLT 5)²¹⁴⁴.

1180 Le travail de jour des jeunes gens, pauses incluses, doit être compris dans un espace de douze heures. Le matin, le travail des jeunes peut débuter entre 5 heures et 7 heures, en fonction de la tranche définie par l'entreprise comme travail de jour²¹⁴⁵. Le soir, les jeunes travailleurs de moins de seize ans révolus ne peuvent être occupés que jusqu'à 20 heures et ceux de plus de seize ans que jusqu'à 22 heures (art. 31, al. 2 LTr). Toutefois, ils ne peuvent être occupés que jusqu'à 20 heures les veilles de cours donnés par l'école professionnelle ou de cours interentreprises (art. 16, al. 2 OLT 5). Selon l'administration fédérale, si le travail effectué par des jeunes gens entre 20 heures et 22 heures n'est pas soumis à autorisation, la consultation des jeunes gens concernés et de leurs représentants légaux s'impose, de même que celle de l'autorité compétente en matière de formation professionnelle, si tant est qu'elle ne soit pas amenée à délivrer une autorisation sur la base des prescriptions de la loi sur la formation professionnelle²¹⁴⁶. Des dérogations aux restrictions sont possibles pour les manifestations culturelles, artistiques et sportives ou dans la publicité (art. 31, al. 2, dern. phr. LTr).

Des conventions collectives ou des contrats-types de travail peuvent prévoir d'autres limitations de la durée du travail pour les mineurs. Par exemple, le contrat-type de travail genevois des jeunes gens au pair mineurs²¹⁴⁷ pose en principe que le temps de travail et de présence est de trente heures par semaine, que le mineur au pair ne peut être astreint à effectuer des heures supplémentaires et qu'il doit bénéficier d'un

²¹⁴⁴ Les autres durées de réduction du temps de repos quotidien ou de travail de nuit ne sont possibles que pour les adultes (art. 9 et 10 OLT 2). Cf. également art. 15a, al. 2 LTr.

²¹⁴⁵ SECO, « Commentaire de la loi sur le travail », novembre 2016, 031-1.

²¹⁴⁶ *Ibidem*.

²¹⁴⁷ RS/GE J 1 50.15.

minimum de douze heures consécutives de repos quotidien (art. 7). Les jeunes gens au pair âgés de dix-huit à trente ans sont couverts par un contrat-type de travail spécifique²¹⁴⁸, prévoyant également une durée normale de trente heures de travail par semaine (art. 5).

L'employeur doit **porter à la connaissance** des travailleurs, par voie d'affichage ou par tout autre moyen approprié, les dispositions de protection spéciale liées à l'horaire ou aux autorisations de travail des jeunes (art. 47, al. 1, b LTr ; art. 69, al. 2 OLT 1).

1181

Il est interdit d'affecter à un travail supplémentaire les jeunes gens de moins de seize ans révolus (art. 31, al. 3 LTr). Les jeunes de plus de seize ans ne peuvent effectuer de travail supplémentaire que les jours ouvrables dans l'intervalle du travail de jour et du travail du soir jusqu'à 22 heures (art. 17, al. 1 LTr). Toutefois, ils ne peuvent effectuer de travail supplémentaire pendant toute la durée de la formation initiale sauf dans les cas où leur collaboration est nécessaire pour remédier à des perturbations de l'exploitation dues à la force majeure (art. 17, al. 2 LTr).

1182

L'employeur n'est autorisé à occuper des jeunes travailleurs **ni la nuit, ni le dimanche**. Des dérogations peuvent être prévues par voie d'ordonnance, notamment au profit de la formation professionnelle ainsi que pour les cas prévus à l'article 30, alinéa 2 (art. 31, al. 4 LTr ; art. 12 à 15 OLT 5 ; Ordonnance du DEFR du 21 avril 2011 concernant les dérogations à l'interdiction du travail de nuit et du dimanche pendant la formation professionnelle initiale²¹⁴⁹).

1183

Toute demande de **permis** concernant la durée du travail doit indiquer séparément le nombre de jeunes gens concernés (art. 41, b OLT 1), nombre qui sera reporté sur le permis délivré (art. 42, d OLT 1). Un examen médical et des conseils sur la façon de réduire ou de supprimer les problèmes de santé liés à son travail (cf. art. 17c LTr) sont obligatoires pour les jeunes gens occupés de nuit, de façon régulière ou périodique, entre 1 heure et 6 heures (art. 45, al. 1 LTr).

E. Les travailleurs ayant des responsabilités familiales

Lorsqu'il fixe les heures de travail et de repos, l'employeur doit tenir compte notamment des responsabilités familiales des travailleurs (art. 36, al. 1, 1^e phr. LTr).

1184

Sont réputées « responsabilités familiales » l'éducation des enfants jusqu'à l'âge de quinze ans ainsi que la prise en charge de membres de la parenté ou de proches exigeant des soins (art. 36, al. 1, 2^e phr. LTr). Concrètement, les responsabilités familiales englobent « toutes les tâches qui rendent la présence de la personne chargée de la garde nécessaire ou souhaitable, que les enfants ne sont pas encore en mesure d'assumer à eux seuls ou pour lesquelles ils ne disposent pas encore du discernement nécessaire »²¹⁵⁰. Il s'agit, par exemple, « de la nécessité d'envoyer les enfants à l'école,

²¹⁴⁸ RS/GE J 1 50.12.

²¹⁴⁹ RS 822.115.4.

²¹⁵⁰ SECO, « Commentaire de la loi sur le travail », novembre 2016, 036- et 036-2.

de leur préparer un repas chaud pour midi ou pour le soir, de les accompagner pour participer à certaines activités particulières », etc. Les responsabilités familiales comprennent également « l'assistance à des membres de la parenté ou à d'autres personnes proches nécessitant des soins ». L'administration considère qu'il est nécessaire, pour que le travailleur puisse assumer ces responsabilités, qu'il dispose à son travail de structures horaires appropriées.

1185 Ces travailleurs ne peuvent être affectés à des heures de travail supplémentaire sans leur consentement (art. 36, al. 2, 1^e phr. LTr).

S'ils en font la demande, une pause de midi d'au moins une heure et demie doit leur être accordée (art. 36, al. 2, 2^e phr. LTr).

1186 En outre, l'employeur doit, sur présentation d'un certificat médical, donner congé aux travailleurs ayant des responsabilités familiales, pour le temps nécessaire à la garde d'un enfant malade, jusqu'à concurrence de trois jours (art. 36, al. 3 LTr). Le but de ce dernier congé est d'organiser la garde de l'enfant malade. Il se présente sous la forme d'un crédit de trois jours par cas de maladie²¹⁵¹.

1187 La réglementation administrative prise sur le fondement de la loi sur le travail prévoit également deux autres règles en faveur des travailleurs ayant des responsabilités familiales :

- une modification à bref délai du plan ou de l'horaire du service de piquet et des interventions qui en découlent n'est possible qu'avec le consentement des travailleurs concernés ayant des responsabilités familiales, et en l'absence de toute autre solution acceptable pour l'entreprise (art. 14, al. 4 OLT 1) ;

- en cas de travail de nuit, l'employeur est notamment tenu de procéder, à titre de mesures supplémentaires, à un soutien aux travailleurs assumant des tâches d'éducation ou de prise en charge au sens de la loi, pour leur permettre d'assumer eux-mêmes ces charges ou de les confier à des tiers (art. 46 OLT 1).

Section 2 : Caractères de la mise à disposition

1188 La mise à disposition de sa force de travail par le travailleur doit respecter certains caractères : l'exécution du travail doit être **personnelle** (§ 1), **diligente** (§ 2) et **fidèle** (§ 3).

La jurisprudence synthétise les caractères diligents et fidèles de l'exécution du travail en jugeant que « le travailleur doit exécuter avec soin le travail qui lui est confié,

²¹⁵¹ *Ibidem*.

sauvegarder les intérêts de l'employeur de bonne foi et éviter tout ce qui pourrait porter un préjudice économique à l'employeur »²¹⁵².

§ 1 : Exécution personnelle

Le contrat de travail est quasiment toujours conclu *intuitu personae*. La personne du travailleur importe directement à l'employeur, tout comme la personne de l'employeur importe au travailleur. Il en résulte que le travailleur ne peut en principe se faire remplacer pour exécuter sa prestation de travail. Inversement, lorsqu'il n'est pas en mesure d'effectuer sa prestation, le travailleur n'a pas à chercher un remplaçant²¹⁵³.

1189

Toutefois, le travailleur n'est pas obligé d'exécuter en personne la prestation de travail si un accord le prévoit ou si les circonstances l'y autorisent (art. 321 CO)²¹⁵⁴.

§ 2 : Exécution diligente

Le mot « diligence » possède deux sens principaux en français²¹⁵⁵. Un sens vieilli : « soin appliqué (mis dans l'exécution d'une tâche) » ; un sens plus récent : « célérité et exactitude dans l'exécution d'une tâche ». C'est plutôt le sens vieilli qui est principalement visé ici.

1190

Ainsi, le travailleur doit exécuter avec soin le travail qui lui est confié (art. 321a, al. 1 *in initio* CO).

En outre, le travailleur est tenu d'utiliser selon les règles en la matière les machines, les instruments de travail, les appareils et les installations techniques ainsi que les véhicules de l'employeur, et de les traiter avec soin, de même que le matériel mis à sa disposition pour l'exécution de son travail (art. 321a, al. 2 CO).

1191

Il a été jugé que le seul fait de reprocher à l'employé d'avoir interrogé une collaboratrice avec trop d'insistance et de partialité n'est pas suffisant pour retenir une violation du devoir de diligence entraînant la responsabilité du travailleur²¹⁵⁶.

1192

²¹⁵² TF, 2 septembre 2014, 9C_369/2013, ATF 140 V 521, cons. 7.2.1. Cf. également : TF, 7 mai 1991, ATF 117 II 72, cons. 4a ; TF, 19 novembre 1991, ATF 117 II 560, cons. 3a ; TF, 2 décembre 1997, ATF 124 III 25, cons. 3a.

²¹⁵³ Jean-Philippe Dunand, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 6-7 *ad* art. 321 CO ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 1 *ad* art. 321 CO, p. 54 ; Carruzzo, N 2 *ad* art. 321 CO ; Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, *in* BaK 2011, N 1 *ad* art. 321 CO.

²¹⁵⁴ Sur les problématiques spécifiques au contrat de travail en cascade, cf. *supra*.

²¹⁵⁵ Trésor de la langue française : < tlf.fr >.

²¹⁵⁶ TF, 22 septembre 2015, 4A_238/2015, cons. 5.

§ 3 : Exécution fidèle

- 1193 Selon le Tribunal fédéral, « les rapports de confiance sont à la base du contrat de travail, à telle enseigne qu'un ébranlement de la confiance, notamment en raison de la violation du devoir de fidélité du travailleur, peut légitimer la résiliation du rapport d'emploi »²¹⁵⁷. Il importe donc de préciser le **contenu** du devoir de fidélité (**A**), mais aussi ses **limites** (**B**).

A. Contenu du devoir de fidélité

- 1194 Le travailleur doit sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur (art. 321a, al. 1 *in fine* CO). En particulier, le travailleur doit s'abstenir de tout acte qui pourrait porter un préjudice économique à l'employeur²¹⁵⁸.

Selon la jurisprudence, le devoir de fidélité représente un devoir accessoire à l'obligation d'exécuter le travail, qui la complète en lui donnant un but : la sauvegarde des intérêts de l'employeur²¹⁵⁹ et l'absence de tout comportement qui pourrait causer un dommage à l'employeur²¹⁶⁰.

Concrètement, le devoir de fidélité comporte un **aspect positif** (1) et un **aspect négatif** (2), ainsi que quelques **particularités** (3).

1) Aspect positif

- 1195 Sous son aspect positif, le devoir de fidélité exige du travailleur qu'il mette **toutes ses forces au service de son employeur**, c'est-à-dire qu'il doit se consacrer entièrement à sa tâche.

Le devoir de fidélité, sous cet aspect, comprend également un **devoir d'information et de renseignements** à charge du travailleur, qui l'astreint notamment à avertir l'employeur d'éventuels dommages imminents, des perturbations dans l'exécution du travail et d'autres irrégularités ou abus²¹⁶¹. Ainsi, en ne prévenant pas son employeur que certains de ses collaborateurs consacraient une partie de leurs heures de travail à créer des machines pour leur propre compte, ce qui constituait une violation flagrante de leur propre obligation de fidélité, un travailleur a violé son devoir de fidélité²¹⁶².

²¹⁵⁷ TF, 27 juillet 2015, 4A_138/2015, cons. 3 ; cf. TF, 19 décembre 2000, ATF 127 III 86, cons. 2c.

²¹⁵⁸ TF, 19 novembre 1991, ATF 117 II 560, cons. 3a ; TF, 2 septembre 2014, 9C_369/2013, ATF 140 V 521, cons. 7.2.1 ; TF, 17 novembre 2016, 4A_297/2016, cons. 4.3.1 ; TF, 18 janvier 2017, 4A_559/2016, cons. 5.

²¹⁵⁹ TF, 2 septembre 2014, 9C_369/2013, ATF 140 V 521, cons. 7.2.1 ; TF, 17 novembre 2016, 4A_297/2016, cons. 4.3.1 ; TF, 18 janvier 2017, 4A_559/2016, cons. 5.1.

²¹⁶⁰ TF, 17 novembre 2016, 4A_297/2016, cons. 4.2.

²¹⁶¹ TF, 17 novembre 2016, 4A_297/2016, cons. 4.3.1.

²¹⁶² TF, 17 novembre 2016, 4A_297/2016, cons. 4.3.2.

La **reddition de comptes** et la **restitution** sont également des devoirs qui découlent de l'obligation de fidélité du travailleur. Le travailleur doit donc rendre compte à l'employeur de tout ce qu'il reçoit pour lui dans l'exercice de son activité contractuelle, notamment des sommes d'argent ; il doit lui remettre immédiatement ce qu'il a reçu (art. 321b, al. 1 CO). Le travailleur doit en outre remettre tout ce qu'il produit par son activité contractuelle (art. 321b, al. 2 CO).

1196

2) Aspect négatif

Sous son aspect négatif, le devoir de fidélité enjoint le travailleur de **s'abstenir de tout comportement susceptible de léser l'employeur dans ses intérêts légitimes**. Par exemple, le travailleur ne doit pas débaucher des collaborateurs pour les engager dans une entreprise concurrente²¹⁶³ ; il ne doit pas porter atteinte à la personnalité des collègues de travail²¹⁶⁴.

1197

En outre, pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas utiliser ni révéler des faits destinés à rester **confidentiels**, tels que les secrets de fabrication et d'affaires dont il a pris connaissance au service de l'employeur ; il est tenu de garder le secret même après la fin du contrat en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur (art. 321a, al. 4 CO)²¹⁶⁵. Le secret doit être maintenu sur tous les éléments qui sont contractuellement désignés comme relevant des secrets de fabrication et d'affaires, mais également sur les éléments qui doivent être considérés comme tels selon les circonstances²¹⁶⁶.

1198

Selon la jurisprudence, le devoir de fidélité peut aller jusqu'à limiter la **liberté d'expression** du travailleur. Dans une décision d'une sévérité assez rude pour un jeune apprenti de vingt-quatre ans, le Tribunal fédéral a jugé qu'en créant et en projetant un petit film décrivant son employeuse comme allant vers un naufrage, à l'instar du Titanic, à cause du départ d'une de ses directrices, l'apprenti s'était rendu coupable d'une satire ridiculisant son employeuse et, partant, avait manqué à son devoir de fidélité²¹⁶⁷.

1199

3) Particularités

Le respect du devoir de fidélité est apprécié avec une rigueur accrue pour les cadres supérieurs²¹⁶⁸.

1200

²¹⁶³ TF, 28 février 1978, ATF 104 II 28, JT 1978 I 514 ; cf. également : Jean-Philippe Dunand, in Commentaire Dunand/Mahon, N 14 ad art. 321a CO.

²¹⁶⁴ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 3 ad art. 321a CO ; Jean-Philippe Dunand, in Commentaire Dunand/Mahon, N 14 ad art. 321a CO.

²¹⁶⁵ Cf. *supra* n° 1029 et s.

²¹⁶⁶ Cf. TF, 1^{er} mars 1938, ATF 64 II 162, JT 138 I 522, cons. 8.

²¹⁶⁷ TF, 31 octobre 2016, 4D_56/2016, cons. 3.3.

²¹⁶⁸ TF, 19 décembre 2000, ATF 127 III 86, cons. 2c ; TF, 17 novembre 2016, 4A_297/2016, cons. 4.3.1 ; cf. également : Jean-Tristan Michel, *Les cadres supérieurs en droit du travail suisse en particulier au sein de la société anonyme*, Lausanne, CEDIDAC, 2016, p. 322.

Le travailleur libéré de l'obligation de travailler reste tenu d'observer son devoir de fidélité envers son employeur²¹⁶⁹.

1201 Selon la jurisprudence, le devoir de fidélité peut représenter une condition implicite dans une convention passée entre un travailleur et un employeur. Ainsi, dans une espèce très particulière où les parties avaient conclu une convention prévoyant notamment que l'employeur paierait, durant les vingt-six mois du délai de congé non travaillé, une très haute rémunération (dépassant en tout trois millions de francs), le travailleur devait raisonnablement comprendre que le mécanisme – prévu par la même convention – de non-imputation des revenus qu'il percevrait durant le délai de congé en tant qu'administrateur dans des sociétés tierces était subordonné au respect de son devoir de fidélité. Dès lors, la violation du devoir de fidélité devait avoir juridiquement les effets d'une condition résolutoire (cf. art. 154 CO) dont la survenance mettait fin à ce principe de non-imputation. De plus, l'interprétation objective de la convention conduisait à admettre que les parties avaient prévu que l'imputation des revenus perçus auprès de tiers s'appliquerait dès la réalisation de la condition résolutoire, laquelle déploierait un effet rétroactif au jour de la conclusion de l'avenant²¹⁷⁰.

1202 Le devoir de fidélité du travailleur peut être en partie aménagé par le droit des sociétés. Ainsi, en cas de contrôle spécial de la société anonyme, le travailleur est tenu de renseigner le contrôleur sur les faits importants (art. 697d, al. 2 CO).

B. Limites au devoir de fidélité

1203 Le devoir de fidélité n'est pas illimité. Ses limites sont du même ordre que celles qui limitent le pouvoir de direction de l'employeur²¹⁷¹. En particulier, le devoir qui pèse sur le travailleur de sauvegarder les intérêts de l'employeur ne vaut que tant qu'il se trouve dans une relation suffisante avec le rapport de travail²¹⁷².

1204 Le travailleur a également le droit à la sauvegarde de ses intérêts financiers²¹⁷³. Par exemple, il n'y a pas lieu de considérer que tout préparatif effectué par le travailleur avant la résiliation de son rapport d'emploi, dans la perspective de son départ, devrait être qualifié de violation de son devoir de fidélité ; il a ainsi été jugé que n'avait pas violé son devoir de fidélité le travailleur qui, tout en exécutant la totalité du travail qui lui avait été confié, avait fondé, alors même qu'il était encore sous contrat, une raison individuelle dont l'activité n'avait toutefois commencé qu'après l'extinction des rapports de travail sans faire directement concurrence à l'ancien employeur²¹⁷⁴.

²¹⁶⁹ TF, 12 février 2002, 4C.57/2001, ATF 128 III 271, cons. 4a/bb ; TF, 17 novembre 2016, 4A_297/2016, cons. 4.3.1.

²¹⁷⁰ TF, 17 novembre 2016, 4A_297/2016, cons. 4.2.

²¹⁷¹ Cf. *infra* n° 1206 et s.

²¹⁷² TF, 2 septembre 2014, 9C_369/2013, ATF 140 V 521, cons. 7.2.1.

²¹⁷³ TF, 30 avril 1997, 4C.442/1996, sic! 1997 382, cons. 3b ; cf. également : Jean-Philippe Dunand, in Commentaire Dunand/Mahon, N 17 *ad* art. 321a CO.

²¹⁷⁴ TF, 7 mai 1991, ATF 117 II 72, JT 1992 I 569, cons. 3 et 4.

Entreprises de conviction. Les entreprises de conviction (« *Tendenzbetriebe* ») représentent un cas particulier.

1205

Une entreprise de conviction présente deux caractéristiques. Il s'agit d'une entreprise :

- dont le but n'est pas essentiellement lucratif et
- qui exerce une activité à caractère spirituel ou intellectuel, c'est-à-dire politique, confessionnel, syndical, scientifique, artistique, caritatif ou similaire²¹⁷⁵.

La conception du monde (« *Weltanschauung* ») ou l'orientation religieuse de telles entreprises peuvent imposer des exigences accrues²¹⁷⁶, notamment en matière de devoir de fidélité. Ainsi, le congé donné par une partie en raison de l'exercice par l'autre d'un droit constitutionnel tel que sa liberté d'expression n'est pas abusif si l'exercice de ce droit viole le devoir de fidélité accru des employés des *Tendenzbetriebe*²¹⁷⁷.

Section 3 : Le pouvoir de direction de l'employeur

§ 1 : Subordination et pouvoir de direction

A. Définition du pouvoir de direction

Le pouvoir de direction (en allemand : *Weisungsrecht* ou *Direktionsrecht*), offert par la subordination, réserve à l'employeur un espace discrétionnaire dans la prise de décision, au-delà de tout accord exprès dans la mise en œuvre du contrat de travail²¹⁷⁸. Historiquement, ce pouvoir n'est pas contractuel²¹⁷⁹.

1206

Le pouvoir de direction est consacré à l'article 321d du code des obligations, lequel dispose : « L'employeur peut établir des directives générales sur l'exécution du travail et la conduite des travailleurs dans son exploitation ou son ménage et leur donner des instructions particulières. (al. 1) Le travailleur observe selon les règles de la bonne foi les directives générales de l'employeur et les instructions particulières qui lui ont été données. (al. 2) »

1207

²¹⁷⁵ TF, 7 septembre 2004, 4C.116/2004, ATF 130 III 699, JT 2006 I 193, SJ 2005 I 152, Pra 2005 74 576, RDAF 2005 I 496, com. Koller in RJB 2005 328, com. Dunand in DTA 2005 93, com. Martenet in RDS 2006 I 426 et 432, cons. 4.

²¹⁷⁶ TF, 2 juillet 2008, 9C_301/2008, cons. 4.1.

²¹⁷⁷ TF, 7 septembre 2004, 4C.116/2004, précité, cons. 4.

²¹⁷⁸ Simon Deakin, « The Many Futures of the Contract of Employment », in Joanne Conaghan/Richard Fischl/Karl Klare (éd.), *Labour Law in an Era of Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 180.

²¹⁷⁹ Cf. Simon Deakin, *op. cit.*, p. 181.

- 1208 On constate ainsi que si subordination sert à caractériser le contrat de travail, elle est davantage qu'un simple critère de qualification, puisqu'elle constitue le fondement du pouvoir de direction octroyé à l'employeur²¹⁸⁰. C'est bien l'obligation d'observer les directives de l'employeur qui concrétise le rapport de subordination²¹⁸¹.
- 1209 En d'autres termes, le pouvoir de direction désigne – en fait – la faculté d'organiser et de contrôler la prestation de travail, ce qui revient – en droit – à la faculté de créer ou de préciser unilatéralement les obligations dont le travailleur est le débiteur²¹⁸². Il peut être reconnu à l'employeur du fait que ce dernier supporte le risque d'entreprise²¹⁸³, et qu'il est présumé pouvoir orienter l'activité de l'entreprise de façon bénéfique.

B. Effets du pouvoir de direction

- 1210 La subordination implique le respect des directives données par l'employeur. Ces directives structurent l'organisation du travail²¹⁸⁴. Par exemple, un voyageur de commerce doit exécuter son activité auprès de la clientèle de la manière prescrite par son employeur (art. 348, al. 1 CO)²¹⁸⁵.

L'effet le plus flagrant de la subordination consiste en ce que le travailleur n'est pas en droit de faire prévaloir, en cas de divergence d'opinion, sa propre vision des mesures ou de l'organisation à adopter dans l'entreprise²¹⁸⁶.

C. Titulaire du pouvoir de direction

- 1211 Le titulaire du pouvoir de direction est en principe l'employeur lui-même. Toutefois, ce pouvoir peut être entièrement ou en partie délégué à un tiers²¹⁸⁷, par exemple dans le cadre de la location de services ou du détachement d'un salarié à l'intérieur d'un groupe de sociétés²¹⁸⁸. Les stipulations contractuelles sont déterminantes pour identifier qui demeure employeur malgré une délégation du pouvoir de direction.

²¹⁸⁰ Wyler/Heinzer, p. 112 ; cf. Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, *in* BaK, N 1 *ad* art. 321d CO.

²¹⁸¹ Streiff/von Känel/Rudolph, N 2 *ad* art. 321d CO ; Jean-Philippe Dunand, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 1 *ad* art. 321d CO et N 85 *ad* art. 328b CO ; cf. Carruzzo, N 4 *ad* art. 319 CO et N 1 *ad* art. 321d CO.

²¹⁸² Gilles Auzero/Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 28^e éd., 2014, p. 632.

²¹⁸³ Wyler/Heinzer, p. 112.

²¹⁸⁴ Jean-Philippe Dunand, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 5 *ad* art. 321d CO.

²¹⁸⁵ David Aubert, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 14 *ad* art. 348 CO.

²¹⁸⁶ TF, 6 octobre 2008, 4A_325/2008, cons. 3 ; TF, 24 octobre 2011, 4A_381/2011, cons. 6 ; Jean-Philippe Dunand, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 16 *ad* art. 319 CO ; Wyler/Heinzer, p. 21 ; cf. Carruzzo, N 1 *ad* art. 321d CO.

²¹⁸⁷ TF, 10 décembre 2015, 4A_344/2015, cons. 3.4.

²¹⁸⁸ Carruzzo, N 4 *ad* art. 319 CO.

§ 2 : Formes du pouvoir de direction

A. Directives individuelles

La première manifestation du pouvoir de direction consiste en l'énonciation de directives individuelles par l'employeur. Ce dernier indique, au fur et à mesure, quelles tâches concrètes le travailleur doit accomplir. Ces directives sont le plus souvent données par oral.

1212

Lorsque le travailleur représente l'employeur, ce dernier peut en tout temps restreindre ou révoquer ses pouvoirs, sans que cette prérogative n'empêche le droit du travail de s'appliquer (art. 34, al. 1 CO).

B. Règlement intérieur

1) Droit commun

L'adoption d'un règlement intérieur n'est pas, sauf exception, obligatoire en droit suisse. Les entreprises en adoptent assez régulièrement, dès lors que cela leur permet d'harmoniser pour leurs travailleurs un certain nombre de règles qui relèvent du droit supplétif : nombre de semaines de vacances au-delà du minimum légal²¹⁸⁹, détermination des jours de congés usuels²¹⁹⁰, délais de résiliation²¹⁹¹, maintien de la rémunération en cas d'empêchement non fautif de travailler²¹⁹², etc.

1213

En outre, l'administration recommande que l'employeur édicte des prescriptions pour éviter la survenance de situations de harcèlement sexuel et de mobbing au sein de l'entreprise. Ainsi, le SECO demande que l'employeur rédige, en concertation avec les travailleurs, une directive comportant notamment une déclaration de principe rappelant « la ferme volonté de l'entreprise de protéger l'intégrité personnelle des collaborateurs et d'instaurer, à tous les échelons hiérarchiques, des rapports respectueux et sans violence », ainsi qu'une description concrète des comportements inacceptables et une information relative à la marche à suivre en cas de problème²¹⁹³. De telles directives s'interprètent selon les principes généraux (cf. art. 18 CO)²¹⁹⁴.

1214

²¹⁸⁹ Cf. *infra* sur le régime des vacances.

²¹⁹⁰ Cf. *infra* n° 1169 et s.

²¹⁹¹ Cf. *supra* sur les délais de résiliation.

²¹⁹² Cf. *infra* sur le maintien de la rémunération en cas d'empêchement non fautif de travailler.

²¹⁹³ SECO, « Mobbing et autres formes de harcèlement. Protection de l'intégrité personnelle au travail », 2016, pp. 28-29.

²¹⁹⁴ TF, 21 janvier 2016, 4A_567/2015, cons. 4. Sur l'interprétation, cf. *supra* n° 419 et s.

2) Le règlement d'entreprise

a. Adoption

1215 Le règlement d'entreprise est obligatoire dans toute **entreprise industrielle** (art. 37, al. 1 LTr).

Sont des « entreprises industrielles » celles qui ont fait l'objet d'une procédure d'assujettissement conformément à l'ordonnance 4 de la loi sur le travail²¹⁹⁵.

Les autres entreprises non industrielles peuvent, en se conformant aux mêmes règles, établir volontairement un règlement d'entreprise (art. 37, al. 3 LTr).

1216 L'employeur peut soit convenir par écrit du texte du règlement avec une délégation librement élue par les travailleurs, soit l'établir seul après avoir entendu les travailleurs (art. 37, al. 4 LTr)²¹⁹⁶. Lorsqu'il établit lui-même le règlement d'entreprise, l'employeur doit en afficher le **projet** dans l'entreprise, à un endroit bien en vue, ou le distribuer aux travailleurs (art. 67, al. 2, 1^e phr. OLT 1). L'employeur est tenu d'**entendre** les travailleurs dans les quatre semaines, à moins que les travailleurs ne lui aient communiqué leur avis par écrit (art. 67, al. 2, 2^e phr. OLT 1).

1217 Le règlement d'entreprise doit être **soumis** à l'autorité cantonale ; lorsque cette dernière constate que les prescriptions du règlement d'entreprise ne sont pas compatibles avec la loi, une procédure spéciale est applicable (art. 39, al. 1 LTr). Le règlement lie l'employeur et les travailleurs dès qu'il a été rendu **public** dans l'entreprise (art. 39, al. 2 LTr).

b. Contenu

1218 Le règlement d'entreprise doit contenir des dispositions sur la protection de la **santé** et la **prévention des accidents** et, en tant qu'il est nécessaire, sur l'**ordre intérieur** et le **comportement** des travailleurs dans l'entreprise (art. 38, al. 1 *in initio* LTr). Des **sanctions disciplinaires** ne peuvent être infligées qu'au cas et dans la mesure où le règlement d'entreprise le prévoit d'une manière convenable (art. 38, al. 1 *in fine* LTr).

1219 Le règlement d'entreprise établi par convention peut aussi contenir d'autres dispositions concernant les rapports entre l'employeur et les travailleurs, pour autant que de telles dispositions ne portent pas sur des questions **usuellement réglées** dans la branche par convention collective ou autre accord collectif (art. 38, al. 2 LTr).

Le contenu du règlement d'entreprise ne doit pas être contraire au **droit impératif** ni aux **conventions collectives de travail** qui lient l'employeur (art. 38, al. 3 LTr).

²¹⁹⁵ SECO, « Commentaire de la loi sur le travail », novembre 2016, 037-1.

²¹⁹⁶ Pour davantage de précisions, cf. *infra* 4^e partie.

§ 3 : Contours et limites du pouvoir de direction

Si l'employeur dispose d'un large pouvoir dans la définition des conditions de travail, le droit du travail forme une série de limites assignées au pouvoir de l'employeur²¹⁹⁷.

1220

L'alinéa 2 de l'article 321d du code des obligations pose une limite légale expresse au pouvoir de direction : le travailleur n'est obligé d'observer les directives générales et les instructions particulières de l'employeur que « selon les règles de la bonne foi ». Dans une perspective communautaire de la relation de travail²¹⁹⁸, cela signifie que le devoir d'obéissance ne saurait excéder le devoir de fidélité auquel est tenu le travailleur (cf. art. 321a CO)²¹⁹⁹.

Nous synthétisons les limites du pouvoir de direction de l'employeur de la manière suivante : les instructions doivent **respecter le cadre contractuel du rapport de travail (A)** et être conformes à la règle de **fonctionnalité (B)**. En outre, elles doivent respecter **la personnalité du travailleur (C)**. Enfin, elles ne doivent être ni **illicites** ni **contraires aux mœurs (D)**.

1221

Tous ces éléments doivent être **mis en œuvre** en respectant certains principes (E).

A. Respect du cadre contractuel du rapport de travail

Les instructions ne doivent pas sortir du cadre contractuel dans lequel s'inscrit la relation de travail en question²²⁰⁰. Le contrat de travail doit donc être respecté dans toutes ses clauses, notamment s'il comprend une fonction²²⁰¹ ou un cahier des charges déterminés, un lieu de travail ou un horaire de travail spécifiques, etc.

1222

Aucune exception ne devrait être admise, hors cadre d'une modification du contrat de travail, par accord mutuel ou de manière unilatérale, dans le respect des régimes présidant à chacune de ces sortes de modification²²⁰².

²¹⁹⁷ Gérard Lyon-Caen/Lydie Lagrange, « Contrat de travail », *Encyclopedia Universalis*, 2002, p. 388.

²¹⁹⁸ Sur la distinction entre conception contractuelle et conception communautaire de la relation de travail cf. Aurélien Witzig, *La modification du rapport de travail*, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2014, p. 1.

²¹⁹⁹ Streiff/von Känel/Rudolph, N 2 ad art. 321d CO, p. 237. Considérant que ce devoir de fidélité peut s'étendre au-delà de l'entreprise, d'une manière excessivement étendue selon nous : Rehbindler/Stöckli, N 21 ad art. 321d CO.

²²⁰⁰ TF, 20 décembre 2005, 4C.215/2005, ATF 132 III 115, cons. 5.2 ; TF, 25 janvier 2011, 4A_613/2010, DTA 2011 104, JU-TRAV 2011 64, cons. 3 ; cf. également : Wyler/Heinzer, p. 323.

²²⁰¹ Cf. Streiff/von Känel/Rudolph, N 2 ad art. 321d, p. 237.

²²⁰² Cf. Aurélien Witzig, *La modification du rapport de travail*, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2014, 2^e partie (à partir de la page 111). Cf. également : Wyler/Heinzer, p. 113, lesquels admettent les modifications « favorables à l'employé » – que nous considérons comme une modification d'un commun accord avec présomption d'acceptation de la part du salarié – et les modifications « absolument nécessaires du point de vue de l'entreprise » – que nous considérons comme entrant dans le cadre de la théorie de l'imprévision ou, bien entendu, du congé-modification.

B. Fonctionnalité des instructions

- 1223 La règle de la fonctionnalité des instructions peut trouver à s'appliquer dans le contexte de l'interdiction de l'**abus de droit**. Cette règle signifie que les instructions doivent être en rapport avec les besoins de l'entreprise²²⁰³. Autrement dit, les directives doivent être en rapport avec le travail, c'est-à-dire qu'elles doivent concerner l'exécution d'une obligation liée au contrat de travail ; elles peuvent aussi viser à protéger la santé, la sécurité ou les mœurs ou à refléter les convictions de l'entreprise (« *Firmenphilosophie* »)²²⁰⁴.
- 1224 En parallèle de la règle de la fonctionnalité des instructions, on peut ajouter le principe de **proportionnalité**, en vertu duquel les directives de l'employeur doivent se limiter à ce qui est nécessaire pour atteindre le but visé²²⁰⁵.

C. Respect de la personnalité du travailleur

- 1225 La **personnalité** (art. 328 CO)²²⁰⁶, la **santé** (art. 6 LTr) et la **sécurité** (art. 82 LAA) des travailleurs doivent être respectées en toute hypothèse²²⁰⁷. L'article 328 du code des obligations représente donc une limite claire au pouvoir de direction²²⁰⁸. Ces protections peuvent ainsi être envisagées comme autant de contrepoids au rapport de subordination²²⁰⁹.
- 1226 En particulier, le Tribunal fédéral précise que la protection de la personnalité recouvre « l'ensemble des valeurs essentielles, physiques, affectives et sociales liées à la personne humaine (cf. art. 10 al. 2 Cst. qui consacre le droit à la liberté personnelle) et s'exerce notamment en ce sens que le travailleur a le droit de ne pas subir d'atteinte dans sa sphère privée (cf. art. 13 Cst.) »²²¹⁰. L'article 328 fonctionne ici comme une porte d'entrée des droits fondamentaux dans le droit du travail. Concrètement, l'employeur ne saurait donner valablement des instructions susceptibles de mettre en péril les aspects personnels, familiaux et sociaux du travailleur. Le travailleur ne

²²⁰³ SO, 16 juin 1982, JAR 1984 99 ; Rehbindler/Stöckli, N 33 *ad* art. 321d CO ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 14 *ad* art. 328 CO ; Wyler/Heinzer, pp. 112 et 323. Ces deux auteurs ne se prononcent pas sur le fondement de la règle de la fonctionnalité des instructions. La jurisprudence la rattache à la protection de la personnalité du travailleur, de manière trop rapide à notre sens : TF, 30 juin 2008, 2C_103/2008, cons. 6.2.

²²⁰⁴ TF, 2 juillet 2008, 9C_301/2008, cons. 4.1. Cf. Werner Gloor, « Kopftuch an der Kasse - Religionsfreiheit im privaten Arbeitsverhältnis », DTA 2006 1 et s.

²²⁰⁵ Streiff/von Känel/Rudolph, N 3 *ad* art. 321d CO ; Wyler/Heinzer, p. 113.

²²⁰⁶ TF, 4 avril 2003, 4C.357/2002, cons. 4.1 ; TF, 20 décembre 2005, 4C.215/2005, ATF 132 III 115, cons. 5.2 ; TF, 25 janvier 2011, 4A_613/2010, DTA 2011 104, JU-TRAV 2011 64, cons. 3 ; Rehbindler/Stöckli, N 34 *ad* art. 321d CO.

²²⁰⁷ Wyler/Heinzer, p. 113 ; Jean-Philippe Dunand, in Commentaire Dunand/Mahon, N 5 *ad* art. 321d CO.

²²⁰⁸ TF, 2 juillet 2008, 9C_301/2008, cons. 4.1.

²²⁰⁹ Cf. de manière indirecte : Jean-Philippe Dunand, in Commentaire Dunand/Mahon, N 9 *ad* art. 328 CO.

²²¹⁰ TF, 30 juin 2008, 2C_103/2008, cons. 6.2.

saurait accepter une directive qui viserait à le discréditer ou à rendre plus difficile que prévu initialement sa vie familiale et sociale.

Par exemple, l'employeur ne peut imposer au travailleur la modification du lieu de travail non contractuel qu'en tenant compte de la situation concrète du travailleur (est-il propriétaire ou locataire de son logement ? a-t-il des enfants scolarisés dans les environs de son lieu de travail ? etc.)²²¹¹. Encore plus symptomatique est la règle posée par les juges selon laquelle le caractère admissible ou non d'un déplacement du lieu de travail par l'employeur doit se faire non pas en comparant la distance qui sépare l'ancien et le nouveau lieu d'implantation de l'entreprise mais en fonction de l'allongement du temps de parcours que devra effectuer le travailleur **depuis son propre domicile**²²¹².

1227

D. Illicéité et contrariété aux mœurs des instructions

Une instruction ne doit pas être illicite ou contraire aux mœurs²²¹³ ; si tel est le cas, l'instruction doit être considérée comme nulle et non avenue (art. 19 et 20 CO)²²¹⁴. En dehors des hypothèses que nous venons de passer en revue, est illicite notamment toute instruction de l'employeur à un travailleur qui aurait pour effet de violer la personnalité d'un autre travailleur. En outre, est nulle l'instruction contraire à une convention collective applicable avec force contraignante à la relation de travail concernée²²¹⁵.

1228

Quant à l'intervention de la notion de **contrariété aux mœurs**, elle est féconde puisqu'elle permet de faire intervenir le sentiment de justice, au-delà de la simple logique contractuelle. Toutefois, elle est plus délicate à manier que la notion d'illicéité. En pratique, le travailleur ne devrait s'en prévaloir que dans l'hypothèse où la contrariété aux mœurs est flagrante, sauf à réduire à néant le sens même du pouvoir de direction. Concrètement, toute instruction de l'employeur qui aurait pour effet de nuire à autrui (collègue, subordonné, client, etc.) devrait en principe être considérée comme contraire aux mœurs.

1229

²²¹¹ Aurélien Witzig, *La modification du rapport de travail*, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2014, pp. 69 et s. ainsi que la jurisprudence citée.

²²¹² Cf. TF, 2 juillet 2002, 4C.115/2002, cons. 2.3 ; TF, 3 juin 2013, 4A_748/2012, cons. 2.3 ; CAPH/GE, 16 juin 1983, JU-TRAV 1985 12 ; CAPH/GE, 13 septembre 1984, JAR 1985 122 ; BE, 11 février 1987, JAR 1989 210 ; CAPH/GE, 22 avril 1998, JAR 1999 163, JU-TRAV 1999 63, cons. 7 ; CAPH/GE, 21 février 2007, JAR 2008 376, cons. 4 ; ZH, 21 juin 2007, JAR 2008 529 ; FR, 12 septembre 2008, RFJ 2008 368, cons. 5.

²²¹³ TF, 25 janvier 2011, 4A_613/2010, DTA 2011 104, JU-TRAV 2011 64, cons. 3 ; Wyler/Heinzer, p. 113.

²²¹⁴ Carruzzo, N 1 *ad* art. 321d CO.

²²¹⁵ Rehbindler/Stöckli, N 37 *ad* art. 321d CO.

E. La mise en œuvre des limites au pouvoir de direction de l'employeur

1) Balance des intérêts respectifs de l'employeur et du travailleur

- 1230 De manière générale, une balance des intérêts respectifs de l'employeur et du travailleur devra être opérée pour décider de l'admissibilité d'une instruction²²¹⁶.

Une instruction qui entrerait en conflit avec un droit fondamental ne sera admissible que si elle est justifiée par un *intérêt légitime et prépondérant de l'employeur*²²¹⁷.

- 1231 L'intérêt de l'entreprise doit donc être fondé dans un *motif objectif*²²¹⁸. Par exemple, il sera admissible de demander à un serveur d'un restaurant gastronomique de cacher les tatouages qu'il s'est fait pratiquer si l'employeur est en mesure de démontrer que la présence visible de ces tatouages dérange la clientèle au point de diminuer le chiffre d'affaire du restaurant²²¹⁹. En revanche, des instructions irrationnelles ou chicanières peuvent violer la personnalité du travailleur de façon inadmissible²²²⁰. De la même manière, des instructions discriminatoires sont inadmissibles si elles sont arbitraires²²²¹.

2) Sanction des instructions illicites

- 1232 Une instruction abusive ou violant les protections susmentionnées n'a pas à être respectée par le travailleur²²²². Ce dernier peut s'abstenir de la respecter sans encourir les sanctions prévues en cas de désobéissance.

Il est toutefois généralement conseillé au travailleur de signaler à l'employeur le caractère abusif ou illicite de l'instruction avant de s'autoriser à ne pas la respecter unilatéralement²²²³, sauf à commettre en retour un abus dans le droit de refuser de respecter une instruction abusive ou illicite. L'existence et l'étendue de l'obligation de signalement préalable pesant sur le travailleur devront être déterminées en équité par le juge. Ce jugement tiendra compte de l'expérience et des connaissances particulières du travailleur, ainsi que de sa place dans la hiérarchie de l'entreprise²²²⁴.

²²¹⁶ Streiff/von Känel/Rudolph, N 3 *ad art.* 321d CO ; Wyler/Heinzer, p. 113.

²²¹⁷ Streiff/von Känel/Rudolph, N 3 *ad art.* 321d CO. Les entreprises de tendance pourront former exception en favorisant plus fortement l'intérêt de l'entreprise dans la pesée des intérêts.

²²¹⁸ Cf. Rehinder/Stöckli, N 33 *ad art.* 321d CO : « *Es kommen nur objektive, sachbezogene Gründe in Frage.* »

²²¹⁹ Pour un exemple concernant un piercing : Streiff/von Känel/Rudolph, N 3 *ad art.* 321d CO.

²²²⁰ *Ibidem.*

²²²¹ Cf. Rehinder/Stöckli, N 34 *ad art.* 321d CO.

²²²² TF, 25 janvier 2011, 4A_613/2010, DTA 2011. 104, JU-TRAV 2011 64, cons. 3 ; cf. également : Wyler/Heinzer, p. 113 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 2 *ad art.* 321d CO.

²²²³ Streiff/von Känel/Rudolph, N 2 *ad art.* 321d CO.

²²²⁴ TF, 25 janvier 2011, 4A_613/2010, DTA 2011 104, JU-TRAV 2011 64, cons. 5.

§ 4 : Le contrôle du travailleur par l'employeur

Le droit de donner des directives comporte le pouvoir de contrôler que les directives sont respectées²²²⁵. Toutefois, un tel contrôle ne doit pas constituer une violation de la personnalité du travailleur, envisagée sous l'angle du respect de sa sphère privée²²²⁶.

1233

§ 5 : Sanctions du non-respect du pouvoir de direction

En cas de non-respect des directives, l'employeur a trois possibilités, il peut :

1234

1° sanctionner le salarié par une **sanction disciplinaire**, à condition toutefois qu'une telle sanction respecte le régime des sanctions disciplinaires²²²⁷ ;

2° sanctionner le salarié par un **licenciement**²²²⁸. Ainsi, lorsqu'un salarié récalcitrant s'obstine à opposer sa propre vision de l'organisation de l'entreprise à celle de son employeur, ce dernier peut le licencier en principe sans abus²²²⁹ ; de même, n'est pas abusif le licenciement d'un travailleur qui a pris des vacances sans y être autorisé²²³⁰ ;

3° engager la **responsabilité contractuelle** du salarié (art. 321e CO). En effet, le devoir de fidélité du travailleur (art. 321a CO) lui impose de respecter les directives valablement ordonnées par l'employeur²²³¹. En cas de dommage subi par l'employeur du fait du refus d'obéir à des instructions, le travailleur peut donc être amené à en répondre²²³².

Le licenciement du travailleur et l'engagement de sa responsabilité contractuelle faisant l'objet de développements propres²²³³, seules les sanctions disciplinaires seront étudiées ici.

Régime des sanctions disciplinaires. Le droit suisse reconnaît une validité de principe aux sanctions disciplinaires. La jurisprudence pose cependant des conditions à

1235

²²²⁵ TF, 13 juillet 2004, 2A.118/2003, ATF 130 II 425, Pra 2005 538, RDAF 2005 I 674, cons. 4.2 ; cf. également : Jean-Philippe Dunand, in Commentaire Dunand/Mahon, N 6 ad art. 321d CO ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 2 ad art. 321d.

²²²⁶ Cf. *infra* n° 1625 et s.

²²²⁷ Cf. *infra* n° 1235 et s.

²²²⁸ TF, 5 septembre 2006, 4C.186/2006, cons. 2.3 ; TF, 25 janvier 2011, 4A_613/2010, DTA 2011 104, JU-TRAV 2011 64 ; cf. également : Aurélien Witzig, *La modification du rapport de travail*, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2014, pp. 104-105.

²²²⁹ Cf. TF, 24 octobre 2011, 4A_381/2011, cons. 6 : « La demanderesse doit donc s'en prendre à elle-même en tant que par sa critique persistante des modalités qui lui étaient imposées et par l'insatisfaction qu'elle manifestait, elle a provoqué une altération du climat de travail et compromis son intégration au sein du cabinet de conseil. »

²²³⁰ TF, 7 septembre 2017, 4A_280/2017, cons. 4.

²²³¹ CAPH/GE, 21 février 2007, JAR 2008 376, cons. 4.

²²³² Aurélien Witzig, *La modification du rapport de travail*, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2014, p. 104.

²²³³ Cf. *supra* pour le licenciement et *infra* pour la responsabilité contractuelle du travailleur.

l'application de telles sanctions. Aussi, le régime des sanctions pécuniaires comporte un certain nombre de conditions, qui relèvent d'une combinaison du régime de la peine conventionnelle de la partie générale du droit des obligations (cf. art. 160 et s. CO) et de quelques exigences propres au droit du travail²²³⁴.

1236 Nous synthétisons les conditions cumulatives d'effectivité de la sanction disciplinaire en droit du travail de la manière suivante²²³⁵ :

- la **prévisibilité** de la sanction : la sanction doit normalement être prévue dans le contrat de travail, le règlement d'entreprise (notamment s'il s'agit d'une entreprise industrielle : cf. art. 38 LTr)²²³⁶ ou un accord collectif²²³⁷, voire la loi²²³⁸. Doivent être précisés tant le montant que la nature de la sanction envisagée (montant déterminé, voire clairement déterminable, éventuelle rétrogradation, etc.)²²³⁹ ;

- la **proportionnalité** de la sanction : la sanction ne doit punir que les manquements du salarié à ses obligations contractuelles (art. 321a et s. CO) ; elle peut être réduite judiciairement en cas de caractère excessif (art. 163, al. 3 CO)²²⁴⁰. Les conditions de validité des peines conventionnelles (art. 160 et s. CO) doivent donc être généralement respectées²²⁴¹ ;

- l'**exclusivité** de la sanction : aux termes de l'article 160, alinéa 1 du code des obligations, lorsqu'une peine a été stipulée en vue de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite du contrat, le créancier ne peut, sauf convention contraire, demander que l'exécution ou la peine convenue. Dès lors que les sanctions en droit du travail visent principalement à punir le travailleur qui n'a pas respecté le pouvoir de direction de l'employeur, il apparaît que l'alinéa 2 de l'article 160, qui dispose que lorsque la peine a été stipulée en vue de l'inexécution du contrat au temps ou dans le lieu convenu, le créancier peut demander à la fois que le contrat soit exécuté et la peine acquittée, s'il ne renonce expressément à ce droit ou s'il n'accepte l'exécution sans réserve, est mal adapté et ne devrait pas en principe trouver application en la matière ;

- l'absence d'**illicéité** ou de **contrariété aux mœurs** de la sanction (art. 19, 20 et 163, al. 2 CO), ce qui sera déterminé selon les règles habituelles ;

²²³⁴ Pour une étude générale de la question en droit suisse, cf. Santoro Dimitri, *Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag*, Berne, Stämpfli, 2001.

²²³⁵ Cf. TF, 6 juillet 1954, ATF 80 II 123, cons. 3b ; TF, 20 avril 1993, ATF 119 II 162, cons. 2 ; Aurélien Witzig, *op. cit.*, pp. 101-103.

²²³⁶ Cf. *supra* n° 1215.

²²³⁷ Se prononçant pour la nécessaire inscription des sanctions disciplinaires dans le règlement d'entreprise, cf. Vischer/Guex, in Thomas Geiser/Adrian von Känel/Rémy Wyler (édit.), *Loi sur le travail*, Berne, Stämpfli, 2005, pp. 487-488.

²²³⁸ La loi prévoit expressément que lorsqu'un marin est aux arrêts, sa rémunération est suspendue (art. 74, al. 3 LNM).

²²³⁹ Cf. Wyler/Heinzer, p. 130.

²²⁴⁰ TF, 6 juillet 1954, ATF 80 II 123, cons. 3b.

²²⁴¹ *Ibidem*.

- la mise en œuvre de la sanction de manière conforme à la **bonne foi** (art. 2 CC) et dans le respect de la **personnalité du salarié** (art. 328 CO). Selon nous, cette exigence signifie que l'employeur doit justifier d'un **motif objectif** pour mettre en œuvre la sanction disciplinaire. L'employeur ne saurait être autorisé à sanctionner un salarié de manière arbitraire.

Du point de vue formel, l'employeur doit, par analogie avec le régime du licenciement²²⁴², donner au salarié la possibilité de **s'exprimer** avant de décider de le sanctionner, et **motiver** sa décision si le salarié en fait la demande. Il a été jugé qu'en l'absence de motif objectif ou d'audition préalable, des instructions de l'employeur limitant le champ des responsabilités originelles du salarié et entraînant une rétrogradation hiérarchique peuvent violer les droits de la personnalité, protégés par l'article 328 alinéa 1^{er} du code des obligations ; ne sont toutefois nécessaires ni un avertissement écrit, ni l'octroi exprès d'une période d'épreuve²²⁴³.

1237

En outre, le juge doit **réduire** les peines qu'il estime excessives (art. 163, al. 3 CO).

1238

Si l'employeur supprime une partie de la rémunération contractuelle sans respecter ces conditions, il commet une **inexécution contractuelle**.

Chapitre 2 : L'extension du devoir de fidélité au-delà du temps de travail

En dehors de son emploi, le travailleur est en principe libre. Ainsi, la frontière du devoir de fidélité est l'intérêt légitime propre du travailleur, la vie privée appartenant aux intérêts propres du travailleur²²⁴⁴. Dans ce domaine, le travailleur doit seulement se retenir d'empêcher activement les buts de l'entreprise qui l'emploie²²⁴⁵. Par exemple, le collaborateur d'un assureur social n'a pas l'obligation de rapporter dans le cadre de son activité officielle ce qu'il a appris dans un cadre privé²²⁴⁶.

1239

Cela étant, le devoir de fidélité est étendu en droit suisse du travail. Il s'agit d'un particularisme germanique, dû à la prégnance du *Treudienstvertrag*, cette relation médiévale qui unissait des personnes par des liens personnels d'un genre particulier²²⁴⁷. Ainsi, le devoir de fidélité peut aller jusqu'à interdire au travailleur certaines actions au-delà même du moment de l'exécution de son contrat : « Pendant la

²²⁴² Cf. *supra* n° 798 et s.

²²⁴³ TF, 4 août 2006, 4C.189/2006, DTA 2006 269, cons. 2.

²²⁴⁴ TF, 2 septembre 2014, 9C_369/2013, ATF 140 V 521, cons. 7.2.1.

²²⁴⁵ *Ibidem*.

²²⁴⁶ TF, 2 septembre 2014, 9C_369/2013, ATF 140 V 521, cons. 7.2.2 (en l'occurrence la violation de l'obligation d'annoncer le remariage d'un bénéficiaire d'une rente de veuf).

²²⁴⁷ Sur la *Treuepflicht* issue du *Treudienstvertrag*, cf. Arthur Nikisch, *Arbeitsrecht*, (1^e éd. 1951), Tübingen, J. C. B. Mohr, 3^e éd., 1961, p. 14.

durée du contrat, le travailleur ne doit pas accomplir du travail rémunéré pour un tiers dans la mesure où il lèse son devoir de fidélité et, notamment, faire concurrence à l'employeur. » (art. 321a, al. 3 CO)

- 1240 Selon la jurisprudence, lorsqu'un article du statut du personnel oblige expressément le travailleur à aviser l'employeur s'il entend avoir une occupation accessoire rémunérée et à recueillir son accord préalable, et que le travailleur croit pouvoir se dispenser de requérir l'autorisation préalable ainsi exigée pour accepter une activité accessoire lucrative, il enfreint son devoir de fidélité ; le licenciement qui fait suite à une telle violation contractuelle n'est pas abusif²²⁴⁸.
- 1241 S'il se comprend que le travailleur à temps plein n'exerce pas d'autre activité rémunérée en principe, cela se comprend moins pour un travailleur à temps partiel. Après tout, si un employeur refuse d'engager une personne à plein temps alors que cette personne serait prête à travailler à plein temps, il n'y a pas de raison, dans un système d'économie libérale, d'autoriser l'employeur à se réserver l'exclusivité de cette personne. Dans le même système d'économie libérale, il ne justifie pas non plus que l'employeur empêche un travailleur de travailler pour un tiers dès lors que cela ne l'empêche pas d'exécuter correctement ses obligations contractuelles, à savoir d'effectuer un travail diligent durant les heures de travail contractuelles.
- 1242 La personne qui conclut un contrat de travail avec une entreprise de conviction (*Tendenzbetrieb*)²²⁴⁹ accepte un devoir de fidélité encore plus exigeant : même en dehors de son activité professionnelle, le travailleur doit éviter tout comportement qui pourrait nuire à l'image souhaitée par l'entreprise²²⁵⁰.

Chapitre 3 : La responsabilité du travailleur

- 1243 Seront examinées ici les **conditions** (Section 1) et la **mise en œuvre** (Section 2) de la responsabilité du travailleur à l'égard de son employeur, ainsi que quelques **infractions pénales** auxquelles s'expose le travailleur (Section 3).
- 1244 Du point de vue de la responsabilité du travailleur à l'égard des tiers, c'est le droit de la **responsabilité délictuelle** qui s'applique. Un contrat-type peut prévoir qu'en principe, l'employeur est tenu de conclure une assurance de responsabilité civile professionnelle en faveur du travailleur²²⁵¹. Lorsqu'un employeur est assuré contre les

²²⁴⁸ TF, 27 juillet 2015, 4A_138/2015, cons. 3.2.3.

²²⁴⁹ Sur cette notion, cf. *supra*.

²²⁵⁰ TF, 7 septembre 2004, 4C.116/2004, ATF 130 III 699, JT 2006 I 193, SJ 2005 I 152, Pra 2005 74 576, RDAF 2005 I 496, com. Koller *in* RJB 2005 328, com. Dunand *in* DTA 2005 93, com. Martenet *in* RDS 2006 I 426 et 432, cons. 4.

²²⁵¹ Ex : contrat-type de travail fédéral du 16 janvier 1985 pour les éducateurs employés dans des foyers et internats, art. 23.

suites de la responsabilité civile et que l'employé a contribué au moins pour la moitié au paiement des primes, les droits dérivant de l'assurance appartiennent exclusivement à l'employé (art. 113 CO).

Section 1 : Les conditions de la responsabilité du travailleur

§ 1 : Circonstances susceptibles d'engager la responsabilité du travailleur

Le travailleur répond du dommage qu'il cause *intentionnellement* ou *par négligence* (art. 321e, al. 1 CO).

1245

Le régime général de la responsabilité contractuelle s'applique. En particulier, il appartient à l'employeur de prouver la violation du contrat, le dommage et le rapport de causalité²²⁵² ; pour sa part, le travailleur peut apporter la preuve libératoire de son absence de faute²²⁵³. Concrètement, l'employeur qui veut obtenir un dédommagement doit prouver des actes ou des omissions du travailleur qui soient – objectivement – contraires aux obligations contractuelles du travailleur et qui lui soient imputables à faute ; il doit aussi établir l'existence d'un lien de causalité entre eux et une altération spécifique de son propre patrimoine²²⁵⁴.

La mesure de la diligence incombant au travailleur se détermine par le *contrat*, compte tenu du *risque professionnel*, de l'*instruction* ou des *connaissances techniques nécessaires* pour accomplir le travail promis, ainsi que des *aptitudes* et *qualités* du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître (art. 321e, al. 2 CO).

1246

En ce qui concerne les connaissances professionnelles, on attend du travailleur qu'il possède celles qui sont *usuelles* pour l'activité considérée ; on n'exigera du travailleur des capacités exceptionnelles que dans des circonstances particulières²²⁵⁵. Un salarié exerçant une fonction dirigeante ou au bénéfice d'une rémunération élevée pourra ainsi se voir poser des exigences plus élevées ou être amené à répondre de façon plus large de la réalisation d'un risque professionnel²²⁵⁶. En revanche, si l'employeur ne définit pas de manière suffisamment précise et explicite les conditions d'utilisation du matériel qu'il lui remet (comme un véhicule de fonction par exemple), l'on ne saurait reprocher au travailleur d'avoir violé une obligation contractuelle²²⁵⁷.

1247

²²⁵² Cf. par exemple : TF, 4 décembre 2007, 4A_310/2007, JAR 2008 312, DTA 2008 36, cons. 6. Sur la causalité, cf. TF, 9 décembre 2002, 4C.179/2002, cons. 2.3.

²²⁵³ TF, 17 août 1998, 4C.196/1998, JAR 1999 292, cons. 3 ; TF, 15 novembre 2007, 4A_332/2007, cons. 3.1.

²²⁵⁴ TF, 23 mars 2007, 4C_8/2007, JAR 2008 177, cons. 2.

²²⁵⁵ TF, 31 juillet 2002, 4C.71/2002, DTA 2003 22, cons. 5.1.

²²⁵⁶ TF, 20 novembre 1984, ATF 110 II 344, JT 1985 I 380, SJ 1985 278, cons. 6b/ee ; TF, 31 juillet 2002, 4C.71/2002, DTA 2003 22, cons. 5.1 ; TF, 1^{er} juin 2005, 4C.103/2005, JAR 2006 253, cons. 1.2.

²²⁵⁷ TF, 7 novembre 2001, 4C.87/2001, DTA 2002 22, cons. 4b.

1248 On n'admettra pas non plus de violation du devoir de diligence lorsque les affaires de l'employeur n'ont pas prospéré autant qu'il l'aurait souhaité²²⁵⁸ ou lorsque le travailleur n'a pas atteint le but qui avait été fixé, comme par exemple l'assainissement ou la restructuration d'une entreprise déficitaire dans un certain délai²²⁵⁹. Ce n'est pas au travailleur de répondre du risque d'entreprise lorsqu'il se produit en l'absence de faute de sa part ; en effet, le travailleur est tenu d'une **obligation de moyens**, non de résultat²²⁶⁰.

1249 En outre, il ne saurait y avoir de violation contractuelle entraînant la responsabilité du travailleur lorsque l'employeur ordonne ou tolère le comportement qui a causé le dommage²²⁶¹.

Dans la même logique, la *faute concomitante de l'employeur* peut entraîner une réduction de la responsabilité du travailleur ; on peut reconnaître une telle faute concomitante notamment dans la mauvaise organisation du travail, le défaut d'instruction ou le contrôle insuffisant du travailleur²²⁶².

§ 2 : Étendue de la réparation

1250 En principe, le travailleur doit réparer intégralement le dommage²²⁶³. Toutefois, les circonstances mentionnées à l'article 321e, alinéa 2 du code des obligations peuvent également être prises en considération pour déterminer l'étendue de la réparation (cf. art. 99, al. 3, art. 42 à 44 CO), le juge disposant à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation²²⁶⁴. Selon la jurisprudence, cette disposition ne contient pas une liste exhaustive de facteurs de réduction, si bien que d'autres éléments, comme l'attitude du travailleur, peuvent intervenir²²⁶⁵.

L'importance de la faute du travailleur est donc un critère qui intervient dans la détermination de la réparation, l'absence de faute grave permettant de réduire les dommages-intérêts²²⁶⁶.

²²⁵⁸ TF, 23 mars 2007, 4C_8/2007, JAR 2008 177, cons. 2.

²²⁵⁹ TF, 31 juillet 2002, 4C.71/2002, DTA 2003 22, cons. 5.1.

²²⁶⁰ Cf. TF, 18 octobre 1999, 4C.256/1999, cons. 3b ; TF, 31 juillet 2002, 4C.71/2002, DTA 2003 22, cons. 5.1.

²²⁶¹ TF, 17 mars 2015, 4A_599/2013, cons. 3.

²²⁶² TF, 7 novembre 2001, 4C.87/2001, DTA 2002 22, cons. 4b ; TF, 1^{er} juin 2005, 4C.103/2005, JAR 2006 253, cons. 1.3.

²²⁶³ TF, 21 février 1994, 4C.304/1993, SJ 1995 777, cons. 3a ; TF, 31 juillet 2002, 4C.71/2002, DTA 2003 22, cons. 5.1.

²²⁶⁴ TF, 20 novembre 1984, ATF 110 II 344, JT 1985 I 380, SJ 1985 278, cons. 6b ; TF, 21 février 1994, 4C.304/1993, SJ 1995 777 ; TF, 31 juillet 2002, 4C.71/2002, DTA 2003 22, cons. 5.1 ; TF, 23 octobre 2006, 4C.155/2006, JAR 2007 329, cons. 7.3.1.

²²⁶⁵ TF, 23 octobre 2006, 4C.155/2006, JAR 2007 329, cons. 7.3.1 ; TF, 31 août 2007, 4A_123/2007, JAR 2008 247, DTA 2007 253, cons. 8.2.

²²⁶⁶ TF, 20 novembre 1984, ATF 110 II 344, JT 1985 I 380, SJ 1985 278, cons. 6c/dd ; TF, 23 octobre 2006, 4C.155/2006, JAR 2007 329, cons. 7.3.2.

En outre, l'article 43, alinéa 1, applicable en matière de responsabilité tant délictuelle que contractuelle, prescrit au juge de se prononcer d'après les circonstances et la gravité de la faute²²⁶⁷. De même, l'article 44, alinéa 1 permet au juge de réduire les dommages-intérêts, en particulier lorsque des faits dont la partie lésée est responsable ont contribué à créer ou à augmenter le dommage²²⁶⁸. L'ampleur de la réduction repose largement sur le pouvoir d'appréciation du juge au sens de l'article 4 du code civil²²⁶⁹.

1251

Concrètement, le montant du salaire constitue un **critère** permettant de fixer l'étendue de la réparation à la charge du travailleur²²⁷⁰, du moins lorsque la faute de celui-ci n'est pas grave et que le dommage est particulièrement important ; en effet, lorsque le salaire est élevé, on peut admettre qu'il permet dans une certaine mesure au travailleur de supporter une part du risque professionnel ; cette part diminue à mesure que le montant du salaire diminue²²⁷¹. Lorsque la rémunération est relativement modeste et que la faute du travailleur est de peu de gravité, une réduction des trois quarts de la part du dommage mise à la charge de l'employé est admissible²²⁷².

1252

Section 2 : La mise en œuvre de la responsabilité du travailleur

§ 1 : Conditions de mise en œuvre de la responsabilité

Aucuns dommages-intérêts ne peuvent être réclamés lorsque, en raison de l'attitude adoptée par l'employeur à la fin de la relation contractuelle, le travailleur a pu admettre de bonne foi que l'autre partie ne revendiquerait aucun dédommagement ; le travailleur est alors autorisé à se prévaloir d'une **remise de dette conventionnelle**²²⁷³.

1253

Le régime de responsabilité du travailleur est indépendant de celui du licenciement avec effet immédiat²²⁷⁴.

Lorsqu'un fondé de procuration (cf. art. 464, al. 1^{er} CO) exerce une activité pour des tiers en violation de son interdiction de concurrence expressément stipulée dans une clause contractuelle prohibant toute activité lucrative privée, il est tenu de restituer à son employeur le gain réalisé en application des articles 423, alinéa 1^{er} et 321b du code des obligations (par application analogique) ou de l'article 464, alinéa 2 du même code²²⁷⁵.

1254

²²⁶⁷ TF, 23 octobre 2006, 4C.155/2006, JAR 2007 329, cons. 7.3.1.

²²⁶⁸ TF, 23 octobre 2006, 4C.155/2006, JAR 2007 329, cons. 7.3.1.

²²⁶⁹ TF, 23 octobre 2006, 4C.155/2006, JAR 2007 329, cons. 7.3.1.

²²⁷⁰ TF, 22 avril 1997, ATF 123 III 257, cons. 5a.

²²⁷¹ TF, 20 novembre 1984, ATF 110 II 344, JT 1985 I 380, SJ 1985 278, cons. 6c ; TF, 7 novembre 2001, 4C.87/2001, DTA 2002 22, cons. 4b.

²²⁷² *Ibidem*.

²²⁷³ TF, 23 mars 2007, 4C_8/2007, JAR 2008 177, cons. 2.

²²⁷⁴ TF, 22 avril 1997, ATF 123 III 257, JT 1998 I 176, cons. 5a.

§ 2 : Le régime des sûretés remises par le travailleur

1255 Il arrive que le travailleur octroie à son employeur une sûreté, en garantie de la bonne exécution de ses obligations contractuelles. Ainsi, si le travailleur manque à la bonne exécution de son rapport de travail, ce qui se juge selon le régime de la responsabilité du travailleur (cf. art. 321e CO)²²⁷⁶, l'employeur pourra se payer sur la sûreté. En outre, si l'employeur fait valoir des prétentions contestées découlant du contrat de travail, il peut retenir la partie de la sûreté correspondant à ces prétentions²²⁷⁷ jusqu'à droit connu ; à la demande du travailleur, il doit toutefois consigner en justice le montant retenu (art. 330, al. 3 CO). La sûreté doit être restituée au plus tard à la fin du contrat, à moins que la date de la restitution ne soit différée par un accord écrit (art. 330, al. 2 CO).

1256 Un certain nombre de règles viennent protéger le travailleur qui a fourni une sûreté à son employeur. Premièrement, l'employeur a le devoir de **distraire** la sûreté du travailleur de son patrimoine (art. 330, al. 1 *in initio* CO). En outre, il doit fournir au travailleur une **garantie** pour sa conservation (art. 330, al. 1 *in fine* CO).

Dans la faillite de l'employeur, le travailleur peut réclamer la sûreté que l'employeur a tenue hors de son patrimoine, sous réserve des prétentions de celui-ci qui découlent du contrat de travail (art. 330, al. 4 CO).

Section 3 : Les infractions pénales du travailleur

1257 Comme tout justiciable, le travailleur doit s'abstenir de commettre une infraction pénale.

Sont en particulier réprimées la violation intentionnelle des prescriptions sur la protection de la santé (art. 60, al. 1 LTr), ainsi que la violation par négligence si elle met gravement en danger d'autres personnes (art. 60, al. 2 LTr). Dans ce cas, le travailleur est passible de l'amende (art. 61, al. 2 LTr).

²²⁷⁵ TF, 28 novembre 2011, 4A_345/2011, ATF 137 III 607, JT 2012 II 208, com. Griessen *in ius.focus* 2012 2 10, com. Schmid/Rüegg *in* RJB 2013 518.

²²⁷⁶ David Aubert, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 7 *ad* art. 330 CO.

²²⁷⁷ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 363.

Titre 2 : Les obligations de l'employeur

Les obligations de l'employeur sont le *versement de la contrepartie patrimoniale du travail* (Chapitre 1), la *protection du travailleur* (Chapitre 2) et quelques *autres obligations* (Chapitre 3).

1258

L'employeur qui méconnaît ces obligations engage sa **responsabilité** (Chapitre 4).

Chapitre 1 : Le versement de la contrepartie patrimoniale du travail

Le motif principal de l'engagement du travailleur dans un rapport de travail est l'obtention de biens qui viendront accroître son patrimoine.

1259

Dans un système capitaliste traditionnel, la rémunération est le seul avantage que reçoit le travailleur de son travail. Tout autre profit revient à l'employeur (cf. art. 321 *b* CO). Une tendance actuelle de certains employeurs consiste à pousser encore plus loin cette logique en recherchant du bénévolat de la part de leurs employés²²⁷⁸. D'autres cherchent au contraire à motiver les travailleurs par des *boni*.

La contrepartie patrimoniale du travail consiste *stricto sensu* en la **rémunération** (Section 1). Afin d'éviter toute perte patrimoniale, l'employeur doit également rembourser les **frais** encourus par le travailleur (Section 2). Enfin, le travailleur peut parfois prétendre à des **droits de propriété intellectuelle** (Section 3).

1260

Section 1 : La rémunération

Contenu. Les éléments-clefs pour le travailleur en matière de rémunération de son travail sont :

1261

- le salaire de base,
- les compléments fixes ou variables (treizième salaire, bonus, etc.),
- les suppléments (pour heures supplémentaires, travail posté, travail à la tâche, travail de nuit, le dimanche et les jours fériés etc.),

²²⁷⁸ « Urban Outfitters demande à ses salariés de travailler le week-end... gratuitement », *Le Monde*, 13 octobre 2015.

- le paiement de congés (vacances, jours fériés et autres jours de repos ou de contraintes familiales et personnelles),

- les indemnités en cas d'empêchement de travailler (cf. art. 48a, al. 1 OSE).

1262 **Obligation.** L'employeur doit payer au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou une convention collective (art. 322, al. 1 CO).

1263 **Preuve.** Le travailleur doit apporter la preuve qu'une source d'obligation oblige l'employeur à lui verser tel ou tel élément de rémunération (cf. art. 8 CC). En particulier, le travailleur qui émet des prétentions salariales doit prouver que l'employeur s'est engagé à verser les éléments de rémunération en question²²⁷⁹ ; le travailleur doit aussi prouver son taux d'occupation lorsque la rémunération est liée au temps²²⁸⁰.

En cas de doute sur la volonté des parties, le juge procède par une interprétation²²⁸¹.

Par exemple, pour que le travailleur puisse prétendre au paiement d'une commission, il doit apporter la preuve qu'une source oblige l'employeur à procéder à ce paiement. Le simple renvoi fait, dans son contrat de travail, à un règlement de commissions pour les vendeurs ne permet pas au travailleur qui occupe le poste de conseiller à la clientèle de comprendre de bonne foi que des commissions lui seront payées, notamment lorsque des politiques salariales différentes s'appliquent à chacun de ces deux types de postes²²⁸².

1264 La rémunération se présente sous différentes **formes** (§ 1) et atteint différents **montants** (§ 2).

Elle est **maintenue** dans certaines hypothèses, malgré l'absence de prestation du travailleur (§ 3). Elle est en outre **protégée** (§ 4).

Son **paiement** fait l'objet d'un certain nombre de dispositions (§ 5) et subit certains **prélèvements** (§ 6).

§ 1 : Les formes de rémunération

1265 La rémunération peut être en **espèces** ou en **nature**.

Lorsque le travailleur vit dans le ménage de l'employeur, ce dernier doit lui fournir une **nourriture** suffisante et un **logement** convenable (art. 328a, al. 1 CO).

²²⁷⁹ TF, 25 novembre 2014, 4A_483/2014, cons. 4.

²²⁸⁰ TF, 14 mai 2012, 4A_743/2011, cons. 3.4 ; TF, 30 avril 2015, 4A_127/2015, cons. 3.4.

²²⁸¹ Cf. *supra* n° 419 et s.

²²⁸² Cf. TF, 18 novembre 2015, 4A_274/2014, cons. 4.

Dans un arrêt, les juges ont même admis qu'une rémunération puisse intervenir sous la forme d'un **entretien viager à vie**. Il s'agissait d'une espèce particulière dans laquelle un médecin avait fait travailler à son service une religieuse la semaine de 7h30 à 21h et le samedi et le dimanche jusqu'au début de l'après-midi. Le médecin avait promis à la religieuse de s'occuper d'elle jusqu'à la fin de ses jours. L'ayant brutalement renvoyée, il avait cessé tout paiement. Le Tribunal fédéral a jugé que le salaire présentait deux composantes, l'une immédiate sous forme de gîte et de couvert, l'autre à effet différé, sous forme de gîte et de couvert pour la période où la religieuse ne travaillerait plus ou travaillerait moins en raison de son âge. La rupture prématurée du contrat par l'employeur rendait exigible en faveur de la travailleuse le versement d'une rente capitalisée conformément au principe d'exigibilité des créances à la fin du contrat de travail (art. 339 CO)²²⁸³.

Travail en famille. Le travail en famille, soit l'hypothèse où des membres de la famille collaborent à l'entreprise d'autres membres de la famille, présente des particularités en matière de rémunération, tant en ce qui concerne les époux, que les enfants et petits-enfants.

1266

Le droit de la famille préconise que les **époux** contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille et apportent leur contribution, notamment par des prestations en argent, du travail au foyer, des soins aux enfants ou une aide prêtée au conjoint dans sa profession ou son entreprise (art. 163 CC). Lorsqu'un époux a collaboré à la profession ou à l'entreprise de son conjoint dans une mesure notablement supérieure à ce qu'exige sa contribution à l'entretien de la famille, il a droit à une indemnité équitable (art. 165, al. 1 CC). Il s'agit d'un cas particulier de rémunération qui ne consiste qu'en une indemnité équitable. L'existence d'un véritable contrat de travail – qui est possible également entre époux – est exclusive d'une prétention en indemnité équitable (art. 165, al. 3 CC).

Les **enfants** et **petits-enfants majeurs** peuvent également prétendre à une indemnité équitable lorsque, vivant en ménage commun avec leurs parents ou grands-parents, ils leur consacrent leur travail ou leurs revenus (art. 334 CC). Cette indemnité peut être réclamée seulement au décès du bénéficiaire des prestations ou de son vivant en cas de saisie ou de faillite, quand le ménage commun cesse ou lorsque l'entreprise change de propriétaire : l'indemnité est imprescriptible mais doit être réclamée au plus tard lors du partage de la succession du débiteur (art. 334^{bis} CC).

En dehors de ces cas particuliers, les rémunérations se séparent en deux sortes : les **rémunérations à tendance contractuelle** (A) et les **rémunérations à tendance discrétionnaire** (B).

1267

Certaines formes de rémunération sont carrément **interdites** (C).

²²⁸³ TF, 18 juin 1985, ATF 111 II 260, JT 1986 I 94.

A. Les rémunérations à tendance contractuelle

1268 Les rémunérations à tendance contractuelle peuvent être fondées soit **sur le temps** (1), soit **sur la performance** (2).

1) Fondées sur le temps

1269 Les rémunérations contractuelles fondées sur le temps sont le **salaire de base** (a) et le **salaire différé** (b).

a. Le salaire de base

1270 Le « salaire de base » est le cœur de la rémunération. On appelle généralement la rémunération fixe « salaire de base », pour montrer que c'est à elle que viennent s'adjoindre des rémunérations variables conçues comme complémentaires. Mais la rémunération de base peut elle-même être variable (par exemple, une rémunération aux pièces)²²⁸⁴.

b. Le salaire différé

1271 Le salaire différé est une rémunération forfaitaire dont l'échéance est différée à la fin de l'année civile. Il est souvent appelé « treizième salaire », du moins lorsque son montant équivaut à un mois de salaire²²⁸⁵. Il convient donc de réserver la dénomination « treizième salaire » à la rétribution dont le montant et l'échéance inconditionnelle sont fixés, à l'avance, par une source d'obligation²²⁸⁶. Le treizième salaire, ainsi compris, est la rémunération fixe dont la créance naît à la fin de chaque mois de travail mais dont l'échéance est différée à la fin du semestre ou de l'année.

1272 Il s'agit d'une exception, admise par la jurisprudence, à la règle légale d'exigibilité mensuelle des rémunérations (art. 323, al. 1^{er} CO)²²⁸⁷. En définitive, le treizième salaire relève du régime général du salaire fixe²²⁸⁸ et il suit le sort du salaire de base. Le régime du treizième salaire peut aussi être précisé par la convention collective qui instaure cette rémunération²²⁸⁹.

²²⁸⁴ Cf. *infra* n° 1279 et s.

²²⁸⁵ CAPH/GE, 13 avril 2000, JAR 2001 208. Sur la notion d'échéance différée, cf. TF, 28 février 2006, 4C.426/2005, cons. 5.2 ; TF, 3 février 2009, 4A_509/2008, cons. 5.1. Pour un cas où le Tribunal fédéral applique l'adjectif « différé » à une rémunération variable obligatoire, cf. TF, 1^{er} novembre 2012, 4A_400/2012.

²²⁸⁶ Cf. TF, 1^{er} novembre 1983, ATF 109 II 447, JT 1984 I 222, SJ 1984 448, JAR 1985 141, cons. 5c ; TF, 11 octobre 1994, 4C.47/1994, JAR 1995 102, cons. 2 ; TF, 6 décembre 1995, 4C.359/1995, JAR 1997 124, cons. 2a ; TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004, DTA 2005 241, cons. 1.2.1 ; CAPH/GE, 13 avril 2000, JAR 2001 208 ; cf. également : Christoph Senti, « Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation », PJA 2002 670 et 677 ; Christoph Senti, « Zulagen, Zuschläge und 13. Monatslohn », PJA 2006 291 ; Thomas Geiser, « Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn », PJA 2001 390 ; Staehelin, N 6 *ad* art. 322d CO.

²²⁸⁷ Cf. *infra*.

²²⁸⁸ TF, 17 novembre 1994, JAR 1995 112, SJ 1995 784 ; Cour cass. civile/NE, 19 décembre 2000, RJN 2000 103, cons. 4c.

²²⁸⁹ Par exemple : art. 12 de la Convention collective nationale de travail du 6 juillet 1998 pour les hôtels, restaurants et cafés (arrêté d'extension du Conseil fédéral du 19 novembre 1998).

La règle de l'exigibilité de toutes les créances à la fin du contrat (art. 339, al. 1^{er} CO) reste toutefois applicable au treizième salaire. Ainsi, lorsque les relations contractuelles ne s'étendent pas sur l'année complète, le treizième salaire est obligatoirement dû *pro rata temporis*²²⁹⁰, c'est-à-dire « en proportion de la durée de l'engagement courue pendant la dernière année de service »²²⁹¹. En cas d'empêchement prolongé du salarié, le treizième salaire sera réduit dans les mêmes proportions que le salaire de base : il ne sera donc pas dû *pro rata temporis* lorsque le salarié ne peut plus prétendre au maintien de son salaire en application des articles 324a et 324b du code des obligations²²⁹².

1273

Un problème d'**interprétation** de la volonté des parties se pose parfois : il est généralement admis que des expressions, observées en pratique, telles que « treizième mois à titre de gratification », « une gratification équivalant à un treizième salaire », « une allocation de fin d'année équivalant à un treizième salaire », signifient que les parties conviennent d'un treizième salaire, qui devra être versé à la fin de l'année²²⁹³. La jurisprudence rappelle d'ailleurs à cet égard le principe *in dubio contra stipulatorem* : une clause peu claire s'interprète en défaveur de celui qui l'a rédigée, soit généralement en faveur du travailleur²²⁹⁴. Une gratification initialement discrétionnaire peut même être requalifiée en treizième salaire dès lors que les critères de la requalification d'une gratification discrétionnaire en rémunération contractuelle sont réunis²²⁹⁵.

1274

Le treizième salaire peut certes prendre la forme d'une **gratification contractuelle**²²⁹⁶. Dans cette hypothèse, l'employeur promet au salarié une rémunération supplémentaire, d'un montant équivalant à un mois de salaire. Il peut toutefois subordonner le paiement de cet élément de rémunération à des conditions²²⁹⁷. Le régime de la gratification contractuelle conditionnelle est alors applicable²²⁹⁸.

Calcul du treizième salaire en présence d'une rémunération variable. Le treizième salaire est, par nature, **forfaitaire** et **non variable**. Cependant, la question de la variabilité du treizième salaire se pose dès lors que le salaire mensuel varie durant l'année qui précède l'octroi du treizième salaire. Comment le treizième salaire sera-t-il calculé lorsque la rémunération mensuelle est variable ? Il faut distinguer selon que le salaire de base a évolué parce qu'il a connu une augmentation définitivement acquise

1275

²²⁹⁰ TF, 1^{er} novembre 1983, ATF 109 II 447, JT 1984 I 222, SJ 1984 448, JAR 1985 141, cons. 5c ; TF, 6 décembre 1995, JAR 1997 124 ; Gewerbliches Schiedsgericht/BS, 9 février 1979, JAR 1981 253.

²²⁹¹ Duc/Subilia, N 4 *ad* art. 322d CO.

²²⁹² TF, 17 novembre 1994, JAR 1995 112, SJ 1995 784.

²²⁹³ TC/NE, 7 février 1987, RJN 1987 55, JAR 1989 243 ; CAPH/GE, 12 mars 1991, JAR 1992 131 ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, p. 94.

²²⁹⁴ TF, 14 décembre 1994, JAR 1995 214 ; TF, 6 décembre 1995, JAR 1997 127.

²²⁹⁵ Cf. *infra* sur le régime de la gratification.

²²⁹⁶ Sur cette notion, cf. *infra*.

²²⁹⁷ TF, 27 octobre 2004, 4C.290/2004, cons. 4.3.

²²⁹⁸ Cf. *infra*.

durant l'année en question ou que la rémunération de base elle-même comporte une part variable.

- 1276 Dans la première hypothèse et lorsque le treizième mois correspond à un mois de salaire, la solution la plus simple consiste à additionner tous les salaires mensuels versés durant l'année, à diviser cette somme par douze, et à considérer que le treizième salaire est égal au quotient de cette division²²⁹⁹.

Lorsque la rémunération de base est elle-même variable, le treizième salaire se calcule d'après la moyenne des rémunérations mensuelles²³⁰⁰. Au niveau de la base de calcul toutefois, le treizième salaire est calculé à partir des salaires mensuels, et l'employeur peut choisir de tenir compte ou non des rémunérations exceptionnelles. En vertu du principe de liberté contractuelle, il est donc possible d'exclure contractuellement, en tout ou partie, la rémunération variable de la base de calcul du treizième salaire²³⁰¹.

2) Fondées sur la performance

- 1277 La rémunération contractuelle peut être fondée sur la **performance individuelle (a)** ou sur la **performance collective (b)**.

a. Performance individuelle

- 1278 Les rémunérations contractuelles fondées sur la performance individuelle sont le **salaire aux pièces** et le **salaire à la tâche** (1°), la **provision**, autrement appelée **commission**, (2°) et la **rémunération sur objectifs** (3°).

1° Salaire aux pièces et salaire à la tâche

- 1279 **Mécanismes.** La rémunération aux pièces et la rémunération à la tâche sont acquises au salarié dès qu'il a créé une pièce ou effectué une tâche en respectant les consignes de l'employeur²³⁰².

La **rémunération aux pièces** se calcule de façon quantitative : on détermine préalablement une unité de mesure, à laquelle on attribue une valeur en argent. À la fin de la période prévue, on constate le nombre d'unités de mesure à mettre au bénéfice du salarié et on multiplie ce nombre par la valeur de chaque unité. La rémunération équivaldra au produit de cette multiplication.

La **rémunération à la tâche** obéit à la même logique : un peu à l'image du mandataire, le salarié payé à la tâche ne perçoit de rémunération qu'en fonction de la tâche qu'il a accomplie.

²²⁹⁹ On peut aussi multiplier le montant du salaire annuel par le coefficient 0,0833 (Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, p. 94).

²³⁰⁰ TF, 21 février 2002, 4C.301/2001, cons. 4.

²³⁰¹ Il faut encore préciser que, du point de vue **procédural**, le juge cantonal ne peut débouter le salarié de ses conclusions en paiement du treizième salaire du seul fait qu'il n'aurait pas calculé expressément le montant de ce treizième salaire : TF, 21 février 2002, 4C.301/2001, cons. 4.

²³⁰² Cf. notamment : TC/VS, 5 avril 2005, RVJ 2006 179, cons. 3a.

Histoire, sources et critiques actuelles. La rémunération aux pièces et la rémunération à la tâche représentent la quintessence de la rémunération **au rendement**. Pendant longtemps, ces rémunérations furent le mode de rémunération le plus courant dans l'industrie. Considérées comme la forme idéale de rémunération aux yeux de nombreux industriels de la fin du XIX^e siècle en raison de leur caractère puissamment incitatif, elles étaient en vigueur dans les ateliers occupant des ouvriers de métier et pour le travail à domicile²³⁰³. Si ce type de rémunération peut paraître assez objectif, voire égalitaire, et permet de garantir une certaine autonomie du travailleur²³⁰⁴, on a souligné aussi ses effets pervers tels que l'incitation à des cadences de travail excessives et dangereuses²³⁰⁵. Par ailleurs, la médecine du travail a constaté les effets néfastes sur la santé de ce type de rémunération²³⁰⁶. L'employeur, quant à lui, s'expose au risque de voir le salarié s'en tenir au « service minimum », en cherchant à réaliser chaque pièce de la façon la moins fatigante possible, au détriment parfois de la qualité²³⁰⁷. Cette sorte de rémunération peut même entraîner des effets pervers, néfastes à la qualité des produits de l'entreprise. Ainsi dans une entreprise de télécommunication où les informaticiens étaient payés à la ligne de programme écrit, les programmes sont devenus inutilement longs²³⁰⁸. Pourtant, ce type de rémunération n'a jamais quitté le code des obligations (cf. art. 319, al. 1^{er} CO), même si l'on constate que son usage tend à diminuer²³⁰⁹. Ainsi, cette sorte de rémunération paraît davantage « admise »²³¹⁰ que souhaitée. On voit d'ailleurs qu'une législation récente comme l'ordonnance sur les travailleurs détachés se réfère au salaire au temps et non à un quelconque salaire aux pièces lorsqu'elle donne la définition de la « rémunération minimale » en son article 1^{er}, signe probable de la diminution de l'intérêt du législateur pour cette forme de rémunération.

Régime. Le risque majeur du salaire aux pièces ou à la tâche consiste en l'absence de travail confié. Aussi la loi prévoit-elle un garde-fou : lorsqu'en vertu du contrat le travailleur est rémunéré exclusivement aux pièces ou à la tâche pour un seul employeur, celui-ci doit lui fournir du travail en quantité suffisante (art. 326, al. 1 CO).

²³⁰³ Michel Lallement, *Le travail. Une sociologie contemporaine*, Paris, Gallimard, 2007, pp. 151-152.

²³⁰⁴ Cf. l'expression de Bernard Mottez : les salariés payés à la pièce sont comme des « entrepreneurs aux petits pieds » (in *La Sociologie industrielle*, Paris, Presses Universitaires de France, 1971).

²³⁰⁵ Dans ce cas, la rémunération pourrait être illicite : cf. *supra*.

²³⁰⁶ Thomas Geiser, « Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn », PJA 2001 385.

²³⁰⁷ Joseph Stiglitz, *Freefall*, (1^e éd. 2010), trad. fr. *Le Triomphe de la cupidité* par P. Chemla, Paris, Les Liens qui libèrent, 2010, p. 256 : « [Lorsque] les travailleurs sont payés sur la base d'un salaire à la pièce et qu'ils ont la moindre marge de manœuvre (c'est presque toujours le cas), ils [fabriquent] les produits les plus lamentables qui puissent "passer" sans leur causer de problèmes. »

²³⁰⁸ Exemple donné par Maya Bacache-Beauvallet, « Incitations et désincitations : les effets pervers des indicateurs », *La Vie des idées* 22 février 2008.

²³⁰⁹ Cf. Frank Emmel, « Besondere Regeln für die Akkordlohnarbeit », *Neue Zürcher Zeitung*, 16 février 2007 : « Aufgrund technischer und arbeitsorganisatorischer Entwicklungen verliert sie zunehmend an Bedeutung. » Cf. Michel Lallement, *Le travail. Une sociologie contemporaine*, Paris, Gallimard, 2007, p. 122.

²³¹⁰ Tercier/Bieri/Carron, p. 383.

Elle rappelle également que le salaire au temps est la norme à laquelle il est possible de revenir nonobstant des stipulations contractuelles contraires : ainsi, l'employeur peut charger le travailleur d'un travail payé au temps lorsque les conditions de l'exploitation l'exigent momentanément ou qu'il se trouve, sans faute de sa part, dans l'impossibilité de fournir le travail aux pièces ou à la tâche prévu par le contrat (art. 326, al. 2 CO). Dans cette hypothèse, si le salaire payé au temps n'est pas fixé dans un accord, un contrat-type de travail ou une convention collective, l'employeur doit verser au travailleur l'équivalent du salaire moyen aux pièces ou à la tâche qu'il gagnait jusqu'alors (art. 326, al. 3 CO). En outre, l'employeur qui ne peut pas fournir suffisamment de travail aux pièces ou à la tâche ni de travail payé au temps, n'en reste pas moins tenu, conformément aux dispositions sur la demeure, de payer le salaire qu'il devrait verser pour du travail payé au temps (art. 326, al. 4 CO).

L'autre risque réside dans la méconnaissance par le travailleur du taux de sa rémunération. Là aussi la loi vise à le protéger en disposant que lorsqu'en vertu du contrat le travailleur travaille aux pièces ou à la tâche, l'employeur doit lui indiquer le taux du salaire avant le début de chaque travail (art. 326a, al. 1 CO). Si l'employeur omet de donner ces indications, il paye le salaire selon le taux fixé pour un travail identique ou analogue (art. 326a, al. 2 CO).

2° *Provision / commission*

aa. Définition

- 1282 La provision se définit comme « la participation [...] du [salarié] à la valeur que représentent les affaires qu'il a conclues ou dont il a préparé la conclusion »²³¹¹. Autrement dit, la provision est la rémunération que le salarié reçoit à titre complémentaire au prorata des affaires qu'il a permis de conclure avec des tiers²³¹². La provision est calculée par l'application d'un pourcentage à un montant prédéterminé. Ce montant est généralement le prix de l'affaire à la conclusion de laquelle le salarié a contribué²³¹³.
- 1283 En pratique, des contrats de travail logeant une clause qui institue une provision se rencontrent souvent dans le domaine de la vente²³¹⁴. Mais la provision est parfois convenue avec des personnes exerçant une tâche de direction²³¹⁵. Le contrat d'agence connaît également la provision (cf. art. 418g à 418l CO) et la rémunération du courtier présente une forme analogue (cf. art. 413 CO)²³¹⁶. Selon la jurisprudence, dans tous

²³¹¹ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 325 ; cf. également Christoph Senti, « Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation », PJA 2002 671 ; David Aubert, *Le contrat de travail des voyageurs de commerce*, Lausanne, Éditions Bis et Ter, 2010, p. 188.

²³¹² TF, 19 mars 2002, 4C.390/2001, ATF 128 III 174, JT 2003 I 28, JAR 2003 207, cons. 2b ; TF, 17 janvier 2006, 4C.352/2005, cons. 2.1.2 ; TF, 3 juillet 2008, 4A_498/2007, cons. 4.2.1.

²³¹³ Cf. Thomas Geiser, « Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn », PJA 2001 387.

²³¹⁴ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 325.

²³¹⁵ TF, 24 novembre 1964, ATF 90 II 483, JT 1965 I 254, cons. 2 ; TF, 19 mars 2002, 4C.390/2001, ATF 128 III 174, JT 2003 I 28, JAR 2003 207, cons. 2b.

²³¹⁶ Cf. TF, 16 octobre 2012, 4A_401/2012, cons. 4.

ces contrats, le mode de rémunération répond au même but économique : il s'agit de motiver le contractant à procurer des affaires, en le récompensant selon les résultats obtenus²³¹⁷. À l'heure actuelle, la provision semble donc s'étendre et l'on voit des parties recourir à cette institution y compris dans des domaines qui ne sont pas considérés comme commerciaux par nature²³¹⁸.

bb. Régime

aaa. Naissance du droit à provision

Aux termes de la loi, s'il est convenu que le travailleur a droit à une provision sur certaines affaires, elle lui est acquise dès que l'affaire a été valablement conclue avec le tiers (art. 322b, al. 1 CO).

1284

Les parties sont libres de déterminer les « affaires » sur lesquelles portera la provision. En revanche, elles ne peuvent prévoir un système de naissance du droit à provision moins favorable au travailleur que le système légal (cf. art. 362, al. 1^{er} CO). Le moment de naissance du droit à la provision stipulée est donc au plus tard le moment de la **conclusion de l'affaire** avec le tiers, sous réserve de la **validité** de cette conclusion.

En cas de contrats d'assurance ou d'affaires comportant une exécution par prestations successives, un accord écrit peut prévoir que le droit à la provision s'acquiert lors de l'exigibilité de chaque acompte ou à chaque prestation (art. 322b, al. 2 CO).

Selon la jurisprudence, il doit exister un rapport de causalité entre l'activité du salarié et la conclusion de l'affaire²³¹⁹. Autrement dit, l'activité du travailleur doit apparaître, sauf convention contraire, comme une **cause** de la conclusion du contrat²³²⁰.

1285

Il a été jugé qu'en l'absence de toute clause contractuelle fixant d'autres règles, on ne pouvait pas imaginer que l'employeur se fût engagé à verser une provision sur toute affaire conclue, y compris sur les affaires qui n'avaient pas été procurées par l'activité du travailleur²³²¹. Une interprétation contraire reviendrait à ignorer le but économique de la provision, qui est de motiver le travailleur et de l'intéresser au résultat de son travail²³²².

²³¹⁷ TF, 19 mars 2002, 4C.390/2001, ATF 128 III 174, JT 2003 I 28, JAR 2003 207, cons. 2b ; TF, 17 janvier 2006, 4C.352/2005, cons. 2.1.2.

²³¹⁸ Exemple dans TF, 17 mai 2011, 4A_121/2011, cons. A (pour un médecin dans une clinique, la commission étant fonction du chiffre d'affaires généré par le médecin et des prestations facturées par la clinique sur prescription du médecin salarié : plus le médecin prescrit de soins médicaux à effectuer par le patient dans la clinique, plus sa rémunération variable est élevée).

²³¹⁹ TF, 19 mars 2002, 4C.390/2001, ATF 128 III 174, cons. 2b ; TF, 9 mars 2010, 4A_637/2009, DTA 2010 49, cons. 2.1.2.

²³²⁰ TF, 19 mars 2002, 4C.390/2001, ATF 128 III 174.

²³²¹ *Ibidem*.

²³²² *Ibidem*.

1286 Lorsque plusieurs travailleurs ont participé ensemble à la négociation d'une même affaire, un auteur estime que le travailleur ne peut prétendre à une provision que s'il a apporté une contribution déterminante²³²³, mais on peut parfaitement se contenter d'un rapport de causalité, même concurrent²³²⁴.

1287 La provision est généralement calculée par l'application d'un pourcentage à un montant prédéterminé. Ce montant sera généralement le prix de l'affaire dont le salarié a contribué à la conclusion. Il est souvent nécessaire d'interpréter la clause contractuelle pour déterminer ce à quoi le travailleur peut prétendre²³²⁵. S'il prétend que son salaire variable aurait dû être calculé autrement que ne l'a fait son employeur, le travailleur doit en apporter la preuve²³²⁶. Lorsque la clause contractuelle ne précise pas les conditions du droit à la provision, il convient de se référer à l'article 322b du code des obligations pour compléter, dans la mesure du possible, la convention des parties²³²⁷.

bbb. Extinction du droit à provision

1288 Le droit à la provision s'éteint lorsque l'employeur n'exécute pas l'affaire sans faute de sa part ou si le tiers ne remplit pas ses obligations ; si l'inexécution n'est que partielle, la provision est réduite proportionnellement (art. 322b, al. 3 CO).

On ne peut pas parler de non-exécution de l'affaire sans faute de l'employeur lorsque le retour de la marchandise découle de la négligence ou d'autres motifs imputables à l'employeur²³²⁸. La même règle s'applique à la résiliation mutuelle et volontaire du contrat. La provision reste due. De même, la résiliation par l'employeur en raison d'une pure opportunité d'affaires (« *Kulanz* ») ne constitue pas un motif suffisant pour faire tomber la provision²³²⁹.

1289 Il en va autrement lorsque les parties résilient le contrat pour prévenir une invalidation vraisemblable, pour vice de la volonté, avec de bons motifs à l'appui²³³⁰. En outre, la résiliation mutuelle n'est pas volontaire lorsque l'employeur, en concluant un contrat d'assurance ou en s'y tenant, s'expose au risque d'être entraîné dans une opération illégale et de voir son nom mêlé à une escroquerie. Dans ce cas, la perte du droit à la provision se justifie²³³¹.

²³²³ Staehelin, N 4 *ad* art. 322b CO.

²³²⁴ Rehbindler/Stöckli, N 6 *ad* art. 322b CO.

²³²⁵ Pour un exemple, cf. TF, 7 septembre 2015, 4A_64/2015, cons. 4.

²³²⁶ TF, 23 septembre 2016, 4A_324/2016, cons. 4 et 5.

²³²⁷ TF, 19 mars 2002, 4C.390/2001, ATF 128 III 174, cons. 2b.

²³²⁸ TF, 13 juin 2008, 4A_163/2008, DTA 2008 194, com. Geiser *in* PJA 2010 120, cons. 3.2.2.

²³²⁹ *Ibidem*.

²³³⁰ *Ibidem*.

²³³¹ TF, 13 juin 2008, 4A_163/2008, DTA 2008, 194, cons. 5.2.

ccc. Décompte et renseignements

Si le travailleur n'est pas tenu par le contrat d'établir un relevé de ses provisions, l'employeur lui remet à chaque échéance un décompte indiquant les affaires qui donnent droit à une provision (art. 322c, al. 1 CO). L'employeur fournit les renseignements nécessaires au travailleur ou, à sa place, à un expert désigné en commun ou par le juge ; il autorise le travailleur ou l'expert à consulter les livres et les pièces justificatives dans la mesure où le contrôle l'exige (art. 322c, al. 2 CO)²³³².

1290

En cas de refus de coopération de l'employeur, le montant de la provision due sera déterminé par appréciation du juge (cf. art. 42 CO). Selon la jurisprudence, l'application de cette disposition suppose toutefois que, d'après la nature de la prétention, une preuve stricte ne soit pas possible ou ne puisse être exigée ; la partie qui supporte le fardeau de la preuve doit, dans la mesure du possible, alléguer et prouver toutes les circonstances propres à établir les faits dont elle se prévaut ; lorsque la partie adverse conteste des allégués qui en soi paraissent cohérents, elle peut à son tour devoir exposer des faits pertinents de manière claire et détaillée pour permettre l'administration de preuves²³³³. En d'autres termes, lorsque la prétention porte sur le paiement de provisions et que l'employeur n'a pas rempli son obligation d'établir des décomptes au sens de l'article 322c du code des obligations, le travailleur se trouve privé des moyens d'étayer sa prétention ; il appartient alors à l'employeur de contester la prétention de manière détaillée en fournissant notamment des indications explicites quant aux éléments de calcul²³³⁴.

1291

ddd. Protection du travailleur payé au moyen de provisions

L'article 349a, alinéa 2 du code des obligations énonce qu'un accord écrit prévoyant que le salaire consiste exclusivement ou principalement en une provision n'est valable que si cette dernière constitue une rémunération convenable des services du voyageur de commerce. Cette disposition vise à éviter l'exploitation du voyageur de commerce par le biais d'une rémunération insuffisante sous forme de provisions²³³⁵. Toutefois, elle ne vise pas à garantir au voyageur un salaire minimum indépendamment de ses prestations. S'il reçoit un salaire trop faible et que cette circonstance soit imputable non pas à un accord prévoyant des provisions trop basses, mais à des prestations de travail insuffisantes, le voyageur ne peut pas se prévaloir de ce régime²³³⁶.

1292

L'effet protecteur de l'article 349a, alinéa 2 doit être appliqué par analogie à tous les travailleurs payés principalement par provisions²³³⁷.

²³³² Sur ce régime, cf. *infra*.

²³³³ TF, 25 novembre 2014, 4A_483/2014, cons. 5.1 et 5.2.

²³³⁴ TF, 25 novembre 2014, 4A_483/2014, cons. 5.3.

²³³⁵ TF, 2 novembre 2005, 4C.265/2005, DTA 2006 110, cons. 3.

²³³⁶ *Ibidem*.

²³³⁷ TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, cons. 5.1.

cc. Provision et résiliation du rapport d'emploi

- 1293 Lorsque le contrat de travail prend fin, le juge doit d'abord interpréter les déclarations des parties quant au paiement d'une éventuelle provision²³³⁸. Il a été jugé que le travailleur ne pouvait pas raisonnablement supposer qu'il aurait droit à des provisions pour des affaires qui seraient conclues postérieurement à la date du début de la dispense de l'obligation de travailler, « puisqu'il ne pouvait plus participer à (ces ventes), dès l'instant où il avait accepté, depuis ce même terme, d'être libéré d'accomplir toutes prestations de travail »²³³⁹.
- 1294 En outre, il existe une règle spéciale concernant le délai de résiliation du voyageur de commerce payé au moyen d'une provision : lorsque la provision constitue au moins un cinquième du salaire et qu'elle est soumise à des fluctuations saisonnières importantes, le voyageur de commerce qui est engagé depuis la fin d'une saison ne peut être congédié pendant la saison suivante que pour la fin du deuxième mois après la résiliation du contrat (art. 350, al. 1^{er} CO). Dans les mêmes circonstances, le voyageur de commerce qui a été occupé jusqu'à la fin d'une saison peut résilier le contrat jusqu'au début de la saison suivante, mais uniquement pour la fin du deuxième mois après la résiliation (art. 350, al. 2 CO). Ce délai spécial a vocation à protéger, d'une part, le salarié qui a reçu une rémunération plus faible entre les deux saisons et, d'autre part, l'employeur qui a versé une rémunération plus élevée pendant la haute saison²³⁴⁰.
- 1295 L'article 350a, alinéa 1 énonce qu'à la fin des rapports de travail, le voyageur de commerce a droit à la provision sur toutes les affaires qu'il a conclues ou négociées, ainsi que sur toutes les commandes transmises à l'employeur jusqu'à la fin des rapports de travail, quelle que soit la date de leur acceptation et de leur exécution. Contrairement à ce que la tournure de sa version allemande pourrait laisser penser, cette disposition ne règle pas l'exigibilité de la provision, mais l'étendue du droit à la provision à la fin des rapports de travail ; les parties peuvent donc convenir de reporter l'exigibilité des provisions conformément à l'article 339, alinéa 2²³⁴¹.
- 1296 Comment articuler les règles en apparence contradictoires de l'article 350a, alinéa 1 et de l'article 322b, alinéa 3 sur l'extinction de la provision²³⁴² ? Trois possibilités sont envisageables :
- l'article 350a aurait pour effet de sceller le droit à la provision au moment où les rapports de travail prennent fin et d'exclure une extinction ultérieure de ce droit ; l'article 322b, alinéa 3 ne s'appliquerait donc pas au-delà de la fin du contrat liant

²³³⁸ Pour un exemple : TF, 9 mars 2010, 4A_637/2009, DTA 2010 49, cons. 2.1.3.

²³³⁹ *Ibidem*.

²³⁴⁰ Gabriel Aubert, in CR-CO I, N 1 ad art. 350 CO.

²³⁴¹ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 274 et s. ; TF, 17 décembre 1990, ATF 116 II 700, cons. 4 ; TF, 15 octobre 2015, 4D_25/2015, cons. 2.2.

²³⁴² Cf. *supra*.

l'employeur au voyageur de commerce²³⁴³, ce qui permettrait une liquidation rapide et définitive des rapports afin d'éviter tout litige subséquent²³⁴⁴ ;

- l'article 350a ne ferait pas obstacle à une extinction du droit à la provision sur le fondement de l'article 322b, alinéa 3²³⁴⁵ ;

- il existerait une possibilité de repousser l'exigibilité de la provision du voyageur de commerce, aux conditions de l'article 339, alinéa 2²³⁴⁶. Un tel procédé n'aurait de sens selon la doctrine que si les provisions payées pour des affaires finalement inabouties devaient être déduites du compte de provision du voyageur de commerce²³⁴⁷. En effet, il n'existerait aucun motif de traiter le voyageur de commerce plus favorablement que les autres travailleurs également rémunérés à la provision²³⁴⁸.

Le Tribunal fédéral n'a pas tranché définitivement cette question, mais il a considéré qu'il n'était pas arbitraire de retenir la dernière solution²³⁴⁹.

3° **Rémunération sur objectifs**

La rémunération sur objectifs est une rémunération variable contractuelle dont le montant, déterminé en fonction de critères prévus à l'avance, vise à rémunérer la performance individuelle du travailleur. Ce système est dénommé de différentes manières en pratique, celle de « bonus » s'étant largement répandue depuis une dizaine d'années. Nous avons choisi de l'appeler « rémunération sur objectifs », pour souligner son caractère spécifique²³⁵⁰. En effet, le terme « bonus » recouvre plusieurs réalités juridiques différentes. Quant à l'expression « forme particulière de provisions arrêtées en fonction du bénéfice » utilisée par les prud'hommes genevois dans une affaire²³⁵¹, elle nous paraît excessivement compliquée.

1297

Historiquement, ce type de rémunération variable ne fut pas envisagé spécifiquement, ni par le législateur de 1881, ni par celui de 1911, ni par celui de 1971. Aujourd'hui, le concept de « *pay for performance* » s'est pourtant répandu et les éléments de rémunération dont la variabilité est fonction d'objectifs ont gagné en importance²³⁵². La pratique révèle une tendance à la prolifération de ce type de rémunération²³⁵³, qui

1298

²³⁴³ Tercier/Bieri/Carron, p. 446 ; Thomas Pietruszak, *Kurzkomentar OR*, Honsell, 2008, N 4 ad art. 350a CO.

²³⁴⁴ David Aubert, *Le contrat de travail des voyageurs de commerce*, Lausanne, Éditions Bis et Ter, 2010, N 1647-1649 et 1662 ss).

²³⁴⁵ Frank Emmel, in Claire Huguenin/Markus Müller-Chen/Daniel Girsberger (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2012, N 1 ad art. 350a CO.

²³⁴⁶ TF, 17 décembre 1990, ATF 116 II 700.

²³⁴⁷ Rehbindler/Stöckli, N 5 ad art. 350a CO ; Streiff/von Känel/Rudolph, p. 1394.

²³⁴⁸ Staehelin, N 5 ad art. 350a CO.

²³⁴⁹ TF, 15 octobre 2015, 4D_25/2015, cons. 2.

²³⁵⁰ Cette sorte de rémunération est parfois dénommée « *unechter Leistungslohn* » : Portmann/Stöckli, N 250.

²³⁵¹ CJ/GE, 30 mai 2012, CAPH/117/2012, cons. 3.4.

concerne diverses catégories d'employés²³⁵⁴. Elle est de plus en plus populaire dans les entreprises car elle représente une façon de mettre en œuvre la théorie économique dite des « *goal-setting* »²³⁵⁵ et celle dite des « incitations » ; ces théories considèrent l'individualisation de la rémunération comme une pratique indispensable à l'efficacité économique²³⁵⁶. Certains économistes, comme Josef Stiglitz ou Daniel Cohen, ont toutefois pointé les effets négatifs de la « distorsion des incitations »²³⁵⁷ tout comme Maya Bacache-Beauvallet, qui montre comment un indicateur peut devenir source d'effets pervers²³⁵⁸. En Corée, des manifestations ont eu lieu pendant lesquelles les travailleurs ont demandé notamment la fin de la rémunération au résultat. D'après les manifestants, la mise en place de ce genre de rémunération n'est qu'un prétexte pour faciliter les licenciements²³⁵⁹.

aa. Définition

1299

La rémunération sur objectifs est directement liée à la prestation fournie par le salarié. Il s'agit d'une forme de rémunération de la performance (*Leistungslohn*)²³⁶⁰. Elle

²³⁵² Bruno S. Frey/Margrit Osterloh (édit.), *Managing Motivation, Wie Sie die neue Motivationsforschung für Ihr Unternehmen nutzen können*, Wiesbaden, Gabler, 2000, pp. 76 et s. ; Franziska Bächler, *Vergütungen von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern in Banken*, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2012, pp. 148 et s.

²³⁵³ Pour un exemple, cf. TF, 15 mars 2006, 4C.419/2005 ; cf. également René Hirsiger, *Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis*, Berne, Stämpfli, 2011, p. 6.

²³⁵⁴ On avait pu penser initialement que ce genre de rémunération serait réservé aux cadres dirigeants (cf. Claus Hutterli, *Der leitende Angestellte im Arbeitsrecht*, Berne, Stämpfli, 1984, p. 55). En pratique, son domaine n'a cessé de s'étendre à des catégories de salariés toujours plus diverses.

²³⁵⁵ René Hirsiger, *op. cit.*, pp. 8-9.

²³⁵⁶ Cf. Cécile Aubert/Thérèse Aubert-Monpeyssen, *L'Individualisation de la rémunération : approches économiques et juridiques*, Rapport préparé pour la CFE-CGC, mars 2005, notamment p. 10.

²³⁵⁷ Joseph Stiglitz, *Freefall*, (1^{re} éd. 2010), trad. fr. *Le Triomphe de la cupidité* par P. Chemla, Paris, Les Liens qui libèrent, 2010, pp. 255-257 : les cadres dirigeants rémunérés par exemple par des stock-options ayant une incitation à faire tout ce qu'ils peuvent pour que le cours de l'action de leur entreprise monte risquent d'être amenés à manipuler les bilans – notamment en transférant hors bilan des pertes potentielles –, afin d'augmenter les profits annoncés, en vue de faire monter le cours de l'action de leur entreprise. D'après Stiglitz, les dirigeants « savaient que plus les profits [seulement] annoncés étaient élevés, plus les cours allaient monter, et ils savaient aussi qu'il était facile de tromper les marchés ».) ; Daniel Cohen, *Homo economicus, prophète (égare) des temps nouveaux*, Paris, Albin Michel, 2012, p. 13 : « En multipliant les primes, en aiguisant parfois la rivalité entre leurs propres employés, les firmes [...] font disparaître la valeur travail : le souci de bien faire, la recherche de l'approbation de ses collègues. »

²³⁵⁸ Ce phénomène, appelé « incomplétude du contrat incitatif » est dû au fait qu'on ne peut pas spécifier dans le contrat tout ce qu'on souhaite de l'agent dans tous les cas de figure. On pourrait penser que les mesures subjectives sont exemptes de telles contradictions. Mais l'évaluation subjective a aussi des effets pervers (biais pour une évaluation complaisante du chef incité à garder de bons rapports avec ses subordonnés, biais vers la moyenne qui fait que tous les salariés tournent autour de la même évaluation, biais vers les « *yes-men* », ces salariés qui disent « oui » à tout pour plaire à leur chef) : Maya Bacache-Beauvallet, « Incitations et désincitations : les effets pervers des indicateurs », *La Vie des idées* 22 février 2008 ; Maya Bacache-Beauvallet, *Les Stratégies absurdes. Comment faire pire en croyant faire mieux*, Paris, Éditions du Seuil, 2009. Pour une synthèse en langue allemande, cf. René Hirsiger, *Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis*, Berne, Stämpfli, 2011, pp. 26-34.

²³⁵⁹ Kim Young-ha, in *Hankyoreh*, 13 novembre 2016, trad. fr. « Ne retenez pas votre colère », *Courrier international*, 24 novembre 2016.

²³⁶⁰ Cf. René Hirsiger, « Ausgewählte Einzelfragen zu vereinbarten Leistungszielen im Einzelarbeitsverhältnis », *ArbR* 2011 87.

comporte donc deux éléments : une clause d'objectifs, par laquelle des objectifs sont assignés au travailleur ; une clause de variation de la rémunération, qui précise dans quelle mesure varie le montant dû au salarié au titre de cet élément de rémunération. On peut par exemple imaginer une clause d'objectifs stipulant que le salarié touchera 100 % d'un montant déterminé s'il amène cinq nouveaux clients à l'entreprise, 50 % s'il en amène trois, 25 % s'il en amène deux, et ainsi de suite²³⁶¹.

La rémunération sur objectifs se distingue²³⁶² :

1300

- de la **participation**, en ce sens qu'elle ne ressortit pas à la performance globale de l'entreprise mais à celle du salarié. Elle recouvre donc la notion de *Leistungslohn* plutôt que celle d'*Erfolgslohn*²³⁶³ ;

- de la **provision** et du **salaire aux pièces** ou **à la tâche**, en ce sens qu'il ne s'agit pas d'une rémunération à l'acte effectué, mais de la création d'une **interdépendance** entre l'atteinte de certains objectifs et le montant de la rémunération. C'est donc la globalité de la rémunération sur objectifs qui est affectée, à **proportion** de la performance ; à l'inverse, pour la provision, le salaire aux pièces ou à la tâche, la rémunération finale du salarié sera la **somme** des pourcentages acquis par la conclusion d'affaires, les pièces produites ou les tâches effectuées au profit de l'employeur ;

- de la **gratification contractuelle**, dans laquelle les éléments de détermination du montant dû ne sont pas entièrement contractualisés²³⁶⁴ : dans la rémunération sur objectifs, il n'existe plus de liberté d'appréciation de l'employeur²³⁶⁵. Dans la pratique, on voit certains employeurs proposer à leurs salariés une structure de rémunération comprenant une part variable qui est fonction de l'atteinte par le salarié d'objectifs prédéterminés et d'une appréciation discrétionnaire. Dès lors que le calcul du montant dû au salarié au titre de la part variable est purement objectif, cette rémunération — souvent appelée « bonus structuré »²³⁶⁶ — ne peut être qualifiée de gratification au sens de l'article 322d du code des obligations²³⁶⁷. Il s'agit d'une rémunération sur objectifs²³⁶⁸, c'est-à-dire d'une rémunération entièrement contractuelle. La difficulté consiste donc à faire le départ entre la gratification contractuelle et la rémunération sur

²³⁶¹ Cf. également : Philippe Carruzzo, *La Rémunération du travailleur et le remboursement des frais*, Genève, Fédération des entreprises romandes, 2007, p. 72. Pour d'autres séries d'exemples, cf. Hans-Peter Egli, « Les bonus vus sous l'angle juridique », *Employeur suisse*, 26 février 2009, p. 39 ; Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001 65-66.

²³⁶² Pour d'autres distinctions, plus générales, à l'égard des contrats de mandat, d'entreprise et de société, cf. René Hirsiger, *Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis*, Berne, Stämpfli, 2011, pp. 39 et s.

²³⁶³ Sur ces notions, cf. Franziska Bächler, *Vergütungen von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern in Banken*, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2012, pp. 119-120.

²³⁶⁴ Cf. également : Marie-Gisèle Danthe, in Commentaire Dunand/Mahon, N 18 ad art. 322d CO.

²³⁶⁵ TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, ATF 139 III 155, cons. 3.3.

²³⁶⁶ Pour un exemple : TF, 6 juin 2006, 4C.97/2006, DTA 2006 271-272, JAR 2007 270.

²³⁶⁷ Streiff/von Känel/Rudolph, N 2 ad art. 322d CO.

²³⁶⁸ Cf. TF, 25 octobre 2004, 4C.212/2004, cons. 2. Pour un exemple où le Tribunal fédéral n'a pas clairement distingué les deux sortes de rémunération : TF, 20 décembre 2011, 4A_705/2011, DTA 2012 161, JAR 2012 402.

objectifs. C'est l'interprétation de l'accord des parties qui doit faire pencher la balance²³⁶⁹, quitte à distinguer plusieurs éléments de rémunération au sein d'un « bonus » générique.

bb. Régime

- 1301 La rémunération sur objectifs étant une rémunération entièrement contractuelle, elle suit le régime du **salaire de base**²³⁷⁰. Elle est due *pro rata temporis* en cas de résiliation des rapports de travail en cours d'année²³⁷¹ ; la clause qui ferait dépendre le paiement de la rémunération sur objectifs de l'absence de résiliation du contrat en cours d'année et celle qui exclurait un paiement *pro rata temporis* de la rémunération sur objectifs sont **nulles**²³⁷², puisque ce genre de conditions ne sont possibles qu'à l'égard d'une gratification²³⁷³.
- 1302 L'employeur a donc tout intérêt à distinguer clairement, au sein de la rémunération, entre la gratification, qu'il pourra soumettre à une condition de présence, et la rémunération sur objectifs, qui ne dépend que de l'accomplissement par le salarié de certains objectifs²³⁷⁴ : des hybridations comme un « bonus à la performance mais entièrement discrétionnaire » que l'on trouve en pratique²³⁷⁵ sont extrêmement risquées pour l'employeur par la confusion qu'elles entraînent entre ce que nous appelons une **condition en fait** (lorsque l'événement ne concerne que l'activité du travailleur ou de l'entreprise et que les parties lui attachent la détermination de la rémunération) et une **condition en droit** (lorsque l'événement affecte l'entier de l'acte générateur d'obligation et que les parties lui attachent l'efficacité de l'acte juridique ou d'une de ses clauses). L'employeur qui souhaite affecter un élément de rémunération d'une condition de présence ne peut le faire que dans le cadre d'une gratification, c'est-à-dire d'un élément dont il se réserve clairement une partie au moins de la détermination du montant, et non à l'égard d'une rémunération sur objectifs, c'est-à-dire d'un élément de rémunération dont le montant est objectivement déterminable.
- 1303 Étudier plus en détails le régime de la rémunération sur objectifs revient à isoler les deux éléments qu'elle comporte : **clause d'objectifs (aaa)** et **clause de variation** de la rémunération (**bbb**).

²³⁶⁹ Cf. *supra* n° 419 et s.

²³⁷⁰ Dit de manière contournée en énonçant que c'est l'article 322 du code des obligations qui s'applique : TF, 1^{er} novembre 2012, 4A_400/2012, cons. 4 ; CJ/GE, 30 mai 2012, CAPH/117/2012.

²³⁷¹ TF, 17 janvier 2008, 4A_444/2007, cons. 3.2.

²³⁷² Philippe Carruzzo, *La Rémunération du travailleur et le remboursement des frais*, Genève, Fédération des entreprises romandes, 2007, p. 72.

²³⁷³ Cf. *supra* sur le régime des conditions affectant la gratification.

²³⁷⁴ Donnant le même conseil de prudence : René Hirsiger, *Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis*, Berne, Stämpfli, 2011, p. 191.

²³⁷⁵ TF, 1^{er} novembre 2012, 4A_400/2012, cons. 4 ; CJ-GE, 30 mai 2012, CAPH/117/2012.

aaa. La clause d'objectifs

La clause d'objectifs pose deux séries de problèmes juridiques : la **détermination des objectifs** (α) ; l'**atteinte des objectifs** (β).

1304

α La détermination des objectifs

Forme de la détermination des objectifs. La détermination des objectifs repose la plupart du temps sur une base **contractuelle expresse**. Il ne s'agit pas d'une obligation, aucune forme n'étant imposée à peine de nullité, sauf contrat de travail spécial²³⁷⁶. Mais l'employeur a tout intérêt à fixer des objectifs **précis** et à en informer clairement le salarié avant le début de chaque exercice. À défaut, l'élément de rémunération pourrait être requalifié en gratification contractuelle.

1305

Les objectifs, une fois déterminés, doivent être **interprétés**. En cas de divergence d'interprétation entre les parties, le Tribunal fédéral suit les principes jurisprudentiels dégagés sur le fondement de l'article 18 du code des obligations²³⁷⁷.

Contenu des objectifs. Les objectifs peuvent revêtir un contenu varié²³⁷⁸. Ils peuvent être fixés de manière générale pour toute l'entreprise ou concerner une équipe ou un seul salarié. Juridiquement, les objectifs font partie de l'**objet du contrat** ; ils seront donc soumis aux mêmes restrictions et à la même sanction de nullité que les autres éléments relevant de cette catégorie juridique. À l'instar des instructions, les objectifs que fixe l'employeur ne doivent pas être illicites ou contraires aux mœurs (art. 19 et 20 CO), ni porter atteinte à la personnalité des salariés (art. 328 CO)²³⁷⁹. Le salarié qui juge que des instructions ou des objectifs ne sont pas acceptables est généralement censé, en vertu de son obligation de fidélité, en informer l'employeur²³⁸⁰.

1306

Les objectifs peuvent être fixés d'un commun accord ou unilatéralement par l'employeur²³⁸¹. Comme ils ne doivent pas avoir pour effet de reporter entièrement le **risque d'entreprise** sur le salarié²³⁸², ils doivent être raisonnables et surtout **compatibles avec le marché**.

1307

²³⁷⁶ René Hirsiger, *op. cit.*, p. 87.

²³⁷⁷ Cf. notamment dans ce domaine : TF, 26 avril 1995, ATF 121 III 118, cons. 4b/aa ; TF, 15 novembre 2011, 4A_408/2011, cons. 3.2, 3.6 et 3.7. Pour un exemple de difficultés d'interprétation, avec censure de la Cour cantonale par le Tribunal fédéral, cf. TF, 22 juin 2007, 4A_21/2007 ; TF, 26 mai 2008, 4D_30/2008 (en matière de commission). Cf. également : TC/VD, 14 novembre 2011, JAR 2012 543, cons. III a.

²³⁷⁸ Pour un panorama, voir René Hirsiger, *op. cit.*, pp. 22-23. Une question qui intéresse non pas le droit du travail mais la stratégie de l'entreprise est celle des effets induits par les objectifs (cf. Ernst Fehr/Gerhard Fehr, in « Variable Vergütungssysteme zwischen Effizienz und Exzess », *Neue Zürcher Zeitung*, 8 octobre 2010, lesquels parlent des « effets secondaires » immanquablement induits par le choix de certains critères de performance : « Leistungsindikatoren sind wie Medikamente. Sie haben fast immer unbeabsichtigte Nebenwirkungen. »)

²³⁷⁹ Cf. *supra* sur la protection de la personnalité du travailleur.

²³⁸⁰ TF, 25 janvier 2011, 4A_613/2010, DTA 2011 104-108, JAR 2012 125, cons. 5.

²³⁸¹ L'intérêt de la fixation des objectifs d'un commun accord est leur meilleure acceptation par le salarié : René Hirsiger, *op. cit.*, p. 23.

²³⁸² Sur la tendance de transfert du risque d'entreprise sur le salarié, cf. Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », ArbR 2001 63.

1308 **Éléments à prendre en compte pour fixer les objectifs.** Lorsque le salarié a déjà travaillé au service de l'employeur, les objectifs sont généralement fixés en fonction de ce qu'il est possible d'anticiper de ses performances et des attentes de l'employeur. Mais, les performances du travailleur ne peuvent jouer de rôle pour la fixation des objectifs au moment de son engagement, puisque l'employeur ne les connaît pas avec certitude. Dans ce cas, les objectifs seront fixés par rapport aux seules attentes de l'employeur, ou négociés avec le travailleur. Toutefois, si ce dernier s'est prévalu de **certaines performances passées** et a annoncé, lors des entretiens d'embauche, être en mesure d'atteindre un objectif précis, l'employeur peut tenir compte de ces éléments pour déterminer les objectifs²³⁸³.

1309 **Défaillance dans la détermination des objectifs.** Il arrive fréquemment que le contrat prévoie que les objectifs soient modifiés d'année en année. En principe, l'employeur peut modifier les objectifs dans le cadre de son pouvoir de direction²³⁸⁴. Lorsque l'employeur ne détermine aucun objectif pour une année donnée, doit-on considérer que la rémunération sur objectifs tombe purement et simplement ? Accepter cette logique représenterait à notre sens une violation du régime de modification du contrat de travail : la rémunération sur objectifs étant due dans son principe, il convient de la liquider en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes, le cas échéant par application de la théorie de la lacune contractuelle.

β. L'atteinte des objectifs

1310 **Évaluation du degré d'atteinte des objectifs.** L'assignation d'objectifs au salarié pose nécessairement la question du **contrôle** de l'exécution de son travail. Le fondement du pouvoir de direction de l'employeur réside dans la capacité qui lui est reconnue de donner des directives générales et des instructions particulières (art. 321d CO) : le corollaire du pouvoir de direction est le pouvoir de contrôler le respect des normes ainsi édictées²³⁸⁵. La jurisprudence estime donc que l'employeur doit être en mesure de vérifier que les termes de l'échange que représente le contrat de travail soient conformes à ce qui a été convenu avec le salarié²³⁸⁶.

1311 **Évaluation par analyse objective.** L'évaluation du degré d'atteinte des objectifs par une analyse objective relève d'un calcul quasi mathématique²³⁸⁷. Il est donc clair et précis si, du moins, les objectifs eux-mêmes sont clairement et précisément identifiables²³⁸⁸. Le caractère objectif de l'évaluation devient toutefois douteux en cas de « ranking forcé » ou « classement par quotas imposés ». Cette technique exige des

²³⁸³ TF, 24 août 2011, 4A_261/2011, JAR 2012 267, cons. 3.3.5.

²³⁸⁴ Cf. *infra* sur le domaine de l'accord modificatif.

²³⁸⁵ TF, 13 juillet 2004, 2A.118/2003, ATF 130 II 425, Pra 2005 538, RDAF 2005 I 674, cons. 4.2.

²³⁸⁶ *Ibidem*.

²³⁸⁷ Cf. TF, 15 mars 2006, 4C.419/2005, cons. 2.2 ; cf. également : Thomas Geiser, « Boni zwischen Privatrecht und öffentlichem Interesse », *recht* 2009 122-123.

²³⁸⁸ TF, 22 juin 2007, 4A_21/2007, cons. 6.2.

évaluateurs qu'ils respectent des quotas dans l'attribution des notes aux salariés²³⁸⁹. La licéité du « ranking forcé » n'a pourtant pas à être remise en cause, sauf si elle devait conduire à une **sous-évaluation blessante** du travail du salarié, ce qui entraînerait une violation de sa personnalité (art. 328 CO) ou, plus généralement, à un comportement contradictoire (art. 2 CC).

Évaluation par analyse subjective. Le droit suisse n'est pas hostile à la détermination du montant de la rémunération sur objectifs par une analyse subjective portée par l'employeur sur les performances du salarié. Selon nous, il est plus cohérent de considérer que le régime de la détermination du montant de la **gratification contractuelle**²³⁹⁰ doit être appliqué lorsque l'employeur souhaite évaluer le travailleur sur des critères subjectifs, le régime de la rémunération sur objectifs étant réservé à l'application de critères objectifs.

1312

Quoi qu'il en soit, si l'évaluation subjective peut être sévère, elle ne doit pas pour autant être mensongère ou inutilement vexatoire²³⁹¹. En cas de contestation, le juge ne se substitue pas à l'employeur pour évaluer le salarié. L'étendue de son contrôle est limitée : il doit se contenter de contrôler que l'employeur s'est conformé aux règles de la bonne foi, et notamment qu'il n'a pas adopté une attitude contradictoire²³⁹². Par exemple, est contradictoire l'attitude de l'employeur qui argue, pour refuser de payer un élément de rémunération, d'une performance prétendument déficiente alors qu'il a, au cours de la même période, exprimé sa pleine et entière satisfaction²³⁹³. De même, l'employeur ne saurait porter une appréciation négative seulement parce que, le cas échéant, les rapports de travail ont pris fin et qu'il n'aurait plus d'intérêt à récompenser le travailleur²³⁹⁴. Il ne faut pas oublier en effet que la rémunération sur objectifs, à la différence de la gratification, est obligatoirement due *pro rata temporis* en cas de départ du salarié au cours de la période d'évaluation de ses performances.

Les conséquences de la non-atteinte des objectifs. La clause d'objectifs revient à imposer au salarié une forme d'**obligation de résultat** pour l'obtention d'une partie de sa rémunération²³⁹⁵. Cette forme particulière d'obligation est pourtant sans effet sur les autres aspects de sa relation contractuelle :

1313

²³⁸⁹ Par exemple, la grille de notation de l'entreprise Hewlett Packard distingue six catégories : dépasse largement les objectifs, dépasse les objectifs, atteint les objectifs, atteint partiellement les objectifs, n'atteint pas les objectifs, nouveau dans la fonction (Lucien Flament, « Le ranking forcé. À propos de la licéité des quotas obligatoires pour l'évaluation des salariés », *Cahiers sociaux du barreau de Paris*, 1^{er} avril 2010, p. 94). Il y a « ranking forcé » s'il est attendu des évaluateurs qu'ils classent un certain pourcentage de salariés dans chacune de ces catégories. Ces grilles sont souvent inspirées par les travaux de « spécialistes » de la question (cf. par exemple, Badford Smart, *Topgrading*, Portfolio Hardcover, 3^e éd., 2012).

²³⁹⁰ Cf. *supra*.

²³⁹¹ Cf. TF, 7 mars 2013, 4A_680/2012, cons. 3.4 et 5.

²³⁹² TF, 23 mars 2010, 4A_557/2009, ATF 136 III 190, cons. 2 (en l'espèce pour un contrat de bail où l'intérêt du propriétaire fut reconnu comme plus important que celui du locataire).

²³⁹³ TF, 20 décembre 2011, 4A_705/2011, DTA 2012 161, JAR 2012 402, cons. 5.

²³⁹⁴ *Ibidem*.

²³⁹⁵ En soi, le salarié n'a pas une obligation impérative d'atteindre les objectifs : René Hirsiger, *Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis*, Berne, Stämpfli, 2011, p. 62.

- au niveau de sa **rémunération forfaitaire** équivalant à la durée qu'il met à la disposition de l'employeur et qui viendrait, par hypothèse, se combiner avec sa rémunération sur objectifs, le salarié demeure tenu d'une simple **obligation de moyens**²³⁹⁶ ;

- au niveau de sa **responsabilité contractuelle**, le salarié reste aussi tenu d'une **obligation de moyens**, laquelle ne peut être aggravée par la simple existence d'une rémunération sur objectifs mais reste mesurée selon les principes jurisprudentiels classiques dégagés sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 321e du Code des obligations²³⁹⁷ ;

- concernant un éventuel **licenciement** du salarié, les objectifs fixés pour la rémunération variable du salarié peuvent être un indice pertinent. D'ailleurs, il n'est pas abusif de licencier un travailleur en raison de performances insuffisantes, y compris lorsque l'insuffisance résulte de périodes nombreuses et prolongées d'incapacité de travail²³⁹⁸. En revanche, l'employeur ne peut invoquer la simple incapacité professionnelle du salarié comme motif de licenciement **avec effet immédiat** sauf s'il est établi que le salarié ne satisfait pas aux exigences minimales que tout employeur est en droit d'attendre de tout salarié pour un poste du même genre et qu'une amélioration est improbable, les exigences étant d'autant plus grandes que le poste est élevé et le délai de résiliation ordinaire long²³⁹⁹. De plus, rappelons que la mauvaise exécution ou l'insuffisance du travail ne peuvent justifier un licenciement avec effet immédiat que si elles résultent d'un manquement grave et délibéré du salarié, ce que le juge apprécie librement selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC)²⁴⁰⁰. Lorsque l'employeur juge les prestations du salarié trop faibles par rapport aux objectifs qu'il lui a assignés, il ne peut le licencier avec effet immédiat sans avertissement préalable et sans l'avoir mis en mesure de progresser²⁴⁰¹. L'employeur qui, nonobstant ces considérations, résilie avec effet immédiat le contrat de travail de manière injustifiée doit en supporter les conséquences : **toute la rémunération prévue au contrat sera due** pour la durée restant à courir durant le délai de résiliation ordinaire (cf. art. 337c, al 1^{er} CO). En effet, le salarié ne saurait alors être tenu pour responsable de ne pas avoir été en mesure d'atteindre les objectifs prévus²⁴⁰².

1314

Si un entretien est contractuellement prévu en cas d'insuffisance dans les résultats obtenus par le salarié, il constitue une garantie dont la méconnaissance rendrait abusif

²³⁹⁶ Sur cette question, cf. Thomas Geiser, « Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn », PJA 2001 384.

²³⁹⁷ Cf. *supra* sur la responsabilité du travailleur.

²³⁹⁸ TF, 27 janvier 2014, 4A_507/2013, cons. 4.

²³⁹⁹ TF, 15 juin 1971, ATF 97 II 142, cons. 2a ; TF, 11 mai 2001, ATF 127 III 351, cons. 4b/bb (la baisse de production du travailleur n'est pas un motif de renvoi avec effet immédiat en principe) ; TF, 16 août 2004, 4C.180/2004, JAR 2004 252 ; TF, 7 mai 2010, 4A_570/2009, cons. 6.1.

²⁴⁰⁰ TF, 12 octobre 1982, ATF 108 II 444, cons. 2 ; TF, 16 août 2004, 4C.180/2004, JAR 2004 252 ; TF, 7 mai 2010, 4A_570/2009, cons. 6.1.

²⁴⁰¹ TF, 7 mai 2010, 4A_570/2009, cons. 6.2.

²⁴⁰² TF, 7 mai 2010, 4A_570/2009, cons. 7.4.

le licenciement consécutif à cette insuffisance, car le comportement de l'employeur serait alors contradictoire (art. 2 CC)²⁴⁰³. Est également abusif le congé donné deux mois après un entretien d'évaluation au cours duquel il avait été établi que le travailleur répondait aux objectifs qui lui avaient été fixés sans que ses prestations ne se soient dégradées dans l'intervalle²⁴⁰⁴.

Paiement de la rémunération nonobstant la non-atteinte des objectifs. Le salarié a droit à la rémunération sur objectifs prévue nonobstant la non-atteinte des objectifs dans trois hypothèses²⁴⁰⁵ :

1315

1° Le salarié n'a pas entièrement atteint, à plusieurs reprises, les objectifs fixés au contrat, mais l'employeur lui a tout de même octroyé, à plusieurs reprises, l'entier de la rémunération prévue normalement en cas de réalisation complète des objectifs : dans cette hypothèse, l'employeur ne pourra plus soumettre le versement de l'entier de la rémunération sur objectifs à la condition que le salarié réalise complètement les objectifs fixés au contrat²⁴⁰⁶. Cette solution jurisprudentielle applique le **principe de confiance** et confirme la jurisprudence élaborée en matière de gratification : l'employeur, en versant une rémunération complète alors que les objectifs ne sont pas pleinement réalisés, fait naître chez le salarié la conviction qu'il ne subordonne plus le versement de l'élément de rémunération à la condition que les objectifs fixés soient entièrement réalisés.

2° Le salarié n'a pas atteint les objectifs parce que l'employeur *l'a privé de cette possibilité*. L'idée est que le régime de la rémunération sur objectifs doit être déterminé par analogie avec celui de la **condition suspensive**, en raison du mécanisme similaire sur lequel reposent les deux institutions. Or, l'article 152 du code des obligations dispose que le débiteur doit d'abstenir de tout acte qui empêcherait que l'obligation ne soit dûment exécutée tant que la condition n'est pas accomplie. Cette règle représente un principe général applicable notamment en droit du travail. Concrètement, cela signifie que l'employeur tombe en demeure s'il refuse indûment de donner du travail au salarié ou refuse indûment la prestation proposée par le salarié (cf. art. 324 CO)²⁴⁰⁷.

1316

Ce raisonnement vaut pour une rémunération complémentaire, même si l'employeur continue à verser le salaire de base : il s'agit, selon la jurisprudence, d'un cas de demeure du créancier, puisque l'employeur est le créancier de la prestation de

1317

²⁴⁰³ En revanche, si rien n'est prévu, le licenciement ne peut être qualifié d'abusif pour la seule raison que le travailleur n'a pas été préalablement entendu (TF, 5 août 2004, DTA 2004 244, cons. 2.4).

²⁴⁰⁴ TF, 18 février 2013, 4A_558/2012, cons. 2.

²⁴⁰⁵ Étant observé que les objectifs assignés collectivement à une équipe ne sont que rarement affectés directement par l'absence d'un salarié : René Hirsiger, *Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis*, Berne, Stämpfli, 2011, p. 316.

²⁴⁰⁶ TF, 8 mai 2007, 4A_23/2007, DTA 2007 160-163, cons. 4.3 ; cf. également : Olivia Guyot/Juliette Jaccard/Hans Kern/Roxane Zappella, *Le Contrat de travail*, Genève, Fédération des Entreprises Romandes, 2^e éd., 2010, N 302.6.

²⁴⁰⁷ TF, 28 avril 2011, 4A_53/2011, ATF 137 III 303, JT 2011 II 390, SJ 2011 I 453, JAR 2012 205, cons. 2.1.2.

travail²⁴⁰⁸. La conséquence est que l'élément de rémunération est dû nonobstant la défaillance du travailleur dans la réalisation des objectifs, notamment si le travailleur a résilié le contrat de travail avec effet immédiat en raison du refus injustifié de l'employeur de lui fournir du travail. Par exemple, dans l'hypothèse d'une clause contractuelle qui prévoit une rémunération dont le montant dépend du nombre de matchs joués par un footballeur professionnel²⁴⁰⁹, l'employeur ne peut pas échapper au paiement de cette rémunération du seul fait que l'entraîneur a décidé de laisser le joueur sur le banc de touche ; il faut encore déterminer si la décision de l'entraîneur était justifiée. Si tel n'est pas le cas, la rémunération sera due nonobstant la non-atteinte des objectifs. Ce raisonnement vaut *a fortiori* pour une rémunération variable dont le montant global dépend du nombre de prestations effectuées par le salarié : l'employeur ne peut refuser de recevoir ces prestations indûment.

1318 **3° Le salarié n'a pas atteint les objectifs parce qu'il a été victime d'un *empêchement non fautif de travailler*.** Il s'agit ici non pas de la demeure du créancier comme dans le cas précédent mais de la demeure non fautive du débiteur. Dans cette hypothèse, le droit du travail aménage en faveur du salarié une exception à la règle de l'*exception non adimpleti contractus*²⁴¹⁰. Reste à déterminer comment doit être compensée la rémunération sur objectifs puisque le salarié empêché n'aura pas pu, par hypothèse, accomplir les objectifs qu'on lui avait assignés. En effet, la rémunération sur objectifs exige non pas simplement que le travailleur mette ses forces physiques et intellectuelles à la disposition de l'employeur, mais encore qu'il atteigne un certain résultat. Or, comme le dit le Tribunal fédéral, il est « évident » que le travailleur ne peut pas réaliser le même chiffre d'affaires durant les mois où il travaille et durant les mois où il s'est absenté pour maladie ou vacances²⁴¹¹.

1319 Selon la jurisprudence, il convient, en matière de maladie, de procéder par évaluation et de retenir la somme à laquelle le salarié aurait vraisemblablement eu droit en fonction du degré d'accomplissement des objectifs qu'on peut lui présumer²⁴¹², selon les mêmes règles que pour les autres formes de rémunérations variables. En effet, le salarié n'a pas un droit inconditionnel à la totalité de la rémunération sur objectifs en cas d'empêchement de travailler²⁴¹³. Par exemple, si le travailleur a rempli 50 % de ses objectifs régulièrement et pendant plusieurs années, on peut supposer que, toutes choses égales par ailleurs, il aurait atteint ce niveau s'il n'avait pas été empêché sans sa faute. Plus les performances sont régulières et la période de référence étendue, plus l'évaluation aura de chances d'être précise.

²⁴⁰⁸ *Ibidem*.

²⁴⁰⁹ TF, 28 avril 2011, 4A_53/2011, précité, cons. A.

²⁴¹⁰ Il s'agit du régime des articles 324a et 324b du code des obligations ; cf. *infra*.

²⁴¹¹ TF, 1^{er} octobre 2012, 4A_310/2012, JU-TRAV 2013 43, cons. 2.2.

²⁴¹² TF, 17 janvier 2008, 4A_444/2007, cons. 4.3.

²⁴¹³ Pour une affaire où la Cour cantonale a admis une rémunération à 100 % malgré une maladie et alors que rien de spécifique n'avait été prévu entre les parties, cf. TF, 1^{er} octobre 2012, 4A_310/2012, JU-TRAV 2013 43, cons. 2.4.

En matière de **vacances**, les parties sont libres de s'organiser comme elles le veulent (par exemple de prévoir des objectifs annuels, lissés sur les périodes de vacances). Il ressort indirectement d'une décision du Tribunal fédéral que si rien n'est prévu, le travailleur a droit à sa rémunération sur objectifs comme s'il travaillait²⁴¹⁴.

1320

bbb. La clause de variation de la rémunération

Structure de la clause de variation. Le système le plus basique consiste à promettre au travailleur un montant déterminé si l'objectif est atteint²⁴¹⁵. En outre, plusieurs combinaisons entre différentes sortes de rémunérations variables sont possibles. Ainsi, la rémunération sur objectifs peut être **additionnée** à une participation aux résultats. Il sera par exemple convenu que le salarié a droit à 50 % d'un montant déterminé s'il remplit certains objectifs et à 50 % de ce même montant si les résultats de l'entreprise dépassent un certain seuil. La rémunération sur objectifs peut aussi être **combinée** avec une participation aux résultats. Dans cette hypothèse, le salarié aura droit à un certain pourcentage d'une base de calcul définie (bénéfices nets, chiffre d'affaires, etc.), **dans la limite** d'un montant forfaitaire, ou à condition que certains objectifs soient atteints. Par exemple, le contrat peut prévoir une participation aux résultats de 10 % du bénéfice net, à condition que le salarié ait atteint l'objectif qui lui a été assigné en matière de réduction de coûts de fonctionnement²⁴¹⁶. Dans cette hypothèse, la rémunération est soumise à deux conditions cumulatives qui doivent être remplies pour que naisse la créance du salarié. Un autre système consiste à fixer un « salaire visé », dont le montant représente la somme d'un salaire fixe et d'un salaire variable. Le montant du salaire variable sera alors déterminé en fonction des points obtenus par le salarié pour la réalisation des objectifs fixés, comme l'efficacité ou la qualité du travail²⁴¹⁷. De telles stipulations sont admises en vertu du principe de **liberté contractuelle**.

1321

Contrôle de la mise en œuvre de la clause de variation. L'employeur se soustrairait à son obligation contractuelle s'il pouvait établir le montant de la rémunération sans être jamais contraint d'en démontrer l'adéquation par rapport à l'accord des parties. Une telle conséquence reviendrait à bafouer le principe de la force obligatoire des contrats (art. 1^{er} CO). Le salarié doit pouvoir faire contrôler le calcul de la rémunération sur objectifs dans les mêmes conditions que la provision ou la participation²⁴¹⁸. En la matière, le législateur de 1971 s'est borné à reprendre la législation antérieure. Les règles de l'article 322a s'appliquent à toute participation du salarié au résultat de l'exploitation²⁴¹⁹, y compris sous la forme d'un « bonus/commission » calculé par rapport à l'atteinte de certains objectifs²⁴²⁰. L'article

1322

²⁴¹⁴ TF, 1^{er} octobre 2012, 4A_310/2012, JU-TRAV 2013 43, cons. 2.2.

²⁴¹⁵ Par exemple, 4'000 francs de salaire dès qu'une coiffeuse atteint un chiffre d'affaires de 10 000 francs par mois (TF, 1^{er} octobre 2012, 4A_310/2012, JU-TRAV 2013 43, cons. A).

²⁴¹⁶ Pour un exemple, voir TF, 1^{er} mars 2006, 4C.14/2006.

²⁴¹⁷ Pour un exemple, voir TF, 17 janvier 2008, 4A_444/2007, cons. A.

²⁴¹⁸ René Hirsiger, *Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis*, Berne, Stämpfli, 2011, p. 74.

²⁴¹⁹ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 324.

²⁴²⁰ TF, 21 mars 2011, 4A_33/2011, cons. 6 (non publié in JAR 2012 181).

322c reprend ces règles pour la provision. Il faut dire que dans l'hypothèse où l'employeur refuserait tant l'octroi d'une rémunération que l'accès aux documents nécessaires à son évaluation, le salarié ne pourrait même pas chiffrer sa prétention. Cette logique est valable pour toute forme de rémunération variable obligatoire dont l'employeur détient tout ou partie des éléments nécessaire à la liquidation.

b. Performance collective

1323 La forme canonique de rémunération de la performance collective est la **participation aux résultats** (1°). De nos jours, on voit de plus en plus souvent des formes d'**actionnariat salarié** (2°).

1° Participation aux résultats

aa. Définition

1324 La participation aux résultats se trouve au croisement de la « gestion active des ressources humaines » et des aspirations à un « capitalisme social »²⁴²¹. Elle représente l'intéressement du salarié à la performance collective de l'entreprise sur une période prédéfinie et plutôt brève, généralement une année. La participation est donc fonction des résultats de l'ensemble de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise ; elle découle de la symbiose des énergies mises en commun en faveur de l'entreprise²⁴²².

1325 La participation se distingue de la **gratification** en ce sens qu'elle est une obligation contractuelle de l'employeur²⁴²³. *A priori*, la participation n'est due par l'employeur que lorsqu'elle est stipulée au contrat de travail ; n'étant pas soumise à la forme écrite²⁴²⁴, elle peut être contractualisée par accord oral ou tacite. Dans la pratique, l'employeur prévoit souvent une participation à titre de « bonus » pour le salarié. Dans cette hypothèse, la dénomination factuelle n'influe en rien sur la qualification et le régime juridiques. En matière de participation, comme dans les autres domaines du droit des rémunérations variables, le juge procédera par voie d'interprétation de la convention des parties²⁴²⁵.

²⁴²¹ Le droit suisse emploie également le terme de « participation » dans un sens non financier : celui de la représentation collective (en allemand : *Mitbestimmung*) : cf. *infra* 4^e partie. Sur cette question, cf. Philippe Bois, *La Participation*, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1976, pp. 7 et 17.

²⁴²² Un auteur va plus loin dans l'éloge de cette institution : « La situation hiérarchique des parties n'est pas changée [par la participation]. Toutefois par cette étroite fusion des intérêts, les rapports d'homme à homme cessent d'être empreints de sentiments de basse jalousie, de haine, de défiance, que peut engendrer trop souvent le simple salariat. L'employeur, tout en restant le maître, n'apparaît pas comme l'exploiteur. » (Jean-Pierre Marquart, *La participation aux bénéfices dans le contrat de travail*, thèse, Fribourg, 1951, p. 14)

²⁴²³ La distinction entre les deux institutions a pris du temps à émerger clairement : cf. le travail de clarification, visant à établir le caractère proprement contractuel de la participation, de Jean-Pierre Marquart, *op. cit.*

²⁴²⁴ Pierre Engel, *Contrats de droit suisse*, Berne, Stämpfli, 2^e éd., 2000, p. 315.

²⁴²⁵ TF, 8 juillet 2002, 4C.160/2002, cons. 2a.

*bb. Régime**aaa. Droit à la participation*

Il revient au salarié qui prétend obtenir le paiement d'une participation de rapporter la **preuve** de l'accord des parties sur le principe d'une telle rémunération²⁴²⁶. Cette preuve pourra être apportée par tous moyens. Le cas échéant, les juges procéderont à une interprétation de la convention ou du comportement des parties selon les principes jurisprudentiels dégagés sur le fondement de l'article 18 du code des obligations²⁴²⁷.

1326

Si l'employeur a proposé oralement une participation au salarié, ce dernier sera présumé l'avoir acceptée par le jeu de l'article 6 du code des obligations, pour autant qu'il soit établi que l'employeur ne devait pas s'attendre à un refus de sa part dans un laps de temps déterminé : on retiendra toujours la présomption d'acceptation lorsque la participation n'entraîne que des avantages pour le salarié. En revanche, on se montrera plus prudent lorsque les critères d'attribution de la participation sont complexes : le salarié a pu s'abstenir de répondre précisément parce qu'il n'était pas parvenu à mesurer clairement la portée de l'offre²⁴²⁸.

1327

Le paiement de la participation peut-il être soumis à la condition non prévue contractuellement que la trésorerie de la société le permette ? Les prud'hommes ont jugé, dans une espèce où l'employeur entendait ne payer une participation prévue contractuellement que dans l'hypothèse où le bénéfice, majoré des amortissements de l'exercice, était « suffisant », que la participation devait être payée, sans condition supplémentaire, sauf à en faire un prêt forcé du salarié à l'employeur alors que ce dernier pouvait se trouver incapable de jamais rembourser le salarié²⁴²⁹. Il faut retenir de cet arrêt que l'employeur ne peut soumettre le paiement de la participation à des conditions soit non prévues au contrat, soit insuffisamment déterminées (ce qui tend à revenir au même), soit ayant pour effet d'entraver les dispositions impératives protégeant la rémunération : libre disposition du salaire (art. 323b, al. 3 CO) et exigibilité de la participation (art. 323, al. 3 et 339 CP).



La participation étant une rémunération contractuelle, elle est soumise au **régime général des rémunérations**²⁴³⁰. La participation est prise en compte lorsqu'il est nécessaire de calculer le salaire moyen (indemnités journalières en cas d'incapacité de travail²⁴³¹, indemnité de licenciement abusif, etc.). En cas de départ du salarié de l'entreprise en cours d'année, elle sera due *pro rata temporis*²⁴³². La modification de la

1328

²⁴²⁶ Voir un contentieux autour de cette question dans TF, 25 septembre 2007, 4A_114/2007 et TF, 3 juillet 2012, 4A_92/2012.

²⁴²⁷ TF, 10 janvier 2011, 4A_608/2010, cons. 2.4 ; pour les éléments de fait sur lesquels les juges cantonaux ont forgé leur interprétation : CAPH/GE, 28 septembre 2010, CAPH/157/2010.

²⁴²⁸ Cf. TF, 28 mars 2007, 4C.41/2007, cons. 4.1.

²⁴²⁹ CAPH/GE, 27 novembre 1984, X/468/83, cons. 3.

²⁴³⁰ Appliquant le principe de libre disposition : CAPH/GE, 27 novembre 1984, X/468/83, cons. 3.

²⁴³¹ Exemple au niveau cantonal dans TF, 28 avril 2008, 4A.97/2008.

²⁴³² Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, p. 88.

participation suit le régime général de la modification des éléments contractuels du rapport de travail²⁴³³.

- 1329 La jurisprudence admet, en vertu du principe de liberté contractuelle, que des différences existent entre les systèmes de participation prévus dans les contrats des différents salariés d'une même entreprise²⁴³⁴. Cette liberté est toutefois soumise aux restrictions habituelles de la protection contre les discriminations, de la protection de la personnalité, de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit²⁴³⁵.

La participation au résultat est en principe complémentaire du salaire de base²⁴³⁶. Toutefois, les parties peuvent convenir d'une rémunération exclusivement liée au résultat de l'exploitation, pour autant qu'elle soit convenable au regard des services rendus (art. 349a, al. 2 CO par analogie)²⁴³⁷.

bbb. Détermination du montant de la participation

- 1330 Si, en vertu du contrat, le travailleur a droit à une part du bénéfice ou du chiffre d'affaires ou participe d'une autre manière au résultat de l'exploitation, cette part est calculée sur la base du résultat de l'exercice annuel, déterminé conformément aux prescriptions légales et aux principes commerciaux généralement reconnus (art. 322a, al. 1 CO).

L'article 322a, alinéa 1 est de droit dispositif²⁴³⁸. La participation aux résultats de l'exploitation étant une source de conflits entre parties, celles-ci ont intérêt à en fixer la forme de manière précise (bénéfice, chiffre d'affaires, etc.), ainsi que les bases de calcul qui permettent de déterminer ce résultat²⁴³⁹.

ccc. Contrôle du montant de la participation

- 1331 L'employeur fournit les renseignements nécessaires au travailleur ou, à sa place, à un expert désigné en commun ou par le juge ; il autorise le travailleur ou l'expert à consulter les livres de comptabilité dans la mesure où le contrôle l'exige (art. 322a, al. 2 CO). Une copie du compte de résultat est en outre remise au travailleur qui le demande (art. 322a, al. 3 CO).

- 1332 **Les sources du contrôle.** Le droit de regard du salarié ne peut pas être supérieur à l'obligation de renseigner de l'employeur. La loi ne contraint donc l'employeur à fournir au salarié que les « renseignements nécessaires ». Le caractère nécessaire des renseignements sera déterminé *in concreto* : pour l'établir, on se fondera sur l'accord

²⁴³³ Cf. notamment TF, 12 juillet 2010, 4A_223/2010, JU-TRAV 2010 8.

²⁴³⁴ TF, 28 mars 2007, 4C.41/2007 ; cf. également, sur le principe : TF, 17 décembre 2002, ATF 129 III 276, JT 2003 I 346, JAR 2003 221, cons. 3.1.

²⁴³⁵ Cf. *infra* n° 1651 et s.

²⁴³⁶ TF, 14 janvier 2016, 4A_435/2015, cons. 2.1.

²⁴³⁷ *Ibidem*.

²⁴³⁸ *Ibidem*.

²⁴³⁹ *Ibidem*.

des parties, que l'on interprétera selon les règles générales. Le droit de consultation du salarié sera limité s'il apparaît **abusif** (art. 2 CC).

La forme du contrôle. Les « renseignements » revêtiront la forme adéquate, en fonction des circonstances, pour déterminer avec justesse et précision l'étendue concrète de la dette de l'employeur à l'égard du salarié. En pratique, le salarié demandera généralement à consulter les **livres de comptabilité**. En matière de participation aux bénéfices, l'alinéa 3 de l'article 322a autorise spécifiquement le travailleur à demander une copie du **compte de profits et pertes** de l'exercice annuel. Cette précision légale vient compléter le principe du droit de regard du salarié sur les « renseignements nécessaires », sans toutefois le limiter²⁴⁴⁰. Aussi les « renseignements » ne consisteront-ils pas forcément en des documents comptables. Le salarié peut demander à consulter des courriers, même adressés à des salariés tiers, s'ils permettent d'éclaircir la situation. Rien n'empêche par ailleurs le salarié de demander à connaître d'autres sources que des documents écrits, comme des témoignages : c'est la *ratio legis* de l'article qui le veut.

1333

L'obligation de transmission de l'employeur. L'employeur a **l'obligation de répondre** à l'injonction du juge lui ordonnant de produire les pièces nécessaires à l'établissement de la participation du salarié. Cette obligation découle du caractère contractuel de la rémunération concernée que l'employeur a nécessairement accepté et dont il doit assumer les conséquences en cas de litige²⁴⁴¹.

1334

L'argument selon lequel la production des pièces par l'employeur faciliterait un éventuel débauchage de certains de ses salariés par des employeurs tiers est inopérant : rien n'empêche un salarié contacté par un employeur tiers de divulguer à ce dernier la rémunération qu'il perçoit²⁴⁴². D'ailleurs, le fait pour un salarié de connaître la rémunération des autres salariés d'une entreprise n'est pas un secret d'affaires au sens de l'article 340, alinéa 2 du code des obligations²⁴⁴³, ni au sens de l'article 321a, alinéa 4, du même code²⁴⁴⁴. Plus généralement, il n'existe aucune obligation légale pour un salarié de taire le montant de sa rémunération²⁴⁴⁵.

L'employeur doit certes protéger et respecter la personnalité des travailleurs (cf. art. 328 CO), mais cette obligation ne fait pas obstacle à la divulgation des revenus de ces derniers : l'employeur ne peut pas refuser de fournir ces données dans le cadre d'une procédure judiciaire entre employeur et travailleur, dans la mesure où le revenu des autres travailleurs au service de l'employeur est pertinent pour le jugement à rendre. La

1335

²⁴⁴⁰ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 324. Voir également TF, 10 janvier 2014, 4A_398/2013, cons. 2.3.

²⁴⁴¹ TF, 8 juin 2010, 4A_195/2010, cons. 2.2 et 2.3 ; cf. également : Marie-Gisèle Danthe, in Commentaire Dunand/Mahon, N 11 ad art. 322a CO.

²⁴⁴² TF, 8 juin 2010, 4A_195/2010, cons. 2.3.

²⁴⁴³ TF, 11 août 2010, 4A_283/2010, cons. 2.3 ; Aurélien Witzig, « "Secrets de fabrication" et "secrets d'affaires" (art. 340 CO) », in Rémy Wyler (édit.), *Panorama II en droit du travail*, Berne, Stämpfli, 2012, pp. 247 et s.

²⁴⁴⁴ Streiff/von Känel/Rudolph, N 2 ad art. 322 CO.

²⁴⁴⁵ TF, 14 décembre 1994, JAR 1995 214.

consultation de la comptabilité, garantie par l'article 322a au travailleur partie à la procédure, implique d'ailleurs la divulgation de ces informations. Il est non pertinent de se demander si les documents litigieux sont « protégés par la loi » au sens de l'article 163, alinéa 2 du code de procédure civile : même si tel devait être le cas, il faudrait de toute façon admettre un **intérêt prépondérant du travailleur à la manifestation de la vérité**²⁴⁴⁶.

Une autorité cantonale ne verse pas dans l'arbitraire lorsqu'elle nie un intérêt prépondérant de l'employeuse à conserver des données secrètes, alors qu'il lui suffit de communiquer deux données brutes dont la révélation n'apparaît pas susceptible de causer un préjudice, et qu'elle ne conteste pas avoir convenu d'un mode de rémunération impliquant d'autoriser l'accès à ses livres comptables²⁴⁴⁷.

L'employeur qui refuserait de répondre risquerait, le cas échéant, des poursuites menées sur le fondement de l'article 292 du code pénal. Sur le plan civil, le salarié pourra réclamer un montant à évaluer en équité par le juge (art. 42 CO).

1336

Le destinataire des renseignements. L'employeur peut refuser de communiquer ces éléments au salarié directement. Les éléments seront alors communiqués à un tiers. Ce dernier demandera à l'employeur les éléments nécessaires au calcul de la participation et procédera lui-même à ce calcul. Il en transmettra le résultat au salarié. Le tiers doit revêtir deux qualités :

1° Être un « **homme de confiance** »²⁴⁴⁸. Concrètement, cette confiance suppose que le tiers ait été agréé par chacune des deux parties. En cas de désaccord entre elles sur la personne du tiers, les parties se tourneront vers le juge pour qu'il le désigne²⁴⁴⁹. Cette désignation interviendra souvent en cours de procédure, lorsque les parties sont en litige sur le montant de la dette de l'employeur²⁴⁵⁰. Il s'agit d'une mesure relevant de l'administration des preuves²⁴⁵¹.

2° Être un « **expert** ». En général, cet expert sera une société prodiguant des services de fiduciaire²⁴⁵². « Toutefois, appliquant le principe de proportionnalité, les tribunaux renoncent à la désignation d'un expert dans la mesure où l'employeur peut collaborer à l'administration des preuves sans danger pour le secret des affaires, par exemple en

²⁴⁴⁶ TF, 10 octobre 2016, 4A_63/2016, cons. 5.3 et 5.4.

²⁴⁴⁷ TF, 18 janvier 2017, 4A_390/2016, cons. 2.5.

²⁴⁴⁸ Message du Conseil fédéral, 15 août 1967, FF 1967 II 324.

²⁴⁴⁹ Cf. Philippe Carruzzo, *La Rémunération du travailleur et le remboursement des frais*, Genève, Fédération des entreprises romandes, p. 60. Sa désignation par voie judiciaire entraîne l'application de la procédure sommaire (art. 250, b, 1 CPC) ; Maire-Gisèle Danthe, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 12 ad art. 322a CO.

²⁴⁵⁰ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, p. 89.

²⁴⁵¹ TF, 21 mars 2011, 4A_33/2011, cons. 6.

²⁴⁵² Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, p. 89.

soumettant une attestation de son contrôleur aux comptes. Si l'employeur s'abstient de communiquer, le juge retient contre lui son refus de coopération. »²⁴⁵³

Le droit aux renseignements est de nature matérielle ; il peut être mis en œuvre dans une procédure indépendante ou dans une action échelonnée²⁴⁵⁴.

Mise en œuvre du droit aux renseignements. Le droit aux renseignements est de nature matérielle ; il peut être mis en œuvre dans une procédure indépendante ou dans une action échelonnée²⁴⁵⁵.

1337

Il doit être distingué de la demande de transmission de documents fondée sur le droit de procédure. La transmission de documents de nature procédurale est un simple moyen d'administration des preuves lié à une exigence de motivation des faits allégués ; elle ne doit pas servir à une collecte d'informations²⁴⁵⁶.

2° Actionnariat salarié

L'actionnariat salarié désigne la situation dans laquelle un salarié reçoit comme rémunération des **titres de participation** d'une entreprise²⁴⁵⁷. L'association à la performance collective de l'entreprise n'est qu'indirecte car elle passe par la médiation du statut d'actionnaire²⁴⁵⁸.

1338

La participation indirecte du salarié à la performance collective peut prendre différentes formes, même il s'agit toujours d'acquérir des titres de propriété. Si l'acquisition peut être **simple (aa)**, elle est parfois **compliquée** par divers mécanismes (**bb**), ou inscrite dans le cadre plus général d'un **plan d'intéressement (cc)**. L'actionnariat salarié, en ce qu'il s'adresse au salarié **en tant que salarié**, doit être distingué juridiquement du plan d'épargne ouvert au salarié **en tant qu'investisseur**. La distinction est ténue, voire incertaine, mais elle est impérieuse car elle commande un régime distinct (**dd**).

1339

aa. L'acquisition simple

L'acquisition simple correspond à la remise de titres de l'entreprise au salarié. Les titres en question peuvent revêtir différentes **formes** : titres de propriété (actions)²⁴⁵⁹, titres de créance (obligations), titres de simple participation (bons de jouissance) (art.

1340

²⁴⁵³ Gabriel Aubert, in CR-CO I, N 2 ad art. 322a CO. Pour un exemple d'application, voir CAPH/GE, 30 novembre 2010, CAPH/203/2010, cons. 2e (non remis en cause par le Tribunal fédéral : TF, 21 mars 2011, 4A_33/2011, cons. 6).

²⁴⁵⁴ TF, 18 janvier 2017, 4A_390/2016, cons. 2.3.1.

²⁴⁵⁵ *Ibidem*.

²⁴⁵⁶ TF, 10 décembre 2015, 4A_293/2015, 4A_295/2015, cons. 10.

²⁴⁵⁷ Au sens strict, l'actionnariat salarié suppose la détention directe ou indirecte par les salariés de parts de capital de la société employeur ou du groupe auquel elle appartient (Raymonde Vatinet, « Développement de l'actionnariat salarié », JCP S, 23 janvier 2007, p. 1032).

²⁴⁵⁸ Sur le traitement des formes d'actionnariat salarié en droit de la famille, cf. Peter Liatowitsch/Caroline Meyer, « Mitarbeiteroptionen in der güterrechtlichen Auseinandersetzung », FamPra 2007 797.

²⁴⁵⁹ Cf. TF, 25 septembre 2007, 4A_114/2007.

657 CO), etc.²⁴⁶⁰ L'entreprise dont les titres sont transférés au salarié peut être celle dans laquelle il travaille – on parlera alors d'actionnariat salarié *stricto sensu* – ou n'importe quelle autre entreprise – l'actionnariat salarié devient alors de *l'épargne salariale*, c'est-à-dire une incitation à épargner.

1341 En général, les titres sont cédés au salarié moyennant un **prix avantageux**, inférieur au prix du marché (par exemple inférieur au montant de la cotation de l'action en bourse). Le salarié doit payer le montant d'acquisition et la rémunération qu'il obtient correspond à la différence entre le prix réel du titre et le montant auquel il a pu l'acquérir.

La rémunération correspondant à l'avantage lors de l'acquisition de titres d'entreprise à un prix avantageux n'est rien d'autre qu'une **rémunération en nature**. Elle en suivra donc le régime²⁴⁶¹. Le salarié, une fois devenu propriétaire desdits titres, acquiert le statut correspondant en droit des sociétés (par exemple, celui d'actionnaire). Ce statut vient se superposer à sa qualité de salarié, sans que le contrat de travail n'en soit autrement affecté.

bb. L'acquisition compliquée

1342 L'acquisition de titres d'entreprise par le salarié peut être compliquée de diverses manières. La plus fréquente est celle que l'on appelle communément l'« option sur actions » (« *stock option* »)²⁴⁶². Sous la forme d'une « option d'achat » (« *call* ») il s'agit pour l'employeur de proposer au salarié d'acquérir des actions de l'entreprise (qui forment le sous-jacent) à un prix fixé à l'avance (nommé « prix d'exercice »), à une date déterminée (dite « date de maturité de l'option d'achat »)²⁴⁶³. Dès lors, si le cours de l'action monte durant le laps de temps prévu, le salarié bénéficie d'une plus-value : il achète des actions à un prix inférieur à leur prix réel. À l'inverse, le salarié peut toujours renoncer à acquérir des actions dont le prix déprécié est inférieur au prix d'exercice²⁴⁶⁴. Les options sur actions sont donc une forme de rémunération complémentaire **qui vise à aligner les intérêts des salariés sur ceux des**

²⁴⁶⁰ Christof Helbling, *Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz*, Zurich, Schulthess, 2^e éd., 2003, pp. 22-30.

²⁴⁶¹ TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, SJ 2006 I 45, JAR 2006. 329, Pra 2006 655, com. Koller in RJB 2006 430, cons. 5.1.

²⁴⁶² TPH/GE, 27 août 2002, JAR 2003 150, cons. 3b.

²⁴⁶³ Cf. Christof Helbling « Die Rechtsfolgen von unternehmenszusammenschlüssen auf Mitarbeiterbeteiligungspläne », Jusletter 19 mai 2003.

²⁴⁶⁴ La pratique connaît aussi des « *management packages* », mécanisme qui vise à « organiser le partage d'une plus-value actionnariale entre un associé "actif", qui sera la plupart du temps salarié ou dirigeant d'une entreprise, et un ou plusieurs autres associés de cette même entreprise (que l'on qualifiera de "passifs" pour les distinguer du précédent) ; ce partage s'opère non pas en fonction de leur poids respectif au sein du capital social, mais à raison la plupart du temps du rendement dégagé sur leur investissement par les associés "passifs" ou des performances économiques de l'entreprise » (Jean-Louis Médus, « Le salarié ou dirigeant-actionnaire : réflexions sur la fiscalité des management packages », *Bulletin Joly Société*, 1^{er} mai 2012, p. 453).

actionnaires²⁴⁶⁵. Juridiquement, l'option est une faculté offerte au salarié de parfaire, par une déclaration de volonté, un rapport d'obligation déjà conclu mais soumis à condition suspensive²⁴⁶⁶.

Les remarques sur le régime de l'acquisition simple s'appliquent *mutatis mutandis* à l'acquisition compliquée. S'y ajoutent les diverses conditions qui peuvent venir affecter la liberté du salarié et qui font dès lors l'objet de protections particulières. En effet, le régime des titres d'entreprise versés au salarié, en particulier le régime des conditions les affectant, est fonction de leur qualification, selon les critères dégagés habituels : gratification bénévole, gratification contractuelle, rémunération variable contractuelle²⁴⁶⁷. La pratique montre notamment l'existence de **conventions d'actionnaires** – par lesquelles le travailleur s'engage à vendre les actions reçues de la société aux cosignataires de la convention dans l'hypothèse où il quitterait définitivement son emploi auprès de ladite société –, et de **conventions sur actions** – par lesquelles le travailleur accorde à son employeur un droit d'emption sur les actions reçues²⁴⁶⁸ ou un droit de réméré dans l'hypothèse où ces actions seraient aliénées²⁴⁶⁹. De telles limitations sont valables sous les tempéraments classiques : concrètement, ces conventions d'actionnaires ou sur actions doivent être limitées dans le temps (art. 27 CC) et ne concerner que des éléments de rémunération qualifiés de gratifications (sauf à violer le principe de libre disposition du salaire : art. 323b, al. 3 CO)²⁴⁷⁰. Nous considérons toutefois que ces conventions ne heurtent pas le principe de libre disposition, même lorsqu'elles affectent la rémunération de base, s'il est expressément prévu que le travailleur puisse les vendre au prix du marché (ou à leur valeur réelle), au moment qu'il choisira, sans délai. La convention doit lui garantir cette possibilité. L'employeur qui souhaite contourner ces difficultés peut proposer ces titres d'entreprise dans le cadre d'un plan d'investissement²⁴⁷¹.

1343

cc. L'acquisition inscrite dans le cadre d'un plan d'intéressement

Les plans dans lesquels est inscrite l'acquisition de titres d'entreprise par les salariés sont généralement dénommés « plans d'intéressement »²⁴⁷². Au-delà de la simple remise au salarié de titres de l'entreprise, ils visent généralement à apporter un surcroît

1344

²⁴⁶⁵ Érica Gorga/Michael Halberstam, « How legal institutions affect firm structure and market exchange by shaping Knowledge transactions : the influence of restrictive covenants and stock options on high tech firms », *ISNIE Conference*, Barcelone, disponible sur < isnie.org >.

²⁴⁶⁶ Cf. TF, 21 avril 1987, ATF 113 II 31, JT 1988 I 201 ; TF, 5 décembre 1995, ATF 122 III 10, JT 1998 I 111. Selon un spécialiste de la finance, les *stock-options* constitueraient un mode de rémunération plus vertueux que les bonus (Laura Berny, « De nouvelles bulles se préparent », entretien avec Michel Cicurel, président du directoire de la Compagnie financière Edmond de Rothschild, *Les Échos*, 4 janvier 2010).

²⁴⁶⁷ Cf. *infra*.

²⁴⁶⁸ Cf. TF, 26 mai 2008, 9C_683/2007, cons. B.

²⁴⁶⁹ Wyler/Heinzer, pp. 994-995.

²⁴⁷⁰ Cf. *infra*.

²⁴⁷¹ Cf. *infra* n° 1352 et s.

²⁴⁷² Pour un panorama des différentes sortes de plans d'intéressement, cf. Rosmarie Knecht, *Mitarbeiterbeteiligung in der Praxis*, Muri-Bern, Cosmos Verlag, 2001, pp. 38 et s.

de rémunération à certains salariés stratégiques (membres de la direction, cadres supérieurs, salariés contribuant spécifiquement à la valeur ajoutée de l'entreprise). On considère généralement qu'un plan d'intéressement vise à rendre l'entreprise attractive pour une main-d'œuvre très qualifiée, à motiver les travailleurs, à lier les cadres à la société jusqu'au moment de l'exercice du droit d'option, à orienter dans la même direction les buts des employés, des actionnaires et du management²⁴⁷³.

1345 Le droit suisse n'appréhende pas les plans d'intéressement en tant que tels au niveau légal. Un auteur estime même que les plans d'options sur actions (*stock options plans*) ne se concilient que difficilement avec les institutions juridiques suisses actuelles ; il en résulterait une perte de compétitivité pour attirer en Suisse certains travailleurs très qualifiés²⁴⁷⁴. Mais si la loi ne traite pas spécifiquement des plans d'intéressement, la jurisprudence en a défini les contours et le régime.

aaa. Définition du plan d'intéressement

1346 La définition du plan d'intéressement est ***jurisprudentielle***. Le Tribunal fédéral définit le plan d'intéressement comme « les mesures qu'une entreprise prend afin que ses cadres ou collaborateurs puissent se procurer, à intervalles réguliers et sous des modalités spécifiques, des actions de cette entreprise ou des options sur ses actions »²⁴⁷⁵ ou encore comme la possibilité offerte « à un cercle déterminé d'employés de participer au résultat de la société qui les emploie, respectivement du groupe auquel elle appartient, en leur aménageant, pendant un certain délai, des droits d'option pour l'achat (*call options*) ou la vente (*put options*), à des conditions déterminées à l'avance, d'un certain nombre d'actions de la société employeur ou d'une société qui en est proche »²⁴⁷⁶. Ordinairement, les plans d'intéressement prévoient l'entrée en vigueur, échelonnée dans le temps, du droit d'acquérir successivement des « lots » de participation dans l'entreprise, l'exercice de ce droit étant en outre limité à une date d'échéance fixe. Autrement dit, en contrepartie de l'engagement et de la fidélité du salarié, l'employeur lui offre la possibilité d'obtenir une rémunération supplémentaire, venant s'ajouter au salaire et aux gratifications octroyés par ailleurs²⁴⁷⁷.

1347 On distingue parfois également la forme particulière de plan d'intéressement sous forme d'options sur actions (*stock option plan*), le but affiché étant l'augmentation de la valeur de l'entreprise en termes boursiers²⁴⁷⁸. Ce type de plan est dit « européen »

²⁴⁷³ TF, 8 avril 2004, 4C.329/2003, ATF 130 III 495, cons. 4.1 ; TF, 15 mai 2007, H 97/06, ATF 133 V 346, cons. 5.2 ; TF, 26 mai 2008, 9C_683/2007, cons. 2.2.

²⁴⁷⁴ Karen Jeanneret-Druckman, « Les plans d'intéressement : cette pratique anglo-saxonne est-elle compatible avec le droit suisse ? », in Nathalie Dongois/Martin Killias (édit.), *L'Américanisation des droits suisses et continentaux*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2006.

²⁴⁷⁵ TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, SJ 2006 I 45, JAR 2006. 329, Pra 2006 655, com. Koller in RJB 2006 430, cons. 3.

²⁴⁷⁶ TF, 26 mai 2008, 9C_683/2007, cons. 2.2.

²⁴⁷⁷ Christophe Wilhelm/Éric Bersier, « Aspects juridiques des plans d'intéressement », ECS 11/01. 1075 ; cf. Marie-Gisèle Danthe, in Commentaire Dunand/Mahon, N 27 ad art. 322 CO.

²⁴⁷⁸ Pierre Tercier/Pascal Favre, *Les contrats spéciaux*, Genève, Schulthess, 4^e éd., 2009, p. 508.

(*European style option*) lorsque l'exercice du droit d'option est fixé à une date précise et « américain » (*American style option*) lorsque l'exercice est autorisé jusqu'à une certaine date²⁴⁷⁹.

bbb. *Élaboration du plan d'intéressement*

L'élaboration d'un plan d'intéressement est soumise à des procédures particulières de prise de décision et de publication, relevant du **droit des sociétés**²⁴⁸⁰. Pour l'instant, la réglementation en la matière est caractérisée par son aspect de *soft law* : la Fédération des entreprises suisses a ainsi adopté un **Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise**²⁴⁸¹, qui a vocation à servir de recommandation²⁴⁸². Il propose la mise en place de comités de rémunérations indépendants²⁴⁸³.

1348

En bref, l'élaboration d'un plan d'intéressement suppose de déterminer :

1349

1° le **cercle des bénéficiaires** : cadres dirigeants ou ensemble des salariés²⁴⁸⁴ ;

2° le **substrat** du plan : sources des titres permettant l'intéressement des salariés — émission d'un capital-actions ou d'un capital-participation, conditionnel ou autorisé, création d'actions propres, rachat d'actions sur le marché ou auprès de tiers — et intensité de la participation — attribution de droit de sociétaires et patrimoniaux par la remise d'actions ou pure expectative sur la plus-value comptable dans le cadre d'un plan virtuel (« *phantom plan* »)²⁴⁸⁵ ;

3° le **prix** du plan : notamment le prix d'exercice de l'option ;

4° les **modalités d'attribution** du plan : le but est que la rémunération soit attrayante sans être excessive au regard de la performance tant de la société que du bénéficiaire ;

²⁴⁷⁹ Pierre Tercier/Pascal Favre, *Les contrats spéciaux*, Genève, Schulthess, 4^e éd., 2009, p. 508.

²⁴⁸⁰ Jean-Luc Chenaux, « Les plans d'intéressement dans le prisme du *Corporate Governance* », ECS 2002 447-450 ; Jean-Luc Chenaux, *Corporate Governance : l'état du droit positif suisse*, Lausanne, Cedidac, 2003, pp. 223-234.

²⁴⁸¹ Première édition en juillet 2002 et dernière mise à jour en 2016 : < economiesuisse.ch >.

²⁴⁸² Ce code fut rédigé à la suite du rapport Cadbury de 1992 en Grande-Bretagne, du rapport Viénot de 1995 en France et du Code allemand de gouvernement d'entreprise de février 2002. Le code définit le « gouvernement d'entreprise » comme « l'ensemble des principes qui, tout en maintenant la capacité de décision et l'efficacité, vient à instaurer au plus haut niveau de l'entreprise, dans l'intérêt des actionnaires, la transparence et un rapport équilibré entre les tâches de direction et de contrôle » (p. 8).

²⁴⁸³ Sur la finalité des comités de rémunérations comme mécanisme destiné à renforcer l'apparence d'objectivité des décisions prises par les organes dirigeants de la société, cf. Michel Jaccard/Erol Baruh, « L'équilibre des pouvoirs dans le cadre de la révision du droit de la SA », RSDA 2008 137.

²⁴⁸⁴ L'éligibilité au plan d'intéressement ne doit pas entraîner une discrimination prohibée (cf. *infra*).

²⁴⁸⁵ Cf. notamment : Christophe Wilhelm/Éric Bersier, « Aspects juridiques des plans d'intéressement », ECS 2011 1 1076. Le « *phantom plan* » ou « *phantom stock plan* » ou encore « *shadow stock plan* » est un plan d'intéressement qui donne à certains salariés le bénéfice de la propriété d'actions sans leur transmettre la titularité des actions de la société ; il suit le mouvement de prix des actions de la société et distribue les mêmes profits qu'aux actionnaires sans entraîner de dilution du capital.

5° les **modalités d'exercice ou de disposition** du plan (délai entre l'attribution — *grant* — et la disponibilité — *vesting* — avec parfois un échelonnement du déblocage des droits par tranches)²⁴⁸⁶.

ccc. *Régime du plan d'intéressement*

1350 Le plan d'intéressement, comme toute rémunération sous forme d'actionnariat salarié, représente une **rémunération en nature** dont elle suit le régime²⁴⁸⁷.

Pour déterminer si le paiement de cette rémunération revêt un caractère obligatoire ou non pour l'employeur, il convient de passer la volonté des parties au crible des critères établis pour qualifier toute rémunération variable. Ainsi, le plan d'intéressement suivra le régime de la rémunération discrétionnaire ou celui de la rémunération contractuelle, selon la qualification qu'il revêtira²⁴⁸⁸. La distinction sera opérée selon les critères habituels. Dans un arrêt important de 2005 concernant un salarié cambiste, le Tribunal fédéral, après avoir exposé divers points de vue doctrinaux, s'est rallié à cette solution, jugeant que lorsque l'employeur fournit des prestations variables dans le cadre d'un plan d'intéressement, il convient de distinguer, sur la base à la fois de la convention des parties – dûment interprétée – et des intérêts respectifs du salarié et de l'employeur, s'il s'agit d'une rémunération obligatoire ou d'une rémunération discrétionnaire²⁴⁸⁹.

1351 **Réalisation du plan d'intéressement confié à la société-mère.** Il est courant que la réalisation du plan d'intéressement soit confiée à une personne morale autre que la société employeuse²⁴⁹⁰. Ainsi, dans les plans d'intéressement, le débiteur de la rémunération n'est pas forcément l'employeur juridique ; il peut s'agir d'un tiers²⁴⁹¹. Dans ce cas, la jurisprudence est d'avis que le travailleur ne peut réclamer les prestations qui lui sont dues qu'à la personne morale responsable du plan d'intéressement, puisqu'il s'agit d'une forme de division des prestations, qui sont ainsi réparties en dettes partielles à assumer séparément par des débiteurs distincts²⁴⁹². La situation est différente si l'employeur s'est engagé par porte-fort à garantir les prestations d'un plan d'intéressement qui obligeait une autre personne morale²⁴⁹³.

²⁴⁸⁶ La durée est généralement fonction du type d'investissement réalisé dans la branche en question : plus long dans les secteurs de recherche comme la biotechnologie, plus court pour les entreprises actives dans la technologie de l'information. Sur toutes ces questions, cf. Jean-Luc Chenaux, « Les plans d'intéressement dans le prisme du *Corporate Governance* », ECS 2002 447-450. Cf. également Beat Walti, *Mitarbeiterbeteiligung, Aktien- und Optionspläne*, Zurich, Schulthess, 1998, pp. 51 et s.

²⁴⁸⁷ TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, SJ 2006 I 45, JAR 2006 329, Pra 2006 655, com. Koller in RJB 2006 430, cons. 5.1.

²⁴⁸⁸ Cf. Wyler/Heinzer, p. 989 ; Marie-Gisèle Danthe, in Commentaire Dunand/Mahon, N 27 ad art. 322 CO.

²⁴⁸⁹ TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, SJ 2006 I 45, JAR 2006. 329, Pra 2006 655, com. Koller in RJB 2006 430, cons. 5.3.

²⁴⁹⁰ TF, 8 juillet 2014, 4A_175/2014, cons. 3.

²⁴⁹¹ TF, 29 mai 2015, 4A_187/2015, 4A_199/2015, ATF 141 III 189.

²⁴⁹² TF, 8 juillet 2014, 4A_175/2014, cons. 4.

²⁴⁹³ TC/VD, 9 mars 2005, JAR 2006 541.

dd. Le salarié investisseur

Plan d'intéressement et plan d'investissement. L'actionnariat salarié est ouvert au salarié *en vertu de sa qualité même de salarié*. Le salarié doit certes acheter au moyen de ses propres fonds les titres d'entreprise qui lui sont proposés, mais ces titres lui sont proposés à un prix avantageux, de telle sorte qu'il en tire un bénéfice qui constitue un élément de rémunération. Or, l'employeur peut aussi passer avec son salarié des **contrats parallèles** au contrat de travail. Dans ces conditions, l'entreprise qui emploie le salarié peut lui proposer d'acquérir des titres d'entreprise au prix du marché, **sans aucun avantage particulier**²⁴⁹⁴. Dans cette hypothèse, il n'est pas question de rémunération, mais d'**investissement**.

1352

Que l'argent investi provienne initialement de l'argent versé au salarié à titre de rémunération n'y change rien. Tout se passe comme si le salarié investissait son capital dans une entreprise donnée, peu importe — du point de vue juridique — qu'il s'agisse de la société qui l'emploie. Dans ce cas précis, le droit du travail est purement et simplement **inapplicable**²⁴⁹⁵.

Certaines structures se trouvent à la frontière entre les notions de rémunération et d'investissement. Ainsi des « **carried interests** », ces « parts à rendement subordonné », qui sont des incitations financières liées à la performance des salariés chargés de constituer des fonds de capital-risque. Pour valoriser l'investissement personnel et le travail de leurs salariés, les sociétés de gestion de portefeuille prévoient dans le règlement des fonds l'attribution de parts comme dispositif de versement d'un complément de rémunération. Ce mécanisme, qui suppose un investissement personnel significatif des membres de l'équipe de gestion, permet de les « responsabiliser » en alignant leurs intérêts sur ceux des investisseurs²⁴⁹⁶. Un tel système peut représenter une rémunération variable contractuelle au sens de l'article 322a du code des

1353

²⁴⁹⁴ Ce qui correspond à l'hypothèse prévue dans le Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 337. Cf. également : Wyler/Heinzer, pp. 991-992, qui précisent que relève d'une démarche d'investisseur l'acquisition, libre et au prix du marché, d'actions et d'options.

²⁴⁹⁵ Cf. Marie-Gisèle Danthe, in Commentaire Dunand/Mahon, N 27 *ad* art. 322 CO.

²⁴⁹⁶ Définition donnée par le site internet < net-iris.fr > ; cf. également : Francesco Carelli/Martina Gruber/Rosemarie Portner, « Leitende Angestellte in Deutschland, Österreich und der Schweiz », *ZSIS* 2011, Monatflash n° 4). Pour l'utilisation d'une telle structure dans un contrat de travail suisse, cf. TF, 5 mars 2012, 4A_380/2011 (le litige portait sur le point de savoir si le salarié pouvait prétendre à bénéficier du *carried interest pool* mis en place par l'employeur et fut résolu par l'application des principes d'interprétation des volontés des parties). Pour Wyler, le Tribunal fédéral aurait reconnu implicitement dans cet arrêt que l'article 339 du code des obligations n'était pas applicable à cette forme de rémunération (Rémy Wyler, « Chronique. Droit du travail », *JT* 2013 II 190 ; Wyler/Heinzer, pp. 172 et 700). En revanche, les juges zurichois considèrent que des *carried interests* peuvent représenter une rémunération contractuelle soumise au régime de l'article 322a du code des obligations (Obergericht/ZH, 25 mai 2012, JAR 2013 579). Le *carried interest* intéresse particulièrement les fiscalistes (cf. Samantha Meregalli Do Duc, *Rémunération et conflits d'intérêts dans la distribution des placements collectifs de capitaux*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2010, pp. 31-32 ; Urs Kapalle/Nadia Tarolli Schmidt, « Neue Kreisschreiben zu den direkten Bundessteuern — Eine Bewertung aus Sicht der Praxis, eine Trilogie », *Revue fiscale*, 2009, p. 644).

obligations²⁴⁹⁷. Les règles régissant un tel système de rémunération relèvent d'une interprétation des dispositions applicables entre les parties²⁴⁹⁸.

1354 Nous proposons de nommer ce type d'accord entre employeur et salarié « plan d'investissement », pour le distinguer du « plan d'intéressement » proprement dit²⁴⁹⁹. On le voit, les conséquences de la qualification sont importantes. Cette qualification distingue ce qui relève du champ d'application du **droit du travail** et ce qui relève du champ d'application du **droit commercial**. Certaines obligations spécifiques au droit financier — comme le devoir d'information de celui qui propose, voire conseille un investissement — s'appliqueront peut-être au plan d'investissement. Mais il s'agit là d'un autre domaine du droit.

1355 **Principe jurisprudentiel.** Certains auteurs avaient préconisé que le droit du travail ne fût pas applicable à l'attribution d'actions ou d'options sur actions s'ajoutant au paiement d'un salaire conforme au marché²⁵⁰⁰. Le Tribunal fédéral a semblé s'inspirer de cette idée, sans toutefois adopter de position claire. Il a choisi comme critère de délimitation entre le plan d'intéressement et le plan d'investissement le statut selon lequel le salarié s'est engagé dans ledit plan. Si le salarié s'est engagé « à la manière d'un investisseur », c'est-à-dire d'une personne « qui choisit librement de placer une partie de ses avoirs dans l'attente d'un gain en capital »²⁵⁰¹, alors les dispositions impératives de protection du salarié ne seront pas applicables. En revanche, si le salarié ne s'engage pas dans le plan de façon autonome, mais dans le cadre de la rémunération de son travail, alors les règles impératives du droit du travail auront vocation à s'appliquer²⁵⁰².

1356 **Application.** On en déduit que la distinction entre les deux façons différentes de s'engager dans un plan d'intéressement mis en place par l'employeur doit se faire **in concreto**²⁵⁰³. En particulier, le Tribunal fédéral a jugé qu'un **cadre supérieur** d'une banque, percevant un salaire élevé, de surcroît **spécialiste en placements**, avait financé, **de façon autonome**, ses positions dans le plan d'intéressement par des versements en capital, à un prix pas spécialement avantageux. Ces titres ne correspondaient donc pas à une partie de son salaire, mais à de l'argent qu'il avait librement choisi d'investir dans le plan en question. Par ailleurs, il avait réalisé un **gain**

²⁴⁹⁷ TF, 7 février 2017, 4A_526/2016, cons. 3.

²⁴⁹⁸ TF, 7 février 2017, 4A_526/2016, cons. 4.

²⁴⁹⁹ Aurélien Witzig, *Le Renouveau des rémunérations variables*, Genève, Slatkine, 2015, pp. 231-235.

²⁵⁰⁰ Thomas Rihm, in *Finanz und Wirtschaft*, 12 mai 2001 ; note Sommer sous Obergericht de Zurich, 18 novembre 2002, DTA 2003 87.

²⁵⁰¹ TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, SJ 2006 I 45, JAR 2006 329, Pra 2006 655, com. Koller in RJB 2006 430, cons. 4.

²⁵⁰² *Ibidem*.

²⁵⁰³ TF, 8 avril 2004, 4C.329/2003, ATF 130 III 495, cons. 4.2.2 ; cf. également : Wolfgang Portmann, « Die Arbeitsbedingungen der Bankgestellten. Eine Darstellung und Würdigung ausgewählter Aspekte », DTA 2005 79 ; Roger Rudolph, « Fokus Arbeitsrecht : Neuere Entwicklungen im Bonusrecht », Trex 2011 96.

considérable en liquidant les positions qui lui étaient acquises au moment où les parties avaient convenu de mettre fin aux rapports de travail²⁵⁰⁴.

De la même manière, un achat d'actions entièrement financé par un prêt de la banque employeuse, dont les conditions d'intérêts et de remboursement, correspondant aux conditions du marché des capitaux, n'étaient pas spécialement favorables, et dont il n'était pas prévu que le remboursement se fasse au moyen de prélèvements sur le salaire, ne correspond pas à une contre-prestation du travail du salarié ; le fait que le salarié ait accepté une réduction d'un tiers de son salaire fixe à l'occasion de son entrée dans ce plan d'intéressement n'y change rien²⁵⁰⁵. En effet, « les prétentions ou expectatives d'un actionnaire, alors même que celui-ci se trouve simultanément employé par la société ou le groupe, ne sont pas soumises aux règles du contrat de travail » ; l'interdiction des accords sur l'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur (art. 323b, al. 3 CO)²⁵⁰⁶ — invoquée par le salarié dont les actions furent rachetées par l'employeur au prix convenu en fonction de la date à laquelle le salarié quittait l'entreprise — n'est donc pas applicable²⁵⁰⁷.

1357

En revanche, lorsque la clause contractuelle fait référence à la qualité d'employé du futur actionnaire, que le financement de l'achat des actions démontre le lien économique direct entre la société et l'employé-actionnaire, que les actions ne sont accessibles qu'à des personnes liées à la société par un contrat de travail, qu'il est prévu que les actions soient rachetées à la fin du contrat de travail à un prix variant en fonction de la façon dont se déroule la rupture des rapports de travail (par exemple dans le cadre d'une clause de *good leaver*), le droit du travail est applicable²⁵⁰⁸. Le fait que la société émettrice ne soit pas directement la société employeuse mais une société économiquement liée à elle (société-mère, filiale) ne change rien à cette conséquence²⁵⁰⁹.

1358

Un autre problème peut surgir : celui de la confusion des sphères de la société-mère et de la société-fille. Lorsqu'il existe une apparence d'unité créée par des signes extérieurs tels que des raisons sociales identiques ou très semblables, des sièges sociaux, locaux, organes, personnel ou coordonnées téléphoniques identiques, le lésé peut rechercher la responsabilité aussi bien de la société-mère que de la filiale²⁵¹⁰.

En synthèse, le premier critère de distinction revient donc à déterminer si la rémunération en question, souvent décrite comme un « bonus », est la rémunération d'un travail (*Entgelt*) ou un accord autre comme un contrat d'investissement²⁵¹¹. Dans

1359

²⁵⁰⁴ TF, 8 avril 2004, 4C.329/2003, ATF 130 III 495, cons. 4.2.2 et 4.2.3.

²⁵⁰⁵ TF, 11 février 2009, 4A_506/2008, cons. 5.

²⁵⁰⁶ Cf. *supra* sur la protection de la rémunération.

²⁵⁰⁷ TF, 11 février 2009, 4A_506/2008, cons. 5.

²⁵⁰⁸ TPH/GE, 5 août 1998, JAR 2001 404, cons. 3c.

²⁵⁰⁹ TPH/GE, 5 août 1998, JAR 2001 404, cons. 3d.

²⁵¹⁰ TF, 26 septembre 2011, 4A_328/2011, ATF 137 III 550, JAR 2012 307, cons. 2.4.

²⁵¹¹ Cf. Thomas Geiser, « Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2010 », PJA 2011 245.

le premier cas, nous le qualifierons de plan d'intéressement et le droit du travail sera applicable, qu'il s'agisse d'une rémunération obligatoire ou à tendance contractuelle (gratification bénévole ou gratification contractuelle), distinction qui se fera selon les critères classiques²⁵¹². Dans le second cas, nous le qualifierons de plan d'investissement, ce qui aura pour conséquence de l'exclure du champ d'application du droit du travail.

B. Les rémunérations à tendance discrétionnaire

1360 Les rémunérations à tendance discrétionnaire peuvent être d'**origine patronale** (1) ou d'**origine tierce** (2).

1) D'origine patronale

1361 Les rémunérations à tendance discrétionnaire d'origine patronale sont la **gratification bénévole** et la **gratification contractuelle**. Il faut vérifier dans chaque cas particulier comment doit être qualifié chaque élément de rémunération, notamment s'il s'agit d'une rémunération contractuelle ou d'une rémunération bénévole²⁵¹³. Aussi convient-il de distinguer leur **qualification**, entre elles et à l'égard des autres rémunérations à tendance contractuelle (a), avant d'observer leur **régime** respectif (b et c).

a. La qualification de gratification bénévole, gratification contractuelle et rémunération variable contractuelle

1362 Aux termes de l'article 322d, alinéa 1 du code des obligations, la gratification est une rétribution spéciale que l'employeur accorde en sus du salaire à certaines occasions, par exemple une fois par année. Selon la volonté des parties, il peut y avoir un droit à la gratification (« gratification contractuelle ») ou, au contraire, aucun droit lorsqu'elle est stipulée facultative, expressément ou par actes concluants (« gratification bénévole »)²⁵¹⁴. Si, par contrat, les parties ont réservé tant le principe que le montant du bonus, il s'agit d'une gratification bénévole : elle est facultative et l'employé n'y a pas droit²⁵¹⁵.

1363 À la différence du salaire contractuel, la gratification dépend donc au moins partiellement du bon vouloir de l'employeur ; en d'autres termes, le principe et/ou le montant de la gratification sont laissés à l'appréciation de l'employeur : ainsi, un bonus dont le montant est déterminé à l'avance par les parties ou dépend de critères objectifs prédéterminés conventionnellement, comme le chiffre d'affaires (cf. art. 322a CO), ne

²⁵¹² Cf. *supra*.

²⁵¹³ TF, 17 août 2016, 4A_69/2016, cons. 4.

²⁵¹⁴ TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, SJ 2006 I 45, JAR 2006. 329, Pra 2006 655, com. Koller *in* RJB 2006 430, cons. 5.2 ; TF, 29 août 2017, 4A_714/2016, cons. 3.1.

²⁵¹⁵ TF, 29 août 2017, 4A_714/2016, cons. 3.2.2.2.

doit pas être considéré comme une gratification, mais comme un élément de salaire contractuel, que l'employeur est tenu de verser à l'employé²⁵¹⁶.

Autrement dit, lorsqu'un élément de rémunération est **déterminé** ou **objectivement déterminable**, c'est-à-dire qu'il a été promis par contrat dans son principe et que son montant est déterminé ou doit l'être sur la base de critères objectifs prédéterminés comme le bénéfice, le chiffre d'affaires ou une participation au résultat de l'exploitation, et qu'il ne dépend pas de l'appréciation de l'employeur, il doit être considéré comme un élément de rémunération contractuel (variable), que l'employeur est tenu de verser au travailleur²⁵¹⁷. À l'inverse, lorsqu'un élément de rémunération est **indéterminé** ou **objectivement indéterminable**, c'est-à-dire que son versement dépend du bon vouloir de l'employeur et que sa quotité dépend pour l'essentiel du pouvoir de celui-ci en ce sens qu'elle n'est pas fixée à l'avance et qu'elle dépend de l'appréciation subjective de la prestation du travailleur par l'employeur, il doit être qualifié de gratification²⁵¹⁸.

1364

En synthèse :

1365

- La **gratification bénévole** est entièrement facultative, tant sur le principe de son octroi que sur la détermination de son montant. Cette caractéristique autorise l'employeur à la révoquer à tout moment.

- À l'opposé, le **salaire variable contractuel** est un élément de rémunération obligatoire, qui ne peut être soumis à aucune condition et doit être payé selon le même régime qu'un salaire fixe ; seul son montant varie selon des règles objectives et connues à l'avance.

- Quant à la **gratification contractuelle**, le principe de son paiement est acquis mais la détermination de son montant reste dans une large mesure tributaire du pouvoir d'appréciation subjectif de l'employeur.

Pour qualifier juridiquement un élément de rémunération, il convient d'**interpréter les volontés** des parties (1°), puis d'observer si une **contractualisation** de cet élément n'est pas intervenue en vertu du **principe de confiance** (2°), avant de contrôler si la qualification contractuelle ne doit pas tout de même être retenue **en raison de l'absence de caractère accessoire de l'élément de rémunération en question** (3°).

1366

²⁵¹⁶ TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, SJ 2006 I 45, JAR 2006. 329, Pra 2006 655, com. Koller in RJB 2006 430, cons. 5.2 ; TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, ATF 139 III 155, cons. 3.1 ; TF, 11 août 2015, 4A_653/2014, ATF 141 III 407, JT 2015 II 211, JT 2016 II 111, SJ 2016 I 11, Pra 2016 38 368, PJA 2015 1471, com. Ciardo in ius.focus, 2015 10 9, com. Lienhard in PJA 2015 1473, Richa/Raedler in GesKR 2015 564, com. Geiser in PJA 2016 104, com. Hess in Jusletter 18 janvier 2016 34, com. Portmann in RJB 152 2016 130, com. Witzig in droitdutravail.ch octobre 2015, com. Wyler in JT 2016 II 114, cons. 4.2.1 et 4.2.2 ; TF, 14 avril 2016, 4A_565/2015, ATF 142 III 381, cons. 2.1 ; TF, 1^{er} décembre 2016, 4A_159/2016, cons. 5.2.1.

²⁵¹⁷ TF, 1^{er} novembre 1983, ATF 109 II 447, JT 1984 I 222, SJ 1984 448, JAR 1985 141, cons. 5c ; TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, ATF 129 III 276, JT 2003 I 346, JAR 2003 221, cons. 2 ; TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, ATF 136 III 313, JT 2011 II 206, PJA 2010 1609, com. Hirsiger in PJA 2010 1336, com. Koller/Sennhauser in RJB 2012 408, cons. 2 ; TF, 11 août 2015, 4A_653/2014, précité, cons. 4.1 ; TF, 29 août 2017, 4A_714/2016, cons. 3.2.1.

²⁵¹⁸ TF, 11 août 2015, 4A_653/2014, précité, cons. 4.1 et 4.2 ; TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, ATF 139 III 155, cons. 3.1 ; TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016, cons. 4.1.2 ; TF, 29 août 2017, 4A_714/2016, cons. 3.2.2.

1° Interprétation des volontés

1367 Il faut donc déterminer dans chaque cas, par interprétation des manifestations de volonté des parties lors de la conclusion du contrat ou de leur comportement ultérieur au cours des rapports de travail (accord par actes concluants, c'est-à-dire tacite), si un élément de rémunération représente un élément du salaire contractuel ou d'une gratification²⁵¹⁹.

1368 Le critère principal est celui de savoir si l'employeur *s'est réservé le droit* de décider discrétionnairement de l'octroi et/ou du montant de la rémunération en question *ou s'il a admis* – explicitement ou implicitement – que le principe de la rémunération (voire son montant) serait acquis ou déterminé en fonction de critères objectifs²⁵²⁰. Ce raisonnement reste valable même si l'employeur a versé un montant finalement plus élevé que ce qui serait résulté de la simple application mathématique des critères objectifs prévus par la clause²⁵²¹. Il y a gratification et non rémunération obligatoire lorsque le versement d'un élément de rémunération est lié à la réalisation d'objectifs, mais que la réglementation laisse à l'employeur un large pouvoir d'appréciation quant à la formulation des objectifs, au degré de réalisation de ceux-ci et au montant du bonus²⁵²².

1369 Lorsqu'un contrat de travail prévoit le versement d'une somme *déterminée*, pour une année précisément *désignée, indépendamment* des résultats effectifs de la société et de l'activité de l'employé, cette rétribution est une rémunération entièrement contractuelle et non pas une gratification. Par exemple, une somme de 150 000 francs garantie au salarié par avenant à son contrat de travail lui est due, dès lors que l'employeur n'avait soumis le versement de ce montant à aucune condition spécifique. L'employeur ne pouvait donc se dégager de sa déclaration, bien que le salarié ne l'ait pas satisfait au point qu'il avait décidé de le licencier. La condition de présence du salarié dans l'entreprise à laquelle l'employeur avait subordonné le paiement de cette somme est sans effet²⁵²³.

Il faut également qualifier de rémunération obligatoire, en l'occurrence de rémunération sur objectifs, et non de gratification, la rétribution convenue au cas où un *objectif précis est atteint*²⁵²⁴, par exemple un « bonus » dépendant de critères objectifs fondés sur la rentabilité du travailleur²⁵²⁵ ou sur le nombre d'heures facturées à des

²⁵¹⁹ TF, 14 avril 2016, 4A_565/2015, ATF 142 III 381, cons. 2.1 et 2.2 ; TF, 29 août 2017, 4A_714/2016, cons. 3.

²⁵²⁰ Appellationshof/BE, 8 mars 1995, JAR 1996 151 ; CJ/GE, 30 mai 2012, CAPH/117/2012 (avec recours : TF, 1^{er} novembre 2012, 4A_400/2012) ; Rehbindler/Stöckli, N 4 *ad* art. 322d CO ; Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », ArbR 2001 65.

²⁵²¹ TF, 25 octobre 2004, 4C.244/2004, cons. 2.3.

²⁵²² TF, 13 juillet 2007, 4A_115/2007, DTA 2007 249, cons. 4.4.

²⁵²³ TF, 24 janvier 2006, 4C.340/2005, DTA 2006 186, JAR 2007 160, cons. 2.1.

²⁵²⁴ TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, DTA 2003 154, JAR 2004 248, cons. 2.2 ; TC/VS, 5 avril 2005, RVJ 2006 179, cons. 3b.

²⁵²⁵ TF, 25 octobre 2004, 4C.244/2004, cons. 2.3.

clients par le salarié²⁵²⁶ ou encore sur d'autres résultats²⁵²⁷. Une clause simplement intitulée « 13^e mois (gratification) » donne en principe le droit au salarié de considérer qu'il s'agit d'une rémunération contractuelle²⁵²⁸. Il en va de même pour un « *profit sharing* » lorsqu'il est clairement décrit comme une participation aux résultats²⁵²⁹.

Un élément de rémunération peut ne représenter qu'une gratification bénévole dès lors que le salarié **avait bien conscience** du fait qu'une somme ne lui serait versée qu'en fonction de l'appréciation que l'employeur portait sur lui et non en fonction du résultat réalisé par la société²⁵³⁰.

L'accord peut porter sur une rémunération due **dans la durée** ou **de manière ponctuelle**, une seule année par exemple²⁵³¹. La forme de la gratification ne change pas les règles : l'employeur qui entend verser une gratification bénévole, non pas en monnaie, mais en nature (**actions** ou **options sur actions** de l'entreprise ou du groupe auquel appartient l'entreprise) devra veiller à ne jamais laisser entendre implicitement qu'il s'agit d'une gratification contractuelle ou d'une rémunération obligatoire²⁵³².

Le critère tiré du caractère obligatoire ou non de la rémunération permet de distinguer la gratification bénévole de la rémunération obligatoire, mais il est inopérant lorsqu'il s'agit de distinguer la **gratification contractuelle** de la rémunération variable contractuelle²⁵³³. Pour distinguer entre ces deux formes de rémunération, il faut encore identifier s'il y a accord sur le montant ou sur la manière de déterminer le montant. Le contrat qui prévoit l'existence d'un « bonus annuel à déterminer librement par la direction » prévoit en réalité une **gratification contractuelle**²⁵³⁴. Lorsque le contrat prévoit le principe d'une gratification, ses conditions d'attribution et un montant maximal, il n'y a accord que sur une gratification contractuelle et non sur une rémunération obligatoire²⁵³⁵. Le fait que la détermination du montant de l'élément de rémunération soit en partie liée à l'atteinte d'un certain résultat de l'entreprise ne le

1370

²⁵²⁶ Gewerbliches Schiedsgericht/BS, *Rechenschaftsgericht* 1998/1999, p. 30.

²⁵²⁷ TF, 1^{er} mars 2006, 4C.395/2005, DTA 2006 266, JAR 2007 206, cons. 5.3 ; TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, ATF 139 III 155, cons. 3 ; cf. également : Philippe Carruzzo, *La Rémunération du travailleur et le remboursement des frais*, Genève, Fédération des entreprises romandes, 2007, p. 71.

²⁵²⁸ Gewerbliches Schiedsgericht/BS, 16 octobre 1980, JAR 1981 253. Le salarié pourra exiger le paiement *pro rata temporis* de son treizième mois en cas de départ en cours d'année, sauf si cette solution devait être expressément exclue.

²⁵²⁹ CAPH/GE, 5 février 2009, CAPH/21/2009, cons. 2.2.

²⁵³⁰ TF, 1^{er} décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.2.

²⁵³¹ TF, 19 décembre 2000, 4C.277/2000, JAR 2001 177, cons. 3c (non publié in ATF 127 III 86).

²⁵³² Pour un exemple, voir TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, SJ 2006 I 45, JAR 2006. 329, Pra 2006 655, com. Koller in RJB 2006 430, cons. 6.2.

²⁵³³ TC/VS, 5 avril 2005, RVJ 2006 179, cons. 3b ; Christoph Senti, « Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation », PJA 2002 678.

²⁵³⁴ TF, 2 mai 2011, 4A_73/2011, JAR 2012. 211, cons. 4.

²⁵³⁵ TF, 26 mars 2009, 4A_28/2009, cons. 2.1 et 2.4 : cette gratification contractuelle ne sera pas due *pro rata temporis* en cas de résiliation du contrat en cours d'année à moins que l'employeur ne s'y soit engagé spécifiquement (art. 322d, al. 2 CO).

transforme pas forcément en rémunération obligatoire dès lors que la liberté d'appréciation que l'employeur s'est réservée est importante²⁵³⁶. À l'inverse, lorsque l'employeur annonce le versement d'un montant déterminé si une condition est remplie, il n'a plus la possibilité de moduler ce montant et doit le verser en entier²⁵³⁷.

- 1371 Dès lors que les montants versés au travailleur au titre de sa rémunération variable ont varié, on ne peut logiquement interpréter ces paiements comme témoignant de la volonté (tacite) de l'employeuse de s'engager à verser un montant déterminé²⁵³⁸.

Lorsque, en l'absence de toute disposition contractuelle et sans aucune réserve, l'employeur verse un mois de salaire en plus de la rémunération normale à chaque fois qu'une travailleuse prend un mois de vacances, ce supplément de salaire est dû à la travailleuse, indépendamment d'ailleurs de la possibilité réelle pour elle de prendre ou non ses vacances²⁵³⁹.

Lorsqu'aucune des parties ne présente d'allégué précis sur les circonstances d'octroi d'un élément de rémunération et qu'un témoin a révélé que la question était seulement discutée entre les parties en début d'année, une cour cantonale peut retenir, en concours avec d'autres circonstances de fait, que la rémunération dépendait du bon vouloir de l'employeur²⁵⁴⁰.

Le salarié qui, à l'occasion de la signature d'un avenant à son contrat de travail, a vu sa rémunération de base fixe augmenter de 75 % ne peut plus s'attendre de bonne foi à recevoir en sus de cette rémunération fixe une gratification dès lors que toute référence à un quelconque bonus a été **supprimée de l'avenant** et ce, malgré le renvoi opéré pour le surplus par l'avenant au contrat d'origine, lequel prévoyait un « bonus »²⁵⁴¹.

L'interprétation des juges cantonaux selon laquelle une employeuse s'était contractuellement engagée à verser un certain montant à un travailleur, lorsque le contrat stipule qu'un « bonus » d'un tel montant doit être versé pour une année déterminée, sans aucune autre condition ou restriction, est conforme au principe de confiance²⁵⁴². Le simple usage du terme « bonus » dans un contrat ne conduit pas à faire automatiquement de cet élément de rémunération un élément discrétionnaire²⁵⁴³.

- 1372 L'employeur peut également être lié par une **promesse expresse** faite lors de la conclusion du contrat ou même par une proposition de rémunération formulée dans l'offre d'emploi dès lors que le salarié a pu, de bonne foi, considérer que cette

²⁵³⁶ TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, ATF 139 III 155, cons. 4.3.

²⁵³⁷ TF, 4 septembre 2013, 4A_219/2013, cons. 3.3.

²⁵³⁸ TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016 et 4A_491/2016, cons. 5.2.2.

²⁵³⁹ TF, 27 mars 2015, 4A_434/2014, cons. 5.3.

²⁵⁴⁰ TF, 22 juin 2016, 4A_557/2015, ATF 142 III 456, cons. 2.

²⁵⁴¹ TF, 4 août 2006, 4C.112/2006, cons. 4.3.

²⁵⁴² TF, 23 juin 2017, 4A_216/2017, cons. 4.

²⁵⁴³ TF, 23 juin 2017, 4A_216/2017, cons. 4.5.

rémunération faisait partie des conditions d'engagement²⁵⁴⁴. Ainsi, l'employeur peut, dans le cadre de la négociation contractuelle ou de manière unilatérale, s'engager à payer certains montants au salarié, par exemple les *frais d'écologie* de ses enfants²⁵⁴⁵. L'engagement de l'employeur s'adresse potentiellement à un travailleur en particulier ou à un groupe, voire à l'ensemble des travailleurs de l'entreprise. Lorsque l'employeur annonce lors d'une *soirée du personnel* qu'une gratification correspondant à un mois de salaire sera octroyée, c'est l'ensemble des salariés qui peut se prévaloir de cet engagement, indépendamment du point de savoir si chacun d'entre eux était physiquement présent lors de l'annonce²⁵⁴⁶.

Si l'employeur annonce la mise en place d'un *pool de bonus*²⁵⁴⁷, les travailleurs peuvent prétendre à une répartition intégrale du montant annoncé. À défaut, c'est au juge que reviendra la tâche de procéder à cette répartition s'il est saisi par les salariés lésés²⁵⁴⁸. À l'inverse, le travailleur ne peut tirer aucun droit de la simple existence d'un pool de bonus dont la répartition entre les différentes branches de l'entreprise relève d'une décision stratégique de la direction²⁵⁴⁹.

Lorsqu'un *règlement du personnel* évoque différentes sortes de primes et de bonus, sous forme d'augmentation de salaire ou de paiement discrétionnaire, et renvoie pour les détails à un autre document qui ne voit jamais le jour, il n'y a pas, selon le Tribunal fédéral, d'accord sur le caractère obligatoire d'une gratification²⁵⁵⁰. Pour que cette solution soit convaincante juridiquement, il faut considérer la clause du règlement du personnel comme un pur *instrumentum* sans force obligatoire. Cependant, on peut se demander s'il n'y a pas dol de l'employeur (art. 28 CO)²⁵⁵¹. En effet, au moment où le salarié s'engage, il compte sur le fait que l'employeur va produire le document promis. Mais il s'agit aussi de déterminer sur laquelle des parties doit reposer la carence de l'employeur. Est-il convaincant de faire supporter au salarié les conséquences de la carence de l'employeur ? Une telle solution heurterait de plein fouet le principe de bonne foi et d'interdiction des comportements contradictoires. L'employeur ne pourrait refuser de verser une rémunération dont le principe était acquis, sous prétexte qu'il a négligé de rédiger le document qui devait en préciser les modalités. Cette

²⁵⁴⁴ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, p. 94.

²⁵⁴⁵ Ex. : TF, 12 janvier 2011, 4A_474/2010, DTA 2011 112, JAR 2012 121.

²⁵⁴⁶ TF, 19 décembre 2000, 4C.277/2000, ATF 127 III 86, JAR 2001 177, cons. 3c.

²⁵⁴⁷ Sur la notion de « pool », cf. le paragraphe 15 de la circulaire 2010/1 de la FINMA. Cette dernière prône une réduction du pool global en cas de mauvaise marche des affaires. Ceci pose un problème du point de vue du droit des obligations (Julien Waeber, « Circulaire FINMA 2010/1 sur les systèmes de rémunération : des obstacles en droit civil? », RSDA 2012 128). L'employeur soumis à la réglementation de la FINMA devra donc veiller à ne jamais prendre d'engagement unilatéral par l'annonce d'un pool global avant la fin de l'exercice.

²⁵⁴⁸ Pratiquement, le juge devra d'abord établir la part de chaque salarié sur le pool de bonus. Sous peine de statuer *ultra petita* ou en contradiction avec le principe selon lequel nul ne plaide par procureur, il ne pourra toutefois ordonner le versement de la gratification qu'aux salariés qui l'auront saisi directement.

²⁵⁴⁹ Cf. TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, ATF 139 III 155, cons. 4.2 (argumentation de la cour cantonale).

²⁵⁵⁰ TF, 21 mars 2011, 4A_29/2011.

²⁵⁵¹ Le dol peut porter sur des faits futurs, présentés comme sûrs par l'employeur, alors qu'il sait pertinemment qu'ils ne se produiront pas (Schmidlin, in CR CO-I, N 16 ad art. 28 CO).

solution implique toutefois de reconnaître au juge la faculté de compléter la lacune contractuelle. En effet, le juge devra alors déterminer en équité le montant de la rémunération à percevoir par le salarié au titre de la gratification contractuelle²⁵⁵².

2° *Contractualisation en vertu du principe de confiance*

- 1373 Lorsqu'au cours des rapports contractuels, un bonus a été versé sans réserve de son caractère facultatif pendant au moins trois années consécutives, il est admis qu'en vertu du principe de la confiance, il a été contractualisé par actes concluants (tacitement)²⁵⁵³ : il s'agit donc d'une gratification contractuelle, à laquelle l'employé a droit²⁵⁵⁴, l'employeur jouissant d'une certaine liberté dans la fixation de son montant au cas où les montants étaient variables²⁵⁵⁵.
- 1374 À l'inverse, lorsque le bonus a été versé d'année en année avec la réserve de son caractère facultatif, il n'y a en principe pas d'accord tacite : il s'agit d'une gratification qui n'est pas due²⁵⁵⁶.
- 1375 Toutefois, le Tribunal fédéral estime qu'en dépit de la réserve (sur le principe et sur le montant), un engagement tacite peut se déduire du paiement répété de la gratification pendant des décennies (« *jahrzehntelang* »), lorsque l'employeur n'a jamais fait usage de la réserve émise, alors même qu'il aurait eu des motifs de l'invoquer, par exemple en cas de mauvaise marche des affaires ou de mauvaises prestations de certains collaborateurs : il s'agit alors d'une gratification contractuelle²⁵⁵⁷.
- 1376 Il en va de même lorsque la réserve du caractère facultatif n'est qu'une formule vide de sens (c'est-à-dire une clause de style sans portée juridique) et qu'en vertu du principe de la confiance, il y a lieu d'admettre que l'employeur montre par son comportement qu'il se sent obligé de verser un bonus²⁵⁵⁸. Un tel comportement de l'employeur lui est imputé comme l'aveu qu'il **se reconnaît lié** par une source d'obligation, même si cette source n'a pas été formalisée entre les parties.

²⁵⁵² Pour un exemple où les juges ont calculé le montant dû au titre de la rémunération variable malgré l'absence du règlement promis, voir CAPH/GE, 16 décembre 2008, CAPH/219/2008, cons. 3.3.

²⁵⁵³ TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, SJ 2006 I 45, JAR 2006 329, Pra 2006 655, com. Koller *in* RJB 2006 430, cons. 5.2 ; TF, 15 mai 2012, 4A_26/2012, cons. 5.1 ; TF, 1^{er} décembre 2016, 4A_159/2016, cons. 5.2.1.

²⁵⁵⁴ TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, ATF 129 III 276, JT 2003 I 346, JAR 2003 221, cons. 2.1 ; TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, SJ 2006 I 45, JAR 2006. 329, Pra 2006 655, com. Koller *in* RJB 2006 430, cons. 5.2 ; TF, 4A_172/2012 précité consid. 8.2.

²⁵⁵⁵ TF, 29 août 2017, 4A_714/2016, cons. 3.2.2.1.

²⁵⁵⁶ TF, 29 août 2017, 4A_714/2016, cons. 3.2.2.2.

²⁵⁵⁷ TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, ATF 129 III 276, JT 2003 I 346, JAR 2003 221, cons. 2.3 ; TF, 29 août 2017, 4A_714/2016, cons. 3.2.2.3.

²⁵⁵⁸ 4A_172/2012 déjà cité consid. 8.2 ; TF, 29 août 2017, 4A_714/2016, cons. 3.2.2.3.

Au total, le principe de protection de la confiance légitime revient à reconnaître que le silence possède une juridicité et que la volonté contractuelle peut apparaître ou se modifier lors de la phase d'exécution du contrat²⁵⁵⁹.

En outre, par un procédé spécifique d'hybridation des sources d'obligation en droit du travail, le principe de protection de la confiance tend à se confondre avec celui de l'interdiction des discriminations – même si le domaine d'application de ce dernier demeure limité en droit du travail suisse²⁵⁶⁰ – notamment dans le cas où des primes de départ ou des gratifications convenues sont versées à un grand nombre de salariés lorsqu'ils quittent l'entreprise²⁵⁶¹.

1377

3° *Qualification contractuelle en raison de l'absence de caractère accessoire*

aa. Principe

Il découle de la nature même de la gratification qu'elle doit rester accessoire par rapport au salaire de base ; à défaut, il faut procéder à une requalification de la gratification en salaire contractuel²⁵⁶². Autrement dit, un élément de rémunération qualifié de bénévolé peut devoir être requalifié en salaire contractuel en vertu du principe de l'accessorité²⁵⁶³. En effet, la gratification ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur : « dans le cadre d'un contrat de travail, la rétribution du travailleur ne saurait consister uniquement ou principalement en une gratification »²⁵⁶⁴.

1378

Concrètement, la gratification ne peut dépasser un certain pourcentage du salaire de base contractuel²⁵⁶⁵. Selon la jurisprudence, le besoin de protection du travailleur doit l'emporter sur la liberté contractuelle des parties²⁵⁶⁶.

1379

Pour procéder de manière correcte en pratique, il faut, dans un premier temps, qualifier le bonus. Ce n'est que dans un second temps, s'il arrive à la conclusion que le bonus

²⁵⁵⁹ Pour des réflexions à ce sujet, cf. Pierre Rainville, « Volonté interne et for intérieur : le silence et l'inaction en guise d'outils interprétatifs du contrat », *Les Cahiers de droit*, vol. 56, n° 3-4, septembre-décembre 2015, pp. 615-676.

²⁵⁶⁰ Cf. *infra* n° 1651 et s.

²⁵⁶¹ Cf. TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, ATF 129 III 276, JT 2003 I 346, JAR 2003 221, cons. 3.1 ; TF, 1^{er} juillet 2005, 4C.364/2004, cons. 3.1 ; TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.2 ; TF, 28 février 2013, 4A_610/2012, cons. 2.4. Pour davantage de détails sur ces questions, cf. Aurélien Witzig, *Le renouveau des rémunérations variables*, Genève, Slatkine, 2015, pp. 281-283.

²⁵⁶² TF, 29 août 2017, 4A_714/2016, cons. 3.1.

²⁵⁶³ TF, 11 août 2015, 4A_653/2014, ATF 141 III 407, JT 2015 II 211, JT 2016 II 111, SJ 2016 I 11, Pra 2016 38 368, PJA 2015 1471, com. Ciardo *in ius.focus*, 2015 10 9, com. Lienhard *in* PJA 2015 1473, Richa/Raedler *in* GesKR 2015 564, com. Geiser *in* PJA 2016 104, com. Hess *in* Jusletter 18 janvier 2016 34, com. Portmann *in* RJB 2016 130, com. Witzig *in* Droitdu travail.ch octobre 2015, com. Wyler *in* JT 2016 II 114, cons. 4.3.

²⁵⁶⁴ TF, 29 août 2017, 4A_714/2016, cons. 3.3.

²⁵⁶⁵ TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, ATF 129 III 276, JT 2003 I 346, JAR 2003 221, cons. 2.1 ; TF, 11 août 2015, 4A_653/2014, précité, cons. 4.3.2 ; TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, ATF 139 III 155, cons. 5.3.

²⁵⁶⁶ TF, 11 août 2015, 4A_653/2014, précité, cons. 4.3.2 ; TF, 29 août 2017, 4A_714/2016, cons. 3.3.

est, selon la volonté des parties, une gratification (ce qui sera le cas lorsque la rémunération n'est ni déterminée ni objectivement déterminable), que le juge devra raisonner sur la base du critère de l'accessoriété²⁵⁶⁷.

bb. Champ d'application

- 1380 Selon la jurisprudence, le critère de l'accessoriété ne s'applique qu'aux salaires modestes et aux salaires moyens et supérieurs, mais non aux très hauts salaires²⁵⁶⁸.

Le seuil du revenu modeste s'établit à un montant équivalant à une fois le salaire médian suisse (secteur privé)²⁵⁶⁹, soit environ 74'000 francs bruts en 2014 (6'189 francs par mois)²⁵⁷⁰. Le seuil du très haut revenu est fixé à un montant équivalant à cinq fois le salaire médian suisse (secteur privé)²⁵⁷¹, soit environ 370'000 francs bruts en 2014. Les salaires moyens et supérieurs sont les salaires situés entre le seuil du « salaire modeste » (plus d'une fois le salaire médian) et le seuil du « très haut revenu » (moins de cinq fois le salaire médian)²⁵⁷². Ces critères sont **objectifs** et s'apprécient indépendamment de la situation concrète et du train de vie de chaque travailleur²⁵⁷³.

- 1381 Pour déterminer si le travailleur perçoit un très haut salaire dans un cas d'espèce, il faut tenir compte de la rémunération **totale** perçue par celui-ci de la part de son employeur **durant l'année litigieuse**²⁵⁷⁴. En règle générale, on prendra en considération les revenus **effectivement perçus** par le travailleur durant l'année²⁵⁷⁵. Le Tribunal fédéral juge qu'exceptionnellement, la représentativité sera toutefois mieux assurée si l'on tient compte de la rémunération effectivement perçue **durant une autre période litigieuse**²⁵⁷⁶. Ainsi, selon la Haute cour, la prise en considération de cette période sera en particulier plus adaptée lorsque le travailleur a exercé son activité professionnelle seulement pendant quelques mois durant la seconde année litigieuse²⁵⁷⁷.

- 1382 Sont pris en compte tous les éléments de rémunération, effectivement payés pendant la période de référence, sans aucune distinction, c'est-à-dire quels que soient le motif et le fondement juridique du versement²⁵⁷⁸.

²⁵⁶⁷ TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016 et 4A_491/2016, cons. 5.1.

²⁵⁶⁸ TF, 29 août 2017, 4A_714/2016, cons. 3.3.1.

²⁵⁶⁹ TF, 29 août 2017, 4A_714/2016, cons. 3.3.3.

²⁵⁷⁰ Donnée de l'Office fédéral de la statistique : < bfs.admin.ch >.

²⁵⁷¹ TF, 11 août 2015, 4A_653/2014, précité, cons. 5.4 ; TF, 29 août 2017, 4A_714/2016, cons. 3.3.1.

²⁵⁷² TF, 6 janvier 2016, 4A_251/2015, 4A_253/2015, cons. 4.2 ; TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016 et 4A_491/2016, cons. 4 ; TF, 29 août 2017, 4A_714/2016, cons. 3.3.3.

²⁵⁷³ TF, 11 août 2015, 4A_653/2014, précité, cons. 5.3.4.

²⁵⁷⁴ TF, 29 août 2017, 4A_714/2016, cons. 3.3.1.

²⁵⁷⁵ TF, 11 août 2015, 4A_653/2014, précité, cons. 5.3 et 5.4.

²⁵⁷⁶ TF, 22 juin 2016, 4A_557/2015, ATF 142 III 456, cons. 3.2.

²⁵⁷⁷ TF, 22 juin 2016, 4A_557/2015, ATF 142 III 456, cons. 3.2.

²⁵⁷⁸ Pour davantage de détails, cf. Aurélien Witzig, « La détermination de la rémunération pertinente pour l'atteinte du seuil des très hauts revenus », Droitdu travail.ch juin 2016.

Ainsi, dans une affaire concernant un employé de banque, le revenu déterminant pour l'année litigieuse (en l'occurrence 2009) correspondait à la totalité de la rémunération perçue par celui-ci, à savoir le salaire de base de l'année 2009 plus le bonus effectivement versé en 2009 bien que calculé sur la base des données de l'exercice 2008²⁵⁷⁹.

cc. Régime

Pour les salaires moyens et supérieurs, une gratification très élevée en comparaison du salaire annuel, équivalant ou supérieure à ce dernier, perd son caractère accessoire et doit être requalifiée en salaire contractuel ; pour les salaires modestes, une gratification proportionnellement moins élevée peut déjà devoir être requalifiée en salaire contractuel²⁵⁸⁰.

1383

La proportion entre le salaire contractuel et la gratification facultative se détermine selon les circonstances du cas particulier²⁵⁸¹.

Concrètement, le Tribunal fédéral a jugé qu'une gratification qui atteint régulièrement le montant de 30'000 francs par rapport à un salaire fixe de 130'000 francs reste dans une proportion admissible (un peu plus de 1/5^e de la rémunération de base)²⁵⁸². Dans une autre espèce, le Tribunal fédéral a jugé que la proportion était admissible entre un salaire de 100'000 francs annuels et une gratification en représentant le quart²⁵⁸³. Pour un salaire annuel de plus de 200'000 francs, la gratification d'une salariée a pu atteindre deux années de suite un montant un peu plus élevé que le salaire de base annuel, sans encourir la requalification : les juges cantonaux avaient constaté que le salaire de base payé n'était pas inférieur au salaire moyen dans la branche pour un poste du même genre ; le travailleur n'était donc pas péjoré par rapport à l'usage de la branche²⁵⁸⁴. Lorsque la rémunération de base est de 140'000 francs par an et que, sur neuf ans, les bonus n'ont dépassé ce montant que trois années de suite et qu'un bonus nettement moins élevé a été versé l'année suivante, la condition de la régularité dans le versement d'un bonus dépassant la rémunération de base n'est pas remplie²⁵⁸⁵. Il est également arrivé que le Tribunal fédéral se contente d'énoncer la règle de manière très générale, en considérant que la gratification perd son caractère accessoire dès lors

1384

²⁵⁷⁹ TF, 29 août 2017, 4A_714/2016, cons. 3.3.1.

²⁵⁸⁰ TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, précité, cons. 4.3.1 ; TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016 et 4A_491/2016, cons. 4.2.1.

²⁵⁸¹ TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, ATF 129 III 276, JT 2003 I 346, JAR 2003 221, cons. 2.1 ; TF, 14 avril 2016, 4A_565/2015, ATF 142 III 381, cons. 2.2.1 ; TF, 1^{er} décembre 2016, 4A_159/2016, cons. 5.2.1 ; TF, 29 août 2017, 4A_714/2016, cons. 3.3.2.

²⁵⁸² TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, DTA 2003 154, JAR 2004 248.

²⁵⁸³ TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, précité, cons. 2.1. Même constatation pour une gratification représentant le quart d'un salaire annuel de 75'000 francs (TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, JAR 2013 293, cons. 8.4).

²⁵⁸⁴ TF, 1^{er} juillet 2005, 4C.364/2004, DTA 2005 241, cons. 2.5. Ce fondement de l'**usage de la branche** retenu par rapport au caractère accessoire de la gratification semble assez isolé.

²⁵⁸⁵ TF, 1^{er} décembre 2016, 4A_159/2016, cons. 5.2.2.

qu'elle atteint régulièrement un montant « plus élevé » que le salaire de base²⁵⁸⁶. Le Tribunal fédéral a confirmé que conservait un caractère accessoire une gratification versée trois années de suite, dès lors qu'elle avait représenté de 20 à 60 % du salaire de base qui s'élevait à 36'000 francs par an²⁵⁸⁷. De même, des gratifications qui varient entre 30 % et 63 % des rémunérations fixes conservent un caractère accessoire par rapport à un salaire de base oscillant entre 200'000 et 300'000 francs, dès lors que le rapport moyen entre la gratification et le salaire de base est de 44 %²⁵⁸⁸. En revanche, une gratification de 300'000 francs pour un salaire fixe de base de 200'000 francs empêche que le caractère accessoire soit conservé²⁵⁸⁹.

Inversement, si la rémunération totale atteint ou dépasse le seuil du très haut revenu (environ 370'000 francs), la gratification bénévole conserve ce caractère, une requalification en rémunération contractuelle étant exclue²⁵⁹⁰.

b. Régime de la gratification bénévole

1385 La gratification bénévole n'est jamais due par l'employeur. Le travailleur ne peut nourrir que des attentes à son égard.

La gratification bénévole peut consister dans le versement d'une somme d'argent ou encore dans la remise d'actions ou d'options²⁵⁹¹.

c. Régime de la gratification contractuelle

1° Fixation du montant de la gratification contractuelle

1386 Si, par contrat, les parties sont tombées d'accord sur le principe du versement d'un bonus et n'en ont réservé que le montant, il s'agit d'une gratification que l'employeur est tenu de verser, mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer²⁵⁹².

²⁵⁸⁶ TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, ATF 129 III 276, JT 2003 I 346, JAR 2003 221, cons. 2.1 ; TF, 28 février 2006, 4C.426/2005, DTA 2006 188, cons. 5.1 ; TF, 9 mars 2010, 4A_637/2009, DTA 2010 49, JU-TRAV 2010 51, cons. 3.1 ; TF, 1^{er} décembre 2010, 4A_502/2010, JU-TRAV 2011 41, cons. 2.1.2 ; cf. également : Philippe Carruzzo, *La Rémunération du travailleur et le remboursement des frais*, Genève, Fédération des entreprises romandes, 2007, p. 69.

²⁵⁸⁷ TF, 9 mars 2010, 4A_637/2009, DTA 2010 49, JU-TRAV 2010 51, cons. 3.1. La gratification maximale représentait 39 % de la rémunération totale. Voir également : TC/VD, 19 mars 2012, JAR 2013 557 : conserve un caractère accessoire une gratification représentant en moyenne 29 % d'un salaire annuel de 225'000 francs.

²⁵⁸⁸ TF, 15 mai 2012, 4A_26/2012, JAR 2013 242, cons. 5.2.1.

²⁵⁸⁹ TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004, DTA 2005 241, cons. 1.2.4.

²⁵⁹⁰ TF, 11 août 2015, 4A_653/2014, ATF 141 III 407, JT 2015 II 211, JT 2016 II 111, SJ 2016 I 11, Pra 2016 38 368, PJA 2015 1471, com. Ciardo *in* ius.focus, 2015 10 9, com. Lienhard *in* PJA 2015 1473, Richa/Raedler *in* GesKR 2015 564, com. Geiser *in* PJA 2016 104, com. Hess *in* Jusletter 18 janvier 2016 34, com. Portmann *in* RJB 2016 130, com. Witzig *in* Droitdu travail.ch octobre 2015, com. Wyler *in* JT 2016 II 114, cons. 4.3.2 et 5.3.1.

²⁵⁹¹ TF, 11 août 2015, 4A_653/2014, précité, cons. 4.1 ; TF, 29 août 2017, 4A_714/2016, cons. 3.

²⁵⁹² TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, SJ 2006 I 45, JAR 2006 329, Pra 2006 655, com. Koller *in* RJB 2006 430, cons. 5.2 ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012, cons. 8.2 ; TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, ATF 136 III 313, JT 2011 II 206, PJA 2010 1609, com. Hirsiger *in* PJA 2010 1336, com. Koller/Sennhauser *in* RJB 2012 408, cons. 2 ; TF, 29 août 2017, 4A_714/2016, cons. 3.2.2.1.

L'obligation ne porte donc que sur le principe de payer, mais la mesure de ce paiement ne fait l'objet d'aucune promesse prédéterminée, faute de formule mathématique de calcul. Toutefois, l'employeur ayant promis qu'un élément serait payé, il doit – sous peine de violer cette promesse spécifique – respecter les règles de la bonne foi dans la détermination du montant, en le calculant d'une manière objectivement raisonnable²⁵⁹³.

Ne saurait être remis en cause le montant d'une gratification convenue, lorsqu'il a été fixé par l'employeur en tenant compte de la situation économique difficile de son entreprise (situation qui a eu pour effet une baisse généralisée du montant des bonus distribués cette année-là), et en tenant compte de la moins bonne qualité (établie) des prestations du travailleur, dès lors qu'en fixant ce montant, l'employeur n'a pas, en outre, méconnu l'interdiction de défavoriser arbitrairement un travailleur par rapport à ses collègues²⁵⁹⁴.

1387

2° Assujettissement de la gratification contractuelle à une condition

aa. Condition suspensive

aaa. Licéité de la condition suspensive

La gratification contractuelle peut être soumise à des conditions suspensives²⁵⁹⁵, notamment à la condition de la persistance du rapport d'emploi à la date de son versement. En toute hypothèse, elle n'est due *pro rata temporis*, en cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui donne lieu à son paiement, que s'il en a été convenu ainsi (art. 322d, al. 2 CO)²⁵⁹⁶.

1388

Parfois, il est précisé que le salarié doit non seulement être encore au service de l'employeur, mais **ne doit pas avoir donné sa démission** avant une date déterminée²⁵⁹⁷. Cette pratique est aujourd'hui également admise.

1389

En revanche, le paiement de la gratification contractuelle ne peut être soumis, après coup, à des conditions supplémentaires non prévues contractuellement. Ainsi, lorsque le paiement de la gratification est décalé au-delà de son échéance, il peut arriver que l'employeur doive payer une rémunération à un salarié qui a déjà quitté l'entreprise ou est démissionnaire au moment de la date de versement²⁵⁹⁸.

1390

²⁵⁹³ Ce principe général fut appliqué dans des arrêts déjà anciens et dans diverses matières : ATF 93 II 185, ATF 115 II 331, ATF 118 II 157. Plus récemment, en droit du travail, cf. TF, 19 août 2009, 4A_325/2008.

²⁵⁹⁴ TF, 1^{er} décembre 2016, 4A_159/2016, cons. 5.3.

²⁵⁹⁵ TF, 29 août 2017, 4A_714/2016, cons. 3.1.

²⁵⁹⁶ TF, 28 février 2006, 4C.426/2005, cons. 5.1.

²⁵⁹⁷ Streiff/von Känel/Rudolph, N 4 *ad* art. 322d CO ; Marie-Gisèle Danthe, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 32 *ad* art. 322d CO. La relation contractuelle est considérée comme en voie de résiliation dès la réception de la déclaration de résiliation et non dès le départ rétroactif du délai de résiliation (Staehelin, N 19 *ad* art. 322d CO).

²⁵⁹⁸ OG/AG, 15 septembre 1978, JAR 1980 130 ; AG/BE, 21 mai 1979, JAR 1980 195 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 6 *ad* art. 322d CO.

1391 La condition peut aussi consister en un certain comportement attendu du travailleur pendant une période de suspension de son contrat de travail²⁵⁹⁹, ou résulter de la conjonction de deux événements différents²⁶⁰⁰.

1392 Bien entendu, si une gratification est convertie en élément du salaire contractuel du fait de son défaut d'accessorité, elle ne saurait être soumise à condition : ainsi, en cas d'extinction des rapports de travail, elle doit être payée en fonction de la durée de ces rapports²⁶⁰¹.

bbb. Tempéraments à la licéité de la condition suspensive

1393 La licéité de principe des conditions suspensives pesant sur la gratification contractuelle est tempérée par différentes institutions juridiques ; les deux premières proviennent de la partie générale : il s'agit de la protection de la personnalité **contre les engagements excessifs** (α) et du régime général de l'**obligation conditionnelle** (β). S'y ajoute le principe, propre au droit du travail, de **libre disposition de la rémunération** (γ).

α . La protection contre les engagements excessifs

1394 La possibilité de soumettre la gratification à condition suspensive est tempérée par la protection consacrée par l'article 27, alinéa 2 du code civil²⁶⁰². Cette disposition protège toute personne juridique contre des « engagements excessifs ». Elle dispose que « nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs ». L'engagement pris de manière excessive sera considéré comme **nul** (art. 19 et 20 CO). Cela revient à annuler la condition suspensive et à rendre exigible l'élément de rémunération concerné.

1395 Il convient de déterminer l'intensité à partir de laquelle un engagement devient excessif. Sera en jeu, en règle générale, la **liberté économique** du salarié, garantie par l'article 27 de la Constitution fédérale.

De manière générale, la jurisprudence analyse toute atteinte à la personnalité *in concreto* : la limitation de la liberté contractuellement prévue ne doit pas aller jusqu'à compromettre les biens vitaux²⁶⁰³ du débiteur, arrêter le libre développement de son activité et le soumettre à l'arbitraire illimité du créancier²⁶⁰⁴. Pour en juger, il faut rechercher si les restrictions dépassent la mesure de ce qui est tolérable par leur durée,

²⁵⁹⁹ Pour un exemple, cf. TF, 27 mai 2005, 4C.31/2005.

²⁶⁰⁰ Cf. TF, 30 avril 2007, 4C.38/2007, cons. 3.1 : versement d'une prime subordonné à la double condition suspensive que le poste occupé par le travailleur soit supprimé et qu'aucun poste équivalent ne puisse lui être attribué.

²⁶⁰¹ TF, 1^{er} novembre 1983, ATF 109 II 447, JT 1984 I 222, SJ 1984 448, JAR 1985 141, cons. 5c.

²⁶⁰² Arrêts de principe : TF, 11 octobre 1994, 4C.47/1994, JAR 1995 102, cons. 3b ; TF, 8 avril 2004, 4C.329/2003, ATF 130 III 495, cons. 5 ; TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, SJ 2006 I 45, JAR 2006 329, Pra 2006 655, com. Koller *in* RJB 2006 430, cons. 3 ; cf. également : Streiff/von Känel/Rudolph, N 4 *ad* art. 322b CO.

²⁶⁰³ Cf. TF, 17 novembre 1924, ATF 50 II 481 ; TF, 15 juin 1976, ATF 102 II 211, JT 1977 I 126, SJ 1977 449, cons. 6.

²⁶⁰⁴ Arrêts de principe : TF, 19 octobre 1927, ATF 53 II 317 ; TF, 15 juin 1976, précité, cons. 6.

leur rayon d'application ou leur contenu matériel, ou encore par la combinaison de ces différents éléments²⁶⁰⁵.

Concrètement, ce sera le cas du salarié dont le salaire de base – sans la gratification – est insuffisant ou à peine suffisant pour assurer ses **besoins essentiels** : dans cette hypothèse, la condition restreint sa liberté économique de mettre fin au contrat de travail²⁶⁰⁶. L'engagement est également excessif s'il prive le salarié de la possibilité de quitter son employeur pendant une **durée importante**, sous peine de voir disparaître une partie de sa rémunération. Il a donc fallu décider du nombre d'années maximal pendant lequel pouvait s'étendre la condition suspensive. Si l'on applique par analogie l'article 334, alinéa 3²⁶⁰⁷, une période de dix ans devrait être considérée en toute hypothèse comme un maximum. Mais cette durée est probablement excessive. À ce jour, le Tribunal fédéral a jugé qu'une période de blocage pour des actions ou des options sur actions d'une durée de trois ans²⁶⁰⁸, ou même – dans un premier temps – de cinq ans²⁶⁰⁹, n'entraînait pas une restriction inadmissible de la liberté du salarié de quitter son employeur²⁶¹⁰.

1396

β. Le régime général de l'obligation conditionnelle

Le régime général de l'obligation conditionnelle s'applique en matière de condition dans l'octroi de la rémunération variable.

1397

Licenciement abusif. En droit du travail, l'avènement empêché peut notamment faire référence à un licenciement qui serait jugé **abusif**. Ainsi, lorsque l'exercice d'options de collaborateur dépend de la condition que le contrat de travail soit encore en vigueur à la date d'exigibilité, l'intéressé a droit à la réparation du préjudice correspondant à la valeur des options si l'employeur a empêché l'avènement de la condition en procédant à un licenciement abusif²⁶¹¹. Le licenciement abusif empêcherait dans certains cas

²⁶⁰⁵ Arrêts de principe : TF, 17 février 1925, ATF 51 II 162 ; TF, 15 juin 1976, précité, cons. 6.

²⁶⁰⁶ CAPH/GE, 20 novembre 2002, JAR 2003 228 (la Cour parle du « minimum vital » du salarié) ; TC/VS, 5 avril 2005, RVJ 2006 179, cons. 4 ; Wyler/Heinzer, p. 167 ; Gabriel Aubert, in CR-CO I, N 8 ad 322d CO.

²⁶⁰⁷ Cet alinéa dispose : « Le contrat conclu pour plus de dix ans peut être résilié après dix ans par chacune des parties pour la fin d'un mois, moyennant un délai de congé de six mois. » Cette **période décennale** concerne la durée maximale du contrat de durée déterminée. Elle est généralement utilisée en droit du travail suisse comme point de repère de la durée la plus longue admise en matière d'obligation.

²⁶⁰⁸ TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, SJ 2006 I 45, JAR 2006 329, Pra 2006 655, com. Koller in RJB 2006 430, cons. 3.

²⁶⁰⁹ TF, 8 avril 2004, 4C.329/2003, ATF 130 III 495, cons. 5 ; cf. également : Philippe Carruzzo, *La Rémunération du travailleur et le remboursement des frais*, Genève, Fédération des entreprises romandes, 2007, p. 82.

²⁶¹⁰ TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, SJ 2006 I 45, JAR 2006 329, Pra 2006 655, com. Koller in RJB 2006 430, cons. 3.

²⁶¹¹ TF, 6 juin 2006, 4C.97/2006, DTA 2006 271, JAR 2007 270, cons. 4 : dans cette affaire, le salarié, gérant de fortune dans une filiale d'un groupe américain, avait signé un contrat dont une clause lui permettait de participer à un programme d'acquisition d'options sur actions, en fonction du résultat de l'entreprise et de sa performance individuelle. Après presque deux ans de travail, le salarié s'était vu offrir des options sur les actions de la société-mère de son employeur. Ces options ne pouvaient être exercées que de façon différée, à raison de tranches de 20 %, la première venant à maturité un an après cet octroi, la deuxième, deux ans après, et ainsi de suite pendant cinq ans. Deux ans après l'octroi des options, l'employeur avait licencié le salarié, qui ne pouvait plus exercer ses options. Or, le licenciement ayant été jugé abusif, le salarié devait être rétabli dans ses droits : il pouvait exercer les options

l'avènement de la condition suspensive au mépris des règles de la bonne foi. La condition serait donc réputée accomplie et le salarié pourrait prétendre au versement de la rémunération variable.

Le fondement retenu ici est celui de l'article 336, alinéa 1^{er}, c du code des obligations. Des prétentions naissent en effet du fait du déroulement dans le temps du contrat de travail ; l'employeur peut parfois vouloir mettre fin aux rapports de travail pour ne pas être obligé de verser une prestation spéciale rendue exigible par l'avènement d'un événement déterminé²⁶¹². On peut considérer qu'il y a abus de droit de l'employeur qui résilie le contrat de travail avant²⁶¹³ le versement d'une rémunération variable, à seule fin de priver le travailleur de cette prestation²⁶¹⁴.

1398 **Licenciement non justifié.** Si les parties n'ont prévu l'avènement de la condition qu'en cas de licenciement justifié, cette clause impose à l'employeur de prouver que le licenciement n'est non seulement pas abusif mais encore est justifié²⁶¹⁵. Sauf prévisions contraires des parties, le régime du « motif justifié » des clauses de non-concurrence²⁶¹⁶ sera applicable.

1399 **Démission justifiée.** La condition de présence du salarié à une date déterminée peut faire défaut également en cas de démission du salarié²⁶¹⁷. Du point de vue de l'article 156 du code des obligations, une démission justifiée, qu'elle soit donnée avec effet immédiat ou en respectant le délai de résiliation ordinaire, doit être considérée comme un acte empêchant, par la mauvaise foi de l'employeur, l'avènement de la condition.

Cet article est donc applicable à cette hypothèse, ce qui fut jugé à l'égard d'une « prime de fidélité », dont le versement était subordonné à la condition qu'un fonctionnaire fût encore au service de l'État à la fin de la période déterminante pour son calcul²⁶¹⁸. Dans cette circonstance toutefois, le salarié doit prouver le caractère justifié de sa démission.

dès la fin des rapports de travail. Cf. également : Appellationsgericht/BS, 4 août 1972, BJM 1972 201 ; OG/ZH, 18 novembre 2002, ZR 2003 N 5, JAR 2003 300, com. Sommer *in* DTA 2003 85 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 4 *ad* art. 322b CO ; Staehelin, N 18 *ad* art. 322d CO ; Andreas Abegg, « Neues und Bewährtes vom Bundesgericht zur Abgrenzung von Lohn und Gratifikation und dem entsprechenden Anspruch pro rata temporis », Jusletter 12 octobre 2009 ; Karin Meyer, « Pro-rata-Anspruch bei Boni zwingend? », *Revue de l'avocat* 2013 5 218.

²⁶¹² Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, p. 253.

²⁶¹³ Ou « juste avant » selon Marie-Gisèle Danthe, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 34 *ad* art. 322d CO.

²⁶¹⁴ Gewerbliches Schiedsgericht/BS, 18 avril 1983, JAR 1984 122 ; Hermann Becker, *Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse*, Stämpfli, « Berner Kommentar », Berne, 1934, N 34 *ad* art. 322d CO ; Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001 76 ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, p. 96.

²⁶¹⁵ TF, 9 novembre 2011, 4A_356/2011, cons. 8.4.

²⁶¹⁶ Cf. *supra* sur le régime des clauses de non-concurrence.

²⁶¹⁷ CAPH/GE, 16 juin 1982, *in* Gabriel Aubert (édit.), *Quatre cents arrêts sur le contrat de travail*, Lausanne, Payot, 1984, n° 106. Il peut arriver à l'inverse que la démission représente contractuellement l'événement déclencheur de l'octroi d'une prime de départ : TF, 2 août 2007, 4A_192/2007, cons. 5.

²⁶¹⁸ TF, 11 décembre 1974, ATF 100 IA 322, cons. 5.

L'article 156 du code des obligations s'applique également, par analogie, lorsqu'une partie **provoque l'avènement de la condition en sa faveur** contrairement aux règles de la bonne foi²⁶¹⁹. C'est le cas lorsque le salarié refuse une modification contractuelle qui respecte pourtant toutes les conditions du congé-modification²⁶²⁰, c'est-à-dire que la modification est justifiée. En fonction des circonstances, la gratification peut alors être supprimée. Toutefois, dans une affaire où le contrat prévoyait l'octroi d'une prime si aucun « poste équivalent » à son ancien poste ne pouvait être proposé à un travailleur et bien que ce dernier se fût montré restrictif à l'égard du nouveau poste, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'y avait pas mauvaise foi de sa part, vu les circonstances : la condition s'était donc accomplie de manière régulière et la prétention du travailleur à l'octroi de la prime était légitime²⁶²¹.

1400

*γ. Le principe de libre disposition de la rémunération*²⁶²²

Selon la jurisprudence, la libre disposition de la rémunération ancrée à l'article 323b, alinéa 3 du code des obligations, en tant qu'elle interdit les conditions suspensives affectant la rémunération, ne viserait que le **salaire de base**²⁶²³ : la protection de la capacité du salarié à se procurer un revenu « effectif » et « correspondant à la valeur de sa propre prestation » subsisterait entièrement dans l'hypothèse où ce ne serait qu'une rétribution exorbitante du salaire de base qui ne fût disponible qu'à terme ou grevée de conditions selon des modalités imposées par l'employeur²⁶²⁴. Les gratifications sont donc exclues de la protection induite par le *Truckverbot* : l'employeur peut placer d'office la gratification dans une structure financière particulière, comme par exemple un trust géré en faveur des salariés, ou un compte bloqué²⁶²⁵.

1401

bb. Condition résolutoire

Dans l'hypothèse d'une condition résolutoire, le salarié ne voit pas lui échapper une expectative mais un bien lui appartenant²⁶²⁶. Concrètement, la condition résolutoire peut se présenter sous la forme claire de la **clause de remboursement** (le travailleur doit retourner à l'employeur des biens qui étaient pourtant préalablement entrés dans son patrimoine), sous celle plus indirecte de la **clause de déchéance** (le travailleur ne peut plus prétendre exercer les options ou vendre les actions qui lui avaient été

1402

²⁶¹⁹ TF, 1^{er} mars 1983, ATF 109 II 20, cons. 2a ; TF, 30 avril 2007, 4C.38/2007, cons. 3.4 ; cf. également Pascal Pichonnaz, in CR-CO I, N 7 ad art. 156 CO.

²⁶²⁰ Cf. *infra* sur la modification du rapport de travail.

²⁶²¹ TF, 30 avril 2007, 4C.38/2007, cons. 3.5.

²⁶²² Sur le régime général de la libre disposition de la rémunération, cf. *infra*.

²⁶²³ Marie-Gisèle Danthe, in Commentaire Dunand/Mahon, N 22 ad art. 323b CO.

²⁶²⁴ TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, SJ 2006 I 45, JAR 2006 329, Pra 2006 655, com. Koller in RJB 2006 430, cons. 6.3 ; Matthias Staehelin, « Gesperrte Optionen — als Lohn unzulässig ? », RSJ 2005 184-185 ; Angela Hensch, « Die Sicherung des Lohnes », PJA 2014 755.

²⁶²⁵ Cf. OG/ZH, 6 février 2014, LA130003, cons. 6.6 ; Franziska Bächler, *Vergütungen von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern in Banken*, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2012, p. 167.

²⁶²⁶ Cette figure est expressément consacrée par la loi en matière de droit au salaire pendant les vacances : l'employeur peut exiger le remboursement du salaire afférent aux vacances si le travailleur exécute un travail rémunéré pour un tiers au mépris des intérêts légitimes de l'employeur (art. 329d, al. 3 CO).

attribuées) ou sous celle, encore plus indirecte puisque la condition résolutoire ne produit d'effets qu'au terme d'un certain délai, de la **clause d'accélération** (le travailleur doit exercer ses options ou vendre ses actions de manière très rapide au moment où son rapport d'emploi se termine sauf à les perdre définitivement). En pratique, le fait sous-jacent à la condition est généralement le maintien du rapport d'emploi à une date déterminée.

- 1403 La condition résolutoire qui viendrait affecter la gratification contractuelle est soumise aux mêmes limitations que la condition suspensive – protection contre les engagements **excessifs** (aaa), régime général de l'**obligation conditionnelle** (bbb), **libre disposition de la rémunération** (ccc) – ainsi qu'à des limitations supplémentaires : régime des **clauses de non-concurrence** (ddd), régime des **sanctions disciplinaires** (eee), limitation des **sanctions en cas d'abandon d'emploi injustifié** (fff) et **exigibilité de toutes les créances à la fin du contrat de travail** (ggg).

aaa. La protection contre les engagements excessifs

- 1404 Cette protection implique que toute condition affectant la rémunération du salarié soit limitée dans le temps. Une période triennale voire quinquennale à partir de l'attribution de la gratification apparaît donc comme approchant le maximum admissible à cet égard²⁶²⁷. Même en présence d'un accord, le salarié pourra invoquer l'article 27, alinéa 2 du code civil si les conditions d'application de cette disposition sont remplies.

Une cour cantonale a jugé que la clause qui ordonne le remboursement d'une rétribution précédemment versée devait être déclarée **abusive** au sens de l'article 2, alinéa 2 du code civil²⁶²⁸, en raison de l'atteinte excessive qu'elle portait à la liberté contractuelle du salarié en l'obligeant à rester au service de son employeur²⁶²⁹.

bbb. Le régime général de l'obligation conditionnelle

- 1405 On peut admettre l'effectivité d'une clause de remboursement uniquement lorsque le rapport de travail est résilié par le salarié pour un motif non imputable à l'employeur ou lorsque le contrat est résilié par l'employeur pour un motif imputable au salarié²⁶³⁰.

ccc. Le principe de libre disposition de la rémunération

- 1406 Le principe de libre disposition de la rémunération a vu son champ d'application s'élargir par une interprétation téléologique au cours du XX^e siècle²⁶³¹. Les clauses

²⁶²⁷ Cf. *supra*. Voir également Fadri Brunold, *Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeitsrecht*, Stämpfli, Berne, 2014, chapitre 5.

²⁶²⁸ CAPH/GE, 17 mars 1988, SJ 1989 666, com. Aubert.

²⁶²⁹ Cf. Marie-Gisèle Danthe, in Commentaire Dunand/Mahon, N 31 *ad* art. 322d CO.

²⁶³⁰ Il s'agit d'une application par analogie de la logique de l'article 340c, alinéa 2 du code des obligations ; Appellationsgericht/BS, 4 août 1972, BJM 1972 201 (remboursement refusé en l'espèce par référence à l'article 156 du code des obligations) ; sans la référence légale mais aboutissant à une solution sensiblement identique : Jürg Brühwiler, *Einzelarbeitsvertrag*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 3^e éd., 2014, N 5 *ad* art. 322d CO ; pour une synthèse, voir Wyler/Heinzer, p. 168. Cf. également : com. Sommer sous Obergericht/ZH, 18 novembre 2002, DTA 2003 87, lequel considère qu'il n'est pas justifié de considérer un licenciement comme abusif du seul fait qu'une clause de remboursement contrevient à la bonne foi (seule la nullité de cette clause est encourue).

résolutoires, c'est-à-dire les clauses par lesquelles le salarié s'engage à rendre purement et simplement une part de sa rémunération provoquent en effet les mêmes conséquences que celles que le *Truckverbot* cherche à éviter²⁶³². Ainsi, aucun **remboursement** ne devrait être mis à la charge du salarié²⁶³³, hors hypothèse légalement prévue (répétition de l'indu²⁶³⁴, responsabilité du salarié²⁶³⁵, travail rémunéré pour un tiers pendant les vacances²⁶³⁶). Seules la déchéance d'une expectative ou l'accélération de l'exercice sont encore envisageables.

Controverse. Certains auteurs estiment pourtant qu'une condition résolutoire sous la forme d'une clause de remboursement (*Rückzahlungsklausel*)²⁶³⁷ devrait être possible si trois conditions sont cumulativement respectées. En premier lieu, le remboursement doit être spécifiquement prévu : l'employeur doit l'avoir expressément stipulé lors de l'octroi de la gratification ou il doit être en mesure de prouver que le salarié ne pouvait, de bonne foi, ignorer que cette condition existait. En deuxième lieu, le remboursement ne doit être opéré que *pro rata temporis*, c'est-à-dire que le temps passé au service de l'employeur après l'octroi de la gratification doit garantir l'acquisition définitive de la part correspondante. En troisième lieu, le remboursement n'est possible que si la gratification avait le caractère d'un encouragement pour le futur²⁶³⁸. En d'autres termes, la partie de la gratification qui correspond à la rémunération des services déjà effectués ne peut être remboursée²⁶³⁹.

Une juridiction cantonale a par exemple admis le principe d'une clause résolutoire portant sur une gratification, à condition qu'il s'agisse d'un accord bilatéral et non d'une simple prérogative que se réserverait l'employeur²⁶⁴⁰.

Pour notre part, nous estimons qu'aucun remboursement ne devrait être mis à la charge du travailleur relativement à une rémunération variable obligatoire ou à une gratification, sauf cas spécifique. En effet, nous ne voyons pas l'intérêt qu'aurait l'employeur à accorder une gratification, pour ensuite en réclamer le remboursement. En effet, l'employeur n'est jamais tenu d'accorder une gratification bénévole. S'il décide de le faire, c'est forcément de son plein gré. Concernant la gratification

²⁶³¹ Ce type d'interprétation du *Truckverbot* avait été envisagé par le Conseil fédéral qui donnait d'ailleurs des exemples de *fraus legis* dans son message : Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 337.

²⁶³² Gabriel Aubert, « La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1988 », SJ 1989 669.

²⁶³³ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 337.

²⁶³⁴ CAPH-GE, 17 mars 1988, SJ 1989. 666, note Aubert ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, p. 96. Cf. *infra*.

²⁶³⁵ Cf. *supra*.

²⁶³⁶ Cf. *infra*.

²⁶³⁷ Raoul Bussmann, *Rückzahlungsklauseln bei freiwilligen Leistungen des Arbeitsgebers*, thèse, Zurich, 1977, p. 23. Pour une synthèse, voir Roger Rudolph, « Focus : Développements récents en matière de bonus en droit du travail », TREX 2011. 98 102.

²⁶³⁸ Pierre Tercier/Pascal Favre, *Les contrats spéciaux*, Genève, Schulthess, 4^e éd., 2009, p. 510 ; synthèse par Marie-Gisèle Danthe, in Commentaire Dunand/Mahon N 31 *ad art.* 322d CO ; Duc/Subilia, N 31 *ad art.* 322d CO.

²⁶³⁹ Rehbindler/Stöckli, N 18 *ad art.* 322d CO.

²⁶⁴⁰ Bezirksgericht Uster, 22 septembre 1980, JAR 1981 256.

contractuelle, il est toujours possible d'en faire varier le montant en fonction des circonstances pertinentes. Les restrictions que les promoteurs du remboursement de la gratification sont obligés d'apporter à leur position de principe ne font que compliquer outrageusement la situation. Le risque de conflit n'en est que renforcé. La sécurité juridique, qui avantage tant l'employeur que le travailleur, commande donc de s'en tenir à la règle simple de l'interdiction du remboursement de la gratification²⁶⁴¹. En définitive, l'employeur peut parfaitement atteindre le même objectif que celui qui préside à l'instauration d'une clause de remboursement par la mise en place d'une prime de fidélité, versée en plusieurs tranches étalées dans le temps. Dans ce cas, la rémunération est définitivement acquise au travailleur, qu'on ne cherche plus à appâter par l'annonce d'une somme mirobolante, mais qu'on traite plutôt comme un cocontractant libre et responsable²⁶⁴².

Par ailleurs, les *plans d'investissement* ne sont pas visés par la protection, par opposition aux plans d'intéressement²⁶⁴³.

ddd. Respect du régime des clauses de non-concurrence

- 1408 Sauf à ce qu'une *fraus legis* ne soit perpétrée, les règles sur la clause de non-concurrence doivent être applicables par analogie : le remboursement de la gratification n'est donc valable que si l'employeur avait un motif justifié de licenciement ou le travailleur n'avait aucun motif justifié de démissionner²⁶⁴⁴.

eee. Respect du régime des sanctions pécuniaires

- 1409 Le même risque de *fraus legis* pèse sur l'usage d'une condition résolutoire qui viserait à contourner le respect du régime des sanctions pécuniaires. Ainsi, la clause résolutoire ne doit pas faire office de sanction pécuniaire sans que les conditions propres à cette institution ne soient respectées. Ce serait le cas si, comme il peut arriver en pratique²⁶⁴⁵, une clause d'un plan d'options supprimait le droit du salarié d'exercer ses options dès la fin du contrat de travail sans qu'aucune faute ne puisse lui être reprochée. L'employeur devra donc informer clairement le salarié du grief qui est formulé contre lui et le mettre en mesure de s'en expliquer avant de constater un manquement à ses obligations contractuelles justifiant, dans une mesure proportionnée, la réduction ou la suppression de son droit de vendre ses actions ou d'exercer ses options.

²⁶⁴¹ Une interprétation raisonnable de la Circulaire 2010/1 de la FINMA devrait permettre d'aboutir à la même conclusion : Julien Waeber, « Circulaire FINMA 2010/1 sur les systèmes de rémunération : des obstacles en droit civil? », RSDA 2012 130.

²⁶⁴² Aurélien Witzig, « La notion de "très hauts revenus" précisée par la jurisprudence », Droitdu travail.ch octobre 2015.

²⁶⁴³ TF, 8 avril 2004, 4C.329/2003, ATF 130 III 495, cons. 6 ; cf. Streiff/von Känel/Rudolph, N 7 ad art. 323b CO. Sur la distinction que nous proposons entre plans d'investissement et plans d'intéressement, cf. *infra*.

²⁶⁴⁴ Kantonsgericht/GR, 24 février 2012, JAR 2013 487 ; Rehbindler/Stöckli, N 18 ad art. 322d CO. Cf. Roger Rudolph, « Fokus Arbeitsrecht : Neuere Entwicklungen im Bonusrecht », Trex 2011 96.

²⁶⁴⁵ Christophe Wilhelm/Éric Bersier, « Aspects juridiques des plans d'intéressement », ECS 2001 11 1080.

fff. *La limitation des sanctions en cas d'abandon d'emploi injustifié*

En cas de démission abrupte, le salarié peut être obligé à verser une indemnité égale au **quart de son salaire mensuel** en vertu de l'article 337d du code des obligations. En revanche, aucune pénalité ne peut être imposée au salarié qui résilie son contrat en respectant les délais contractuels ou légaux²⁶⁴⁶. En conséquence, les effets de la démission d'un travailleur ne sauraient être supérieurs à la limite retenue par le législateur dans cet article.

1410

ggg. *L'exigibilité de toutes les créances à la fin du contrat de travail*

Lorsque la relation contractuelle est terminée, l'employeur doit pouvoir exiger la totalité de la somme en remboursement (art. 339 CO). Admettre une clause de remboursement ou de déchéance commande donc en toute hypothèse de déterminer la période de temps pendant laquelle la rémunération resterait soumise à possibilité de remboursement²⁶⁴⁷.

1411

2) D'origine tierce

a. Les pourboires

Le pourboire *n'est pas réglementé par la loi*. Il ne peut donner lieu à une action en justice à l'encontre des clients. En revanche, il fait partie de la rémunération du salarié. Cette caractéristique emporte deux conséquences :

1412

1° Le propriétaire du pourboire est le salarié. Le salarié est fondé à conserver pour lui les sommes reçues à titre de pourboire²⁶⁴⁸. L'obligation de restituer à l'employeur ce que le salarié reçoit dans l'exercice de son activité contractuelle (cf. art. 321b, al. 1^{er} CO) n'est pas applicable au pourboire²⁶⁴⁹. Cette solution correspond à la nature du pourboire telle que nous l'avons identifiée précédemment.

L'étendue de la propriété du salarié sur le pourboire va plus loin : l'employeur qui encaisse directement les pourboires a l'obligation de remettre aux salariés la part qui leur revient²⁶⁵⁰. Lorsque le pourboire vise à remercier non pas un seul salarié, mais l'ensemble des salariés, celui qui le reçoit doit le reverser à un fonds qui en fasse

²⁶⁴⁶ CAPH/GE, 12 mars 1991, JAR 1992 131, cons. 5 ; Gabriel Aubert, « La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1988 », SJ 1989 669.

²⁶⁴⁷ La mise en œuvre d'une condition résolutoire portant sur la rémunération variable ne se produit pas sans **conséquences fiscales**. En effet, la rémunération versée au salarié a par hypothèse été grevée d'impôts. Il faudrait envisager la restitution de la rémunération sans que le salarié ne soit pénalisé fiscalement notamment eu égard au caractère progressif du taux de l'impôt sur le revenu (sur ces questions, cf. Markus Reich, « Rückerstattung von übersetzten Boni und anderen Lohnzahlungen », ASA 80. 109).

²⁶⁴⁸ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, p. 61.

²⁶⁴⁹ TF, 25 janvier 2011, 4A_613/2010, DTA 2011 104, JAR 2012 125, cons. 4.2 ; AG/ZH, 23 septembre 1986, JAR 1988 158.

²⁶⁵⁰ Et ce, d'autant plus dans l'hypothèse où les salariés ont reçu la directive de remercier les clients qui versent les pourboires en question : Gewerbegericht/BE, 3 août 1964, DTA 1965 n° 1.

bénéficier l'ensemble des salariés²⁶⁵¹. À notre avis, l'employeur peut imposer cette solution au titre de son pouvoir de direction.

En revanche, lorsque de telles libéralités excèdent ce qui est usuel, elles entrent dans le champ d'application de l'obligation de restituer, car il faut considérer qu'elles sont destinées à l'employeur²⁶⁵². Il en va de même pour les ristournes pratiquées par des fournisseurs²⁶⁵³. Une convention collective ou un contrat-type peuvent régler la question de manière différente²⁶⁵⁴.

- 1413 **2° L'employeur doit garantir le pourboire au salarié.** Ce principe signifie que l'employeur doit réparer le dommage que subit le salarié lorsque la source des pourboires a tari, sauf pour l'employeur à prouver qu'il n'en est pas responsable. Ainsi, l'employeur qui modifierait unilatéralement les conditions de travail de telle manière que le montant des pourboires encaissés diminuât, doit compenser le préjudice subi par le salarié²⁶⁵⁵. De plus, à moins que la question ne soit réglée par la convention collective²⁶⁵⁶, le contrat-type ou le contrat individuel applicable, les pourboires non encaissés en raison de l'absence légitime du salarié — pour vacances, accident, maladie ou autre — doivent être compensés par une indemnité²⁶⁵⁷.

b. Les pots-de-vin

- 1414 En droit du travail²⁶⁵⁸, le salarié qui accepte de recevoir un pot-de-vin contrevient à son **devoir de fidélité** à l'égard de l'employeur²⁶⁵⁹. Le fait pour le salarié de solliciter ou même d'accepter un pot-de-vin constitue un juste motif de **licenciement immédiat** au sens de l'article 337 du code des obligations²⁶⁶⁰, sauf si le pot-de-vin ne représente

²⁶⁵¹ TF, 25 janvier 2011, 4A_613/2010, DTA 2011 104, JAR 2012 125, cons. 4.2 (à propos d'une maison de retraite).

²⁶⁵² Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, p. 61.

²⁶⁵³ TF, 23 janvier 1980, ATF 106 IV 257, JT 1982 IV 39.

²⁶⁵⁴ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, p. 62.

²⁶⁵⁵ Duc/Subilia, N 21 *ad* art. 322 CO.

²⁶⁵⁶ La Convention collective pour les hôtels, restaurants et cafés exclut les pourboires du système de rémunération : cf. art. 9, al. 3.

²⁶⁵⁷ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 341. Pour des précisions, cf. Philippe Gnaegi, *Le droit du travailleur au salaire en cas de maladie*, Schulthess, Zurich, 1996, p. 73.

²⁶⁵⁸ Pour une liste des conventions internationales visant à lutter contre la corruption, voir Pierre Tercier, « La corruption et le droit des contrats », SJ 1999 II 234 et s. Pour la mise en place d'un programme anti-corruption par l'entreprise, cf. Jean-Pierre Méan, « Les principes de conduite des affaires pour contrer la corruption », ECS 2012 231.

²⁶⁵⁹ Art. 321a, al. 1 CO ; Pierre Tercier, « La corruption et le droit des contrats », SJ 1999 II 230 ; Pierre Engel, *Contrats de droit suisse*, Berne, Stämpfli, 2^e éd., 2000, p. 312. La Convention relative aux conditions de travail du personnel bancaire prévoit expressément l'interdiction pour tout salarié d'accepter des cadeaux ou de se faire accorder des avantages dans le cadre de son activité professionnelle si cela porte atteinte à son obligation de sauvegarde impartiale des intérêts selon l'article 8 de la convention ou si lui ou des proches en tirent des avantages directs ou indirects (art. 9).

²⁶⁶⁰ TF, 4 octobre 1966, ATF 92 II 184, cons. 5 ; TF, 2 décembre 1997, ATF 124 III 25, JT 1998 I 127, cons. 3b ; Jürg Brühwiler, *Einzelarbeitsvertrag*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 3^e éd., 2014, N 2 *ad* art. 321a CO et N 2 *ad* art. 337 CO.

qu'un « menu présent d'usage »²⁶⁶¹ ou un « petit cadeau »²⁶⁶². L'employeur n'a même pas besoin d'invoquer un préjudice direct pour que la confiance qu'il mettait dans le salarié soit « ruinée »²⁶⁶³. En cas de doute sur le caractère licite de la rémunération discrétionnaire d'origine tierce, il appartient au travailleur, en vertu de son obligation de fidélité, d'informer son employeur²⁶⁶⁴ et de solliciter son approbation. En revanche, l'acceptation de pots-de-vin ne réalise l'infraction pénale de gestion déloyale (art. 158 CP) que si la prestation a conduit le salarié à adopter un comportement contraire aux intérêts économiques de son employeur tout en engendrant un préjudice au détriment de celui-ci. Aussi la simple violation de l'obligation de restituer, prévue dans le contrat de travail, n'est-elle pas pénalement punissable²⁶⁶⁵.

Le salarié est-il juridiquement obligé de **reverser** le pot-de-vin à son employeur ? Dans le cadre du contrat de travail, le pot-de-vin devrait être restitué sur la base de l'article 321b²⁶⁶⁶. Encore faut-il que l'employeur puisse légitimement prétendre à recevoir la somme en jeu. Autrement dit, il ne doit pas s'agir d'un cas de corruption au profit de l'entreprise elle-même. Lorsque l'employeur a connaissance du versement du pot-de-vin au salarié car cette pratique intervient en vue de favoriser la conclusion d'un contrat profitant à l'entreprise, la restitution à l'employeur peut être réduite pour faute concomitante par analogie avec l'article 44, alinéa 1 du code des obligations²⁶⁶⁷. Toutefois, l'entreprise qui profite directement du produit illicite provenant d'une infraction commise par un de ses employés pourra se voir **confisquer** la somme en question²⁶⁶⁸.

1415

Savoir si l'on se trouve en présence d'un cas de corruption n'est pas toujours aisé : dans une affaire, un salarié avait acquis, sans le dire à son employeur, une entreprise de service dont il était devenu l'actionnaire unique et avait fait en sorte, par le subterfuge du recours à un homme de paille, que son employeur fasse appel aux services de cette entreprise. Il avait ensuite reçu un bonus évalué à 85 % des projets dont il s'était occupé. L'employeur ayant émis une prétention en dommages et intérêts sur le

1416

²⁶⁶¹ TF, 2 décembre 1997, ATF 124 III 25, JT 1998 I 127, cons. 3b ; cf. également : Geiser/Müller, N 355, p. 139.

²⁶⁶² TF, 26 mai 1992, SJ 1993 369.

²⁶⁶³ TF, 4 octobre 1966, ATF 92 II 184, cons. 5 ; TF, 26 mai 1992, 4C.17/1992, SJ 1993 369 ; TF, 2 décembre 1997, ATF 124 III 25, JT 1998 I 127, cons. 3b ; cf. également : Staehelin, N 24 et 25 *ad* art. 321a CO et N 22 *ad* art. 337 CO ; Rehbindler/Stöckli, N 4 *ad* art. 321a CO et N 9 *ad* art. 337 CO ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 5d *ad* art. 337 CO ; Bernard Schneider, « La résiliation immédiate du contrat de travail », in *Journée 1993 de droit du travail et de la sécurité sociale*, Schulthess, Zurich, 1994, p. 62 ; Anne Héritier, *Les pots-de-vin*, Genève, Georg, 1981, pp. 170-171.

²⁶⁶⁴ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, p. 61.

²⁶⁶⁵ TF, 8 janvier 2003, 6S.712/2000, ATF 129 IV 124, cons. 4.1.

²⁶⁶⁶ Pierre Tercier, « La corruption et le droit des contrats », SJ 1999 II 254 ; Christine Chappuis, « La restitution : quels moyens en droit privé ? », in Ursula Cassani/Anne Héritier Lachat (édit.), *Lutte contre la corruption internationale. The never ending story*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2011, p. 149.

²⁶⁶⁷ Christine Chappuis, *op. cit.*, spéc. p. 152.

²⁶⁶⁸ Pour des arrêts récents : TF, 24 février 2006, 6S.298/2005, SJ 2006 I 461, cons. 4.1 ; TF, 8 septembre 2011, 6B_80/2011, cons. 4.2 ; TF, 10 septembre 2012, 1B_365/2012, SJ 2013 I 13, note B. Bertossa, cons. 3.2 ; Madeleine Hirsig-Vouilloz, « Le nouveau droit suisse de la confiscation pénale et de la créance compensatrice », PJA 2007 1384.

fondement de la responsabilité contractuelle du salarié (art. 321e CO), le Tribunal fédéral reconnu la violation du devoir de fidélité, mais nia tout dommage car les prestations de la société correspondaient à leur valeur réelle²⁶⁶⁹. L'employeur n'avait pas subi de perte en recourant aux services de la société dont le salarié était propriétaire. De plus, il ne pouvait réclamer de remise du gain sur le fondement de l'article 423 du code des obligations car, selon les juges, aucun acte de gestion du salarié n'avait porté atteinte à des droits protégés de l'employeur²⁶⁷⁰.

C. Les rémunérations interdites

1417 Une initiative populaire, intitulée « **contre les rémunérations abusives** » a été acceptée par vote populaire en mars 2013. Cette initiative vient compléter la Constitution fédérale en introduisant un nouvel alinéa à l'article 95 qui limite les indemnités versées à la haute direction des sociétés anonymes suisses cotées en bourse et étend la démocratie actionnariale²⁶⁷¹ :

« En vue de protéger l'économie, la propriété privée et les actionnaires et d'assurer une gestion d'entreprise durable, la loi oblige les sociétés anonymes suisses cotées en bourse en Suisse ou à l'étranger à respecter les principes suivants :

a. l'assemblée générale vote chaque année la somme globale des rémunérations (argent et valeur des prestations en nature) du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif. Elle désigne chaque année le président du conseil d'administration et, un par un, les membres du conseil d'administration et les membres du comité de rémunération ainsi que le représentant indépendant. Les caisses de pension votent dans l'intérêt de leurs assurés et communiquent ce qu'elles ont voté. Les actionnaires peuvent voter à distance par voie électronique ; ils ne peuvent pas être représentés par un membre d'un organe de la société ou par un dépositaire ;

b. les membres des organes ne reçoivent ni indemnité de départ ni autre indemnité, aucune rémunération anticipée ni prime pour des achats ou des ventes d'entreprises, et ne peuvent pas être liés par un autre contrat de conseil ou de travail à une société du groupe. La gestion de la société ne peut pas être déléguée à une personne morale ;

c. les statuts règlent le montant des rentes, des crédits et des prêts octroyés aux membres des organes, les plans de bonus et de participation et le nombre de mandats externes de ces derniers, de même que la durée du contrat de travail des membres de la direction ;

d. toute violation des dispositions prévues aux let. a à c sera sanctionnée d'une peine privative de liberté de trois ans au plus et d'une peine pécuniaire pouvant atteindre six rémunérations annuelles. »

²⁶⁶⁹ TF, 4 décembre 2007, 4A_310/2007, cons. 6.

²⁶⁷⁰ TF, 4 décembre 2007, 4A_310/2007, cons. 7.2. Pour une appréciation critique de cet arrêt, voir Christine Chappuis, *op. cit.*, pp. 155-158.

²⁶⁷¹ Initiative populaire fédérale, examen préliminaire, *FF* 2006. 8319.

En synthèse, cette réglementation, qui s'applique aux sociétés cotées en bourse (soit 0,074 % des sociétés anonymes et Sàrl suisses)²⁶⁷², donne des prérogatives spécifiques à **l'assemblée générale** : voter le montant global des rémunérations (argent et valeur des prestations en nature) du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif ; désigner chaque année le président du conseil d'administration et chacun des membres du conseil d'administration, du comité de rémunération et un représentant indépendant. Elle organise certaines **modalités du vote** : les caisses de pension doivent communiquer le contenu de leur vote à leurs assurés (elles doivent voter dans leur intérêt) ; les actionnaires peuvent voter à distance par voie électronique ; ils ne peuvent pas être représentés par un membre d'un organe de la société ou par la banque dépositaire. Cela signifie que seule la représentation des droits de vote par un mandataire indépendant est admise. Elle **interdit certaines sortes de rémunérations** aux membres des organes : les indemnités de départ, les autres indemnités, les rémunérations anticipées et les primes pour achat ou vente d'entreprises ; elle leur interdit d'être engagés simultanément dans plusieurs sociétés d'un même groupe en tant que travailleur ou consultant. Elle interdit la délégation de la gestion de la société à une personne morale. Elle donne une **nouvelle extension aux statuts** qui doivent régler : le montant des rentes, des crédits et des prêts octroyés aux membres des organes ; les plans de bonus et de participation des membres des organes ; le nombre de mandats externes que les membres des organes peuvent exercer ; la durée du contrat de travail des membres de la direction. Elle prévoit des **dispositions pénales** en cas de violation des nouvelles dispositions (trois ans de peine privative de liberté et six rémunérations annuelles de peine pécuniaire).

1418

Une ordonnance, dite contre les rémunérations abusives, est venue mettre en œuvre le nouvel alinéa constitutionnel.

1419

L'ordonnance détermine son propre champ d'application, soit les sociétés anonymes au sens des articles 620 à 762 du code des obligations dont les actions sont cotées en bourse en Suisse ou à l'étranger (art. 1^{er}, al. 1^{er} ORAb).

L'ordonnance dispose ensuite un certain nombre de règles propres aux acteurs concernés : l'assemblée générale (art. 2 ORAb), le conseil d'administration (art. 3 à 6 ORAb), le comité de rémunération (art. 7 ORAb) et le représentant indépendant (art. 8 à 11 ORAb). Elle détaille le contenu renouvelé des statuts (art. 12 ORAb) et le régime du rapport de rémunération (art. 13 -17 ORAb). Elle traite également des points saillants de l'initiative Minder : les approbations par l'assemblée générale (art. 18 et 19 ORAb), les indemnités interdites (art. 20 et 21 ORAb) et l'obligation de voter et de communiquer des institutions de prévoyance (art. 22 et 23 ORAb). Elle s'achève par des dispositions pénales (art. 24 et 25 ORAb) et des dispositions transitoires et d'entrée en vigueur (art. 26 à 33 ORAb).

Dans l'ordonnance, certaines sortes de rémunérations deviennent donc **illicites** : indemnités de départ ; indemnités anticipées ; provisions pour le transfert ou la reprise de la totalité ou d'une partie d'entreprise ; prêts, crédits, rentes et rémunérations liées à

1420

²⁶⁷² Stefan Knobloch, « Ist die Volksinitiative "gegen die Abzockerei" umsetzbar ? », GesKR 2012 372.

la prestation, lorsqu'ils ne sont pas prévus par les statuts ; titres de participation, droits de conversion et droit d'option, lorsqu'ils ne sont pas prévus par les statuts (art. 20 et 21 ORAb). La clause qui les prévoit devrait donc être frappée de **nullité** (art. 19 et 20 CO)²⁶⁷³.

L'interdiction de certaines rémunérations variables n'est pas une innovation de l'ordonnance contre les rémunérations abusives. Elle existait déjà dans l'article 10a de la loi sur les banques²⁶⁷⁴, lequel prévoit que le Conseil fédéral peut « interdire totalement ou partiellement le versement de rémunérations variables » et « ordonner des adaptations du système de rémunération » dans les banques d'importance systémique qui se voient accorder une aide financière par la Confédération²⁶⁷⁵. Cette disposition a pour but d'éviter que les ressources de l'État ne servent à financer des bonus exagérés²⁶⁷⁶.

- 1421 Le projet de révision du droit de la société anonyme prévoit l'inscription de la plupart de ces principes dans de nouveaux articles 732 à 735d du code des obligations²⁶⁷⁷.

D. Les autres formes d'avantages

- 1422 Si le travailleur vit dans le ménage de l'employeur, son **entretien** et son **logement** font partie du salaire, sauf accord ou usage contraire (art. 322, al. 2 CO).

Rien n'interdit à un employeur d'accorder un **prêt** à ses salariés. Les dispositions idoines s'appliquent (cf. art. 305 CO).

En outre, les statuts d'une société anonyme peuvent prévoir la constitution de réserves destinées à créer et à soutenir des institutions de prévoyance en faveur des travailleurs de l'entreprise (art. 673 CO). L'assemblée générale peut, même à défaut de toute disposition statutaire, constituer des réserves sur le bénéfice résultant du bilan, pour créer ou soutenir des institutions de prévoyance au profit de travailleurs de l'entreprise ou d'institutions analogues (art. 674 CO).

²⁶⁷³ Florian Zihler, « Verordnung gegen übermässige Vergütungen », ECS 2014 46. Cet auteur estime que la revendication du travailleur pourrait également être considérée comme abusive.

²⁶⁷⁴ Il s'agit d'un article introduit par la modification du 30 septembre 2011, introduite conformément au principe du *too big to fail* (FF 2011 6897).

²⁶⁷⁵ Julien Waeber, « Circulaire FINMA 2010/1 sur les systèmes de rémunération : des obstacles en droit civil? », RSDA 2012 121.

²⁶⁷⁶ Message du Conseil fédéral, 20 avril 2011, concernant la révision de la loi sur les banques (Renforcement de la stabilité du secteur financier, *too big to fail*), FF 2011 4412 et 4446.

²⁶⁷⁷ Cf. FF 2017 664. Cf. également Message du Conseil fédéral, 23 novembre 2016, FF 2017 353.

§ 2 : Le montant de la rémunération

A. Le salaire minimum

Le salaire minimum peut être défini **légalement** (1) ou **conventionnellement** (2).
Lorsqu'existe un salaire minimum, il faut que son **assiette** soit définie (3).

1423

Même en l'**absence** de salaire minimum des protections existent (4).

1) Salaire minimum légal

Le salaire minimum légal peut être **général** (a) ou **sectoriel** (b).

1424

a. Salaire minimum général

Il n'existe pas de salaire minimum **légal et général**, valable pour toute la Suisse et pour tous les secteurs de l'économie.

1425

L'instauration d'un salaire minimum légal, au niveau **cantonal**, n'est pas contraire au droit fédéral, ni aux autres garanties constitutionnelles²⁶⁷⁸. En effet, il n'est pas exclu que le salaire contractuel se situe au-dessous du salaire usuel et qu'il mette ainsi en danger le droit de l'employé d'obtenir une rémunération suffisante pour vivre dignement²⁶⁷⁹. Le Tribunal fédéral a donc jugé que l'application d'un contrat individuel de travail, d'une convention collective, voire du salaire usuel ne faisait pas obstacle à ce qu'un canton définisse, à la manière d'un filet de sécurité, une limite salariale en-deçà de laquelle l'employé ne saurait être rémunéré²⁶⁸⁰.

b. Salaire minimum sectoriel

1° Possibilité d'édicter un salaire minimum sectoriel par contrat-type impératif

Si, au sein d'une branche économique ou d'une profession, les salaires usuels dans la localité, la branche ou la profession font l'objet d'une sous-enchère abusive et répétée et qu'il n'existe pas de convention collective de travail contenant des dispositions relatives aux salaires minimaux pouvant être étendue, l'autorité compétente peut édicter, sur proposition d'une commission tripartite, un contrat-type de travail d'une durée limitée prévoyant des salaires minimaux différenciés selon les régions et, le cas échéant, selon les localités, dans le but de combattre ou de prévenir les abus (art. 360a, al. 1 CO).

1426

Les salaires minimaux ne doivent pas être contraires à l'intérêt général et ne doivent pas léser les intérêts légitimes d'autres branches économiques ou d'autres milieux de la population. Ils doivent tenir équitablement compte des intérêts des minorités dans les

²⁶⁷⁸ TF, 21 juillet 2017, 2C_774/2014.

²⁶⁷⁹ TF, 21 juillet 2017, 2C_774/2014, cons. 7.7.

²⁶⁸⁰ *Ibidem*.

branches économiques ou professions concernées, quand ces intérêts résultent de la diversité des conditions régionales et des entreprises (art. 360a, al. 2 CO).

Ces contrats-types s'appliquent également aux travailleurs qui ne sont actifs que pour une période limitée dans son champ d'application territorial, ainsi qu'aux travailleurs dont les services ont été loués (art. 360d, al. 1 CO).

Le principe de faveur est applicable en la matière²⁶⁸¹, de telle sorte qu'il peut être dérogé à ces contrats-types en faveur du travailleur (art. 360d, al. 2 CO).

2° *Commission tripartite*

1427 Des commissions tripartites, composées en nombre égal de représentants des employeurs et des travailleurs ainsi que de représentants de l'État, doivent être instituées au niveaux fédéral et cantonal (art. 360b, al. 1 CO). Ces commissions ont pour fonction d'observer le marché du travail.

Si elles constatent des abus, elles tentent en règle générale de trouver un accord avec les employeurs concernés. Si elles n'y parviennent pas dans un délai de deux mois, elles proposent à l'autorité compétente d'édicter pour les branches ou professions concernées un contrat-type de travail fixant des salaires minimaux (art. 360b, al. 3 CO). Si l'évolution de la situation dans les branches concernées le justifie, la commission tripartite peut aussi proposer à l'autorité compétente la modification ou l'abrogation du contrat-type de travail (art. 360b, al. 4 CO).

1428 Les commissions tripartites ne sont pas de simples observateurs passifs du marché du travail ; au contraire, elles sont dotées de larges compétences d'enquête²⁶⁸² : afin qu'elles soient en mesure de remplir leurs tâches, les commissions tripartites ont, dans les entreprises, le droit d'obtenir des renseignements et de consulter tout document nécessaire à l'exécution de l'enquête ; en cas de litige, une autorité désignée à cet effet par la Confédération ou par le canton tranche (art. 360b, al. 5 CO). Concrètement, les commissions tripartites peuvent exiger des employeurs, non seulement qu'ils tiennent à leur disposition, mais encore qu'ils leur remettent les contrats de travail et tous autres documents pertinents concernant les conditions salariales et de travail (notamment des décomptes de salaire et d'heures de travail)²⁶⁸³. Lorsque cela est nécessaire à l'exécution de leurs enquêtes, les commissions tripartites qui en font la demande peuvent obtenir de l'Office fédéral de la statistique les données individuelles contenues dans des conventions collectives de travail d'entreprises (art. 360b, al. 6 CO).

Les commissions tripartites peuvent déléguer leur activité de contrôle à des auxiliaires, qui disposent des mêmes prérogatives²⁶⁸⁴.

²⁶⁸¹ Sur cette notion, cf. *infra*.

²⁶⁸² TF, 12 décembre 2016, 2C_625/2016, cons. 2.3.

²⁶⁸³ TF, 12 décembre 2016, 2C_625/2016, cons. 3.

²⁶⁸⁴ TF, 12 décembre 2016, 2C_625/2016, cons. 2.3.

Les membres des commissions tripartites sont soumis au secret de fonction; ils ont en particulier l'obligation de garder le secret envers les tiers sur toutes les indications de nature commerciale ou privée dont ils ont eu connaissance en leur qualité de membre (art. 360c, al. 1 CO).

3° *Action judiciaire*

Les associations représentant les employeurs ou les travailleurs peuvent ouvrir une action tendant à faire constater le respect ou le non-respect du contrat-type de travail contenant un salaire minimum impératif (art. 360e CO).

1429

2) Salaire minimum conventionnel

Le droit suisse connaît en outre des salaires minimum **conventionnels** : il s'agit de minima instaurés dans une branche ou un secteur par convention collective ou contrat-type.

1430

Par exemple, une convention collective peut prévoir le versement obligatoire d'une **gratification**²⁶⁸⁵. La convention collective peut être également utile pour déterminer la **rémunération usuelle** applicable dans une branche lorsque les parties ne se sont pas prononcées sur la question²⁶⁸⁶. Le juge tiendra alors compte des éventuelles rémunérations variables prévues par le droit collectif. Les dispositions d'une convention collective qui concernent la rémunération variable doivent également être appliquées au salarié placé par un **bailleur de services** dans une entreprise comprise par l'arrêté d'extension de ladite convention collective (art. 20 LSE)²⁶⁸⁷.

Le salaire conventionnel prévaut sur le salaire contractuel inférieur²⁶⁸⁸. Pour autant, les conventions collectives et les contrats-types ne fixent qu'un minimum. Ceci signifie qu'il ne peut être dérogé aux montants ainsi adoptés en défaveur du salarié, mais qu'en revanche, l'employeur est libre de ne pas s'en tenir à ces minima si c'est en faveur du salarié (**principe de faveur**)²⁶⁸⁹.

1431

Dans la même logique, une clause **juxtaposant**, sans autre précision, un salaire fixe et une participation aux résultats permet raisonnablement de penser que le salarié doit

²⁶⁸⁵ Parfois, la convention collective dénomme « gratification » ce qui est en réalité un salaire différé comme un treizième salaire (c'était le cas dans une précédente rédaction de la convention collective des hôtels, restaurants et cafés : cf. TF, 31 octobre 1994, SJ 1995 813).

²⁶⁸⁶ TF, 16 janvier 2007, 4C.369/2006, cons. 3.2 et 3.3 ; cf. également : Philippe Carruzzo, *La Rémunération du travailleur et le remboursement des frais*, Genève, Fédération des entreprises romandes, 2007, p. 27.

²⁶⁸⁷ Cf. Marie-Gisèle Danthe, in Commentaire Dunand/Mahon, N 16 ad art. 322 CO.

²⁶⁸⁸ *Inter multa* : TF, 8 mai 1996, ATF 122 III 110, JT 1996 I 118, cons. 4b ; cf. également : Thomas Geiser, « Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn », PJA 2001 384 ; Philippe Carruzzo, *La Rémunération du travailleur et le remboursement des frais*, Genève, Fédération des entreprises romandes, 2007, p. 26 ; Marie-Gisèle Danthe, in Commentaire Dunand/Mahon, N 14 ad art. 322 CO.

²⁶⁸⁹ *Inter multa* : TF, 16 novembre 2001, 4C.269/2001, cons. 4b.

recevoir à la fois le salaire fixe, lequel n'est pas un simple salaire minimum, et la participation aux résultats²⁶⁹⁰.

3) Assiette du salaire minimum

1432 En matière de rémunération variable, l'existence d'un salaire minimum peut entraîner deux conséquences juridiques distinctes : soit l'on considère que la **rémunération fixe** doit, à elle seule, garantir le salaire minimum (dans cette hypothèse, la rémunération variable viendra, le cas échéant, s'ajouter à ce minimum) ; soit l'on estime que la **rémunération totale** du salarié (rémunération fixe et rémunération variable) doit être au moins égale au salaire minimum applicable. Se pose dès lors la question des éléments à inclure et à exclure de l'assiette du salaire minimum.

Certaines **conventions collectives** règlent la question. Elles se prononcent parfois en faveur de la seconde solution. Ainsi, la seconde phrase de l'alinéa 2 de l'article 9 de la convention collective nationale du 6 juillet 1998 pour les hôtels, restaurants et cafés²⁶⁹¹ dispose qu'« en cas de participation totale ou partielle au chiffre d'affaires, si le salaire mensuel brut n'atteint pas le salaire minimum, l'employeur doit alors verser la différence », de tels suppléments ne pouvant faire l'objet de compensations sur la base de salaires passés ou à venir. Il est interdit à l'employeur de compenser un tel supplément par des rémunérations passées ou à venir. De manière encore plus claire, la Convention collective nationale des coiffeurs du 7 juillet 2009 dispose en son article 37.3²⁶⁹² que lorsque les parties choisissent le système du salaire de base complété par une provision sur le chiffre d'affaires, la rémunération globale doit être au moins égale au salaire minimum²⁶⁹³.

Dans l'hypothèse où le droit collectif est muet, on considérera en principe que tout élément de rémunération perçu par le travailleur compte pour déterminer si le salaire minimum applicable à sa situation lui a bien été versé.

4) Les protections en l'absence de salaire minimum

1433 Même en l'absence de salaire minimum, existe-t-il un droit à une rémunération minimale ?

Le droit fédéral ne connaît pas de norme constitutionnelle spécifique à cet égard, à la différence par exemple du canton du Jura dont la Constitution consacre en son article 19, alinéa 3, le droit de chaque travailleur à un salaire qui lui assure un niveau de vie

²⁶⁹⁰ TF, 8 juillet 2002, 4C.160/2002, cons. 2b.

²⁶⁹¹ Article dont le champ d'application a été étendu pour la dernière fois par arrêté du Conseil fédéral du 12 décembre 2016 : FF 2016 8596.

²⁶⁹² Article dont le champ d'application a été étendu pour la dernière fois par arrêté du Conseil fédéral du 17 août 2017 : FF 2017 5435.

²⁶⁹³ Cf. également la Convention collective nationale des coiffeurs, 1^{er} juin 2010, art. 37.

décent. Quant au Tribunal fédéral, il s'est à l'occasion prononcé de manière tout à fait générale contre l'« exploitation » du salarié²⁶⁹⁴.

Plusieurs normes protectrices sont toutefois invocables.

a. La rescision du contrat pour lésion

La lésion est consacrée à l'article 21 du code des obligations²⁶⁹⁵. Le salarié peut invoquer la lésion à l'égard du système de rémunération logé dans son contrat²⁶⁹⁶. En matière de rémunération variable, ce sera le cas dans l'hypothèse où il est prévu que le salarié ne percevrait de manière certaine qu'une très faible rémunération, à condition que le salarié prouve non seulement qu'il était dans une situation de faiblesse, mais encore que l'employeur a exploité cette situation de faiblesse²⁶⁹⁷. Sera seule déclarée nulle la clause portant sur la rémunération²⁶⁹⁸ : on la remplacera par la rémunération usuelle²⁶⁹⁹.

1434

b. La protection de la personnalité

Une rémunération variable aboutissant à une rémunération finale extrêmement faible pourrait, selon les circonstances, être contraire à la protection de la **personnalité** du salarié (art. 328 CO)²⁷⁰⁰.

1435

c. Le passage d'une rémunération à la performance à une rémunération au temps

Dans le cas particulier d'un salarié payé uniquement **aux pièces ou à la tâche**, le code prévoit que l'employeur doit lui fournir du travail en quantité suffisante (art. 326, al. 1^{er} CO). Si cela est impossible, l'employeur doit alors rémunérer le salarié au temps (art. 326, al. 2 CO).

1436

Ce régime devrait logiquement être applicable à toute rémunération fondée principalement sur la performance et non sur le temps.

²⁶⁹⁴ TF, 19 février 1957, ATF 83 II 78.

²⁶⁹⁵ Le fondement de la nullité du contrat pour contrariété aux mœurs pourrait également être retenu, cf. Conradin Cramer, *Der Bonus im Arbeitsvertrag*, Berne, Stämpfli, 2007, p. 61 et pp. 71 et s.

²⁶⁹⁶ Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « 1 :12 – Pour des salaires équitables », FF 2012 511. Du même avis : Vischer/Müller, p. 103.

²⁶⁹⁷ TF, 9 décembre 2003, 4C.284/2003, cons. 3.1 ; Wilhelm Birchmeier, *Der Lohnanspruch aus Dienstvertrag im schweizerischen Obligationenrecht*, Baar, J. Dossenbach, 1926, p. 60 ; Wyler/Heinzer, p. 69.

²⁶⁹⁸ TF, 26 juin 1997, ATF 123 III 292.

²⁶⁹⁹ Vischer/Müller, p. 103. Les circonstances peuvent être telles que l'**infraction pénale** d'usure (art. 157 CP) soit réalisée (TF, 21 octobre 1985, ATF 111 IV 139 ; TF, 24 septembre 2004, 6P.95/2004, ATF 130 IV 106, JT 2006 IV 215, SJ 2005 52, Pra 2005 32 243, cons. 7 ; Tribunal des districts d'Hérens et de Conthey, 26 août 1996, RVJ 1997 313).

²⁷⁰⁰ Le fondement de l'article 27 du code civil peut être utilisé concurremment : cf. Conradin Cramer, *Der Bonus im Arbeitsvertrag*, Berne, Stämpfli, 2007, p. 62. De même que celui de la contrariété aux mœurs (CO, art. 19 et 20) : cf. René Hirsiger, *Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis*, Berne, Stämpfli, 2011, p. 208.

d. La rémunération convenable

1437 L'alinéa 2 de l'article 349a du code des obligations est applicable par analogie à tous les travailleurs et à toutes les rémunérations variables²⁷⁰¹. Or, cet alinéa dispose que lorsque la provision représente la plus grande partie de la rémunération du travailleur, elle doit constituer une **rémunération « convenable »** des services du voyageur de commerce. Si l'on étend cette solution, cela signifie que le travailleur payé uniquement par une rémunération variable peut faire contrôler le caractère convenable de la rémunération qu'il perçoit.

L'article 349a, alinéa 2 – disposition impérative (art. 362 CO)²⁷⁰² que le salarié peut invoquer après coup sans commettre d'abus de droit²⁷⁰³ – vise à éviter l'exploitation du travailleur auquel serait promise une rémunération sous forme de provisions qui se révéleraient en réalité insuffisantes²⁷⁰⁴.

1438 La notion de « **rémunération convenable** » n'est toutefois pas évidente à cerner. Elle sera déterminée par le juge (art. 4 CC)²⁷⁰⁵. Le caractère « convenable » d'une rémunération est une notion de droit – donc susceptible d'être revue par le Tribunal fédéral²⁷⁰⁶ – qui doit être appréciée *in concreto*²⁷⁰⁷. Le fardeau de la preuve que la rémunération convenue n'est pas convenable incombe au travailleur²⁷⁰⁸. Une rémunération est en principe convenable lorsqu'elle assure au salarié un gain qui lui permette de vivre décemment, compte tenu de son implication au travail (« *Arbeitseinsatz* »), de sa formation, de son ancienneté, de son âge et de ses obligations sociales²⁷⁰⁹. Le juge n'hésite pas à recalculer le montant qu'il estime

²⁷⁰¹ TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, ATF 139 III 214, JT 2014 II 309, Pra 2013 114 883, com. Lienhard *in ius.focus* 2013 7 10, com. Portmann *in* RJB 2016 140, cons. 5.1.

²⁷⁰² TF, 13 juillet 2001, 4C.81/2001, cons. 5a.

²⁷⁰³ Zivilgericht/BS, 19 mars 1976, BJM 1977 21, JAR 1980 314.

²⁷⁰⁴ Message du Conseil fédéral, 6 décembre 1940, FF 1940 I 1361 et s. ; TF, 19 février 1957, ATF 83 II 78, JT 1957 I 540 ; TF, 2 novembre 2005, 4C.265/2005, DTA 2006 110, cons. 3.1 et 3.2 ; cf. également : Pierre Engel, *Contrats de droit suisse*, Berne, Stämpfli, 2^e éd., 2000, p. 413.

²⁷⁰⁵ TF, 12 novembre 1986, JAR 1987 307 ; TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, ATF 139 III 214, cons. 5.2.

²⁷⁰⁶ TF, 23 février 1948, ATF 72 II 62, cons. 3 ; TF, 13 juillet 2001, 4C.81/2001, cons. 5a ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, ATF 129 III 664, JT 2004 I 60, cons. 6.1 ; TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, ATF 139 III 214, cons. 3.3.

²⁷⁰⁷ TF, 13 juillet 2001, 4C.81/2001, cons. 5a ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, ATF 129 III 664, JT 2004 I 60, cons. 6.1.

²⁷⁰⁸ TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, ATF 139 III 214, cons. 3.3.

²⁷⁰⁹ TF, 13 juillet 2001, 4C.81/2001, cons. 5a ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, ATF 129 III 664, JT 2004 I 60, cons. 6.1 ; TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, ATF 139 III 214, cons. 5.2 ; cf. également : Staehelin, N 4 *ad* art. 349a CO ; Philippe Carruzzo, *La Rémunération du travailleur et le remboursement des frais*, Genève, Fédération des entreprises romandes, 2007, p. 63 ; Conradin Cramer, « Der Bonus als Malus », PJA 2008 540 ; Thérèse Amstutz, « Circulaire FINMA 10/1 / Problématique de droit du travail des rémunérations variables », *Perspectives et risques de nouveautés juridiques 2009/2010*, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2010, p. 49 ; cf. Peter Reinert, « Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht », PJA 2009 4, lequel ne tolère le critère de l'âge que s'il se concrétise par une plus grande expérience du salarié. Pour une casuistique plus ample, cf. David Aubert, *Le contrat de travail des voyageurs de commerce*, Lausanne, Éditions Bis et Ter, 2010, pp. 207 et s.

convenable²⁷¹⁰. Il peut utilement s'appuyer sur les statistiques de l'office fédéral de la statistique²⁷¹¹.

On remarque le caractère « englobant » de cette règle. En effet, l'employeur doit tenir compte non seulement de la prestation du salarié, mais encore de son expérience professionnelle, et d'éléments qui tiennent à sa personnalité et à son âge, à ses « obligations sociales », notamment familiales.

Toutefois, cette disposition ne vise pas à garantir au travailleur un salaire minimum indépendamment de ses **prestations**. S'il perçoit une rémunération trop faible non pas en raison d'un accord prévoyant des provisions trop basses, mais à cause de prestations de travail insuffisantes, le travailleur ne peut pas se prévaloir de la protection offerte par l'article 349a, alinéa 2²⁷¹². En définitive, la rémunération dépend très étroitement des conditions que l'employeur fixe au travailleur pour qu'il puisse négocier ou conclure des affaires²⁷¹³. Un tel raisonnement conduirait globalement l'employeur à procéder à une estimation des besoins du salarié compte tenu de critères principalement subjectifs. Aussi le Tribunal fédéral a-t-il approuvé l'Obergericht de Zurich²⁷¹⁴ qui a tempéré cette approche en soulignant qu'on doit aussi tenir compte, comme ligne directrice, des **usages de la branche** (cf. art. 4 CC)²⁷¹⁵.

1439

Une rémunération modeste est admissible dans le cadre des start-up dès lors qu'elle est compensée par des expectatives de plus-value de participations remises au salarié²⁷¹⁶.

1440

e. L'infraction pénale d'usure

La fixation d'un salaire extrêmement bas peut constituer une infraction pénale (art. 157 CP). Pour être caractérisée, l'infraction d'usure présuppose un contrat à titre onéreux, une prestation et une contre-prestation, l'exploitation de la gêne d'une personne (par exemple un étranger qui ne parle pas la langue locale). Par exemple, il y a usure lorsque, profitant de l'inexpérience de son employée, un employeur obtient d'elle cinquante heures de travail hebdomadaires contre une rémunération de trois cents francs par mois, outre le logement et la nourriture²⁷¹⁷.

1441

²⁷¹⁰ Par exemple : CAPH/GE, 12 octobre 1982, in Gabriel Aubert (édit.), *Quatre cents arrêts sur le contrat de travail*, Lausanne, Payot, 1984, n° 325.

²⁷¹¹ Site internet : < bfs.admin.ch >. Pour une affaire où le Tribunal fédéral compare la rémunération octroyée par les juges cantonaux avec le salaire médian mensuel brut pour des activités similaires dans la région dans laquelle le travailleur exerçait, voir TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, ATF 139 III 214, cons. 5.2.

²⁷¹² TF, 2 novembre 2005, 4C.265/2005, DTA 2006 110, cons. 3.1 et 3.2 ; déjà précédemment : Obergericht/ZH, 14 avril 1986, JAR 1987 301 ; CAPH/GE, 22 septembre 1993, X/600/91, cons. 2c.

²⁷¹³ TF, 13 juillet 2001, 4C.81/2001, cons. 5a ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, ATF 129 III 664, JT 2004 I 60, cons. 6.1 ; cf. également : Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 3 ad art. 347-350a CO.

²⁷¹⁴ Obergericht/ZH, 14 avril 1986, JAR 1987 301, cons. 5.

²⁷¹⁵ TF, 12 novembre 1986, JAR 1987 307 ; TF, 13 juillet 2001, 4C.81/2001, cons. 5a ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, ATF 129 III 664, JT 2004 I 60, cons. 6.1.

²⁷¹⁶ TF, 29 septembre 2015, 4A_187/2015, 4A_199/2015, cons. 6.2.2 (non publié in ATF 141 III 489).

²⁷¹⁷ TF, 24 septembre 2004, 6P.95/2004 et 6S.270/2004, ATF 130 IV 106, JdT 2006 IV 215, SJ 2005 I 52, Pra 2005 32 243.

B. Le salaire maximum

- 1442 Selon le Conseil fédéral, « un écart très important entre les revenus des ménages peut nuire à la cohésion sociale »²⁷¹⁸. Or, le droit privé suisse ne connaît pas de limite maximale au salaire qu'un employeur verse à son salarié. Un auteur avait proposé un facteur multiplicateur maximal de 50 entre la rémunération la plus basse et la rémunération la plus haute d'une entreprise²⁷¹⁹. Mais la solution du salaire maximum est critiquée comme représentant une limitation trop incisive aux principes sur lesquels est fondée l'économie de marché²⁷²⁰. Le débat avait été relancé par une initiative des Jeunes Socialistes Suisses qui avaient proposé un rapport maximal de un à douze entre les rémunérations versées au sein d'une même entreprise²⁷²¹. La votation organisée le 24 novembre 2013 sur cette initiative a conduit à son rejet²⁷²².

§ 3 : Le maintien de la rémunération

- 1443 Dans un contrat synallagmatique tel que le contrat de travail, l'absence de prestation de la part du travailleur devrait logiquement emporter comme conséquence l'absence de rémunération de la part de l'employeur. C'est contre cette conception classique que s'est érigé le droit du travail. Ce dernier autorise ainsi le travailleur à se prévaloir, à certaines conditions, d'un maintien de sa rémunération en cas d'**empêchement non fautif de travailler (A)**, de **vacances (B)** et parfois d'**autres congés (C)**.

A. Les empêchements non fautifs de travailler

1) Champ d'application

a. Cas de protection

- 1444 L'empêchement non fautif de travailler représente juridiquement une impossibilité qui entraîne la libération du travailleur de son obligation de prester, conformément à l'article 119, alinéa 1 du code des obligations. Le contrat de travail étant un contrat bilatéral, l'employeur devrait en principe être également libéré de fournir la contrepartie de la prestation impossible (art. 119, al. 2 CO). Cette règle ne vaut cependant que si la loi ou le contrat ne met pas le risque à la charge du second débiteur (art. 119, al. 3 CO). Or, en matière de rapport de travail, le problème du risque est régi

²⁷¹⁸ Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « 1 :12 – Pour des salaires équitables », FF 2012 508-509.

²⁷¹⁹ Jean-Fritz Stöckli, « Spitzenlöhne und das kollektivarbeitsrechtliche Zumutbarkeitsprinzip », ArbR 2006 175 (ce qui reviendrait en moyenne à un salaire maximal admissible autour de deux à trois millions de francs par an).

²⁷²⁰ Beat Barthold/Marc Widmer, « Regulierung der variablen Vergütung ? Eine Bewertung der schweizerischen Regulierungsbestrebungen im Vergütungsbereich », PJA 2009 1396.

²⁷²¹ Site internet : < juso.ch > ; Marie-Gisèle Danthe, in Commentaire Dunand/Mahon, N 21 *ad* art. 322 CO.

²⁷²² Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « 1 :12 – Pour des salaires équitables », FF 2012 503-528.

spécialement par les articles 324a et 324b du code des obligations²⁷²³. Ces dispositions ont pour but social de mettre partiellement à la charge de l'employeur le risque d'incapacité de travail qui aurait dû en principe être supporté par le travailleur²⁷²⁴.

Aux termes de la loi, si le travailleur est empêché de travailler, sans faute de sa part²⁷²⁵, pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, l'employeur doit lui verser le salaire pour un temps limité, y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois (art. 324a, al. 1 CO).

1445

Une règle supplémentaire prévaut pour le travailleur vivant en communauté domestique avec l'employeur : l'employeur doit accorder au travailleur empêché de travailler sans sa faute pour cause de maladie ou d'accident les soins et secours médicaux pour un temps limité (art. 328a, al. 2 CO).

La loi exige donc comme condition du maintien de la rémunération la présence d'un *empêchement de travailler admis au titre de la protection* (1°), qui soit *non fautif* (2°), et une *certaine durée relative au rapport de travail* (3°).

1446

1° *Empêchements de travailler admis au titre de la protection*

La **maladie**, l'**accident** et la **grossesse** sont des cas typiques d'empêchements non fautifs de travailler. Les notions de maladie et d'accident peuvent être définies par analogie avec le droit des assurances sociales²⁷²⁶.

1447

Quant au **service militaire**, il est un cas typique d'obligation légale, même dans le cas où le travailleur avance la date de son école de recrues²⁷²⁷.

La **détention préventive** d'un travailleur peut également constituer, lorsqu'elle ne peut être reprochée par une attitude en apparence condamnable du travailleur, un cas d'empêchement non fautif de travailler²⁷²⁸.

Particularités de la rémunération des congés pour aider ses proches. La seule hypothèse envisageable d'incapacité non fautive de travailler dans le cas du proche aidant est l'incapacité en raison de « l'accomplissement d'une obligation légale »²⁷²⁹. Reste à déterminer si le fait d'aider un proche représente pour le travailleur l'accomplissement d'une obligation légale au sens de cette disposition. Or, il n'existe

1448

²⁷²³ TF, 13 janvier 2000, ATF 126 III 75, cons. 2d ; TF, 27 février 2006, 4C.321/2005, cons. 4.2 ; TF, 23 octobre 2006, 4C.155/2006, cons. 6.1.1.

²⁷²⁴ TF, 28 août 1996, ATF 122 III 268, JT 1997 I 336, cons. 3a/aa.

²⁷²⁵ Cf. TF, 28 février 2012, ATF 138 V 140, cons. 2.3.

²⁷²⁶ Guy Longchamp, in Commentaire Dunand/Mahon, N 8 ad art. 324a CO.

²⁷²⁷ TF, 12 février 2002, 4C.331/2001, cons. 4b.

²⁷²⁸ TF, 16 août 2001, 4C.74/2000, cons. 4b.

²⁷²⁹ Sur le régime de la rémunération durant une incapacité de travail, cf. *infra*.

quasiment aucune jurisprudence sur la question. Un arrêt du 17 octobre 2008 de la Cour d'appel des prud'hommes genevois a jugé que « la maladie d'un proche, en particulier d'un enfant, peut constituer un empêchement de travailler au sens de l'article 324a du code des obligations jusqu'au moment où une solution de substitution est trouvée pour les soins ou la garde de la personne, respectivement de l'enfant malade, car c'est une obligation légale au sens des articles 276, 163 et 328 du code civil de prodiguer de tels soins »²⁷³⁰. La Cour a ajouté : « Il en va de même si l'enfant, gravement malade, est hospitalisé et a besoin de garder un contact très suivi avec ses parents. »²⁷³¹ La doctrine, compte tenu de l'obligation légale des époux de pourvoir à l'entretien de la famille (cf. art. 163 CC), des parents d'aider leurs enfants (art. 272 et 276 CC) et leurs ascendants (art. 301 CC), est globalement du même avis que les juges genevois²⁷³².

En principe, le droit au salaire (art. 324a CO) ne vaut toutefois que pour la durée nécessaire permettant au parent de trouver une solution de garde extérieure²⁷³³. À cet égard, il faut préciser que la durée maximale du droit au congé, mentionnée à l'article 36, alinéa 3 de la loi sur le travail (trois jours), ne doit pas être interprétée comme un maximum absolu : en fonction des particularités de chaque cas d'espèce, une absence d'une durée plus longue peut se justifier. Ainsi, une travailleuse, qui s'était absentée pendant trois mois pour s'occuper de son enfant âgé de cinq mois, gravement malade, a pu prétendre, compte tenu de la gravité de l'état de santé de l'enfant, à une rémunération durant toute cette période, dès lors qu'il ne pouvait être reproché à cette mère d'être restée auprès de son enfant hospitalisé²⁷³⁴.

En synthèse, il faut comprendre selon nous que l'employeur se rend coupable d'une violation de droit public s'il n'accorde pas au travailleur le congé prévu par la loi sur le travail, d'une durée d'au moins trois jours en cas de maladie d'un enfant. Cela étant, le travailleur peut se prévaloir d'un congé plus long, et réclamer le versement de la rémunération correspondante, s'il s'est légitimement absenté de son travail pour accomplir une obligation légale à laquelle il est tenu au titre du droit de la famille.

Les conventions collectives peuvent prévoir un régime spécifique. Ainsi, la convention collective de travail genevoise de la mécanique²⁷³⁵, étendue sur ce point par arrêté du 1^{er} février 2017²⁷³⁶, prévoit une indemnisation durant tout le congé du proche aidant : « Pour les absences précitées et pour autant que le travailleur subisse une perte

²⁷³⁰ CAPH/GE, 17 octobre 2008, JAR 2009 522, cons. 2.1.4.

²⁷³¹ Cf. Christian Bruchez, « La nouvelle assurance maternité et ses effets sur le droit du contrat de travail », SJ 2005, II 266-268.

²⁷³² Waeber/Brunner/Bühler/Bruchez, N 8 *ad* art. 324a CO ; Carruzzo, N 7 *ad* art. 329 CO ; Guy Longchamp, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 13 *ad* art. 324a CO ; Wyler/Heinzer, pp. 367 et s. ; Stéphanie Perrenoud, « Durées du travail et discrimination », PJA 2017 677.

²⁷³³ Stéphanie Perrenoud, *op. cit.*.

²⁷³⁴ CAPH/GE, 17 octobre 2008, JAR 2009 522. Cf. également : Regionalgericht Bern-Mittelland/BE, 24 janvier 2013, CIV 12 6727 BAK.

²⁷³⁵ RS/GE J 1 50.37.

²⁷³⁶ RS/GE J 1 50.36.

de salaire, les heures de travail, effectivement perdues, lui seront indemnisées comme s'il avait travaillé normalement durant ces jours » (art. 18).

Ces dernières années, différentes interventions parlementaires ont requis la mise en place d'un congé rémunéré, d'une durée suffisante, pour les parents d'enfants gravement malades²⁷³⁷. Ni le pouvoir législatif ni le pouvoir exécutif n'ont, à ce jour, donné suite.

2° *Caractère non fautif de l'empêchement*

Pour juger si l'acceptation volontaire d'une obligation légale peut être considérée comme fautive au sens de cette disposition, il faut tenir compte, dans une perspective sociale, aussi bien de l'intérêt du travailleur à l'exercice de ses droits constitutionnels (cf. art. 336, al. 1, b CO) que de l'intérêt public à l'accomplissement d'obligations légales²⁷³⁸. Selon le Tribunal fédéral, il n'y a pas de faute du travailleur lorsque de tels intérêts l'emportent sur l'intérêt de l'employeur à voir le travail s'accomplir²⁷³⁹. Par exemple, l'engagement pris par une femme de servir dans l'armée doit, eu égard à l'intérêt public, être considéré comme non fautif, bien que cet engagement ne revête un caractère que facultatif, tout comme les risques d'accident volontairement assumés par un travailleur, puisque la liberté personnelle du travailleur s'oppose en règle générale à ce qu'on lui interdise de pratiquer des sports, même dangereux comme le ski, l'escalade en montagne, la plongée, l'équitation, etc²⁷⁴⁰.

De même, l'incapacité de fournir sa prestation dans laquelle se trouvait le travailleur accomplissant l'école de recrues doit être qualifiée d'impossibilité subséquente sans faute, ce qui emporte comme conséquence l'extinction de la dette du travailleur, sa demeure cessant, de sorte que l'employeur a l'obligation de verser le salaire pendant le service militaire²⁷⁴¹.

3° *Exigence de durée relative au rapport de travail*

La prétention du travailleur n'est possible que si le rapport de travail a duré plus de trois mois ou a été conclu pour plus de trois mois. La durée de plus de trois mois des rapports de travail qui conditionne le droit au salaire du travailleur empêché débute le jour de la prise d'emploi²⁷⁴².

Par exemple, une cantatrice qui avait été engagée pour moins de trois mois ne peut prétendre à être payée en cas d'empêchement non fautif de travailler ; c'est donc la

²⁷³⁷ Cf. motion « Allocation de présence parentale » (Mo. 08.3839 ; Gisèle Ory) ; motion « Présence parentale auprès d'enfants gravement malades » (Mo. 08.3838 ; Liliane Maury Pasquier) ; postulat « Congé rémunéré d'une durée suffisante pour les parents d'enfants gravement atteints dans leur santé » (Po. 09.4199 ; Anne Seydoux-Christe).

²⁷³⁸ TF, 28 août 1996, ATF 122 III 268, JT 1997 I 336, cons. 3a/aa.

²⁷³⁹ *Ibidem*.

²⁷⁴⁰ *Ibidem*.

²⁷⁴¹ TF, 12 février 2002, 4C.331/2001, cons. 4b ; TF, 23 octobre 2006, 4C.155/2006, cons. 6.1.1.

²⁷⁴² TF, 30 septembre 2005, 4C.193/2005, ATF 131 III 623, JT 2006 I 127, cons. 2.3.

règle générale de l'article 119, alinéa 2 du code des obligations qui s'applique dans ce cas, le cocontractant étant libéré de l'obligation de fournir la contrepartie de la prestation impossible dans un contrat bilatéral²⁷⁴³.

- 1451 Lorsqu'il a été engagé par un contrat de durée indéterminée prévoyant un délai de congé égal ou inférieur à trois mois et qu'il devient incapable de travailler sans faute de sa part au cours des trois premiers mois d'emploi, le travailleur, dans le régime de base, n'a pas droit à son salaire avant le premier jour du quatrième mois des relations de travail ; dans cette situation, le travailleur doit donc supporter un délai de carence de trois mois²⁷⁴⁴. Les parties peuvent toutefois assurer au travailleur, par un accord qui n'est soumis à aucune forme spéciale, la couverture des empêchements de travailler survenant pendant le délai de carence²⁷⁴⁵.

b. Preuve de l'empêchement

- 1452 En vertu du principe *actori incumbit probatio*, c'est au travailleur qui prétend bénéficier du régime favorable de l'impossibilité en cas d'empêchement de travailler d'apporter la preuve que son empêchement est dû à un empêchement non fautif (cf. art. 8 CC). Concrètement, le travailleur présente généralement un certificat médical.

- 1453 Cette preuve est **réfragable**²⁷⁴⁶. L'employeur peut proposer au travailleur de se soumettre à une contre-visite médicale²⁷⁴⁷. L'employeur doit alors assumer les frais de cette visite²⁷⁴⁸. L'article 328b du code des obligations trouve application dans ce contexte, limitant le champ d'investigation du médecin-conseil²⁷⁴⁹. En toute hypothèse, le médecin doit s'en tenir à une présentation de son patient qui respecte les exigences de l'article 328b, faute de quoi il s'expose à des poursuites pénales pour violation du secret médical (art. 321 CP)²⁷⁵⁰. Si le travailleur refuse de délier le médecin-conseil de son secret professionnel, un tel refus pourra être retenu contre lui au niveau probatoire²⁷⁵¹.

2) Etendue du maintien de la rémunération

- 1454 Trois régimes de maintien de la rémunération existent²⁷⁵² : le **régime de droit commun (a)**, le **régime complémentaire (b)** et le **régime dérogatoire (c)**.

²⁷⁴³ TF, 13 janvier 2000, ATF 126 III 75, cons. 2c et 2d ; TF, 27 février 2006, 4C.321/2005, cons. 4.2.

²⁷⁴⁴ TF, 30 septembre 2005, 4C.193/2005, ATF 131 III 623, JT 2006 I 127, cons. 2.4.

²⁷⁴⁵ TF, 30 septembre 2005, 4C.193/2005, précité, cons. 2.5.2.

²⁷⁴⁶ TF, 14 avril 2008, 1C_64/2008, cons. 3.4 ; TF, 13 avril 2014, 8C_619/2014, cons. 3.2.1.

²⁷⁴⁷ Cf. TF, 12 mai 2009, 4A_140/2009, cons. 5.2.

²⁷⁴⁸ Werner Gloor, « Le secret professionnel du médecin-conseil de l'employeur », Droitdutravail.ch juin 2017.

²⁷⁴⁹ Cf. TF, 30 juin 2008, 2C_103/2008, JAR 2009 290, cons. 6.2.

²⁷⁵⁰ Cf. TF, 4 mai 2017, 6B_1199/2016, ATF 143 IV 209, com. Gloor in Droitdutravail.ch juin 2017.

²⁷⁵¹ TF, 12 décembre 1995, JAR 1997 132, cons. 3b/aa ; TF, 24 janvier 2007, 2P.206/2006, cons. 3.4 ; TF, 4 septembre 2013, 8C_760/2012, cons. 3 ; TF, 13 avril 2015, 8C_619/2014, cons. 3.2.4.

²⁷⁵² TF, 10 octobre 2014, 4A_98/2014, cons. 4.2.1.

a. Régime de droit commun

1° Sans assurance obligatoire

Sous réserve de délais plus longs fixés par accord, contrat-type de travail²⁷⁵³ ou convention collective, l'employeur paie pendant la première année de service le salaire de trois semaines et, ensuite, le salaire pour une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières (art. 324a, al. 2 CO).

1455

En cas de grossesse de la travailleuse, l'employeur est tenu de lui verser le salaire dans la même mesure (art. 324a, al. 3 CO).

La pratique a développé des barèmes destinés à faciliter l'application de cette disposition (échelles bernoise, zurichoise et bâloise)²⁷⁵⁴. Ainsi, l'échelle bernoise, utilisée dans la plupart des cantons, prévoit un mois de rémunération durant la deuxième année de service, deux mois de rémunération durant les troisième et quatrième années de service, trois mois de rémunération de la cinquième à la neuvième année de service, quatre mois de la dixième à la quatorzième année de service, et ainsi de suite.

1456

Ce régime de base correspond à un seuil minimal de protection auquel il n'est pas possible de déroger en défaveur du travailleur²⁷⁵⁵.

Le droit au paiement vaut pour chaque année de service. Lorsque l'incapacité de travail s'étend d'une année de service à l'autre, le travailleur peut donc cumuler les prétentions pour les deux années en cause²⁷⁵⁶. Toutefois, si le crédit d'indemnité n'est pas employé en totalité une année, il ne peut être reporté sur l'année suivante²⁷⁵⁷. En revanche, il n'est pas réduit *pro rata temporis* en cas d'année de service incomplète²⁷⁵⁸. Le droit à l'indemnité cesse en toute hypothèse à la fin du rapport d'emploi²⁷⁵⁹.

1457

Selon un arrêt du Tribunal fédéral, les droits du salarié ne se mesurent qu'en fonction du temps écoulé durant l'incapacité de travail ; il dispose ainsi d'un crédit « en temps » et non pas « en argent »²⁷⁶⁰. En pratique toutefois, la plupart des juges et des auteurs de

1458

²⁷⁵³ Par exemple : contrat-type de travail fédéral du 16 janvier 1985 pour les éducateurs employés dans des foyers et internats, art. 19 ; contrat-type pour le personnel soignant, art. 15.

²⁷⁵⁴ TF, 10 octobre 2014, 4A_98/2014, cons. 4.2.1.

²⁷⁵⁵ TF, 30 septembre 2005, 4C.193/2005, ATF 131 III 623, JT 2006 I 127, consid. 2.2.

²⁷⁵⁶ TF, 15 mars 1994, SJ 1995 785 ; arrêt 4C.125/1998 du 10 septembre 1998 consid. 1a, in JAR 1999 167, confirmé par l'arrêt 4P.87/2002 du 20 juin 2002 consid. 3 ; TF, 2 novembre 2011, 4A_215/2011, cons. 4.2.

²⁷⁵⁷ Guy Longchamp, in Commentaire Dunand/Mahon, N 28 *ad* art. 324a CO.

²⁷⁵⁸ *Ibidem*.

²⁷⁵⁹ TF, 6 mars 2001, ATF 127 III 318 consid. 4b.

²⁷⁶⁰ TF, 15 juillet 2005, 4C.293/2014, cons. 2.3.

doctrine considèrent que le travailleur doit bénéficier d'un crédit « en argent »²⁷⁶¹, ce qui implique qu'en cas d'incapacité de travail à temps partiel, le travailleur voie son droit étendu à mesure que l'équivalent d'une incapacité à temps complet n'est pas consommé.

2° Avec assurance obligatoire

1459 Si le travailleur est assuré obligatoirement, en vertu d'une disposition légale, contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler qui ne provient pas de sa faute mais est dû à des raisons inhérentes à sa personne, l'employeur ne doit pas le salaire lorsque les prestations d'assurance dues pour le temps limité couvrent les quatre cinquièmes au moins du salaire afférent à cette période (art. 324b, al. 1 CO).

Si les prestations d'assurance sont inférieures, l'employeur doit payer la différence entre celles-ci et les quatre cinquièmes du salaire (art. 324b, al. 2 CO).

1460 Si les prestations d'assurance ne sont versées qu'après un délai d'attente, l'employeur doit verser pendant cette période quatre cinquièmes au moins du salaire (art. 324b, al. 3 CO). Une telle situation se rencontre par exemple en matière d'indemnités de perte de gain versées par l'assurance-accident, laquelle connaît un délai d'attente.

L'assurance collective contre les accidents ou la maladie donne au bénéficiaire, dès qu'un accident ou une maladie est survenu, un droit propre contre l'assureur (art. 87 LCA).

En cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né, la mère peut demander que le versement de l'allocation soit ajourné jusqu'au moment où l'enfant retourne à la maison (art. 16c, al. 2 LAPG). L'employeur a alors l'obligation de verser le salaire durant la période d'ajournement du droit aux allocations de maternité²⁷⁶².

b. Régime complémentaire

1461 Le régime complémentaire permet aux parties d'améliorer la protection du travailleur sans toucher au minimum légal, par exemple en prolongeant la période pendant laquelle le salaire reste dû (art. 324a, al. 2, *in initio* CO) ou en prévoyant des causes supplémentaires d'empêchement que celles retenues dans la loi²⁷⁶³. Concrètement, le régime complémentaire consiste généralement en la conclusion d'une assurance collective perte de gain.

Un accord de ce genre n'est soumis à **aucune forme**²⁷⁶⁴.

²⁷⁶¹ Guy Longchamp, in Commentaire Dunand/Mahon, N 29 *ad* art. 324a CO.

²⁷⁶² TF, 11 août 2016, 8C_90/2016.

²⁷⁶³ TF, 10 octobre 2014, 4A_98/2014, cons. 4.2.1.

²⁷⁶⁴ *Ibidem*.

c. Régime dérogatoire

Un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut déroger au régime de droit commun, à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes (art. 324a, al. 4 CO). Cette disposition permet de substituer une couverture d'assurance à l'obligation légale de payer le salaire²⁷⁶⁵.

1462

La loi exige donc deux conditions pour la validité du régime dérogatoire : une **condition d'équivalence** (1°) et une **condition de forme** (2°).

1463

Le **non-respect des conditions** du régime dérogatoire est **sanctionné** (3°), tout comme le **non-respect de sa mise en œuvre** lorsqu'il avait pourtant été **convenu** (4°).

1° Condition d'équivalence

Il est généralement prévu que l'employeur ou l'assureur versent des prestations inférieures à celles qui auraient été légalement dues pendant le temps limité, mais sur une plus longue période²⁷⁶⁶. Les juges considèrent que l'équivalence est respectée lorsque l'assurance alloue 80 % du salaire durant 730 jours, après un délai d'attente de deux ou trois jours au maximum, moyennant paiement de la moitié au moins des primes par l'employeur²⁷⁶⁷.

1464

L'assurance ainsi conclue peut être soit une assurance sociale d'indemnités journalières régie par les articles 67 à 77 de la loi sur l'assurance-maladie, soit une assurance d'indemnités journalières soumise à la loi fédérale sur le contrat d'assurance²⁷⁶⁸.

2° Condition de forme

Le régime dérogatoire est soumis à la forme écrite sur ses points essentiels : risques couverts, pourcentage du salaire assuré, durée des prestations, modalités de financement des primes et éventuel délai d'attente ; un renvoi aux conditions générales d'assurance ou à un autre document tenu à disposition du travailleur suffit²⁷⁶⁹. Tant l'employeur que le travailleur doivent signer l'accord (cf. art. 13, al. 1 CO)²⁷⁷⁰. La participation de l'employé au paiement des primes de l'assurance perte de gain est généralement l'indice d'un régime dérogatoire²⁷⁷¹.

1465

²⁷⁶⁵ TF, 12 janvier 2015, 4A_428/2014, ATF 141 III 112, JT 2015 II 380, Pra 2015 96 762, com. Vögeli *in ius.focus* 2015 3 14, Ceregato/Bieri *in* GesKR 2015 298, Buff/von der Crone *in* RSDA 2015 271, cons. 4.1.

²⁷⁶⁶ TF, 26 septembre 2007, 4A_53/2007, RtiD 2008 I 1057, cons. 4.3 ; TF, 10 octobre 2014, 4A_98/2014, cons. 4.2.1.

²⁷⁶⁷ TF, 23 décembre 2009, 4A_354/2009, ATF 135 III 640, cons. 2.3.2.

²⁷⁶⁸ TF, 31 janvier 2013, 4A_529/2012, cons. 2.1 ; TF, 12 janvier 2015, 4A_428/2014, ATF 141 III 112, JT 2015 II 380, Pra 2015 96 762, com. Vögeli *in ius.focus* 2015 3 14, Ceregato/Bieri *in* GesKR 2015 298, Buff/von der Crone *in* RSDA 2015 271, cons. 4.1.

²⁷⁶⁹ TF, 30 septembre 2005, 4C.193/2005, ATF 131 III 623, JT 2006 I 127, cons. 2.5.1 ; TF, 10 octobre 2014, 4A_98/2014, cons. 4.2.1.

²⁷⁷⁰ TF, 10 octobre 2014, 4A_98/2014, cons. 4.2.1.

²⁷⁷¹ TF, 10 octobre 2014, 4A_98/2014, cons. 4.3.

3° *Sanction du non-respect des conditions du régime dérogatoire*

- 1466 Si les conditions d'équivalence ou de forme écrite ne sont pas remplies, c'est le régime de droit commun qui retrouve application²⁷⁷². Le travailleur peut dès lors prétendre à un paiement durant le temps limité de l'article 324a, alinéa 2²⁷⁷³.

Selon la jurisprudence, l'employeur qui a souscrit une assurance et payé la moitié des cotisations peut déduire la totalité des indemnités servies pendant la période de maintien légal, mais pas les indemnités ultérieures ; par leur contribution respective au paiement des primes, l'employeur est réputé se libérer de la totalité de l'indemnité due pour un temps limité, tandis que l'employé est assuré pour la période postérieure²⁷⁷⁴. Il y a ainsi coexistence des prestations de l'employeur et de l'assureur jusqu'à concurrence du dommage, pendant la période limitée de l'article 324a, alinéa 2²⁷⁷⁵. Toutefois, le travailleur peut parfois commettre un abus de droit en réclamant le solde de son salaire alors qu'il a bénéficié de larges prestations de l'assurance²⁷⁷⁶.

4° *Sanction du non-respect de la mise en œuvre d'un régime dérogatoire convenu*

- 1467 Lorsqu'un accord contractuel ou collectif prévoit que l'employeur doit conclure une assurance collective servant des prestations prédéfinies, il engage sa responsabilité contractuelle et doit donc répondre du dommage causé au travailleur s'il ne respecte pas son obligation²⁷⁷⁷.

Concrètement, il a été jugé que lorsque l'employeur ne satisfait pas aux obligations imposées par la convention dérogatoire écrite, par exemple s'il ne conclut pas le contrat d'assurance prévu ou n'acquitte pas les primes dues à l'assureur, ou, en cas de maladie d'un travailleur, ne fait pas à temps l'annonce exigée par les conditions d'assurance, il doit réparation du dommage subi par le travailleur, le dommage correspondant aux prestations d'assurance perdues²⁷⁷⁸.

- 1468 Dans ce cadre, si les administrateurs d'une société ont déduit des cotisations sur le salaire sans verser les primes à l'assurance, tant l'employé que la société elle-même subissent un dommage dont ils peuvent réclamer réparation : le travailleur peut demander réparation du dommage subi, non seulement à la société (cf. art. 97, al. 1 CO), mais également aux administrateurs de cette dernière, à titre personnel (cf. art. 41 CO)²⁷⁷⁹.

²⁷⁷² TF, 10 octobre 2014, 4A_98/2014, cons. 4.2.1.

²⁷⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁷⁴ TF, 20 mai 1970, ATF 96 II 133, cons. 3d et 3f ; TF, 10 octobre 2014, 4A_98/2014, cons. 4.2.1.

²⁷⁷⁵ TF, 24 janvier 2006, C 160/05, cons. 7.2.1 ; TF, 10 octobre 2014, 4A_98/2014, cons. 4.2.1.

²⁷⁷⁶ TF, 23 juillet 1996, 4C.371/1995, cons. 2b ; TF, 10 octobre 2014, 4A_98/2014, cons. 4.2.1.

²⁷⁷⁷ TF, 10 juillet 1989, ATF 115 II 251, cons. 4a et 4b ; TF, 6 mars 2001, ATF 127 III 318, cons. 5 ; TF, 10 octobre 2014, 4A_98/2014, cons. 4.3.

²⁷⁷⁸ TF, 12 janvier 2015, 4A_428/2014, ATF 141 III 112, JT 2015 II 380, Pra 2015 96 762, com. Vögeli *in ius.focus* 2015 3 14, Ceregato/Bieri *in* GesKR 2015 298, Buff/von der Crone *in* RSDA 2015 271, cons. 4.4.

²⁷⁷⁹ TF, 12 janvier 2015, 4A_428/2014, précité.

B. Les vacances

1) Durée

L'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, **quatre semaines** de vacances au moins (art. 329a, al. 1 CO). Les travailleurs – y compris les apprentis (art. 345a, al. 3 CO) – qui ont moins de vingt ans ont droit à **cinq semaines** minimum (art. 329a, al. 1 *in fine* CO).

1469

Les vacances sont fixées proportionnellement à la durée des rapports de travail lorsque l'année de service n'est pas complète (art. 329a, al. 3 CO).

Le droit collectif et le contrat individuel de travail peuvent prévoir des conditions plus favorables au travailleur. En revanche, une dérogation au détriment du travailleur ne saurait être prévue, même par convention collective de travail²⁷⁸⁰.

2) Dates

En principe, les vacances doivent être accordées pendant l'année de service correspondante (art. 329c, al. 1 *in initio* CO).

1470

Le travailleur doit bénéficier d'au moins **deux semaines consécutives** (art. 329c, al. 1 *in fine* CO)²⁷⁸¹.

L'employeur doit fixer la date des vacances en tenant compte des désirs du travailleur dans la mesure compatible avec les intérêts de l'entreprise ou du ménage (art. 329c, al. 2 CO).

Toutefois, le travailleur ne doit pas partir en vacances tant que les dates de ses vacances n'ont pas été validées par l'employeur, sauf à commettre une insubordination coupable, laquelle rend non abusif son licenciement consécutif²⁷⁸².

3) Calcul du droit aux vacances

Le calcul du droit aux vacances implique, en premier lieu, de déterminer une **période de référence (a)**, avant le **nombre de semaines dues (b)**.

1471

a. Détermination de la période de référence

Le droit aux vacances se calcule pour une période de référence donnée.

1472

La période de référence des vacances commence au premier jour du rapport d'emploi. Par la suite, il est bien entendu possible de calculer de nouvelles périodes de référence, à chaque fois que le solde de vacances a été remis à zéro.

²⁷⁸⁰ TF, 23 juin 2016, 4A_205/2016, cons. 2.6.

²⁷⁸¹ Cf. également : convention n° 132 de l'OIT : art. 8, al. 2.

²⁷⁸² TF, 7 septembre 2017, 4A_280/2017, cons. 4.

La période de référence peut être affectée par l'existence d'un facteur de réduction. En effet, lorsqu'au cours d'une année de service, le travailleur est, par sa propre faute, empêché de travailler pendant plus d'un mois au total, l'employeur peut réduire la durée de ses vacances d'un douzième par mois complet d'absence (art. 329b, al. 1 CO).

En outre, si la durée de l'empêchement n'est pas supérieure à un mois au cours d'une année de service, et si elle est provoquée, sans qu'il y ait faute de sa part, par des causes inhérentes à la personne du travailleur, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale, exercice d'une fonction publique ou prise d'un congé-jeunesse, l'employeur n'a pas le droit de réduire la durée des vacances (art. 329b, al. 2 CO).

L'employeur ne peut pas non plus diminuer les vacances d'une travailleuse si, en raison d'une grossesse, elle est empêchée de travailler pendant deux mois au plus, ou si elle a bénéficié des allocations de maternité au sens de la loi sur les allocations pour perte de gain (art. 329b, al. 3 CO).

Un contrat-type de travail ou une convention collective peut déroger aux règles précédentes, à la condition d'offrir, dans l'ensemble, une réglementation au moins équivalente pour les travailleurs (art. 329b, al. 4 CO)²⁷⁸³.

1473 Autrement dit, la période de référence du droit aux vacances peut être moins importante que la durée totale du rapport d'emploi auquel elle se rapporte. En cas d'empêchement fautif du travailleur pendant au moins un mois entier, ce mois ne vient pas compter dans la période de référence. En cas d'empêchement non fautif, seule une absence d'au moins deux mois entiers peut affecter la période de référence ; dans un tel cas, seul le deuxième mois entier d'absence – et les éventuels mois entiers d'absence subséquents – n'entreront pas dans la période de référence. En cas de grossesse et de maternité, ce n'est que le troisième mois d'absence complet qui ne comptera pas au sein de la période de référence, ainsi que les mois complets suivants.

b. Détermination du nombre de semaines de vacances dues

1474 À l'intérieur de la période de référence déterminée selon les principes que nous venons d'exposer, la détermination du nombre de semaines de vacances dues n'est possible qu'après avoir envisagé si les vacances devaient être prises **durant** la période de référence ou **postérieurement** à celle-ci (1°). C'est alors que le **calcul** pourra être effectué (2°).

1° Prise des vacances durant la période de référence ou postérieurement à celle-ci

1475 Lorsque le calcul du droit aux vacances est effectué alors que le rapport d'emploi est en cours et qu'il n'est pas prévu qu'il s'interrompe, l'idée est généralement que les vacances soient prises durant la période de référence. Par exemple, on calcule le droit

²⁷⁸³ Exemple : contrat-type pour le personnel soignant (art. 11, al. 3) : le délai de grâce est de trois mois, avec réduction à partir du quatrième mois complet d'absence et une limite puisque les vacances ne peuvent être réduites de plus de la moitié.

aux vacances d'un travailleur pour l'année 2016, vacances à prendre durant cette année-là.

Dans une telle hypothèse, la proportion des vacances revient au nombre de semaines de vacances légalement dues (en fonction du contrat individuel, du droit collectif, de l'usage etc.), rapporté au nombre de semaines total d'une année (soit cinquante-deux semaines).

Si le droit aux vacances est de quatre semaines par an, la proportion sera donc de quatre sur cinquante-deux (4/52) ; si le droit aux vacances est de cinq semaines par an, la proportion sera de cinq sur cinquante-deux (5/52) ; si le droit aux vacances est de six semaines par an, la proportion sera de six sur cinquante-deux (6/52), et ainsi de suite.

1476

La situation est différente lorsque les vacances ne peuvent plus être prises durant la période de référence. Cette situation se produit généralement lorsque le rapport d'emploi arrive ou est arrivé à son terme. Dans une telle hypothèse, la proportion ne doit pas se faire sur le nombre total de semaines de l'année, ce qui supposerait que les vacances fussent effectivement prises durant ce temps, mais sur une période correspondant au nombre de semaines d'une année entière, diminué du nombre de semaines de vacances contractuellement dues. Ainsi, si le droit aux vacances est de quatre semaines par an, la proportion sera de quatre sur quarante-huit (4/48) ; si le droit aux vacances est de cinq semaines par an, la proportion sera de cinq sur quarante-sept (5/47) ; si le droit aux vacances est de six semaines par an, la proportion sera de six sur quarante-six (6/46), et ainsi de suite.

1477

2° *Calcul du nombre de semaines de vacances dues*

Le calcul du nombre de semaines de vacances peut s'effectuer aisément sous la forme d'un produit en croix :

1478

$$x/PR = SC/P$$

Autrement dit : $x = PR \cdot SC / P$

Où : x = nombre de semaines de vacances effectivement dues

SC = semaines de semaines légalement ou contractuellement dues

P = proportion en fonction du point de savoir si les vacances sont calculées pour être prises dans la période de référence (auquel cas P = 52) ou postérieurement à elle (auquel cas P = 48, 47, 46 etc.)

PR = période de référence en semaines

Par exemple, si on souhaite calculer le nombre de semaines de vacances effectivement dues pour un travailleur, absent pour maladie durant trois mois et demi, pendant une période d'une année et alors que le contrat prévoit cinq semaines de vacances :

$$x = (52 - 8,66) \cdot 5 / 52 = 4,17$$

Explication : x est le nombre de semaines de vacances que l'employeur doit, la parenthèse (52 - 8, 66) est la période de référence, soit un an puisque c'est sur cette

durée que l'on souhaite connaître le droit du travailleur, moins 2 mois, soit 8,66 semaines (un mois = 4,33 semaines), car le travailleur a été absent pendant trois mois et demi (le premier mois complet d'absence n'est pas enlevé de la période de référence et ensuite on n'enlève que les mois complets d'absence). On multiplie ce nombre par la proportion des vacances contractuellement dues sur une année. Le résultat est 4,17 semaines.

Si le calcul est effectué alors que le travailleur n'a pas pu bénéficier de ses vacances parce qu'il a été licencié :

$$x = (52 - 8,66) \cdot 5 / 47 = 4,61$$

Explication : ici, la proportion est de 5 sur 47, puisque le travailleur ne pourra pas bénéficier de ses vacances ; les jours durant lesquels il a travaillé au lieu d'être en vacances ont eux-mêmes produit des vacances.

4) Rémunération afférente

a. Calcul de la rémunération relative au droit aux vacances

1479 L'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature (art. 329d, al. 1 CO). Le but est que le travailleur puisse prendre du repos sans en être dissuadé par une perte de salaire²⁷⁸⁴.

Il en résulte concrètement que le travailleur ne doit pas être traité différemment, du point de vue salarial, lorsqu'il est en vacances que lorsqu'il travaille²⁷⁸⁵. Autrement dit, le travailleur doit percevoir autant durant ses vacances que ce qu'il aurait obtenu s'il avait travaillé pendant cette période²⁷⁸⁶.

1480 Concrètement, il faut distinguer en fonction du mode de rémunération du travailleur :

- lorsque le salarié est payé **en fonction du temps de travail**, le salaire afférent aux vacances est calculé au prorata de ce temps²⁷⁸⁷. L'indemnité pour vacances, notamment lorsque celles-ci n'ont pas pu être prises en nature, doit être calculée en

²⁷⁸⁴ TF, 31 mai 2010, 4A_159/2010, ATF 136 III 283, JT 2011 II 222, SJ 2010 I 519, Pra 2011 29 199, com. Däppen *in ius.focus* 2010 8 8, cons. 2.3.1 ; TF, 22 septembre 2015, 4A_285/2015, cons. 3.1 ; TF, 8 février 2017, 4A_467/2016, cons. 2.3.5.

²⁷⁸⁵ TF, 25 juin 2003, 4C.72/2003, ATF 129 III 493, cons. 3.1 ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, ATF 129 III 664, JT 2004 I 60, cons. 7.3 ; TF, 5 décembre 2005, 4C.313/2005, ATF 132 III 172, JT 2006 I 572, SJ 2006 I 252, Pra 2006 147 1013, cons. 3.1 ; TF, 31 mai 2010, 4A_159/2010, ATF 136 III 283, JT 2011 II 222, SJ 2010 I 519, Pra 2011 29 199, com. Däppen *in ius.focus* 2010 8 8, cons. 2.3.1 ; TF, 22 septembre 2015, 4A_285/2015, cons. 3.1 ; TF, 8 février 2017, 4A_467/2016, cons. 2.3.5.

²⁷⁸⁶ TF, 6 mai 2008, 4A_300/2007, ATF 134 III 399, cons. 3.2.4.2 ; TF, 31 mai 2010, 4A_159/2010, précité, cons. 2.3.1 ; TF, 8 février 2017, 4A_467/2016, cons. 2.3.5.

²⁷⁸⁷ TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, ATF 129 III 664, JT 2004 I 60, cons. 7.3 ; TF, 22 septembre 2015, 4A_285/2015, cons. 3.2.1.

tenant compte de l'intégralité des éléments de rémunération, lesquels comprennent notamment le treizième salaire éventuellement convenu par les parties²⁷⁸⁸ ;

- lorsque le salarié est payé **exclusivement à la commission ou aux pièces**, le principe est de calculer la partie de son salaire afférent aux vacances selon la méthode de calcul forfaitaire, soit en fonction de la moyenne des revenus réalisés durant les derniers mois de travail ou au cours d'une autre période appropriée²⁷⁸⁹. Toutefois, lorsque l'application de la méthode de calcul forfaitaire conduirait à un résultat qui ne correspondrait pas à la réalité économique des circonstances concrètes, et qui équivaldrait en réalité à un accroissement du revenu du travailleur, par exemple si la perte de salaire due à l'absence du travailleur pendant les vacances peut être compensée par la possibilité pour le travailleur de grouper ses commandes ou les contrats qu'il conclut avant ou après ses vacances²⁷⁹⁰, ou si le contrat prévoit une commission calculée sur toutes les affaires de l'année et que l'employeur verse chaque mois des acomptes, sous réserve d'un décompte final à la fin de l'exercice²⁷⁹¹, il n'y a pas lieu de verser une rémunération spécifique afférente aux vacances ;

- lorsque les **suppléments** à la rémunération de base versés en compensation du travail effectué la nuit, en fin de semaine et les jours fériés présentent un caractère régulier et durable, ils doivent être pris en compte dans le calcul du salaire afférent aux vacances²⁷⁹².

Les parties peuvent toujours se mettre d'accord, expressément ou tacitement, sur le paiement d'une rémunération spécifique aux vacances. Par exemple, lorsqu'une travailleuse a encaissé pendant neuf ans une indemnité équivalant à un mois de salaire lorsqu'elle prenait ses vacances, il y a accord tacite entraînant l'obligation pour l'employeur de verser la somme convenue, qui revêt la qualité d'élément de salaire contractuel²⁷⁹³.

1481

L'indemnisation de la rémunération en nature correspond en principe à la contre-valeur en argent de cet élément de rémunération. Il n'y a en principe pas lieu d'opérer de déductions, l'avantage en nature étant simplement transformé en argent.

1482

b. Paiement de la rémunération relative au droit aux vacances

Tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages (art. 329d, al. 2 CO). Cette disposition est absolument impérative (art. 361, al. 1 CO)²⁷⁹⁴.

1483

²⁷⁸⁸ TF, 13 décembre 2016, 4A_161/2016, cons. 2.

²⁷⁸⁹ TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, ATF 129 III 664, JT 2004 I 60, cons. 7.3 ; TF, 22 septembre 2015, 4A_285/2015, cons. 3.2.2.

²⁷⁹⁰ *Ibidem*.

²⁷⁹¹ TF, 8 avril 2009, 4A_66/2009, cons. 4.2 ; TF, 22 septembre 2015, 4A_285/2015, cons. 3.2.2.

²⁷⁹² TF, 5 décembre 2005, 4C.313/2005, ATF 132 III 172, JT 2006 I 572, SJ 2006 I 252, Pra 2006 147 1013, cons. 3.

²⁷⁹³ TF, 27 mars 2015, 4A_434/2014, cons. 5.

En règle générale, le salaire relatif aux vacances doit être versé au moment où celles-ci sont prises : la jurisprudence n'admet pas que l'indemnité de vacances soit forfaitairement incluse dans le salaire total²⁷⁹⁵. En effet, le paiement des vacances doit être lié à l'exercice effectif, par le travailleur, du droit aux vacances²⁷⁹⁶.

1484 Pour certaines formes de travail irrégulier, il est envisageable que la rémunération des vacances soit versée indépendamment de la prise effective des vacances. Le Tribunal fédéral distingue alors selon que le contrat de travail est écrit ou oral :

- lorsque le contrat de travail est conclu **par écrit**, il doit toujours mentionner clairement et expressément quelle part du salaire global est destinée à l'indemnisation des vacances, tout comme les décomptes de salaire périodiques²⁷⁹⁷. La simple indication selon laquelle l'indemnité afférente aux vacances est comprise dans le salaire total ne suffit pas : la part représentant cette indemnité doit être fixée en pourcentage ou en chiffres²⁷⁹⁸. Cette mention doit figurer aussi bien dans le contrat de travail écrit que dans les décomptes de salaire²⁷⁹⁹.

- lorsque le contrat de travail est conclu **par oral**, on peut admettre que l'accord portant sur le salaire afférent aux vacances a aussi été conclu oralement²⁸⁰⁰ : la mention de la part de salaire afférente aux vacances dans les décomptes périodiques de salaire suffit à apporter la clarté nécessaire et confirme ainsi en la forme écrite l'accord passé verbalement²⁸⁰¹.

1485 Si les conditions posées par la jurisprudence ne sont pas réunies, l'employeur doit payer le salaire afférent aux vacances²⁸⁰², peu important que l'employé ait effectivement pris ses vacances en nature²⁸⁰³. Ainsi, lorsqu'aucun des bulletins de salaire mensuels ne comporte la mention écrite, en chiffres ou en pourcentage, de la rémunération effective afférente aux vacances, le paiement de ces dernières reste dû

²⁷⁹⁴ TF, 14 janvier 2016, 4A_435/2015, cons. 3.2.

²⁷⁹⁵ TF, 14 janvier 2016, 4A_435/2015, cons. 3.2 ; TF, 23 juin 2016, 4A_205/2016, cons. 2.6.

²⁷⁹⁶ Cf. TF, 17 novembre 1981, ATF 107 II 430, JT 1982 I 94, SJ 1982 241, cons. 3a.

²⁷⁹⁷ TF, 25 juin 2003, 4C.72/2003, ATF 129 III 493, cons. 3.2 et 3.3 ; TF, 14 janvier 2016, 4A_435/2015, cons. 3.2 ; TF, 23 juin 2016, 4A_205/2016, cons. 2.6.

²⁷⁹⁸ TF, 26 juillet 1990, ATF 116 II 515, cons. 4b ; TF, 14 janvier 2016, 4A_435/2015, cons. 3.2 ; TF, 23 juin 2016, 4A_205/2016, cons. 2.6.

²⁷⁹⁹ TF, 25 juin 2003, 4C.72/2003, ATF 129 III 493, cons. 3.3 ; TF, 12 novembre 2004, 4C.328/2004, cons. 3.1 ; TF, 28 juin 2006, 4C.64/2006, cons. 4.1.1 ; TF, 30 novembre 2010, 4A_463/2010, cons. 3.1 ; TF, 11 mai 2015, 4A_72/2015, cons. 3.2 et 3.3 ; TF, 14 janvier 2016, 4A_435/2015, cons. 3.2 ; TF, 23 juin 2016, 4A_205/2016, cons. 2.6.

²⁸⁰⁰ TF, 26 juillet 1990, ATF 116 II 515 cons. 4b ; TF, 25 juin 2003, 4C.72/2003, ATF 129 III 493, cons. 3.3 ; TF, 14 janvier 2016, 4A_435/2015, cons. 3.2.

²⁸⁰¹ TF, 25 juin 2003, 4C.72/2003, ATF 129 III 493, cons. 3.3 ; TF, 14 janvier 2016, 4A_435/2015, cons. 3.2 ; TF, 23 juin 2016, 4A_205/2016, cons. 2.6.

²⁸⁰² TF, 14 janvier 2016, 4A_435/2015, cons. 3.2.

²⁸⁰³ TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, ATF 129 III 664, JT 2004 I 60, cons. 7.2 ; TF, 26 juillet 1990, ATF 116 II 515, cons. 4b ; TF, 16 juillet 1992, ATF 118 II 136 cons. 3b ; TF, 14 janvier 2016, 4A_435/2015, cons. 3.2 ; TF, 23 juin 2016, 4A_205/2016, cons. 2.6.

par l'employeur²⁸⁰⁴. D'ailleurs, même si le travailleur devait avoir effectivement pris ses vacances durant ses années de service, le seul fait qu'il réclame, au terme du rapport d'emploi, le salaire afférent aux vacances en raison du non-respect des conditions formelles pour une indemnisation n'est pas constitutif d'un abus de droit²⁸⁰⁵. Il ne saurait en tout cas y avoir abus de droit de la part du travailleur lorsqu'il a attiré l'attention de l'employeur sur l'irrégularité formelle de ses bulletins de salaire²⁸⁰⁶.

Un régime particulier s'applique au solde de vacances à prendre durant le délai de congé²⁸⁰⁷.

c. Suppression en cas de travail pour un tiers

Si, pendant les vacances, le travailleur exécute un travail rémunéré pour un tiers au mépris des intérêts légitimes de l'employeur, celui-ci peut lui refuser le salaire afférent aux vacances ou en exiger le remboursement s'il l'a déjà versé (art. 329d, al. 3 CO).

1486

Selon la jurisprudence, dès lors que le but des vacances est de permettre au travailleur de prendre du repos pour recouvrer sa pleine capacité de travail après les fatigues éprouvées pendant le travail, celui qui met à profit le temps des vacances pour réaliser un gain supplémentaire au détriment du repos et de la détente qu'exige le but des vacances lèse nécessairement les intérêts légitimes de l'employeur²⁸⁰⁸.

d. Prescription du paiement du droit aux vacances

Les vacances se prescrivent selon le même régime que les autres prestations périodiques de l'employeur²⁸⁰⁹.

1487

Deux précisions doivent toutefois être apportées :

- le *dies a quo* du délai de prescription est le moment où le travailleur pouvait prétendre à la prise des vacances, soit le jour de la fin de la période de référence, duquel doit être retranchée la période correspondant aux vacances. Par exemple, les vacances de l'année N se prescrivent cinq semaines avant la fin de ladite année N ;

- logiquement, ce sont les vacances les plus anciennes qui doivent être réputées prises lorsque le travailleur prend des vacances. Il en résulte qu'il faudrait que le travailleur ne prenne pas de vacances pendant cinq années entières pour que son droit relatif à l'année en question se périmé entièrement. En effet, les vacances de l'année N ne se prescrivent qu'en N + 5. Or, cette situation ne se rencontre presque jamais en pratique. Le travailleur aura généralement pris des vacances durant cette période et le droit aux vacances chronologiquement le plus ancien aura en principe été épuisé.

²⁸⁰⁴ TF, 14 janvier 2016, 4A_435/2015, cons. 3.3.

²⁸⁰⁵ TF, 14 janvier 2016, 4A_435/2015, cons. 3.4.2.

²⁸⁰⁶ TF, 11 mai 2015, 4A_72/2015, cons. 3.6.

²⁸⁰⁷ Cf. *supra* sur le déroulement du délai de congé.

²⁸⁰⁸ TF, 5 juillet 2000, 4C.68/1999, cons. 4b.

²⁸⁰⁹ Cf. *infra* 5^e partie.

5) Preuve

- 1488 La preuve du nombre de jours de vacances dû incombe au travailleur. En revanche, c'est à l'employeur qu'il appartient d'établir si et dans quelle mesure le travailleur a pris des vacances pendant la période où il était employé²⁸¹⁰.

C. Les autres congés

1) Congés usuels

- 1489 Un certain nombre de congés usuels sont prévus par l'article 329 du code des obligations²⁸¹¹.

Le point de savoir s'ils sont rémunérés ou non dépend de l'accord individuel entre les parties, à moins que le droit collectif ne règle la question. Si la prise de congé répond à l'accomplissement d'une obligation légale, il est rémunéré selon le régime de l'article 324a du code des obligations²⁸¹².

2) Congé-maternité

- 1490 En cas de maternité, la travailleuse a droit, après l'accouchement, à un congé d'au moins quatorze semaines (art. 329f CO).

Le congé-maternité fait l'objet d'une indemnisation par le droit des assurances sociales (cf. art. 16b et s. LAPG).

Le droit à l'allocation prend effet le jour de l'accouchement (art. 16c, al. 1 LAPG). En cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né, la mère peut demander à ce que le versement de l'allocation soit ajourné jusqu'au moment où l'enfant retourne à la maison (art. 16c, al. 2 LAPG). Lorsqu'un tel report est demandé par la mère et que, durant cette période et jusqu'à la sortie de son enfant de l'hôpital, elle est elle-même en incapacité de travail pour raison de santé, elle a droit au salaire de remplacement comme en cas de maladie²⁸¹³.

3) Allaitement

- 1491 Depuis une modification entrée en vigueur le 1^{er} juin 2014, rendue nécessaire par les engagements internationaux de la Suisse en vertu de la convention n° 183 de l'OIT²⁸¹⁴, la rémunération du temps d'allaitement est régie de la manière suivante : les mères qui

²⁸¹⁰ TF, 21 novembre 2014, 4A_398/2014, cons. 4 ; TF, 20 juin 2016, 4A_590/2015, cons. 3.

²⁸¹¹ Cf. *supra*.

²⁸¹² Cf. *supra*.

²⁸¹³ TF, 11 août 2016, 8C_90/2016, ATF 142 II 425, com. Perrenoud in *Droitdu travail*.ch octobre 2016.

²⁸¹⁴ À ce sujet, cf. Karine Lempen, « Les Conventions de l'OIT sur la maternité (n° 183) et le travail domestique (n° 184) », in Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (édit.), *Regards croisés sur le droit du travail*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2015, pp. 201 et s.

allaitent peuvent disposer du temps nécessaire pour allaiter ou tirer leur lait. Au cours de la première année de la vie de l'enfant, le temps pris pour allaiter ou tirer le lait est comptabilisé comme temps de travail rémunéré dans les limites suivantes :

- pour une journée de travail d'une durée n'excédant pas 4 heures : 30 minutes au minimum ;
- pour une journée de travail de plus de 4 heures : 60 minutes au minimum ;
- pour une journée de travail de plus de 7 heures : 90 minutes au minimum (art. 60, al. 2 OLT 1).

Les femmes enceintes et les mères qui allaitent qui ne peuvent être occupées à certains travaux ont droit à 80 % de leur salaire, y compris une indemnité équitable pour la perte du salaire en nature, lorsqu'aucun travail équivalent ne peut leur être proposé (art. 35, al. 3 LTr).

§ 4 : La protection de la rémunération

La rémunération est protégée par son caractère partiellement inconditionnel (A), partiellement incessible (B), partiellement insaisissable (C) et partiellement privilégié (D).

1492

A. Caractère partiellement inconditionnel

Le caractère inconditionnel de la rémunération est garanti par le principe de **libre disposition de la rémunération** (1).

1493

Malgré cela, l'employeur peut être autorisé, à certaines conditions, à procéder à des **retenues** sur la rémunération (2) et à une **compensation** (3).

1) La libre disposition de la rémunération

Une règle assez ancienne de droit du travail visait à protéger les ouvriers contre les patrons qui ne leur versaient pas un salaire en monnaie sonnante et trébuchante mais leur procuraient, en échange de leur travail, des produits de l'usine. Par cette forme de **dation en paiement**²⁸¹⁵, le salarié ne pouvait décider d'acheter les biens dont il avait réellement besoin ou envie ; de plus, il supportait un risque de vente, le prix des biens pouvant descendre en-dessous de la valeur réelle du travail fourni en échange²⁸¹⁶. C'est la loi du 18 juin 1914 sur le travail dans les fabriques²⁸¹⁷ qui a interdit au patron de

1494

²⁸¹⁵ Jean Pélissier/Gilles Auzero/Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 27^e éd., 2013, p. 938.

²⁸¹⁶ Cf. Staehelin, N 17 *ad* art. 323b CO ; com. Sommer sous TF, 1^{er} octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004, DTA 2006 100. On trouve des exemples récents de cette technique : Arbeitsgericht/ZH, 16 février 1990, JAR 1991 156 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 7 *ad* art. 323b CO.

²⁸¹⁷ Prenant exemple sur le droit anglais (Mark Freedland/Nicola Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, 2011, p. 202).

réclamer pour la livraison de biens aux ouvriers un montant supérieur à celui de la fabrication propre²⁸¹⁸. On nomma cette règle *Truckverbot* (l'« interdiction du troc »)²⁸¹⁹. Elle fut reprise dans le code des obligations et la protection du salarié fut alors élargie puisque sont aujourd'hui frappés de nullité tous les accords prévoyant que le travailleur ***doit utiliser une partie de son salaire dans l'intérêt de l'employeur*** (art. 323b, al. 3 CO)²⁸²⁰.

1495 Selon le Tribunal fédéral, la libre disposition de la rémunération fait partie, avec les règles sur les retenues de salaire et celles sur l'interdiction de céder ou de mettre en gage le salaire futur, des dispositions ayant vocation à protéger la capacité du salarié à se procurer, par son activité, un ***revenu effectif et correspondant à la valeur de sa propre prestation***²⁸²¹.

a. Régime

1496 Certes, le principe de libre disposition de la rémunération n'empêche pas l'employeur de verser une rémunération en nature²⁸²². Cependant, dès lors qu'une rémunération en espèces a été convenue, l'employeur ne peut obliger le salarié à acheter les biens ou services de l'entreprise ou, par exemple, le contraindre à consommer dans la cantine de l'entreprise²⁸²³. L'employeur ne peut pas non plus verser, même partiellement, la rémunération sous forme de bons d'achat.

1497 En revanche, l'employeur peut octroyer des réductions de prix sur les biens ou les services de l'entreprise dès lors que ce procédé ne présente qu'un caractère ***incitatif*** et non obligatoire²⁸²⁴. Par ailleurs, le principe de libre disposition de la rémunération n'empêche pas l'employeur d'octroyer un ***prêt*** au salarié, que ce dernier rembourserait par des retenues de salaire, dans l'hypothèse où ce prêt est octroyé dans l'intérêt du salarié et que la compensation respecte les règles applicables en la matière²⁸²⁵.

²⁸¹⁸ Ancien article 28, alinéa 2, abrogé par la loi fédérale du 25 juin 1971.

²⁸¹⁹ Emanuela Epiney-Colombo, *Il Contratto di lavoro : vecchie glorie e astri nascenti*, Bellizzone, Commissione Ticinese per la formazione permanente dei giuristi, 2005, p. 11.

²⁸²⁰ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 336 ; TF, 2 octobre 2003, 4C.74/2003, ATF 130 III 19, cons. 4.2 ; TF, 25 février 2010, 4A_608/2009, DTA 2010 94, cons. 3.1 ; cf. com. Sommer sous TF, 1^{er} octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004, DTA 2006 101 ; Staehelin, N 17 *ad* art. 323b CO ; cf. également : Franziska Bächler, *Vergütungen von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern in Banken*, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2012, p. 156.

²⁸²¹ TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, SJ 2006 I 45, JAR 2006. 329, Pra 2006 655, com. Koller *in* RJB 2006 430, cons. 6.3. Ce fondement légal fut notamment retenu pour juger que l'employeur qui impose une tenue spécifique à ses salariés doit la leur rembourser et ne peut en compenser le prix sur la rémunération, même en réduisant le prix ou en augmentant la rémunération (Arbeitsgericht/ZH, 11 février 1988, JAR 1990 180 ; com. Sommer sous TF, 1^{er} octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004, DTA 2006 101).

²⁸²² TF, 2 octobre 2003, 4C.74/2003, ATF 130 III 19, cons. 4.2.

²⁸²³ TF, 2 octobre 2003, 4C.74/2003, ATF 130 III 19, cons. 4.2 ; cf. également : Rehbindler/Stöckli, N 19 *ad* art. 323b CO ; Staehelin, N 23 *ad* art. 323b CO ; Wyler/Heinzer, pp. 286-288 ; Marie-Gisèle Danthe, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 21 *ad* art. 323b CO.

²⁸²⁴ Cf. Tercier/Bieri/Carron, N 2893, p. 389.

²⁸²⁵ Staehelin, N 20 *ad* art. 323b CO ; com. Sommer sous TF, 1^{er} octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004, DTA 2006 102.

L'employeur n'est pas seul **destinataire de l'interdiction** ; cette dernière incombe également aux entreprises « proches » de l'employeur²⁸²⁶ : sociétés-mères et filiales. Eu égard à la sanction dont il est assorti – la nullité (art. 20 CO) –, le principe de libre disposition de la rémunération est de droit **impératif**²⁸²⁷. Par ailleurs, il est applicable à tous les salariés sans distinction : il s'applique donc aussi aux **cadres**²⁸²⁸.

1498

Concrètement, l'employeur ne peut soumettre le paiement du salaire pour des prestations déjà effectuées par le salarié à une **condition suspensive**, et notamment à la condition de sa présence effective dans l'entreprise à une date déterminée²⁸²⁹. Une telle condition serait illicite et, partant, nulle (art. 20, al. 2 CO).

b. Domaine

Le caractère inconditionnel de la rémunération s'étend à tout type de rémunération contractuelle, fixe ou variable, à l'exception des gratifications, qu'elles soient bénévoles ou contractuelles²⁸³⁰.

1499

Un certain débat concernant le domaine du *Truckverbot* s'est toutefois élevé au sujet des **plans d'intéressement**, en tant qu'ils représentent une forme de **rémunération en nature** (1°).

En outre, des régimes particuliers intéressent les **indemnités conventionnelles de licenciement** (2°), les **acomptes et avances** (3°) et certaines **prestations spéciales de l'employeur** (4°).

1° Plans d'intéressement et rémunération en nature

En matière de plans d'intéressement, le Tribunal fédéral exige que le salarié qui n'aurait pas la libre disposition d'une partie de sa rémunération contractuelle²⁸³¹

1500

²⁸²⁶ Staehelin, N 18 *ad* art. 323b CO ; com. Sommer sous TF, 1^{er} octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004, DTA 2006 101.

²⁸²⁷ Tercier/Bieri/Carron, N 2892, p. 389 ; Marie-Gisèle Danthe, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 20 *ad* art. 323b CO.

²⁸²⁸ Rehbindner/Stöckli, N 18 *ad* art. 323b CO. Cf. Peter Reinert, « Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht », PJA 2009 5.

²⁸²⁹ TF, 28 février 2006, 4C.426/2005, DTA 2006 188, cons. 5.2 ; TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, ATF 136 III 313, JT 2011 II 206, PJA 2010 1609, com. Hirsiger *in* PJA 2010 1336, com. Koller/Sennhauser *in* RJB 2012 408, cons. 2. Pour une critique de cette jurisprudence, cf. Peter Reinert, « Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht », PJA 2009 6. La même logique prévaut dans le principe selon lequel l'employeur reste tenu de rémunérer son salarié malgré le fait que ce dernier ait accompli du travail rémunéré pour un tiers au mépris de son devoir de fidélité (TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, JAR 2013 293, cons. 9.1).

²⁸³⁰ TF, 11 octobre 1994, 4C.47/1994, JAR 1995 102 ; TF, 22 janvier 2002, 4C.263/2001, cons. 4b ; TF, 1^{er} avril 2005, 4C.467/2004, cons. 3 ; TF, 28 février 2006, 4C.426/2005, DTA 2006 188, cons. 5.1 ; TF, 1^{er} mars 2006, JAR 2007 206, DTA 2006 266, cons. 5.3. ; TF, 13 juillet 2007, 4A_115/2007, DTA 2007 249, cons. 4.3.1 ; TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, DTA 2009 120, com. Aubert, cons. 4.1 ; TF, 26 mars 2009, 4A_28/2009, cons. 2.4 ; TF, 1^{er} décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.2 ; TF, 15 mai 2012, 4A_26/2012, JAR 2013 242, cons. 5.2.1 ; Obergericht/ZH, 21 juillet 1982, JAR 1983 96 ; CAPH/GE, 10 janvier 1986, JAR 1987 165, cons. 5 ; CJ/GE, 30 mai 2012, CAPH/117/2012, cons. 3.1 ; cf. également : Gabriel Aubert, *in* CR-CO I, N 8 *ad* art. 322d CO ; Philippe Carruzzo, *La Rémunération du travailleur et le remboursement des frais*, Genève, Fédération des entreprises romandes, 2007, p. 73.

²⁸³¹ Pour le régime de la gratification, cf. *supra*.

perçoive des **intérêts**²⁸³² sur ses avoirs retenus et puisse les **retirer à tout moment** pour en jouir librement²⁸³³. Ainsi, une rémunération en espèces due au salarié et placée par l'employeur dans un **plan d'options** prévoyant que le salarié ne pourrait exercer un droit d'option pour acheter des actions nominatives d'une holding moyennant paiement d'un prix forfaitaire après une période de blocage de trois ans est illicite : le salarié a le droit de réclamer le versement en espèces du montant prélevé à l'origine sur sa rémunération²⁸³⁴. Le fait que le salarié n'ait émis aucune objection contre le plan d'options et ait même exercé les options conformément au plan d'options avant de demander le versement en espèces de sa rémunération n'est pas constitutif d'un abus de droit de sa part²⁸³⁵. En conséquence, l'employeur doit être condamné à verser au salarié la différence entre la rémunération nette que ce dernier aurait dû percevoir et le cours de l'action au moment de la réclamation²⁸³⁶.

1501

Controverse sur l'application du principe de libre disposition du salaire à la rémunération en nature. En soi, le *Truckverbot* ne saurait faire échec à l'instauration d'une rémunération en nature. Aussi certains auteurs ont-ils estimé que seule la rémunération en espèces entrerait dans le champ d'application du *Truckverbot*²⁸³⁷. Selon eux, à certaines conditions, la rémunération en nature ne serait pas protégée par le *Truckverbot*. Ces conditions seraient les suivantes : la rémunération en nature devrait être prévue par le contrat et décidée tant dans l'intérêt de l'employeur que dans celui du salarié, ce qui serait le cas lorsqu'il représente une « *rémunération supplémentaire (Zusatzleistung) qui constitue une gratification* »²⁸³⁸. Le salarié y aurait intérêt puisqu'il obtiendrait un gain supplémentaire, avec éventuellement une réduction de sa charge fiscale et la possibilité de devenir actionnaire de l'entreprise qui l'emploie²⁸³⁹. Il est précisé que la remise d'actions ou d'options aux conditions d'un plan d'intéressement est une rémunération en nature dès lors que l'accord des parties porte directement sur le nombre des titres concernés²⁸⁴⁰.

²⁸³² TF, 25 octobre 2004, 4C.212/2004, cons. 3.2.

²⁸³³ Cf. Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 337 ; TF, 1^{er} octobre 2004, 4C.237/2004 ; TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, SJ 2006 I 45, JAR 2006 329, Pra 2006 655, com. Koller in RJB 2006 430, cons. 6.3.

²⁸³⁴ TF, 1^{er} octobre 2004, 4C.237/2004 & 4C.239/2004 (voir également 4P.149/2004, 4P.151/2004), DTA 2005 23, DTA 2006 100, com. Sommer in JAR 2005 275, cons. 4 ; cf. également : Philippe Carruzzo, *La Rémunération du travailleur et le remboursement des frais*, Genève, Fédération des entreprises romandes, 2007, pp. 80-81. Le Tribunal fédéral avait distingué entre la condition, qui affecte le principe même de l'obligation, et le droit d'option qui ne rend que la date de l'obligation incertaine (TF, 5 décembre 1995, ATF 122 III 10, JT 1998 I 111).

²⁸³⁵ TF, 1^{er} octobre 2004, 4C.237/2004 & 4C.239/2004 précité, cons. 4.

²⁸³⁶ Matthias Staehelin, « Gesperrte Optionen — als Lohn unzulässig ? », RSJ 2005 182 ; com. Sommer sous TF, 1^{er} octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004, DTA 2006 100.

²⁸³⁷ Rehbindler/Stöckli, N 21 ad art. 323b CO ; Staehelin, N 24 ad art. 322d CO ; Matthias Staehelin, « Gesperrte Optionen — als Lohn unzulässig ? », RSJ 2005 186.

²⁸³⁸ Matthias Staehelin, « Gesperrte Optionen — als Lohn unzulässig ? », RSJ 2005 181.

²⁸³⁹ Matthias Staehelin, « Gesperrte Optionen — als Lohn unzulässig ? », RSJ 2005 186 ; allant dans le même sens : Vischer/Müller, pp. 134 et s. ; voir également, avec des nuances : Angela Hensch, « Die Sicherung des Lohnes », PJA 2014 754-756. De plus, l'octroi d'actions n'affecte généralement pas le niveau de liquidités de l'employeur.

²⁸⁴⁰ Matthias Staehelin, « Gesperrte Optionen — als Lohn unzulässig ? », RSJ 2005 185.

À l'inverse, d'autres auteurs estiment qu'une telle clause est nulle, que le plan d'intéressement représente une partie du salaire ou une gratification²⁸⁴¹. Pour eux, et ils citent une décision à l'appui de leur position²⁸⁴², sont également nulles les clauses de plans d'intéressement qui obligent le travailleur, à la fin des rapports de travail, à exercer les options ou à vendre les actions dans un bref délai sous peine de déchéance²⁸⁴³. En bref, la solution ainsi proposée n'est pas partagée par ceux qui estiment que le *Truckverbot* est applicable **à toute rémunération quelle que soit sa forme**. L'idée serait donc plutôt que l'employeur et le salarié se mettent d'accord avant tout sur un **montant** de rémunération qu'ils choisissent ensuite d'allouer en différentes sortes de rémunérations²⁸⁴⁴. En toute hypothèse, le salarié doit savoir quel est le montant dont il peut disposer avec certitude, afin d'organiser sa vie financière et économique²⁸⁴⁵. Plus fondamentalement, il risque d'y avoir méprise sur le sens de la délimitation du champ d'application du *Truckverbot* : ce dernier, s'il n'empêche pas qu'une rémunération en nature soit convenue, **empêche la transformation d'une rémunération en espèces en une rémunération en nature**²⁸⁴⁶, mais ne signifie pas pour autant que la rémunération en nature puisse être utilisée dans l'intérêt de l'employeur par le seul effet de son caractère.

Selon nous, il est plus conforme à la sécurité juridique de décider que seule la gratification puisse être exclue du champ d'application du *Truckverbot*. D'ailleurs, l'employeur peut toujours promettre le transfert d'actions dans le cadre d'une gratification contractuelle, ce qui aura cet avantage supplémentaire pour lui qu'il gagnera en flexibilité. De plus, l'employeur peut mettre en place un plan **d'investissement**, soustrait aux règles impératives du droit du travail²⁸⁴⁷.

2° **Indemnités conventionnelles de licenciement**

Jurisprudence en droit public. Les juges ont validé une clause de remboursement d'une indemnité en cas de réembauche dans le cadre d'un **contrat de droit public**. Il s'agissait d'une « convention de sortie » par laquelle les Chemins de Fer Fédéraux (CFF) et l'employé avaient décidé d'un commun accord de mettre un terme aux rapports de travail « au vu de la situation professionnelle insatisfaisante pour les deux

1502

²⁸⁴¹ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, p. 96.

²⁸⁴² TPH/GE, 27 août 2002, JAR 2003 150, cons. 4.

²⁸⁴³ Cette décision estimait qu'il était contraire à la bonne foi de maintenir les obligations imposées au débiteur lorsque les circonstances se sont modifiées au point qu'en échange de sa prestation cette partie ne recevrait plus aucune contre-prestation ou une prestation dérisoire, ce raisonnement devant être appliqué *a fortiori* lorsque les circonstances peuvent être influencées par l'une des parties, ce qui est le cas lorsqu'une clause du contrat habilite l'employeur à mettre en vigueur les options et à limiter unilatéralement leur durée d'exercice. Ce jugement applique également les alinéas 2 et 3 de l'article 152 du code des obligations : « Par la décision unilatérale qu'il a prise et qui avait pour conséquence de limiter drastiquement le droit d'exercice des options [l'employeur] a modifié l'équilibre contractuel dans une mesure qui ne saurait être admise. »

²⁸⁴⁴ Dominique Portmann, *Mitarbeiterbeteiligung. Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen im schweizerischen Arbeitsrecht*, Berne, Stämpfli, 2005, pp. 147-151.

²⁸⁴⁵ Peter Reinert, « Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht », PJA 2009 5.

²⁸⁴⁶ Geiser/Müller, N 376, p. 147 ; Marie-Gisèle Danthe, in Commentaire Dunand/Mahon, N 21 *ad art.* 323b CO.

²⁸⁴⁷ Cf. *supra* n° 1352 et s.

parties ». Cette convention prévoyait une indemnité de départ correspondant à neuf mois de salaire. Un article de la convention stipulait qu'« en cas de réintégration au sein des CFF dans un délai de vingt-quatre mois, l'indemnité perçue doit être remboursée. La somme remboursée est réduite de 1/24^e de la somme totale par mois écoulé après la fin des rapports de service »²⁸⁴⁸. La loi applicable était la loi sur le personnel de la Confédération, par renvoi de la loi fédérale du 20 mars 1998 sur les Chemins de fer fédéraux et de la convention collective des CFF. La validité de la convention n'était pas remise en cause du fait que selon l'article 10, alinéa 1 de la loi sur le personnel de la Confédération, les deux parties peuvent, d'un commun accord, mettre fin en tout temps aux rapports de travail. La finalité de l'indemnité étant de permettre à l'employé de faire face à une période de chômage plus ou moins longue avant de retrouver un emploi convenable sans subir une perte financière trop lourde, il était légitime que l'employeur cherchât à récupérer une partie de cette indemnité si la perte financière du travailleur s'avérait finalement moins lourde du fait de son retour dans l'entreprise. Par conséquent, l'article de la convention de sortie n'était pas de nature à nier l'équilibre de la transaction à laquelle sont parvenues les parties²⁸⁴⁹.

1503 **Éléments de réflexion en droit privé.** Cette jurisprudence est-elle applicable également en droit privé du travail alors que le Tribunal fédéral a bien précisé que la convention de résiliation conclue entre les parties était en l'espèce un contrat administratif²⁸⁵⁰ ? En droit privé, un accord de résiliation est bien entendu possible en vertu du principe de liberté contractuelle. La validité d'un tel accord est examinée selon les critères de l'article 341, alinéa 1^{er} du code des obligations²⁸⁵¹ : les dispositions légales et conventionnelles impératives doivent être respectées²⁸⁵². La transaction ne doit pas apporter d'avantages au seul employeur, mais les deux parties doivent renoncer à certains droits²⁸⁵³.

1504 **Solution.** On peut donc admettre l'application de cette jurisprudence en droit privé dans le cadre d'une transaction. Il nous paraît toutefois nécessaire de s'interroger sur la **proportion** à respecter entre montant de l'indemnité et durée de la période de remboursement potentiel : dans la décision examinée ci-dessus, il s'agissait d'une indemnité de neuf mois de salaire, remboursable sur une durée de vingt-quatre mois. Le salarié n'est donc pas censé avoir tout dépensé au bout de neuf mois. Certes, il perçoit logiquement des indemnités de chômage en parallèle. Encore faudrait-il que l'assurance-chômage ne diminue pas l'indemnité allouée en raison de l'indemnité versée par l'employeur. Aussi ne devrait-on admettre cette sorte de clause que dans

²⁸⁴⁸ TAF, 25 février 2010, A-6884/2009.

²⁸⁴⁹ TAF, 25 février 2010, A-6884/2009, cons. 5.3 (arrêt confirmé par TF, 20 mai 2010, 8C_283/2010 : le litige ne portait plus que sur le sens du terme « réintégration »).

²⁸⁵⁰ TF, 20 mai 2010, 8C_283/2010, cons. 2.

²⁸⁵¹ Cf. *supra* sur la résiliation d'un commun accord.

²⁸⁵² Mais l'article 336c du code des obligations ne s'applique pas à l'accord commun de rupture du contrat de travail dès lors que cet accord comporte des concessions réciproques et qu'il s'agit nettement d'un cas de transaction (*Aufhebungsvertrag*) : TF, 18 juin 1984, ATF 110 II 168, cons. 3b ; TF, 3 mars 1992, ATF 118 II 58, JT 1993 I 154, cons. 2b.

²⁸⁵³ TF, 30 mai 2007, 2A.650/2006, cons. 2.2.1.

l'hypothèse où la proportion entre le montant octroyé et le montant à rembourser représente un véritable avantage pour le salarié, soit lorsque l'indemnité couvre une durée au moins aussi longue que la durée du remboursement potentiel.

3° *Acomptes et avances*

Une clause de remboursement est envisageable dans le cas particulier des acomptes sur provision²⁸⁵⁴ et des acomptes sur participation²⁸⁵⁵, ainsi que pour les avances de rémunération. Le Tribunal fédéral rejette le fondement de l'enrichissement illégitime en considérant que l'employeur peut se fonder sur le contrat lui-même pour réclamer le remboursement²⁸⁵⁶. Cependant, en raison du principe de protection de la confiance, le travailleur n'a pas à restituer les acomptes qu'il reçoit de l'employeur qui les verse sans y être tenu contractuellement et sans formuler de réserve alors qu'il a connaissance de résultats démontrant que la participation ne sera pas due²⁸⁵⁷.

1505

Le salarié qui a accepté une avance sur salaire correspondant à deux ans de travail ne peut invoquer la nullité de cet accord sur le fondement de l'article 27, alinéa 2 du code civil lorsque cet engagement ne l'a pas empêché de rapidement résilier son contrat de travail et que le droit qu'il prétend avoir de refuser d'exécuter le contrat conduirait de toute manière à la restitution du montant perçu par lui²⁸⁵⁸.

4° *Prestations spéciales de l'employeur*

En matière de prestations spéciales de l'employeur, un remboursement en cas de départ du salarié n'est possible que pour des prestations particulières (« *Sonderleistungen* ») ayant procuré un avantage au salarié, comme les frais de formation²⁸⁵⁹, mais non les frais de déménagement²⁸⁶⁰. L'employeur peut donc exiger le remboursement des frais de formation – à condition toutefois de rapporter la preuve des montants qu'il a payés²⁸⁶¹ – lorsque la formation reçue par le salarié procure un avantage durable sur le marché du travail²⁸⁶². Le Tribunal fédéral n'est pas très

1506

²⁸⁵⁴ Wyler/Heinzer, pp. 168-169.

²⁸⁵⁵ Marie-Gisèle Danthe, in Commentaire Dunand/Mahon, N 9 ad art. 322a CO.

²⁸⁵⁶ TF, 6 mars 2000, ATF 126 III 119, JT 2000 I 630, JAR 2001 195, com. Wiegand in RJB 2002 317, cons. 3c.

²⁸⁵⁷ TF, 20 mars 2006, 4C.320/2005, cons. 5.5 ; cf. également : Marie-Gisèle Danthe, in Commentaire Dunand/Mahon, N 9 ad art. 322a CO.

²⁸⁵⁸ TF, 20 juin 2003, 4C.136/2002, cons. 4.2.

²⁸⁵⁹ Pour un exemple de remboursement accepté par les juges, cf. TF, 21 mars 2012, 4A_616/2001, DTA 2012 171, cons. 4.

²⁸⁶⁰ Rehbinden/Stöckli, N 18 ad art. 322d CO ; Vischer/Müller, p. 132.

²⁸⁶¹ TF, 1^{er} octobre 2012, 4A_310/2012, JU-TRAV 2013 43, cons. 3.

²⁸⁶² OG/BL, 13 juin 1989, JAR 1991 203 ; Arbeitsgericht/ZH, 27 février 1995, JAR 1999 327, ZR 1998 n° 75 ; Arbeitsgericht/ZH, 25 août 2004, JAR 2005 504 ; Kantonsgericht/GR, 24 février 2012, SK2 12 2, DTA 2012 online n° 513 ; André Lerch, « Arbeitsrechtliche Rückzahlungsvorbehalte für Aus- und Weiterbildungskosten », *Revue de l'avocat* 2012 21 ; Thomas Geiser, « Weiterbildung: Finanzierung aus arbeitsrechtlicher Sicht », *Plädoyer* 2013 28-35 ; Fadri Brunold, *Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeitsrecht*, Berne, Stämpfli, 2014. L'idée est que l'employeur est censé profiter de cet investissement dans la formation de son salarié : Arbeitsgericht/ZH, 25 mars 2003, JAR 2004 594.

regardant sur les modalités de remboursement²⁸⁶³. On peut tout de même soutenir qu'elles doivent être déterminées, dans le temps et relativement au montant à rembourser, à l'instar de la clause de non-concurrence²⁸⁶⁴. La réduction s'étendant proportionnellement dans le temps doit se faire de façon adéquate : les prud'hommes ont parfois remplacé une réduction par tranches annuelles par une réduction par tranches mensuelles²⁸⁶⁵.

2) La retenue sur rémunération

- 1507 L'employeur peut retenir une partie du salaire si et dans la mesure où un accord, l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective l'y autorise (art. 323a, al. 1 CO). Sauf pourcentage plus élevé prévu exclusivement par contrat-type ou convention collective, la retenue ne doit pas excéder un dixième du salaire dû le jour de la paie ni, au total, le salaire d'une semaine de travail (art. 323a, al. 2 CO)²⁸⁶⁶.

Sauf accord ou usage contraire ou disposition dérogatoire d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective, la retenue est réputée garantir les créances de l'employeur découlant des rapports de travail, sans avoir le caractère de peine conventionnelle (art. 323a, al. 3 CO).

- 1508 La retenue sur rémunération peut être utilisée en matière de versements provisoires avant régularisation définitive (travail payé à la pièce ou à la tâche, acompte sur provision ou une avance sur frais futurs, etc.), ou en garantie de créances pouvant découler d'une mauvaise exécution du contrat (cf. art. 321e CO)²⁸⁶⁷.

Selon la doctrine, une telle retenue pourrait également se justifier en garantie du dommage de l'employeur en cas d'abandon injustifié d'emploi (cf. art. 337d CO) ou de résiliation immédiate justifiée par l'employeur (cf. art. 337b CO)²⁸⁶⁸. Admettre la retenue sur rémunération dans une telle hypothèse reviendrait pourtant à donner un avantage manifeste à l'employeur sur le travailleur en matière de résiliation du rapport

²⁸⁶³ TF, 14 avril 2011, 4D_13/2011, DTA 2011 199, JAR 2012 190, cons. 2.3 : « Lorsqu'une formation n'est pas imposée par l'exécution du travail, les parties peuvent convenir, pour les jours consacrés à la formation par l'employé, de l'octroi d'un congé non payé, ou se mettre d'accord sur le maintien du salaire en contrepartie de l'accomplissement d'un travail compensatoire, ou même convenir que les heures de cours seront assimilées, en totalité ou en partie, à du temps de travail. Dans ce dernier cas de figure, l'employeur a la liberté de lier sa contribution à un engagement de remboursement dégressif du salaire payé pendant les heures de formation si le travailleur quitte l'entreprise avant l'échéance de la période convenue. »

²⁸⁶⁴ Kantonsgericht/GR, 24 février 2012, SK2 12 2, DTA 2012 online n° 513, JAR 2013 487 ; cf. Geiser/Müller, N 363, pp. 141-142.

²⁸⁶⁵ CAPH/GE, 4 mars 1997, JAR 1998 249. Pour une autre solution : Obergericht/ZH, 4 septembre 2011, LA100035, JU-TRAV 2013 18, cons. 3d.

²⁸⁶⁶ TF, 25 février 2010, 4A_608/2009, DTA 2010 94, cons. 3.1 ; pour le cas d'une peine conventionnelle : TF, 20 avril 1993, ATF 119 II 162, cons. 2.

²⁸⁶⁷ Marie-Gisèle Danthe, in Commentaire Dunand/Mahon, N 9 ad art. 323a CO ; Carruzzo, N 1 ad art. 323a CO, pp. 161-162 ; Subilia/Duc, N 4 ad art. 323a CO.

²⁸⁶⁸ Marie-Gisèle Danthe, in Commentaire Dunand/Mahon, N 9 ad art. 323a CO.

d'emploi, ce qui est contraire au principe d'égalité des parties, applicable en ce domaine.

Une disposition de droit pénal peut entrer ici en considération : si l'employeur viole l'obligation d'affecter une retenue de salaire au paiement d'impôts, de taxes, de primes ou de cotisations d'assurance ou à d'autres fins pour le compte de l'employé et porte ainsi atteinte aux intérêts pécuniaires de celui-ci, il encourt une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire (art. 159 CP).

1509

3) La compensation

L'employeur ne peut compenser le salaire avec une créance contre le travailleur que dans la mesure où le salaire est saisissable ; toutefois, les créances dérivant d'un dommage causé intentionnellement peuvent être compensées sans restriction (art. 323b, al. 2).

1510

B. Caractère partiellement incessible

Aux termes de l'article 325, alinéa 2 du code des obligations, le travailleur ne peut céder le droit qu'il possède contre l'employeur sur le paiement de sa rémunération future. Il ne peut pas non plus mettre en gage sa rémunération future. Toute cession et toute mise en gage de ce type sont nulles²⁸⁶⁹.

1511

En revanche, le travailleur peut céder ou mettre en gage son salaire futur pour garantir une obligation d'entretien découlant du droit de la famille, mais uniquement dans la mesure où ce salaire est saisissable (art. 325, al. 1 CO)²⁸⁷⁰.

Par une interprétation extensive d'un arrêt du Tribunal fédéral²⁸⁷¹, certains auteurs estiment que cette interdiction ne vise que le salaire de base et non d'autres avantages accordés bénévolement par l'employeur comme la gratification²⁸⁷². Nous estimons que le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question pour l'instant, si bien que nous excluons la cession et la mise en gage de la rémunération variable pour des prestations non encore effectuées. En revanche, nous l'admettons pour des prestations déjà effectuées, conformément à la lettre de la loi²⁸⁷³.

1512

²⁸⁶⁹ Cf. Eugen Bucher, « Keine Lohnzession mehr », *recht* 1991 112 ; Rémy Wyler, « Salaire de base et impossibilité d'y renoncer (art. 341 CO) », in Bettina Kahil-Wolff/Pierre-Yves Greber/Mirela Caçi (édit.), *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc*, Lausanne, IRAL, 2001, pp. 403-404.

²⁸⁷⁰ TF, 5 décembre 1991, ATF 117 III 52 ; TF, 25 février 2010, 4A_608/2009, DTA 2010 94, cons. 3.1.

²⁸⁷¹ TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, SJ 2006 I 45, JAR 2006 329, Pra 2006 655, com. Koller in RJB 2006 430, cons. 6.3. Pourtant, le Tribunal fédéral ne vise directement que l'article 323b, alinéa 3 du code des obligations.

²⁸⁷² Olivia Guyot/Juliette Jaccard/Hans Kern/Roxane Zappella, *Le Contrat de travail*, Genève, Fédération des Entreprises Romandes, 2^e éd., 2010, N 317.

²⁸⁷³ Cf. Aurélien Witzig, *Le Renouveau des rémunérations variables*, Genève, Slatkine, 2015, p. 356.

C. Caractère partiellement insaisissable

- 1513 La rémunération bénéficie d'un statut privilégié jusques à l'égard des créanciers du salarié, pourtant extérieurs au rapport de travail. En effet, elle est en partie protégée contre la saisie, voie d'exécution à l'encontre du salarié en tant que personne physique. Le droit de la poursuite prévoit que la part des revenus du travail qui est indispensable au salarié et à sa famille – le **minimum vital** – ne peut être saisie (art. 93, al. 1^{er} LP). Au-delà de cette protection, il arrive que l'employeur soit requis de verser une partie de la rémunération directement entre les mains de l'administration poursuivante : c'est l'hypothèse de la **saisie directe sur salaire**.
- 1514 Une question technique en rapport avec le caractère parfois variable de la rémunération se posent à l'office de l'administration qui procède à une telle saisie sur salaire²⁸⁷⁴. Comment l'administration doit-elle comptabiliser l'éventuel treizième salaire ou la gratification contractuelle dont bénéficie le salarié ? Ne doit-elle en tenir compte qu'au moment de son versement ou ce versement peut-il être anticipé par proratisation mensuelle ? Un arrêt déjà ancien du Tribunal fédéral a fait remarquer que le minimum vital du salarié devait être préservé mois après mois, nonobstant le fait que le treizième salaire constitue une créance du salarié en cours d'année, puisque c'est l'exigibilité de la créance et non sa naissance qui est reportée. Ainsi, l'office ne peut pas, pour fixer la part saisissable du salaire, incorporer au revenu mensuel une part correspondante du treizième mois ou de la gratification que le salarié s'attend à toucher²⁸⁷⁵. En revanche, la gratification, lorsqu'elle est versée, pourra être directement saisie par l'office. Le fait que la gratification soit discrétionnaire et relève de la simple générosité de l'employeur n'empêche pas l'office de s'en saisir²⁸⁷⁶.
- 1515 **Compensation.** La préservation du minimum vital affecte également la compensation que l'employeur est tenté de faire valoir avec ses propres créances à l'encontre du salarié. En effet, la compensation n'est possible qu'avec la **part saisissable** de la rémunération, sauf pour les créances dérivant d'un dommage causé intentionnellement à l'employeur (art. 323b, al. 2 CO). Cet alinéa est-il applicable à toute rémunération variable ou doit-on en réserver l'application aux rémunérations variables contractuelles ? Certains auteurs se prononcent en faveur de la seconde solution²⁸⁷⁷. Il faut leur donner raison puisqu'il ne peut exister de compensation à l'égard d'une rémunération discrétionnaire. En effet, la compensation suppose l'existence de deux dettes, et donc de deux créances (cf. art. 120 CO)²⁸⁷⁸. Or, aucune créance ne peut naître entre les mains du salarié à l'égard d'une rémunération variable discrétionnaire. Dès

²⁸⁷⁴ Cf. *Ibidem*.

²⁸⁷⁵ TF, 21 mars 1945, ATF 71 III 60, JT 1945 II 49, cons. 4. Une décision plus récente mentionne dans la partie en fait une saisie sur salaire « fixée tout d'abord à 950 fr. par mois (...) puis à 350 fr. par mois plus 13e salaire ou gratification », sans que l'on ne puisse discerner le sens exact de cette précision (TF, 27 septembre 2001, 7B.213/2001).

²⁸⁷⁶ TF, 21 mars 1945, ATF 71 III 60, JT 1945 II 49, cons. 4.

²⁸⁷⁷ Tercier/Bieri/Carron, p. 508 : à propos, en particulier, de la participation aux résultats.

²⁸⁷⁸ Cf. également : Nicolas Jeandin, in CR-CO I, N 1 *ad* art. 120 CO.

lors que, dans l'hypothèse d'une rémunération discrétionnaire, on ne se trouve pas en présence d'une dette de l'employeur, ***aucune compensation ne peut être opérée à l'égard d'une telle rémunération***. En revanche, une fois déterminé, le montant d'une gratification contractuelle pourra être opposé en compensation. Son montant ne devra toutefois pas être artificiellement gonflé en vue d'augmenter d'autant le montant de la compensation.

La protection porte sur une rémunération en espèces ou en nature²⁸⁷⁹.

D. Caractère privilégié

En cas de faillite de l'employeur, les créances du salarié qui résultent du contrat de travail ont rang privilégié lors de la collocation des créances (art. 219, al. 4, 1^e classe, a LP)²⁸⁸⁰. L'***objet du privilège*** est large : il s'étend aux « créances que le travailleur peut faire valoir en vertu du contrat de travail ou qui sont nées ou sont devenues exigibles pendant le semestre précédant l'ouverture de la faillite », ainsi qu'aux « créances résultant d'une résiliation anticipée du contrat de travail pour cause de faillite de l'employeur » (art. 219, al. 4, 1^e classe, a LP)²⁸⁸¹. En revanche, son ***étendue*** est limitée au montant annuel maximal assuré dans l'assurance-accidents obligatoire²⁸⁸².

1516

La formulation légale actuelle résulte d'une réforme législative de 2003²⁸⁸³, réforme consécutive à un arrêt du Tribunal fédéral qui avait mis en évidence l'incohérence de la réglementation en matière de gratification²⁸⁸⁴. En effet, le texte légal originel ne permettait d'inclure dans le champ du privilège que les créances ***nées*** durant le semestre précédant la faillite. Les créances nées antérieurement, mais pourtant non payées et donc encore ***exigibles*** n'étaient pas prises en compte²⁸⁸⁵. Dès lors, pour une faillite intervenant en décembre, le salarié voyait privilégiée, pour son treizième salaire, uniquement la part correspondant aux mois de juillet à décembre et non celle des mois de janvier à juin. La distinction entre naissance et exigibilité de la créance aboutissait ainsi à cette situation paradoxale que le salarié était mieux protégé si la faillite de son employeur intervenait durant le premier semestre de l'année que durant

²⁸⁷⁹ Cf. TF, 10 octobre 1922, ATF 48 III 152.

²⁸⁸⁰ Sur la question des effets de la faillite sur les contrats de travail en cours, cf. Gabriel Aubert, « L'employeur insolvable », *Journée 1992 de droit du travail et de la sécurité sociale*, Zurich, Schulthess, 1994, pp. 116 et s.

²⁸⁸¹ Cf. Nicolas Jeandin, « L'insolvabilité en relation avec les contrats de bail et de travail », RDS 2005 203 et s. Pour une énumération plus détaillée : Nicolas Jeandin, « Les privilèges de l'art. 219 LP », SJ 2013 II 193.

²⁸⁸² Loi fédérale du 18 juin 2010, RO 2010 4921 ; Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 26 juin 2009, FF 2009 7217 ; Michael Krampf, « Lohnprivileg des Arbeitnehmers im Konkurs. Eine aus mehreren Gründen sinnvolle Beschränkung », *Jusletter* 5 janvier 2004 ; Patrick Bühlmann, « Stellung der Arbeitnehmer im Konkurs des Arbeitgebers – Begrenzung des Arbeitnehmerprivilegs », TREX 2010 346.

²⁸⁸³ Loi fédérale du 19 décembre 2003 sur les créances salariales, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005 (RO 2004. 4031-4032).

²⁸⁸⁴ TF, 31 août 2000, 5C.155/2000, cons. 4c.

²⁸⁸⁵ Kurt Meier, « Lohnforderungen im Arbeitgeber-Konkurs », *Plädoyer* 1998 38.

le second semestre²⁸⁸⁶. Pour cette raison, l'exigibilité de la créance fut ajoutée parmi les conditions d'ouverture du privilège des créances salariales. Ainsi, les créances qui ne deviennent exigibles qu'une fois par année sont privilégiées pendant dix-sept mois après leur naissance. Dans l'exemple d'un employeur tombant en faillite le 31 mai, le salarié pourra obtenir le privilège de son treizième mois de l'année précédente, ainsi que de sa part au treizième mois *pro rata temporis* pour les cinq premiers mois de l'année²⁸⁸⁷.

Le privilège de la gratification contractuelle. Cette réforme législative a entraîné des effets non seulement pour le treizième salaire, mais également pour les gratifications contractuelles. Le droit à gratification contractuelle est soumis à condition suspensive ; dès lors, il ne naît pas, sauf convention contraire (art. 322d, al. 2 CO), au fur et à mesure que la prestation de travail est exécutée par le salarié, mais en totalité au moment où il est prévu – expressément ou tacitement²⁸⁸⁸ – que la gratification soit versée²⁸⁸⁹. La créance en gratification ne sera donc pas privilégiée tant qu'elle n'est pas née. Cependant, si cette créance est née mais que son exigibilité a été contractuellement reportée, alors elle sera éligible au privilège. Par exemple, s'il a été convenu qu'une gratification d'un certain montant serait due au salarié à la fin de sa dixième année de service, mais qu'il a également été convenu que le droit à cette gratification ne serait exigible que douze mois plus tard, alors la gratification sera privilégiée lorsque la faillite aura été ouverte après la naissance du droit et avant l'expiration des six mois suivant son échéance²⁸⁹⁰. En revanche, si la convention des parties prévoit la naissance du droit à gratification *pro rata temporis*, alors elle suivra le régime du privilège du treizième salaire que nous venons d'exposer. Par exemple, dans l'hypothèse d'une gratification versée tous les cinq ans en récompense de la fidélité du salarié, et si l'employeur tombe en faillite après quatre ans et demi de service du salarié, le droit à gratification acquis par le salarié pendant quatre ans et demi sera privilégié²⁸⁹¹. Ce principe établi, il conviendra encore d'évaluer le montant dû au salarié au titre de la gratification contractuelle, selon les règles applicables en la matière²⁸⁹².

²⁸⁸⁶ Voir le rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 7 novembre 2001 concernant l'initiative parlementaire « Créances salariales en cas de faillite », BOAF 2001 00.459n.

²⁸⁸⁷ Franco Lorandi, « Arbeitsverträge in der Insolvenz des Arbeitgebers », *Jusletter* 25 octobre 2004, N 33. Pour davantage de détails, voir également Franco Lorandi, « Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren », *PJA* 2004 1209-1224.

²⁸⁸⁸ Cf. *supra* n° 97 et s.

²⁸⁸⁹ Cf. Staehelin, N 16 *ad* art. 322d CO.

²⁸⁹⁰ Rapport du 23 juin 2003 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, FF 2003 5815.

²⁸⁹¹ Rapport du 23 juin 2003 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, FF 2003 5816.

²⁸⁹² Cf. *supra* sur le régime de la gratification.

§ 5 : Le paiement de la rémunération

A. Les modalités du paiement

1) Lieu du paiement

Le choix du lieu du paiement est laissé à la **libre disposition des parties**.

1517

Lorsque le contrat de travail ne prévoit pas de lieu de paiement spécifique, la rémunération, si elle représente une somme d'argent, est **portable** : elle doit être payée au lieu de domicile du créancier, c'est-à-dire du salarié, au moment du paiement (art. 74, al. 2, 1 CO)²⁸⁹³. Si la rémunération est octroyée en nature, elle représente alors une chose déterminée et doit être « délivrée dans le lieu où elle se trouvait au temps de la conclusion du contrat » (art. 74, al 2, 2 CO).

La plupart des paiements étant aujourd'hui informatisés, ces règles ont peu d'impact en pratique.

2) Temps du paiement

L'article 323b, alinéa 1^{er} du code des obligations prescrit que la rémunération doit être payée « pendant les heures de travail ». Cette règle peut être modifiée par accord ou usage.

1518

En pratique, le paiement étant généralement effectué par l'intermédiaire d'instruments bancaires, il aura lieu **indépendamment des heures de travail**. La réglementation sur le temps du paiement conserve toutefois son importance pour la part de la rémunération variable payée en espèces, en nature ou par chèque. Dans toutes ces hypothèses, l'employeur ne peut exiger du salarié que ce dernier se mette à sa disposition, pour recevoir sa rémunération variable, en-dehors de ses heures de travail.

Une règle spéciale existe pour les marins, lesquels ne peuvent recevoir paiement de leur rémunération lorsqu'ils se trouvent dans une « auberge » ou une « taverne » (art. 76, al. 3 LNM). Cette règle, manifestement protectrice des intérêts des marins en ce qu'elle cherche à les soustraire aux dangers de l'alcoolisme, revêt un caractère anti-libéral car elle est un moyen détourné d'empêcher la libre disposition du salaire. Il y aurait lieu de se demander si elle conserve une pertinence aujourd'hui en droit positif.

3) Moment du paiement

Le moment du paiement de la rémunération pose la question de son **exigibilité**. Le régime de l'exigibilité de la rémunération pose un **principe (a)**, tempéré par l'institution de l'acompte **(b)** et soumis à diverses **exceptions (c)**²⁸⁹⁴.

1519

²⁸⁹³ TF, 14 janvier 2003, 4C.323/2002, cons. 3.4.

²⁸⁹⁴ Sur certaines questions d'exigibilité de la rémunération propres au contrat de travail intérimaire, cf. Luc Thévenoz, *Le Travail intérimaire*, Lausanne, Payot, « Collection juridique romande », 1987, p. 251.

a. Le principe

1520 En bonne logique, la rémunération devrait être due – proportionnellement à la durée travaillée – dès que le salarié a travaillé une minute au service de l'employeur. Des raisons pratiques ont pourtant conduit à adopter le **principe de la priorité du travail sur le paiement** : le salarié travaille avant d'être payé²⁸⁹⁵.

Le caractère temporellement premier du travail sur la rémunération est consacré par l'article 323, alinéa 1^{er} du code des obligations, qui prévoit que le salaire est versé en principe mensuellement²⁸⁹⁶. Le paiement de la rémunération intervient normalement **à la fin du mois**, en vertu du principe général relatif à l'exigibilité des créances mensuelles (art. 76, al. 1^{er} CO)²⁸⁹⁷.

Une autre solution – comme des délais de paiement plus courts ou un autre terme de paiement – peut être stipulée dans l'accord des parties, la convention collective ou le contrat-type ; elle peut également résulter d'un usage.

1521 De plus, l'exigibilité de toutes les créances financières liées aux rapports de travail s'opère *ex lege* au plus tard **à la fin du contrat** (art. 339, al. 1^{er} CO)²⁸⁹⁸. Ce principe spécial d'exigibilité vient se superposer à la date d'exigibilité des créances déjà exigibles avant la fin des rapports de travail, sans la modifier²⁸⁹⁹.

L'idée est que les parties rompent tout lien financier à la fin du contrat. En particulier, des actions ou des options sur actions bloquées deviennent exigibles²⁹⁰⁰, sauf si ces dernières ne font l'objet que d'une expectative et non d'un droit acquis²⁹⁰¹ ou qu'elles représentent une gratification contractuelle dont il n'est pas spécifiquement prévu qu'elle soit versée *pro rata temporis* en cas de départ en cours d'année (art. 322d, al. 2 CO), ou encore qu'elles soient soumises à la condition suspensive d'une absence de résiliation du contrat²⁹⁰².

1522 **Intérêts moratoires.** La date d'exigibilité de la rémunération variable est importante pour la détermination du moment à partir duquel l'employeur pourra être considéré

²⁸⁹⁵ En allemand, on dit que le travailleur est « *vorleistungspflichtig* » (Vischer/Müller, p. 114).

²⁸⁹⁶ Cf. Franziska Bächler, *Vergütungen von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern in Banken*, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2012, p. 166.

²⁸⁹⁷ Cf. TF, 9 octobre 2008, 4A_192/2008.

²⁸⁹⁸ Cet alinéa dispose : « À la fin du contrat, toutes les créances qui en découlent deviennent exigibles. ». Cf. Raniero Addorisio de Feo, *Die Fälligkeit von Vertragsforderungen*, Zurich, Schulthess, 2001, pp. 160 et s. Les plans d'investissement ne sont pas concernés, ni les structures hybrides comme les « *carried interests* » (cf. Rémy Wyler, « Chronique. Droit du travail », JT 2013 II 190).

²⁸⁹⁹ TF, 20 mars 2006, 4C.320/2005, cons. 6.1.

²⁹⁰⁰ Streiff/von Känel/Rudolph, N 8 *ad* art. 339 CO ; Duc/Subilia, N 12 *ad* art. 339 CO. Précisant à juste titre la réserve de restrictions qui pourraient être assimilées à une clause de non-concurrence valablement conclue : Wyler/Heinzer, p. 994. Si les actions sont conservées par l'employeur, il doit les remettre au travailleur en vertu de l'article 339a.

²⁹⁰¹ Wyler/Heinzer, p. 995.

²⁹⁰² Wyler/Heinzer, pp. 995-996.

comme étant en retard dans l'exécution de son obligation de paiement, c'est-à-dire tombé en **demeure** (art. 102 CO) et, dès lors, pour la détermination du *dies a quo* du calcul des intérêts en cas de rappel de rémunération. L'intérêt moratoire courra dès la date de demeure du créancier (art. 104 CO), sans qu'il ne soit nécessaire pour le salarié d'interpeler l'employeur²⁹⁰³ et sans préjudice de l'invocation par le salarié d'un dommage supplémentaire à l'intérêt moratoire (art. 106 CO). Il y a dommage supplémentaire par exemple si le salarié comptait sur sa rémunération pour effectuer un paiement à ses propres créanciers et que ces derniers l'ont mis en demeure du fait de son retard, lui réclamant un intérêt moratoire. En cas de **licenciement immédiat**, la somme due en application de l'article 337c, alinéa 1^{er} du code des obligations porte intérêts – du fait de l'application de l'article 339, alinéa 1^{er} – dès le moment du licenciement immédiat²⁹⁰⁴.

b. Le tempérament : l'acompte

Un tempérament au principe de priorité du travail peut être invoqué par le salarié à l'égard de toute rémunération variable non discrétionnaire : l'**acompte sur rémunération**. L'employeur devra alors lui accorder, à certaines conditions, le paiement de son salaire (art. 323, al. 4 CO)²⁹⁰⁵.

1523

Le salarié doit avoir « exécuté » le travail pour lequel il demande rémunération, c'est-à-dire qu'il doit avoir mis son temps de manière utile à la disposition de l'employeur ; il doit être dans le « besoin », c'est-à-dire qu'il serait exposé, s'il devait attendre la prochaine échéance de paie, à un dommage ou à un inconvénient (selon nous, on peut considérer comme un dommage ou un inconvénient toute demande de prêt que le salarié devrait formuler auprès de quiconque pour une dette arrivée à échéance dont il serait débiteur : loyer, crédit à la consommation, etc.) ; l'employeur doit pouvoir « raisonnablement » procéder au paiement, c'est-à-dire sans mettre son entreprise en péril²⁹⁰⁶.

c. Les exceptions

Deux sortes de rémunérations sont soumises à des règles spéciales : la **provision** et la **participation** (1°).

1524

Par ailleurs, l'administration est venue compliquer le système civil. En effet, face aux conséquences désastreuses de la crise de 2008, l'autorité de régulation des marchés financiers, la **FINMA**, a choisi d'imposer des **règles spéciales** d'exigibilité des rémunérations variables pour certains établissements financiers (2°).

²⁹⁰³ Évoquant cette solution, mais sans trancher : TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, ATF 129 III 664, JT 2004 I 60, cons. 7.4 ; cf. également : Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 1 *ad* art. 339 CO ; Rehbinder/Stöckli, N 24 *ad* art. 323 CO.

²⁹⁰⁴ TF, 4 octobre 1977, ATF 103 II 274, cons. 3b ; TF, 12 janvier 2011, 4A_474/2010, DTA 2011 112, JAR 2012 121, cons. 2.2.1.

²⁹⁰⁵ Lorsque ces conditions ne sont pas remplies, l'employeur peut toujours octroyer une somme au salarié avant la date de son exigibilité. Ce sont les règles générales sur l'**exécution anticipée** qui sont alors applicables (art. 81 CO ; TF, 20 mars 2006, 4C.320/2005, cons. 5.4).

²⁹⁰⁶ Tercier/Bieri/Carron, N 2876, p. 387.

1° *Les exceptions légales : la provision et la participation*

aa. La provision

1525 L'alinéa 2 de l'article 323 est explicite : « La provision est payée à la fin de chaque mois, à moins qu'un terme de paiement plus court n'ait été convenu ou ne soit usuel ; toutefois, lorsque l'exécution de certaines affaires exige plus d'une demi-année, l'échéance de la provision peut être différée par accord écrit pour ces affaires. » En outre, les provisions relatives aux affaires dont l'exécution a lieu, entièrement ou partiellement, après la fin du contrat peuvent voir leur exigibilité différée à deux conditions : la présence d'un **écrit** et, sauf exception, une **durée limitée** de six mois au maximum, ou d'une année au maximum pour les affaires donnant lieu à des prestations successives, ou encore de deux ans au maximum pour les contrats d'assurance ou les affaires dont l'exécution s'étend sur plus d'une demi-année (art. 339, al. 2 CO).

Une technique particulière existe, souvent appelée « avance sur provision » ou « avance sur commission ». Cette technique consiste pour l'employeur, lorsque le montant de la provision due au salarié est calculé sur une base annuelle, à verser mensuellement un montant forfaitaire au salarié, la somme des douze montants forfaitaires correspondant au montant estimé de la provision annuelle. Ce système permet à l'employeur de calculer le montant dû au salarié à titre de provision sur une base annuelle, sans priver pour autant le salarié d'un paiement mensuel proche de ce qu'il percevrait si sa provision était calculée sur une base mensuelle. La provision annuelle est en quelque sorte « lissée » sur les douze mois de l'année. Un tel dispositif, qui représente généralement plutôt un **acompte** sur provision, est envisageable aux conditions énumérées à l'alinéa 2 de l'article 323 du code des obligations : convention ou usage. Par ailleurs, un acompte sur provision est parfaitement envisageable selon l'alinéa 4 de l'article 323. On peut également concevoir une véritable avance sur provision.

1526 Lorsque le montant versé par l'employeur à titre d'acompte ou d'avance se révèle plus élevé que la somme finalement due au terme de la période de calcul de la provision, apparaît alors un **trop-perçu** en faveur du salarié, que l'employeur sera tenté de réclamer²⁹⁰⁷. Néanmoins, une telle restitution n'est envisageable que si une interprétation de la volonté des parties fait apparaître que le salarié avait compris qu'il recevrait peut-être moins sur son total annuel que la somme des différentes rémunérations mensuelles qu'il a déjà perçues. *A contrario*, lorsque l'acompte ou l'avance sur provision représente une « provision minimale garantie », le salarié n'a aucune obligation de restituer un éventuel trop-perçu²⁹⁰⁸. En revanche, l'employeur peut prévoir de prélever 10 % des commissions et les placer dans un fonds de ristourne pour garantir les éventuels retours de commissions entraînés par les annulations de contrats par les clients²⁹⁰⁹.

²⁹⁰⁷ Olivia Guyot/Juliette Jaccard/Hans Kern/Roxane Zappella, *Le Contrat de travail*, Genève, Fédération des Entreprises Romandes, 2^e éd., 2010, N 302.4.

²⁹⁰⁸ TF, 14 octobre 2002, 4C.247/2002, ATF 129 III 118, JT 2003 I 144, JAR 2003 210, cons. 2.6.

²⁹⁰⁹ TF, 8 octobre 2012, 4A_378/2012.

bb. La participation

La participation est due **dès que** le résultat d'exploitation est constaté, et **au plus tard six mois** après la fin de l'exercice (art. 323, al. 3 CO). Les mêmes délais sont applicables lorsque le contrat prend fin (art. 339, al. 3 CO).

1527

Lorsque l'employeur s'est engagé à verser des acomptes mensuels relatifs à une participation, il ne pourra se soustraire à cette obligation que si sa connaissance des chiffres provisoires servant au calcul de la participation lui apprend – de façon évidente – qu'aucune somme n'est due à ce titre au salarié²⁹¹⁰. Lorsque l'employeur a versé un montant excessif à titre d'acompte ou d'avance sur la participation (parce que le salarié était dans le besoin – art. 323, al. 4 CO –, à titre d'exécution anticipée – art. 81 CO – ou par un prêt – art. 305 ou 312 CO), il ne peut en exiger le remboursement par le salarié que s'il a clairement fait valoir sa prétention **dès qu'il a eu connaissance ou dès qu'il a eu la possibilité d'avoir connaissance** de cet excès, et au plus tard **à la fin du contrat**²⁹¹¹. Lorsque l'employeur s'abstient de manifester son erreur, le salarié pourra considérer qu'il y a **remise de dette conventionnelle** (art. 115 CO), exprimée par actes concluants et dont l'acceptation par lui-même est présumée (art. 6 CO)²⁹¹².

Lorsque l'employeur résilie le contrat avec effet immédiat de façon **injustifiée**, il ne peut prétendre récupérer les acomptes ou les avances effectués²⁹¹³. Il ne peut pas non plus refuser de payer les participations non encore échues mais qui seraient devenues exigibles au cours de la durée du contrat qui restait normalement à courir – jusqu'à son terme contractuel pour un contrat à durée déterminée ou jusqu'à la fin du délai de résiliation applicable pour un contrat à durée indéterminée²⁹¹⁴. En effet, dans une telle hypothèse, le salarié n'est pas responsable de n'avoir pas participé à la création de la valeur du chiffre d'affaires, du bénéfice ou de tout autre critère d'évaluation.

1528

L'exigibilité des actions ou des options sur action bloquées. Dès lors que l'on se trouve en présence d'un véritable **plan d'intéressement**, et non d'un plan d'investissement²⁹¹⁵, les dispositions impératives du droit du travail doivent être respectées²⁹¹⁶. Aussi, lorsque des actions ou des options sont qualifiées de rémunération variable contractuelle, elles deviennent exigibles au plus tard à la fin des rapports de travail ou selon les modalités spécifiques prévues pour la participation²⁹¹⁷. Dans une affaire où un plan d'intéressement prévoyait la remise d'actions à un salarié

1529

²⁹¹⁰ Philippe Carruzzo, *La Rémunération du travailleur et le remboursement des frais*, Genève, Fédération des entreprises romandes, 2007, p. 62.

²⁹¹¹ TF, 20 mars 2006, 4C.320/2005, cons. 5.5 (précisant une décision plus ancienne : TF, 6 mars 2000, ATF 126 III 119, JT 2000 I 630, JAR 2001 195, RJB 2002 317 com. Wiegand).

²⁹¹² TF, 20 mars 2006, 4C.320/2005, cons. 5.5.

²⁹¹³ TF, 7 mai 2010, 4A_570/2009, cons. 7.4.

²⁹¹⁴ *Ibidem*.

²⁹¹⁵ Sur cette distinction, cf. *supra* n° 1352 et s.

²⁹¹⁶ TF, 8 avril 2004, 4C.329/2003, ATF 130 III 495.

²⁹¹⁷ Cf. Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, in BaK, N 2 ad art. 339 CO.

et la possibilité pour ce dernier de les revendre à la société émettrice, après six années, à leur valeur effective, mais à la condition, en cas de départ du salarié, qu'il se comporte encore pendant deux ans en « *good leaver* », le tribunal des prud'hommes genevois a considéré que ces conditions étaient nulles, puisque le rachat des actions à leur valeur effective était un élément de rémunération variable obligatoire : dès lors, le salarié pouvait demander le rachat de ses actions à leur valeur effective, dès son départ, quelle qu'en soit la date²⁹¹⁸. En revanche, une telle condition est possible à l'égard d'une gratification²⁹¹⁹.

Certes, l'article 323 ne figure pas dans la liste des dispositions auxquelles il ne peut être dérogé au détriment du salarié (art. 362 CO). Cependant, dans la mesure où cet article concerne la rémunération, on doit lui reconnaître un caractère relativement impératif²⁹²⁰.

2° *L'exception administrative*

1530 La FINMA, dans sa circulaire 2010/1 « Systèmes de rémunération », prévoit l'obligation pour certains établissements financiers de verser une partie des rémunérations variables sous forme différée (§ 49). Ces rémunérations variables différées ne sont acquises définitivement qu'après l'écoulement d'un délai de **trois ans** (§ 52)²⁹²¹.

1531 Ces règles administratives posent un problème de coordination avec les articles 323 et 339 du code des obligations²⁹²². La FINMA elle-même en est consciente qui prône une révision du droit du travail sur ces points²⁹²³. La *ratio legis* de la réglementation civile consiste en ceci que la situation doit être rapidement clarifiée en cas de rupture des relations contractuelles et qu'il est difficilement envisageable que des parties qui n'ont théoriquement plus aucun compte à se rendre se doivent encore paiement d'une rémunération. En toute hypothèse, la loi doit pour l'instant prévaloir sur le règlement administratif²⁹²⁴. C'est ainsi qu'est construite notre pyramide des normes (cf. art. 5 et 190 Cst.)²⁹²⁵. Par ailleurs, même à considérer la circulaire de la FINMA comme devant s'imposer aux contrats de travail concernés, elle n'entraînerait pas pour autant la

²⁹¹⁸ TPH/GE, 16 mars 1999, JAR 2001 400, cons. 4.

²⁹¹⁹ Cf. *supra* sur la condition affectant une gratification.

²⁹²⁰ Tercier/Bieri/Carron, N 2874, p. 387.

²⁹²¹ Cette réglementation s'inscrit dans le cadre d'un mouvement international (cf. par exemple pour les États-Unis : Alexander Nikitine, « USA – Gesetzliche Regulierung der Management-Vergütung », GesKR 2009 368).

²⁹²² Julien Waeber, « Circulaire FINMA 2010/1 sur les systèmes de rémunération : des obstacles en droit civil? », RSDA 2012 119, spéc. 127 et 131.

²⁹²³ Rapport explicatif de la Circulaire, juin 2009, disponible sur le site internet < finma.ch >, pp. 8, 27-29 et 42.

²⁹²⁴ Cf. Streiff/von Känel/Rudolph, N 2 ad art. 322d CO ; Hansueli Schöchli, « Wenn "Boni" keine Boni sind – Juristische Fallstricke in der Umsetzung der geplanten Bonusrichtlinie für die Banken », *Neue Zürcher Zeitung*, 7 octobre 2009.

²⁹²⁵ Cf. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, (1^e éd. 1934, 2^e éd. 1960), trad. fr. de la 2^e éd. *Théorie pure du droit* par C. Eisenmann, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1999, pp. 224 et s.

nullité des clauses concernées, du moins de toutes celles dont la conclusion est antérieure à la promulgation de la circulaire²⁹²⁶.

À notre avis, le problème réside en ceci que la circulaire prévoit que la rémunération doit évoluer en fonction de critères d'évaluation (§ 54), c'est-à-dire que l'employeur pourrait continuer à porter un jugement sur les prestations du salarié après la fin de la relation contractuelle. De plus, il paraît compliqué d'imposer le **risque** de l'évolution à une personne qui n'a plus aucun effet sur ladite évolution, alors même que le caractère différé de la rémunération est censé concerner les personnes « dont l'activité influe notablement sur le profil de risque de l'établissement financier » (§ 53).

Pour tenter d'opérer une **conciliation entre règles civiles et règles administratives**, on ne peut concevoir une variation fondée sur des critères subjectifs après la fin de la relation contractuelle, mais on peut accepter une variation fondée sur des critères **objectifs**, comme l'évolution du chiffre d'affaires, du bénéfice ou du cours de l'action de l'entreprise, pendant une période limitée à trois ans au maximum²⁹²⁷. Par ailleurs, on peut appliquer par analogie la règle de l'article 339c, alinéa 4 du code des obligations selon laquelle une prime de départ peut voir son échéance différée par écrit²⁹²⁸. Ainsi, une prime de départ d'un montant forfaitaire pourra être versée plusieurs années après le départ du salarié²⁹²⁹.

4) Monnaie du paiement

La monnaie du paiement pose des problèmes juridiques d'un point de vue **international (a)** et d'un point de vue **interne (b)**.

1532

En outre, la monnaie de la rémunération peut poser des problèmes d'**interprétation**. Dans une affaire, le Tribunal fédéral a jugé que l'interprétation objective du contrat de

²⁹²⁶ Benoît Chappuis, « Bonus des dirigeants : la jurisprudence du Tribunal fédéral à l'épreuve des règles de la FINMA », *La Pratique contractuelle* 2 (édit. Pascal Pichonnaz/Franz Werro), Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2011. 91-120, spéc. 114-115. Chappuis tranche la question en faisant valoir que des sanctions administratives ne pourront être prononcées contre les employeurs assujettis qu'à la condition qu'ils n'aient pas respecté la circulaire sur des éléments de droit dispositif au regard du droit du travail (*ibidem*, p. 116).

²⁹²⁷ *Contra* : Thérèse Amstutz, « Circulaire FINMA 10/1 / Problématique de droit du travail des rémunérations variables », *Perspectives et risques de nouveautés juridiques 2009/2010*, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2010, pp. 45 et s., spéc. 51, laquelle prône une solution inverse de la nôtre, à savoir le maintien d'une appréciation subjective afin de garantir la qualification de gratification à l'élément de rémunération en cause. Outre qu'il n'est pas dit que la gratification ne soit pas comprise dans la règle générale de l'article 339 du code des obligations (la doctrine se prononce plutôt pour une application de cet article à la gratification, du moins quand cette dernière présente des traits communs avec la participation aux résultats : Wyler/Heinzer, p. 699 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 7 *ad* art. 339 CO ; dans la même direction mais sans distinguer entre la gratification contractuelle et la gratification bénévole qui est de toute façon hors de cause : Duc/Subilia, N 12 *ad* art. 339 CO), cette proposition nous paraît ouvrir la porte à de nombreuses contestations : comment l'employeur peut-il évaluer subjectivement un travailleur qui a quitté son entreprise depuis trois ans ?

²⁹²⁸ Sur cette règle en général, cf. Streiff/von Känel/Rudolph, N 14 *ad* art. 339c CO. Pour un exemple d'étalement du paiement : TC/JU, 15 avril 1982, JAR 1986. 162, JU-TRAV 1984. 31, cons. 9.

²⁹²⁹ On pourrait également envisager d'appliquer par analogie le tempérament de l'alinéa 3 de ce même article, selon lequel l'indemnité peut être réduite si son paiement devait exposer l'employeur à la gêne. Nous manifestons toutefois une certaine réticence à l'égard de cette généralisation du fait que cette règle ouvre la voie des interprétations contradictoires qui risquent de nuire à la sécurité juridique.

travail effectuée par la cour cantonale, qui a retenu que le fait de prévoir un salaire mensuel de 3'000 euros bruts au taux de change fixe de 1,2015 revient à prévoir un salaire en francs suisses et non en monnaie étrangère, ne viole pas le droit fédéral dès lors qu'il ne peut être sérieusement remis en question que le taux de change fixe mentionné dans le contrat de travail fait référence au franc suisse, en particulier à la lumière des chiffres retenus pour établir le salaire²⁹³⁰.

a. Du point de vue international

1533 La solution juridique la plus simple, dès lors que chaque État reconnaît une monnaie sur son territoire, consiste à décider que la rémunération soit payée **en monnaie de l'État sur le territoire duquel la prestation de travail est effectuée** : le franc suisse en Suisse, l'euro en France ou en Allemagne. C'est d'ailleurs ce que semble indiquer la règle générale posée par l'article 323b, alinéa 1 du code des obligations lequel prescrit que le salaire en numéraire est payé « en monnaie ayant cours légal ». Le salaire numéraire²⁹³¹ serait donc en principe payé en francs suisses²⁹³². Il est vrai que cette disposition légale ne précise pas quel doit être l'État émetteur de la monnaie « ayant cours légal ». De plus, elle n'est pas impérative : les parties peuvent donc prévoir que le salarié travaillant en Suisse sera payé dans une autre monnaie que le franc suisse²⁹³³.

Dans l'hypothèse où les parties conviennent que le salaire sera versé dans une monnaie autre que la monnaie du pays d'exécution du contrat, un certain nombre de règles s'appliquent : la **possibilité de conversion** en monnaie suisse (1°) et les **règles protectrices spéciales** du droit du travail (2°).

1° Possibilité de conversion en monnaie suisse

1534 Il convient de distinguer entre la monnaie de la créance et la monnaie du règlement de la créance : il n'y a pas forcément identité entre les deux²⁹³⁴.

De plus, un mécanisme particulier existe : la partie générale du code des obligations dispose que le débiteur peut toujours acquitter sa dette en monnaie suisse lorsque le lieu du paiement est en Suisse (art. 84, al. 2 CO)²⁹³⁵. À suivre cette règle, l'employeur devrait pouvoir payer en francs suisses le salaire de son employé travaillant en Suisse, alors même que le contrat de travail prévoit une monnaie étrangère pour le paiement du salaire.

²⁹³⁰ TF, 15 septembre 2016, 4A_348/2015, cons. 3.3.

²⁹³¹ La même règle sera appliquée lorsqu'il s'agit de monétiser une rémunération en nature.

²⁹³² Geiser/Müller, N 374, p. 146.

²⁹³³ Marie-Gisèle Danthe, in Commentaire Dunand/Mahon, N 8 ad art. 323b CO. Cf. Jean-Fritz Stöckli, « Lohngleichheit für Grenzgänger bei Währungsverschiebungen », DTA online 2012, n° 262, N 5.

²⁹³⁴ Sandra Brändli/Manuel Stengel, « Währungsfragen im Zusammenhang mit dem Lohn von Grenzgängern », in Anne-Catherine Tanner/Claudia Siebeneck/Beat Brändli (édit.), *Schweiz und Europa — Auswirkungen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft*, Berne, Stämpfli, 2011, pp. 337 et s.

²⁹³⁵ Cf. TF, 14 janvier 2008, 4C.258/2006, ATF 134 III 151.

Cette réglementation légale introduit visiblement un **système de variabilité du salaire à raison de la fluctuation des différentes monnaies**. En effet, lorsque le contrat de travail prévoit le paiement du salaire en monnaie étrangère, et si le cours de cette monnaie augmente par rapport au franc suisse, l'employeur qui déciderait de payer le salaire en francs suisses diminuerait, par ce procédé purement financier, la valeur effective de son obligation. Le salaire **réel** touché par le salarié – le salaire évalué à l'aune du pouvoir d'achat – subirait alors une diminution, du seul fait de la substitution, comme monnaie du paiement, de la monnaie nationale à la monnaie étrangère. Une telle variabilité du **salaire réel** ne devrait être autorisée que dans l'hypothèse restrictive où le salarié a consciemment accepté le **risque monétaire**. Une telle acceptation suppose préalablement que le salarié ait eu connaissance de ce que l'employeur pouvait se départir de son obligation sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 84 du code des obligations précité. Par ailleurs, l'acceptation du risque monétaire ne peut être le fait que du salarié dont les connaissances économiques et financières sont à ce point aiguisées qu'il soit en mesure d'évaluer de son propre chef le risque qu'il prend sur les revenus de son travail.

2° *Devise étrangère et règles protectrices du droit du travail*

Quelle que soit la monnaie stipulée au contrat, les parties doivent s'assurer que le **salaire minimum** (légal²⁹³⁶ ou conventionnel) et le principe de **non-discrimination** sont respectés (art. 328 CO ; art. 2 et Annexe I, art. 9 ALCP)²⁹³⁷. En particulier, lorsque la convention collective prévoit un salaire minimum en francs suisses, la rémunération perçue par le salarié à la fin du mois doit correspondre à ce salaire minimum après conversion, le cas échéant, en francs suisses²⁹³⁸.

De plus l'utilisation d'une devise étrangère ne doit pas avoir pour effet de faire peser le **risque d'entreprise** sur le salarié²⁹³⁹.

1535

²⁹³⁶ Dans l'hypothèse d'une forte variation des monnaies, le paiement des salariés communautaires ou frontaliers en monnaie étrangère peut être constitutive d'une **sous-enchère abusive et répétée** autorisant l'autorité compétente à édicter un contrat-type contenant des salaires minimums obligatoires selon la procédure des articles 360a et suivants du Code des obligations (Jean Christophe Schwaab, « Paiement du salaire en euros, adaptation au cours de l'euro : que dit le droit du travail ? », *Jusletter* 8 août 2011, N 17-20).

²⁹³⁷ Marie-Gisèle Danthe, in Commentaire Dunand/Mahon, N 9 ad art. 323b CO ; sur cette question, cf. Anne Troillet, « La monnaie du salaire dans les situations transfrontalières », *Panorama II en droit du travail*, (édit. Rémy Wyler), Berne, Stämpfli, 2012, pp. 231 et s. ; Jean-Fritz Stöckli, « Lohnungleichheit für Grenzgänger bei Währungsverschiebungen », *DTA online* 2012, n° 262, N 12-64, lequel trouve des motifs justificatifs à la discrimination indirecte (notamment afin de contrer les difficultés économiques des entreprises confrontées à des modifications soudaines et importantes du taux de change), à condition que la rémunération soit liée au pouvoir d'achat du salarié dans son pays de résidence. Pour notre part, nous estimons que le lieu de résidence du travailleur, sauf exception légitime, relève de sa vie privée. On ne voit pas pourquoi les rémunérations des travailleurs résidant dans l'Union européenne devraient servir de variable d'ajustement à ce qui relève de la politique macroéconomique. En outre, rien n'empêche des travailleurs résidant en Suisse d'aller s'approvisionner dans un pays voisin dans lequel les biens et services seraient moins chers. Mais ceci relève encore une fois de la vie privée du travailleur et nous ne voyons pas pourquoi on devrait autoriser une pratique discriminatoire, pour ne pas dire une pratique divinatoire, puisque l'employeur n'a pas vocation à contrôler le lieu dans lequel ses salariés se ravitaillent (art. 323b, al. 3). Un tribunal bâlois a jugé que la diminution de la rémunération des salariés frontaliers constituait une discrimination inadmissible à leur égard (Kantonsgericht/BL, 17 décembre 2012, 400 12 152, JAR 2013 422, cons. 3).

²⁹³⁸ Sur la conversion dans le cadre d'une poursuite, cf. TF, 21 novembre 2008, 5A_559/2008, ATF 135 III 88.

Dans quelle hypothèse le paiement de la rémunération dans une monnaie étrangère fait-il peser le risque d'entreprise sur le salarié ? Un auteur estime que c'est le cas en toute hypothèse, même en cas de variation mineure de la monnaie²⁹⁴⁰ ; d'autres auteurs semblent considérer qu'il faille attendre un effondrement du cours de la monnaie²⁹⁴¹. Nous retiendrons une voie médiane en considérant qu'une dévaluation sensible de la monnaie étrangère par rapport à la monnaie nationale a pour effet de reporter le risque d'entreprise sur le salarié : ce fut le cas par exemple lors de la dévaluation de l'euro face au franc suisse lors de la crise de 2008, et surtout durant l'été 2011.

b. Du point de vue interne

1536 **Indexation des salaires.** La question de la monnaie du paiement de la rémunération se pose du point de vue interne en raison du phénomène de l'**inflation**²⁹⁴². En cas d'inflation, une unité monétaire perd en pouvoir d'achat par un phénomène de hausse du prix des biens et services. Le problème juridique consiste alors à décider de la licéité d'une éventuelle **clause d'indexation** des rémunérations sur la variation des prix, ce qui représente un phénomène original de variabilité de la rémunération.

Le droit suisse ne contient pas d'interdiction de l'indexation des rémunérations. On estime même que, dans les années 1990, entre deux tiers et trois quarts des conventions collectives contenaient des dispositions sur la compensation du renchérissement²⁹⁴³.

5) Instrument de paiement

1537 **Rémunération en espèces.** L'article 84 du code des obligations prévoit que « le paiement d'une dette qui a pour objet une somme d'argent se fait en moyens de paiement ayant cours légal dans la monnaie due ». Le salaire dû en francs suisses peut être versé en espèces – pièces et billets – émises par la Banque nationale suisse, par chèque, par virement bancaire ou postal.

1538 **Rémunération en nature.** Les rémunérations en nature, comme les actions par exemple, sont payées par le transfert de la titularité de l'action selon les procédés spécifiques au droit des sociétés ou au droit des biens en général.

²⁹³⁹ Cf. Rapport de la Commission de l'économie et des redevances du 27 mars 2012 concernant l'initiative n° 11447 de Carobbio Guscetti « *Lutte contre la sous-enchère salariale. Interdiction de verser les salaires en euro* » : « L'article 324, alinéa 1^{er} du code des obligations protège les employés contre les employeurs qui souhaiteraient leur faire supporter le risque d'entreprise. »

²⁹⁴⁰ Jean Christophe Schwaab, « Paiement du salaire en euros, adaptation au cours de l'euro : que dit le droit du travail ? », *Jusletter* 8 août 2011, N 10.

²⁹⁴¹ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 3 *ad art.* 324 CO.

²⁹⁴² « L'inflation (du latin inflatio, « gonflement, enflure ») est un phénomène macro-économique qui se traduit par une hausse auto-entretenu du niveau général des prix. » (Jean-Claude Drouin, *Tous économistes*, Paris, Presses Universitaires de France, 3^e éd., 2008, p. 165)

²⁹⁴³ Pour une analyse détaillée de la question, cf. Niklaus Blattner/Walter Hess/Mathias Jeger/Christoph Klinglen, *Lohnindexierung : Formen, Verbreitung und Wirkungen*, Coire/Zurich, Verlag Rüegger, 1993.

B. La preuve du paiement

L'employeur doit établir deux documents : premièrement, le **bulletin de paie** mensuel (1) ; en second lieu, le **certificat de salaire** annuel (2)²⁹⁴⁴.

1539

1) Le bulletin de paie

Le bulletin de paie est appelé « décompte » par le code des obligations : l'employeur doit en remettre un exemplaire au salarié (art. 323b, al. 1^{er}, 2^e phr. CO ; cf. également, art. 4, al. 3 LTrD)²⁹⁴⁵. En retour, l'employeur peut demander au salarié une quittance de réception du paiement (art. 88 CO).

1540

Le décompte indique toutes les rémunérations versées, et notamment toutes les rémunérations variables versées au salarié (primes, gratifications, participations, provisions, etc.)²⁹⁴⁶.

Il doit être aussi **précis** que possible et tenir compte notamment des spécificités de certaines rémunérations variables telles que la provision ou l'actionnariat salarié : tous les éléments nécessaires à la **bonne intelligibilité** de la rémunération variable doivent être fournis par l'employeur.

1541

2) Le certificat de salaire

Le certificat de salaire est un instrument de **droit fiscal**. Un modèle est édité par l'Administration fédérale des contributions. L'administration publie également un guide d'établissement du certificat de salaire²⁹⁴⁷.

1542

Force probante. Le certificat de salaire n'est pas une reconnaissance de dette. Néanmoins, il peut représenter un indice du montant que le salarié a gagné « du point de vue de l'employeur »²⁹⁴⁸. Par exemple, le fait que le certificat de salaire présente un salaire annuel plus élevé que la somme des rémunérations mensuelles est un indice que l'employeur a octroyé au salarié une rémunération supplémentaire (généralement une gratification). Par ailleurs, l'absence d'un élément de rémunération sur le certificat de salaire ne signifie pas automatiquement que l'employeur n'ait jamais versé le montant correspondant²⁹⁴⁹.

1543

²⁹⁴⁴ Il existe également un « relevé de compte » pour les marins (art. 76, al. 2 LNM).

²⁹⁴⁵ Geiser/Müller, N 374, p. 146.

²⁹⁴⁶ Wyler/Heinzer, p. 192 ; Rehbindler/Stöckli, N 4 ad art. 323b CO.

²⁹⁴⁷ Disponible sur internet : < steuerkonferenz.ch >.

²⁹⁴⁸ TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, ATF 136 III 313, JT 2011 II 206, PJA 2010 1609, com. Hirsiger in PJA 2010 1336, com. Koller/Sennhauser in RJB 2012 408, cons. 2.1.

²⁹⁴⁹ TF, 15 novembre 2011, 4A_408/2011, cons. 4. Voir également, de manière générale : TF, 6 juin 2013, 4A_135/2013, cons. 2.

L'interprétation du certificat de salaire par le salarié selon le **principe de confiance** est une question de droit que le Tribunal fédéral revoit librement²⁹⁵⁰.

C. L'erreur de paiement

- 1544 Lorsque l'employeur effectue des paiements au salarié de manière involontaire, il est autorisé à en demander le remboursement en se fondant sur le mécanisme de l'enrichissement illégitime et en particulier la **répétition de l'indu** (art. 63 CO)²⁹⁵¹. Il ne suffit pas que les paiements aient été effectués par mégarde, encore faut-il qu'ils l'aient été par erreur et de manière involontaire²⁹⁵².

En matière de cotisations sociales, la prétention de l'employeur à réclamer au salarié les cotisations qu'il a manqué de soustraire de son salaire est fondée directement sur les lois spéciales applicables. Le délai de prescription est dès lors celui du droit des assurances sociales (par exemple celui de l'article 41, alinéa 2 de la loi sur la prévoyance professionnelle, à savoir cinq ans)²⁹⁵³.

§ 6 : Les prélèvements sur la rémunération

- 1545 L'employeur doit en principe payer intégralement le salaire convenu, appelé « salaire brut »²⁹⁵⁴. Il impute sur ce salaire brut celles des cotisations sociales qui sont obligatoirement mises à la charge du travailleur (cf. art. 51 LAVS)²⁹⁵⁵, ainsi que les éventuelles cotisations contractuellement convenues²⁹⁵⁶. Dans les cas où le droit public l'y oblige, l'employeur prélève également sur le salaire brut l'impôt à la source. Les prélèvements sur la rémunération consistent donc principalement en les cotisations sociales et l'impôt à la source. Ils font l'objet de domaines du droit spécifiques : droit des assurances sociales et droit fiscal.

Les employeurs doivent vérifier, sur la base des pièces d'identité officielles, les indications portées par les salariés dans la demande de certificat d'assurance (art. 51, al. 3, 1^e phr. LAVS). Ils sont tenus de régler périodiquement, avec les caisses de compensation, le compte des cotisations retenues sur les salaires, des cotisations dues

²⁹⁵⁰ TF, 26 octobre 2006, 4C.203/2006, ATF 133 III 61, cons. 2.2.1 ; TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, précité, cons. 2.1.

²⁹⁵¹ TF, 12 janvier 2011, 4A_474/2010, DTA 2011 112, cons. 3 (à propos de frais d'écologie des enfants du salarié payés deux fois) ; AG/ZH, 19 avril 1990, JAR 1991 126 ; pour des cotisations sociales versées en trop, cf. AG/ZH, 13 mai 1987, JAR 1990 144.

²⁹⁵² TF, 20 décembre 2004, 4C.398/2004, cons. 3.1 ; cf. également : TF, 19 décembre 1989, 4C.176/1989 ; KG/SG, 23 février 1984, JAR 1985 246 (cf. Christoph Senti, « Rückforderungen oder Verrechnung zu viel bezahlter Leistungen durch den Arbeitgeber », PJA 2014. 40, spéc. p. 47) ; Rehbindler/ Stöckli, N 44 ad art. 322 CO.

²⁹⁵³ TF, 26 février 2016, 9C_720/2015, cons. 4 à 6.

²⁹⁵⁴ TF, 25 février 2010, 4A_608/2009, DTA 2010 94, cons. 3.1.

²⁹⁵⁵ TF, 17 novembre 1981, ATF 107 II 430, JT 1982 I 94, SJ 1982 241, cons. 4.

²⁹⁵⁶ TF, 25 février 2010, 4A_608/2009, DTA 2010 94, cons. 3.1.

par eux, ainsi que des rentes et allocations pour impotents servies, et d'établir les données nécessaires à la tenue des comptes individuels des salariés (art. 51, al. 3, 2^e phr. LAVS).

Lorsqu'un employeur a omis de payer des cotisations sociales, sa responsabilité peut être engagée (cf. art. 52 LAVS)²⁹⁵⁷.

Parité des cotisations sociales. Le prélèvement des cotisations sociales s'opère paritairement entre l'employeur et le travailleur. Une ancienne jurisprudence n'avait pas entièrement exclu la validité d'une convention stipulant l'imputation sur le salaire brut de l'ensemble des cotisations sociales en matière de rémunération variable : l'exception au principe du paiement de la moitié des cotisations sociales par l'employeur avait ainsi été envisagée dans l'hypothèse d'une rémunération fixée en pourcentage d'un chiffre d'affaire ou d'un bénéfice : on considérait qu'il fallait que les parties eussent choisi de compenser l'imputation de l'ensemble des cotisations sociales au salarié en fixant un taux « délibéré » plus élevé²⁹⁵⁸. Une telle jurisprudence ne nous paraît plus admissible en raison des termes clairs de l'article 14 de la loi sur l'assurance vieillesse et survivants.

1546

Section 2 : Les frais

Les frais sont soit *effectifs* (§ 1) soit *forfaitaires* (§ 2). D'autres *prestations* peuvent également être remboursées par l'employeur (§ 3).

1547

§ 1 : Les frais effectifs

A. Contenu

Sauf accord ou usage contraire, l'employeur doit fournir au travailleur les *instruments de travail* et les *matériaux* dont celui-ci a besoin (art. 327, al. 1 CO).

1548

Si, d'entente avec l'employeur, le travailleur fournit lui-même des instruments de travail ou des matériaux, il est indemnisé convenablement, sauf accord ou usage contraire (art. 327, al. 1 CO).

L'employeur doit rembourser au travailleur *tous les frais imposés par l'exécution du travail* et, lorsque le travailleur est occupé en dehors de son lieu de travail, les dépenses nécessaires pour son *entretien* (art. 327a, al. 1 CO). Les frais imposés par

1549

²⁹⁵⁷ Pour un cas récent, cf. TF, 5 juillet 2017, 9C_238/2017.

²⁹⁵⁸ TF, 17 novembre 1981, ATF 107 II 430, JT 1982 I 94, SJ 1982 241, cons. 4.

l'exécution du travail comprennent toutes les dépenses nécessaires, occasionnées par le travail²⁹⁵⁹. Il appartient au travailleur d'apporter la **preuve** de la nécessité des dépenses, sans que l'employeur puisse à cet égard poser d'exigences excessives²⁹⁶⁰.

1550 Les frais encourus par le travailleur en raison d'une **procédure** intentée contre lui à l'étranger du fait de son activité professionnelle doivent être assumés par l'employeur²⁹⁶¹. Dans cette lignée, le paragraphe 2 de la convention passée le 29 mai 2013 entre l'Association suisse des employés de banque, d'une part, et l'Association patronale des banques en Suisse et l'Association suisse des banquiers, d'autre part, prévoit que les employeurs doivent prendre en charge les frais d'avocat des travailleurs poursuivis pénalement aux États-Unis dans le cadre de leur activité professionnelle.

1551 Si, d'entente avec l'employeur, le travailleur utilise pour son travail son propre **véhicule** à moteur ou un véhicule à moteur mis à sa disposition par l'employeur, il a droit au remboursement des frais courants d'usage et d'entretien, dans la mesure où le véhicule sert à l'exécution du travail (art. 327b, al. 1 CO). Les frais d'usage et d'entretien comprennent les dépenses concernant l'essence, l'huile, les services périodiques, les réparations, etc²⁹⁶². L'employeur ne répond de ces frais qu'en proportion de la part qui correspond à l'utilisation professionnelle du véhicule, de sorte que si le travailleur est autorisé à utiliser le véhicule **à titre privé**, un partage des frais peut intervenir²⁹⁶³. En l'absence de convention écrite contraire, les autres frais incombent entièrement à l'employeur, même lorsque le travailleur est autorisé à utiliser le véhicule à des fins privées²⁹⁶⁴.

Il en va notamment ainsi de l'amortissement ou du leasing du véhicule, de même que de la prime d'assurance contre la responsabilité civile, dès lors que le risque d'accident dans l'utilisation professionnelle du véhicule est à la charge de l'employeur, qu'il s'agisse d'ailleurs d'un véhicule de service ou de celui du travailleur²⁹⁶⁵.

1552 S'il fournit le véhicule d'entente avec l'employeur, le travailleur a droit en outre au paiement des impôts sur le véhicule et des primes d'assurance contre la responsabilité civile, ainsi qu'à une indemnité d'usure équitable, dans la mesure où le véhicule sert à l'exécution du travail (art. 327b, al. 2 CO).

1553 Une application par analogie du régime du véhicule à moteur aux outils informatiques tels qu'**ordinateur** ou **téléphone portable** paraît cohérent.

²⁹⁵⁹ TF, 13 décembre 2004, 4C.315/2004, cons. 2.2.

²⁹⁶⁰ *Ibidem*.

²⁹⁶¹ Cedric Berger/Louis Muskens, « Prétentions civiles à la suite d'une condamnation pénale », PJA 2015 903.

²⁹⁶² TF, 13 décembre 2004, 4C.315/2004, cons. 2.2 ; TF, 17 octobre 2005, 4C. 24/2005, cons. 6.1.

²⁹⁶³ *Ibidem*.

²⁹⁶⁴ *Ibidem*.

²⁹⁶⁵ *Ibidem*.

B. Sanction

Les accords en vertu desquels le travailleur supporte lui-même tout ou partie de ses frais nécessaires sont **nuls** (art. 327a, al. 3 CO). Cette disposition est impérative²⁹⁶⁶.

1554

Sont nuls tant l'accord selon lequel le travailleur s'engagerait à rembourser à l'employeur les dépenses nécessaires à l'exécution du travail, que celui par lequel le travailleur s'engagerait à pourvoir directement au règlement de ce type de dépenses à l'égard de tiers²⁹⁶⁷. Ces règles s'appliquent également aux véhicules²⁹⁶⁸.

C. Échéance

Le remboursement des frais a lieu en même temps que le paiement du salaire sur la base du décompte établi par le travailleur, à moins qu'un délai plus court ne soit convenu ou usuel (art. 327c, al. 1 CO).

1555

Lorsque l'accomplissement de ses obligations contractuelles impose régulièrement des frais au travailleur, l'employeur lui fait une avance convenable pour les frais à couvrir, à intervalles déterminés et en tous cas chaque mois (art. 327c, al. 2 CO).

Le fait de réclamer le remboursement des frais, en l'occurrence de transport et de téléphone, peu de temps avant la fin du contrat, pour une période remontant sur plusieurs années, ne saurait constituer à lui seul un abus de droit manifeste de la part du travailleur²⁹⁶⁹. Il n'y a pas violation de l'article 2, alinéa 2 du code civil par un employé, qui introduit son action en justice plus de deux ans et demi après la cessation des rapports de travail, pour les prestations non prescrites, alors que le contrat de travail avait duré près de vingt-cinq ans et qu'il n'avait formulé aucune réclamation²⁹⁷⁰, ou lorsqu'un représentant de commerce réclame des indemnités de repas quelques semaines après la fin du contrat, pour une période remontant à quinze mois²⁹⁷¹.

1556

§ 2 : Les frais forfaitaires

Un accord écrit, un contrat-type ou une convention collective peuvent autoriser les parties à remplacer le remboursement des frais effectifs par une indemnisation **forfaitaire** et **périodique**, à condition qu'elle couvre au moins tous les frais

1557

²⁹⁶⁶ TF, 13 décembre 2004, 4C.315/2004, cons. 2.2.

²⁹⁶⁷ TF, 21 avril 1998, ATF 124 III 305, cons. 5.

²⁹⁶⁸ TF, 13 décembre 2004, 4C.315/2004, cons. 2.2.

²⁹⁶⁹ TF, 17 octobre 2005, 4C. 24/2005, cons. 2.3.

²⁹⁷⁰ TF, 26 janvier 2005, 4P.256/2004, cons. 3 ; TF, 17 octobre 2005, 4C. 24/2005, cons. 2.3.

²⁹⁷¹ TF, 13 décembre 2004, 4C.315/2004, cons. 6.2.

effectivement encourus par le travailleur (art. 327a, al. 2 CO)²⁹⁷².

Ainsi, si le forfait n'est pas assez élevé pour couvrir les frais effectifs, l'employeur doit rembourser la différence. L'employeur ne peut en tout cas pas invoquer l'absence d'objection de la part du travailleur si ce dernier ne pouvait raisonnablement pas se rendre compte du caractère insuffisant du forfait convenu²⁹⁷³.

1558 Le remboursement des frais imposés par l'exécution du travail ne fait normalement pas partie de la rémunération du travailleur. Lorsque le remboursement des frais se fait sous forme d'indemnité forfaitaire, il peut cacher un « salaire déguisé ». Connaître la véritable rémunération du travailleur implique donc d'interpréter la volonté des parties²⁹⁷⁴. L'indemnité forfaitaire de remboursement des frais, si elle représente en réalité un « salaire déguisé », devra être versée en cas d'empêchement de travailler, de vacances ou de libération de l'obligation de travailler pendant le délai de congé²⁹⁷⁵.

1559 **Frais forfaitaires négociés avec l'administration fiscale.** L'administration accepte parfois la négociation de frais forfaitaires pour certains hauts revenus (parfois appelés « frais de représentation »)²⁹⁷⁶, admis en franchise de cotisations sociales indépendamment de la justification effective de l'allocation des montants concernés. Cette réglementation crée une « niche sociale », qui brise la logique de la solidarité dans le prélèvement des cotisations sociales.

§ 3 : Autres prestations remboursées par l'employeur

1560 L'employeur peut choisir de rembourser d'autres prestations.

Par exemple, un contrat-type peut prévoir qu'en principe, l'employeur doit supporter les frais d'un examen médical du travailleur lors de son entrée en service et à intervalle régulier en cours d'emploi²⁹⁷⁷.

En outre, si l'employeur entend imposer une consultation médicale au travailleur, il doit prendre en charge les frais correspondants.

²⁹⁷² TF, 4 mai 2005, 4C.42/2005, ATF 131 III 439, JT 2006 I 35, PJA 2005 1279, com. Koller *in* RJB 2006 436, cons. 4 ; TF, 29 avril 2015, 4A_86/2015, cons. 4.1.

²⁹⁷³ TF, 17 octobre 2005, 4C. 24/2005, cons. 2.3.

²⁹⁷⁴ CJ/GE, 20 décembre 2013, CAPH/128/2013, cons. 3.1.

²⁹⁷⁵ *Ibidem*.

²⁹⁷⁶ Cf. par exemple pour l'administration fiscale cantonale genevoise : Information n° 6/2005 « Frais de représentation des employés dans le cadre de leur activité professionnelle et prise en charge par leur employeur - Conditions à l'admission d'une prise en charge calculée de manière forfaitaire et traitement fiscal de celle-ci ».

²⁹⁷⁷ Ex : contrat-type de travail fédéral du 16 janvier 1985 pour les éducateurs employés dans des foyers et internats, article 21 ; voir également contrat-type de travail pour le personnel soignant, article 8.

Section 3 : Les droits de propriété intellectuelle

Les droits de propriété intellectuelle du travailleur se trouvent au carrefour de deux sortes de droits d'inspiration différente, qui obéissent à des méthodes autonomes : le droit du travail et le droit de la propriété intellectuelle²⁹⁷⁸. L'enjeu consiste à déterminer à qui doit être attribuée la propriété d'une invention et comment le salarié sera rétribué pour son invention, s'il doit l'être, laquelle est porteuse de richesse pour l'entreprise. Le régime retenu doit idéalement favoriser l'exploitation économique des inventions tout en encourageant les salariés à créer.

1561

Les droits de propriété intellectuelle pertinents en droit du travail comprennent les **biens matériels** (§ 1), les **inventions** et les **designs** (§ 2), les **logiciels** (§ 3) et les **œuvres** (§ 4).

§ 1 : Biens matériels

Lorsqu'il crée des biens matériels par son travail, le travailleur doit les remettre immédiatement à l'employeur (art. 321b, al. 2 CO). Autrement dit, le travailleur doit remettre à l'employeur tout ce qu'il produit dans le cadre de son travail, y compris les plans, les calculs et les esquisses²⁹⁷⁹. Comme le précise la jurisprudence, le droit au résultat de l'activité professionnelle exercée par le travailleur appartient à l'employeur²⁹⁸⁰.

1562

§ 2 : Inventions et designs

Une **invention** est une solution nouvelle, non encore comprise dans l'état de la technique (art. 1, al. 1 de la loi sur les brevets d'invention). Une invention peut faire l'objet d'un brevet dans certain cas.

1563

Un **design** est un produit ou une partie de produit caractérisé notamment par la disposition de lignes, de surfaces, de contours ou de couleurs, ou par le matériau utilisé (art. 1 LDesign).

En droit du travail, on distingue les inventions et designs dits « de service » (A), les inventions et designs réservés (B) et les inventions et designs libres (C).

1564

Le régime des inventions et designs est applicable par analogie aux **obtentions végétales**, étant précisé que si plusieurs personnes ont créé ensemble une variété, le droit leur appartient en commun (art. 9 de la loi sur la protection des obtentions végétales).

²⁹⁷⁸ Albert Chavanne, « Les inventions de salariés », *Dr. soc.* 1980. 1.

²⁹⁷⁹ TF, 4 décembre 2007, 4A_310/2007, JAR 2008 312, DTA 2008 36, cons. 5.1.

²⁹⁸⁰ *Ibidem*.

A. Les inventions et designs de service

1) Définition

1565 Les inventions et designs de service sont ceux que le travailleur a créés, ou à l'élaboration desquels il a pris part, dans l'exercice de son activité au service de l'employeur et conformément à ses obligations contractuelles (art. 332, al. 1 *in initio* CO).

1566 L'invention de service doit donc réaliser deux conditions : elle doit être faite ***dans l'exercice de l'activité au service de l'employeur***, et ***en vertu d'une obligation contractuelle***. Ces critères sont interdépendants, en ce sens que si le travailleur accomplit une obligation contractuelle, il agit forcément dans l'exercice de son activité²⁹⁸¹.

1567 Selon la jurisprudence, il doit exister un ***rapport de connexité étroite*** entre l'activité exercée par l'employé et l'invention²⁹⁸². Il faut par ailleurs rechercher si le travailleur avait l'obligation contractuelle de déployer une activité inventive, la convention à ce sujet pouvant être expresse ou se déduire des circonstances²⁹⁸³. Entrent en considération les circonstances de l'engagement, les directives données à l'employé, la position de celui-ci, l'importance de son salaire, sa formation et ses connaissances particulières, le degré d'indépendance dans l'exécution de son travail, les ressources logistiques et financières à disposition, le but social de l'entreprise qui l'emploie²⁹⁸⁴.

2) Régime

1568 Les inventions et designs de service ***appartiennent à l'employeur***, qu'ils puissent être protégés ou non (art. 332, al. 1 *in fine* CO).

Le droit suisse du travail ne prévoit pas d'indemnité obligatoire, en sus du salaire, pour les inventions de service.

1569 Lorsqu'il s'agit de protéger juridiquement une invention par un brevet, l'inventeur peut valablement, avant même le dépôt d'une demande de brevet, transférer à une autre personne le droit d'introduire cette demande puis de devenir titulaire du brevet²⁹⁸⁵ ; ce transfert n'est soumis à aucune condition de forme. Déjà avant l'achèvement de l'invention et la naissance du droit au brevet correspondant, l'inventeur peut donc

²⁹⁸¹ TF, 6 novembre 2012, 4A_691/2011, cons. 3.1.

²⁹⁸² TF, 2 juin 1946, ATF 72 II 270, JT 1947 I 618, SJ 1947 1, cons. 4 (appliquant l'ancien art. 343 CO) ; cf. TF, 6 novembre 2012, 4A_691/2011, cons. 3.1 ; TF, 23 novembre 2015, 6B_310/2014, com. Benhamou *in sic!* 2013 240, cons. 3.4.1.

²⁹⁸³ TF, 26 mai 1931, ATF 57 II 304, cons. 2 ; TF, 23 avril 1974, ATF 100 IV 167, cons. 1 ; TF, 23 novembre 2015, 6B_310/2014, com. Benhamou *in sic!* 2013 240, cons. 3.4.1.

²⁹⁸⁴ TF, 6 novembre 2012, 4A_691/2011, cons. 3.1 ; TF, 23 novembre 2015, 6B_310/2014, com. Benhamou *in sic!* 2013 240, cons. 3.4.1

²⁹⁸⁵ TF, 30 mai 2001, ATF 127 III 461, cons. 4a.

convenir avec une autre personne que ce droit lui appartiendra d'emblée ; selon la jurisprudence, c'est le régime ordinairement prévu par l'article 332, alinéa 1 du code des obligations dans les relations entre travailleur et employeur²⁹⁸⁶. L'inventeur peut aussi s'obliger valablement et par avance à exécuter, le moment venu, les actes éventuellement nécessaires à un transfert du droit au brevet²⁹⁸⁷. Même en l'absence de clause contractuelle, sur le fondement de son devoir de fidélité, le travailleur a l'obligation, même après la fin du rapport d'emploi, de signer les documents nécessaires à l'obtention de la protection juridique de l'invention par son employeur, tant en Suisse qu'à l'étranger²⁹⁸⁸.

B. Les inventions et designs liés

1) Définition

Les inventions et designs liés sont ceux que le travailleur a créés ***dans l'exercice de son activité au service de l'employeur***, mais ***en dehors de l'accomplissement de ses obligations contractuelles*** (art. 332, al. 2 CO), c'est-à-dire « de manière occasionnelle ou fortuite »²⁹⁸⁹.

1570

2) Régime

Contrairement aux inventions de service, les inventions liées n'appartiennent pas de droit à l'employeur. Toutefois, l'employeur peut se réserver un droit sur ces inventions, à condition de respecter, pour ce faire, la forme écrite (art. 332, al. 2 CO). Le bénéfice lui en sera alors réservé.

1571

Le travailleur qui a fait une invention ou créé un design réservé par l'employeur doit en informer ce dernier par écrit (art. 332, al. 3, *in initio* CO). L'employeur dispose alors de six mois pour faire savoir au travailleur, par écrit, s'il entend acquérir l'invention ou le design ou le laisser en tirer profit (art. 332, al. 3, *in fine* CO).

Si l'invention ou le design n'est pas laissé au travailleur, l'employeur lui verse une ***rétribution spéciale équitable***, compte tenu de toutes les circonstances, notamment de la valeur économique de l'invention ou du design, de la collaboration de l'employeur et de ses auxiliaires, de l'usage qui a été fait de ses installations, ainsi que des dépenses du travailleur et de sa situation dans l'entreprise (art. 332, al. 4 CO).

1572

²⁹⁸⁶ TF, 7 janvier 2015, 4A_442/2014, cons. 4.

²⁹⁸⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸⁸ TF, 15 avril 2015, 4A_688/2014, cons. 3.3.4.

²⁹⁸⁹ Nathalie Tissot, in Commentaire Dunand/Mahon, N 7 *ad* art. 332 CO.

C. Inventions et designs libres

- 1573 Les inventions et designs libres sont ceux qui sont créés par le travailleur hors de l'exercice de son activité au service de l'employeur, ainsi que ceux que le travailleur a créés dans l'exercice de son activité au service de l'employeur, mais en dehors de l'accomplissement de ses obligations contractuelles, et que l'employeur ne s'est pas réservés par écrit.

Les inventions et designs libres appartiennent entièrement au travailleur.

§ 3 : Logiciels

- 1574 L'employeur est seul autorisé à exercer les droits exclusifs d'utilisation sur le logiciel créé par le travailleur dans l'exercice de son activité au service de l'employeur et conformément à ses obligations contractuelles (art. 17 LDA).

À l'inverse, dans l'hypothèse où le logiciel a été créé par le travailleur dans l'exercice de son activité au service de l'employeur, mais en dehors de ses obligations contractuelles, les parties sont libres de décider de l'usage et de la rémunération y relative.

§ 4 : Œuvres salariées

- 1575 Le régime des œuvres salariées diffère de celui des inventions salariées²⁹⁹⁰.

Une œuvre salariée est avant tout une *œuvre*, c'est-à-dire une « création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel » (art. 2, al. 1 LDA).

Pour qu'il y ait œuvre, sont donc nécessaires tout à la fois un résultat tangible, qui soit le produit d'une activité intellectuelle et qui présente une certaine individualité. Une œuvre peut être un produit de la langue, de la musique, des beaux-arts, de la science, de la technique, de l'architecture, de la photographie, de l'informatique, etc²⁹⁹¹. L'auteur d'une œuvre est obligatoirement une personne physique (art. 6 LDA).

- 1576 À une œuvre sont attachés des droits moraux et des droits patrimoniaux. Les **droits moraux** sont le droit de paternité (art. 9, al. 1 LDA) et le droit à l'intégrité de l'œuvre (art. 11 LDA). Quant aux **droits patrimoniaux**, ils permettent à l'auteur de tirer des revenus de son œuvre (cf. art. 10, al. 2 et art. 2, al. 2, f LDA).

- 1577 Les droits patrimoniaux peuvent être transférés par contrat (art. 16, al. 1 LDA), sous forme de cession (notamment de cession exclusive) ou de licence. L'auteur décide seul

²⁹⁹⁰ Cf. TF, 16 mars 1948, ATF 74 II 106, JT 1949 I 162 ; Zoé Seiler, « Œuvres et contrat de travail », SJ 2012 II 101 ; Katharina Rüdinger, *Der Urheber im Arbeitsverhältnis aus rechtsvergleichender Sicht*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1995, p. 72 ; Manfred Rehbinder, « Der Arbeitnehmer als Urheber », ArbR 1995 53.

²⁹⁹¹ Cf. TF, 5 septembre 2003, 4C.117/2003 ; TF, 8 mai 2008, 4A_104/2008 ; TF, 1^{er} avril 2010, 4A_638/2009 ; TF, 25 novembre 2010, 4A_522/2010.

d'octroyer un ou plusieurs droits, de l'étendue des droits cédés et de la durée de la cession. L'article 16, alinéa 2 de la loi sur les droits d'auteur dispose : « Sauf convention contraire, le transfert d'un des droits découlant du droit d'auteur n'implique pas le transfert d'autres droits partiels. » Cette disposition consacre la **théorie de la finalité**. Il s'agit d'une règle protectrice de l'auteur, en ce sens que tout transfert de droit est présumé limité au but de la transaction²⁹⁹².

Les œuvres créées dans le cadre d'un rapport de travail et en exécution des obligations contractuelles du travailleur sont qualifiées d'œuvres de service. Dès lors qu'il n'existe pas, en droit suisse, de *lex specialis* pour les œuvres salariées, les règles générales du droit d'auteur sont applicables²⁹⁹³.

Ainsi, l'employeur, s'il souhaite jouir des droits patrimoniaux de l'auteur, doit se faire céder ces droits. Le contrat de travail peut prévoir une cession des droits d'auteur du travailleur pour l'utilisation de l'œuvre en faveur de l'employeur²⁹⁹⁴. Pour identifier si une cession a eu lieu, il est parfois nécessaire d'interpréter la volonté des parties (art. 18 CO).

S'il est impossible d'identifier la volonté des parties, alors la théorie de la finalité s'applique. Elle emporte cession à l'employeur des droits d'auteur nécessaires à l'accomplissement du but du contrat de travail²⁹⁹⁵.

Chapitre 2 : La protection du travailleur

À côté du paiement de la contrepartie patrimoniale du travail, la deuxième obligation majeure de l'employeur consiste en la protection de la **santé** et de l'**intégrité** (**Section 1**) et, plus généralement, de la **personnalité** (**Section 2**) du travailleur.

Section 1 : La protection de la santé et de l'intégrité du travailleur

L'**ensemble des travailleurs** est protégé par des règles relatives à la santé et à l'intégrité (§ 1). Certaines catégories de travailleurs font en outre l'objet de **protections renforcées** (§ 2).

²⁹⁹² Zoé Seiler, « Œuvres et contrat de travail », SJ 2012 II 107.

²⁹⁹³ Zoé Seiler, « Œuvres et contrat de travail », SJ 2012 II 101.

²⁹⁹⁴ Tercier/Bieri/Carron, p. 403 ; Wyler/Heinzer p. 436.

²⁹⁹⁵ Zoé Seiler, *Cinéma : droit d'auteur et droit du travail*, Genève, Slatkine, 2012.

§ 1 : La protection générale

1582 **Sources.** La protection de la santé et de l'intégrité des travailleurs est consacrée tant par le droit du contrat de travail que par la législation industrielle et le droit des assurances sociales. D'autres lois de droit public ajoutent des protections supplémentaires.

A. Principes de protection

1583 L'employeur doit « manifester les égards voulus » pour la santé du travailleur (art. 328, al. 1, 1^e phr. *in fine* CO). Plus précisément, il doit prendre, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui (art. 328, al. 2 CO).

1584 La loi sur le travail redouble cette obligation, en disposant que « pour protéger la santé des travailleurs, l'employeur est tenu de prendre toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise » (art. 6, al. 1, 1^e phr. LTr). L'employeur « doit en outre prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle des travailleurs » (art. 6, al. 1, 2^e phr. LTr). Concrètement, l'employeur doit notamment aménager ses installations et régler la marche du travail de manière à préserver autant que possible les travailleurs des dangers menaçant leur santé et du surmenage (art. 6, al. 2 LTr).

1585 Sauf exceptions (art. 2 OPA), toutes les « entreprises » – ce par quoi on entend la situation où un employeur occupe un ou plusieurs travailleurs, de façon durable ou temporaire, en faisant ou non usage d'installations ou d'équipements fixes (art. 1, al. 2 OPA) – doivent respecter des prescriptions sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles (art. 1, al. 1 OPA). Ainsi, l'employeur est tenu, pour assurer et améliorer la sécurité au travail, de prendre toutes les dispositions et mesures de protection imposées par la loi ou les autorités et de respecter les règles reconnues en matière de technique de sécurité et de médecine du travail (art. 1, al. 2 OPA).

1586 En synthèse, la jurisprudence retient qu'il appartient à l'employeur de garantir la sécurité de ses travailleurs, de prendre toutes les mesures nécessaires et utiles pour prévenir les accidents professionnels²⁹⁹⁶ et de leur fournir les instructions nécessaires à assurer leur sécurité²⁹⁹⁷. Il n'incombe pas aux travailleurs d'identifier les risques, mais c'est bien à l'employeur qu'il revient de rendre ses travailleurs attentifs à tous les risques inhérents au travail²⁹⁹⁸. L'employeur viole son devoir d'assistance s'il ne prend pas les mesures nécessaires à la protection de la santé du travailleur, alors qu'il en

²⁹⁹⁶ TF, 6 juillet 2015, 4A_189/2015, cons. 3.

²⁹⁹⁷ TF, 13 juin 2016, 4A_21/2016.

²⁹⁹⁸ TF, 19 janvier 1976, ATF 102 II 18, cons. 1 ; TF, 13 juin 2016, 4A_21/2016.

aurait la possibilité selon l'état de la technique et que l'on peut équitablement exiger de lui qu'il le fasse eu égard à l'ensemble des circonstances²⁹⁹⁹.

B. Mise en œuvre formelle de la protection

1) Information, consultation, collaboration et formation des travailleurs

Information. L'employeur doit veiller à ce que tous les travailleurs occupés dans son entreprise, y compris ceux provenant d'une entreprise tierce, soient informés de manière suffisante et appropriée des risques auxquels ils sont exposés dans l'exercice de leur activité, et instruits des mesures de sécurité au travail (art. 5, al. 1, 1^e phr. OLT 3 ; art. 6, al. 1, 1^e phr. OPA).

1587

L'information et l'instruction doivent être dispensées lors de l'entrée en service ainsi qu'à chaque modification importante des conditions de travail ; elles doivent être répétées si nécessaire (art. 5, al. 1, 2^e phr. OLT 3 ; art. 6, al. 1, 2^e phr. OPA). L'information et l'instruction doivent se dérouler pendant les heures de travail et ne peuvent être mises à la charge des travailleurs (art. 5, al. 3 OLT 3 ; art. 6, al. 4 OPA).

Consultation. En outre, les travailleurs, ou leurs représentants au sein de l'entreprise, doivent être consultés suffisamment tôt et de manière globale sur toutes les questions concernant la protection de la santé (art. 6, al. 1 OLT 3 ; art. 6a, al. 1 OPA). Ils ont le droit de faire des propositions avant que l'employeur ne prenne une décision. L'employeur doit justifier sa décision lorsqu'il ne tient pas compte ou ne tient compte qu'en partie des objections et propositions des travailleurs ou de leurs représentants dans l'entreprise (art. 6, al. 2 OLT 3 ; art. 6a, al. 2 OPA).

1588

Collaboration. L'employeur doit faire collaborer les travailleurs aux mesures de protection de la santé ; ces derniers sont tenus de le seconder dans l'application des prescriptions sur la protection de la santé (art. 6, al. 3 LTr). L'employeur doit en outre veiller à ce que les travailleurs observent les mesures relatives à la sécurité au travail (art. 5, al. 2 OLT 3 ; art. 6, al. 3 OPA). Les travailleurs sont également tenus de suivre les directives de l'employeur en matière de sécurité au travail et d'observer les règles de sécurité généralement reconnues (art. 11, al. 1, 1^e phr. OPA). Ils doivent en particulier utiliser les équipements de protection individuelle et s'abstenir de porter atteinte à l'efficacité des installations de protection (art. 11, al. 1, 2^e phr. OPA).

1589

Formation. Lorsque l'employeur confie à un travailleur certaines tâches relatives à la sécurité au travail, il doit le former de manière appropriée, parfaire sa formation et lui donner des compétences précises et des instructions claires (art. 7, al. 1, 1^e phr. OPA). Le temps nécessaire à la formation et au perfectionnement est en principe considéré comme temps de travail (art. 7, al. 1, 2^e phr. OPA).

1590

L'employeur ne peut confier des travaux comportant des dangers particuliers qu'à des travailleurs ayant été formés spécialement à cet effet (art. 8, al. 1 OPA).

²⁹⁹⁹ TF, 8 février 2006, 4C.354/2005, ATF 132 III 257, cons. 6.

2) Prévention

1591 Une prévention spécifique dans le domaine de la médecine du travail existe (art. 70 OPA), l'employeur devant veiller à ce que les travailleurs auxquels s'appliquent les prescriptions sur la prévention dans le domaine de la médecine du travail soient soumis à des examens médicaux préventifs (art. 71, al. 1 OPA). Lorsque des éléments font apparaître que l'activité exercée par un travailleur porte atteinte à sa santé, une enquête relevant de la médecine du travail doit être menée (art. 3, al. 1^{bis} OPA).

Ainsi, l'employeur doit faire appel à des médecins du travail et autres spécialistes de la sécurité au travail lorsque la protection de la santé des travailleurs et leur sécurité l'exigent (art. 11a OPA).

En toute hypothèse, les travailleurs doivent être renseignés sur les tâches et les fonctions des spécialistes de la sécurité au travail occupés dans l'entreprise (art. 6, al. 2 OPA).

3) Inspections, contrôles et sanctions

1592 L'employeur peut toujours demander conseil à l'organe d'exécution compétent au sujet des mesures de sécurité qu'il doit prendre (art. 60, al. 2 OPA).

Les autorités peuvent effectuer des visites d'entreprises, qui peuvent avoir lieu avec ou sans préavis (art. 61, al. 1, 1^e phr OPA). L'employeur est tenu de permettre aux organes d'exécution compétents, pendant les heures de travail et, en cas d'urgence, également en dehors de celles-ci, d'accéder à tous les locaux et postes de travail, d'effectuer des vérifications et de prélever des échantillons (art. 61, al. 1, 2^e phr OPA).

Les travailleurs ou leurs représentants au sein de l'entreprise doivent, à leur demande, être associés d'une manière appropriée aux visites d'entreprises et enquêtes effectuées par les autorités (art. 6, al. 3, 1^e phr. OLT 3 ; art. 6a, al. 3, 1^e phr. et art. 61, al. 1^{bis} OPA). L'employeur doit les informer des exigences formulées par ces dernières (art. 6, al. 3, 2^e phr. OLT 3 ; art. 6a, al. 3, 2^e phr. OPA).

Les organes d'exécution sont autorisés à interroger l'employeur et, hors de la présence de tiers, les travailleurs occupés dans l'entreprise, sur l'application des prescriptions relatives à la sécurité au travail (art. 61, al. 2 OPA).

Les employeurs et les travailleurs sont tenus de fournir aux organes d'exécution tous les renseignements dont ils ont besoin pour surveiller l'application des prescriptions sur la sécurité au travail (art. 61, al. 3, 1^e phr OPA). Si des investigations spéciales sont nécessaires, l'organe d'exécution peut exiger de l'employeur un rapport d'expertise technique (art. 61, al. 3, 2^e phr OPA).

Des procédures d'avertissement (art. 62 OPA) et de plaintes (art. 63 OPA) peuvent déboucher notamment sur des décisions (art. 64 OPA), et même des mesures de contrainte (art. 67 OPA).

C. Mise en œuvre matérielle de la protection

1) Lieux de travail

L'employeur est tenu de donner toutes les directives et de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer et d'améliorer la protection de la santé physique et psychique. Il doit en particulier faire en sorte que les conditions de travail soient bonnes en matière d'ergonomie et de protection de la santé, que la santé ne subisse pas d'atteintes dues à des influences physiques, chimiques ou biologiques, que des efforts excessifs ou trop répétitifs soient évités et que le travail soit organisé d'une façon appropriée (art. 2, al. 1 OLT 3). Cette disposition énumère un certain nombre de mesures que l'employeur est tenu de prendre afin d'assurer et d'améliorer la protection de la santé physique et psychique des travailleurs³⁰⁰⁰.

1593

Bâtiments et installations. Des exigences de sécurité sont imposées aux bâtiments et constructions, en matière de capacité de charge (art. 12 OPA), d'aménagement et de nettoyage (art. 13 OPA), de sols (art. 14 OPA), de parois et portes vitrées (art. 15 OPA), d'escaliers (art. 16 OPA), de toits (art. 17 OPA), d'échelles (art. 18 OPA), de passages (art. 19 OPA), de voies d'évacuation (art. 20 OPA), de garde-corps et balustrades (art. 21 OPA), etc. D'autres exigences interviennent en matière d'équipements de travail (art. 24 à 32b OPA) et de milieu de travail, comme l'aération (art. 33 OPA), le bruit et les vibrations (art. 34 OPA), l'éclairage (art. 35 OPA), les dangers d'explosion et d'incendie (art. 36 OPA), etc.

1594

En outre, les locaux doivent représenter un volume d'air suffisant (art. 12 OLT 3), la poussière doit être minimisée (cf. art. 13 et 14 OLT 3), l'éclairage doit être suffisant et adapté (art. 15 OLT 3), tout comme la ventilation (art. 16 et 17 OLT 3), etc.

Lorsque la sécurité des travailleurs ne peut plus être assurée d'une autre manière, l'employeur doit aller jusqu'à faire interrompre le travail dans les bâtiments ou les locaux concernés, aux emplacements de travail ou aux installations touchés, jusqu'à ce que le dommage ait été réparé ou le défaut supprimé, à moins que l'interruption du travail n'accroisse le danger (art. 4 OPA).

Bruit, vibrations et rayonnements. Le bruit et les vibrations doivent être évités ou combattus (art. 22 OLT 3). Les limites d'exposition des travailleurs au bruit et au rayonnement non ionisant dans les locaux professionnels prévues par le droit de l'environnement doivent être respectées (art. 2, al. 6, b OPB et art. 1, al. 3, a de OR-NI)³⁰⁰¹.

1595

³⁰⁰⁰ TF, 18 août 2017, 8C_638/2016, cons. 6.2.

³⁰⁰¹ Pascal Mahon/Eloi Jeannerat, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 16 *ad* art. 342 CO.

2) Équipements

1596

Les postes de travail et les équipements doivent être conçus et aménagés conformément aux principes de l'ergonomie (art. 23 OLT 3).

En particulier, l'espace libre autour des postes de travail doit être suffisant pour permettre aux travailleurs de se mouvoir librement durant leurs activités (art. 24, al. 1 OLT 3). Les postes de travail permanents doivent être conçus de façon à permettre aux travailleurs d'adopter une position naturelle du corps. Les sièges doivent être confortables et adaptés au travail à effectuer ainsi qu'au travailleur. Au besoin, des accoudoirs et des repose-pieds seront installés (art. 24, al. 2 OLT 3). Les postes de travail doivent être aménagés de manière à permettre aux travailleurs de travailler, si possible, assis ou alternativement assis et debout. Les personnes devant travailler debout disposeront de sièges qu'elles pourront utiliser de temps à autre (art. 24, al. 3 OLT 3). Les postes de travail doivent être aménagés de façon à ce que les installations d'exploitation ou les dépôts voisins ne soient pas préjudiciables à la santé des travailleurs; à cet effet, il conviendra de prendre des mesures appropriées telles que l'installation de parois de protection ou l'aménagement des postes de travail dans des locaux séparés (art. 24, al. 4 OLT 3). Les travailleurs doivent pouvoir bénéficier de la vue sur l'extérieur depuis leur poste de travail permanent (art. 24, al. 5 OLT 3).

Si des mesures d'ordre technique ou organisationnel ne permettent pas, ou que partiellement, d'éviter toute atteinte à la santé, l'employeur doit mettre à la disposition des travailleurs des équipements individuels de protection qui doivent être efficaces et dont le port peut être raisonnablement exigé des travailleurs (art. 27, al. 1 OLT 3).

Si des équipements de protection individuelle (casques de protection, protège-cheveux, lunettes et écrans de protection, protecteurs d'ouïe, appareils de protection des voies respiratoires, chaussures, gants et vêtements de protection, dispositifs de protection contre les chutes et la noyade, produits de protection de la peau et, au besoin, sous-vêtements spéciaux) (art. 5, al. 1, 1^e phr. OPA) sont nécessaires, l'employeur doit les mettre à la disposition des travailleurs, et veiller à ce que ces équipements soient toujours en parfait état et prêts à être utilisés (art. 5, al. 1, 2^e phr. OPA).

En particulier, les travailleurs doivent porter des vêtements de travail appropriés à l'activité qu'ils exercent (art. 38, al. 1, 1^e phr OPA). Les vêtements de travail souillés ou endommagés doivent être nettoyés ou réparés lorsqu'ils présentent un danger pour celui qui les porte ou pour d'autres travailleurs (art. 38, al. 1, 2^e phr OPA).

Des vestiaires doivent être aménagés en fonction des circonstances, dans lesquels tout travailleur disposera soit d'une armoire à vêtements suffisamment spacieuse et aérée, soit d'une penderie ouverte et d'un casier pouvant être fermé à clé (art. 30 OLT 3)

Des lavabos appropriés, pourvus en règle générale d'eau chaude et d'eau froide, ainsi que des produits de nettoyage adéquats, doivent être mis à la disposition des travailleurs à proximité des postes de travail et des vestiaires, tout comme des douches appropriées avec eau chaude et eau froide, qui doivent être installées en nombre suffisant à proximité des vestiaires lorsque les travailleurs exécutent des travaux salissants ou sont exposés à une forte chaleur (art. 31 OLT 3).

Les travailleurs doivent disposer d'un nombre suffisant de toilettes à proximité des postes de travail, des locaux de repos, des vestiaires et des douches ou des lavabos (art. 32 OLT 3).

En cas de besoin, notamment lorsqu'ils travaillent de nuit ou par équipes, les travailleurs doivent pouvoir disposer de réfectoires et de locaux de séjour adéquats et calmes ; ceux-ci doivent si possible être éclairés naturellement, donner sur l'extérieur et être séparés des postes de travail (art. 33, al. 1 OLT 3).

Les femmes enceintes et les mères allaitantes doivent pouvoir s'allonger et se reposer dans des conditions adéquates (art. 34 OLT 3).

De l'eau potable doit être disponible à proximité des postes de travail. Lorsque les conditions de travail l'exigent, les travailleurs doivent en outre pouvoir se procurer d'autres boissons sans alcool (art. 35 OLT 3).

Les moyens nécessaires aux premiers secours doivent être disponibles en permanence, compte tenu des dangers résultant de l'exploitation, de l'importance et de l'emplacement de l'entreprise. Le matériel de premiers secours doit être facilement accessible et être disponible dans tous les endroits où les conditions de travail le requièrent (art. 36 OLT 3).

Les bâtiments, les locaux, les entrepôts, les passages, les installations d'éclairage, d'aspiration et de ventilation, les postes de travail, les installations d'exploitation, les équipements de protection et les installations sanitaires doivent être maintenus propres et en bon état de marche. Les installations, les appareils, les outils et les autres moyens nécessaires au nettoyage et à l'entretien doivent être disponibles (art. 37 OLT 3).

3) Entreprises industrielles

Des exigences renforcées concernent les entreprises industrielles – ainsi que certaines entreprises non industrielles mais exposées à des risques importants (art. 8 LTr) –, dont les plans doivent être soumis à l'approbation de l'autorité cantonale du travail (art. 7, al. 1 LTr).

1597

L'autorité cantonale ne donne son approbation que lorsque les plans sont conformes aux prescriptions ; au besoin, elle subordonne son approbation à la condition que l'employeur prenne des mesures de protection spéciales (art. 7, al. 2 LTr).

En particulier, l'aménagement de postes de travail permanents dans des locaux situés au-dessous du niveau du sol ou démunis de fenêtres ne peut être autorisé que dans des cas d'exception dûment motivés (art. 4 OLT 4).

4) Protection contre l'alcool et le tabac

L'employeur doit veiller à ce que le travailleur ne soit pas obligé de consommer des boissons alcooliques ou d'autres substances psychotropes dans l'exercice de son activité professionnelle (art. 6, al. 2^{bis} LTr).

1598

En outre, il est interdit de fumer dans les espaces fermés qui servent de lieu de travail à plusieurs personnes (art. 2, al. 1 de la loi sur la protection contre le tabagisme passif).

L'exploitant peut autoriser à fumer dans des locaux spécialement aménagés dans lesquels aucun employé ne travaille, pour autant qu'ils soient isolés des autres espaces, désignés comme tels et dotés d'une ventilation adéquate (art. 2, al. 2, 1^e phr. de la loi sur la protection contre le tabagisme passif). À titre exceptionnel et sous réserve de leur accord explicite, des employés peuvent travailler dans les locaux fumeurs des établissements d'hôtellerie ou de restauration (art. 2, al. 2, 2^e phr. de la loi sur la protection contre le tabagisme passif).

§ 2 : Les protections renforcées

- 1599 La protection des enfants, des adolescents et des femmes est considérée par la Constitution de l'OIT comme une des conditions de travail les plus fondamentales (préambule, al. 2).

Les protections renforcées concernent les **jeunes travailleurs** – soit ceux qui ont moins de dix-huit ans (art. 29, al. 1 LTr)³⁰⁰² – (A), ainsi que les **femmes enceintes, accouchées et allaitantes** (B).

A. Les jeunes travailleurs

1) Protection de la santé et de la moralité des jeunes

- 1600 L'employeur doit avoir les égards voulus pour la santé des jeunes gens et veiller à la sauvegarde de la moralité. Il doit veiller notamment à ce qu'ils ne soient pas **surmenés** ni exposés à de **mauvaises influences** dans l'entreprise (art. 29, al. 2 LTr).
- 1601 Il peut notamment veiller à ce que les jeunes ne consomment pas de **drogue** au sein de l'entreprise et prendre des dispositions à cet égard dans le cadre de son pouvoir de direction (art. 321d CO). Toutefois, un dépistage général de drogue auprès de tous les apprentis d'une entreprise, au début de l'apprentissage et au hasard deux fois dans l'année, est disproportionné, surtout lorsqu'il ne peut se fonder sur le libre consentement des personnes concernées comme motif justificatif³⁰⁰³.
- 1602 Dans le cadre d'un contrat d'apprentissage, il faut se montrer particulièrement vigilant sur la protection de la personnalité des jeunes en formation, lesquels sont, en principe, confrontés pour la première fois à la vie professionnelle et se trouvent dans une situation de dépendance particulièrement marquée³⁰⁰⁴. Il est ainsi important que

³⁰⁰² Cf. également : Laura Bucher, Die Rechtsstellung der Jugendlichen im öffentlichen Recht, Schulthess, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Zurich / Bâle / Genève, Band / Nr. 211, 147.

³⁰⁰³ Commission fédérale de la protection des données, 29 août 2003, JAAC 68 (2004) n° 68, cons. 3 ; Jean-Philippe Dunand, in Commentaire Dunand/Mahon, N 92 ad art. 328b.

³⁰⁰⁴ TF, 30 juin 2008, 2C_103/2008, cons. 6.2.

l'employeur se concentre sur la formation à l'activité professionnelle envisagée (cf. art. 345a, al. 4 CO) et n'utilise pas sa fonction pour exercer sur l'apprenti une influence qui dépasserait le cadre du travail pour lequel celui-ci a été engagé³⁰⁰⁵.

2) Information des jeunes et de leurs parents

L'employeur doit veiller à ce que les jeunes occupés dans son entreprise soient suffisamment et convenablement **informés** et **instruits** par un adulte expérimenté, notamment sur la sécurité et la protection de la santé au travail. Il doit donner aux jeunes travailleurs les consignes et recommandations voulues et les leur expliquer dès leur entrée dans l'entreprise (art. 19, al. 1 OLT 5).

1603

Il doit informer les parents, ou la personne investie du droit d'éducation, des conditions de travail, des risques et des mesures prises pour protéger la santé et assurer la sécurité du jeune (art. 19, al. 2 OLT 5).

Lorsque le jeune travailleur tombe malade, est victime d'un accident ou est menacé dans sa santé physique ou morale, l'employeur doit en aviser le détenteur de l'autorité parentale ou le tuteur ; en attendant leurs instructions, il doit prendre les mesures qui s'imposent (art. 32, al. 1 LTr).

3) Travaux dangereux interdits aux jeunes

Afin de protéger la vie ou la santé des jeunes gens ou de sauvegarder leur moralité, leur emploi à certains travaux peut, par ordonnance, être interdit ou subordonné à des conditions spéciales (art. 29, al. 3 LTr).

1604

Ainsi, il est interdit d'employer des jeunes à des travaux dangereux (art. 4, al. 1 OLT 5), c'est-à-dire à des travaux qui, de par leur nature ou les conditions dans lesquelles ils s'exercent, sont susceptibles de nuire à la santé, à la formation, à la sécurité des jeunes ou à leur développement physique et psychique (art. 4, al. 2 OLT 5).

Ces travaux dangereux sont précisés dans une ordonnance du 4 décembre 2007 du DEFR sur les travaux dangereux pour les jeunes³⁰⁰⁶. L'ordonnance mentionne notamment les travaux qui exposent les jeunes à des sévices physiques, psychologiques, moraux ou sexuels, notamment la prostitution ou la participation à la production de matériel ou de scènes pornographiques (let. b), les travaux reposant sur un système de temps de travail qui, par expérience, est très contraignant, notamment le travail à la tâche (let. c), les travaux qui exposent les jeunes à des influences physiques dangereuses pour la santé (let. d), les travaux qui s'effectuent avec des machines, des équipements et des outils présentant des risques d'accidents dont on peut supposer que les jeunes, du fait de leur conscience insuffisante des risques ou de leur manque d'expérience ou de formation, ne peuvent ni les identifier ni les prévenir (let. g), les travaux comportant des risques importants d'incendie, d'explosion, d'accident, de

³⁰⁰⁵ *Ibidem*.

³⁰⁰⁶ RS 822.115.2.

maladie ou d'empoisonnement (let. h), les travaux qui s'effectuent sous terre, sous l'eau, à des hauteurs dangereuses, dans des espaces confinés ou comportant un risque d'éboulement (let. i), les travaux avec des animaux dangereux (let. j), l'abattage industriel d'animaux (let. k), le triage de matériaux usagés tels que le papier et le carton, ainsi que de linge sale et non désinfecté, de crins, de soies de porc et de peaux (let. l).

Cette ordonnance contient en outre une norme générale qui qualifie de travaux dangereux les travaux « qui dépassent objectivement les capacités physiques ou psychiques des jeunes » (art. 1, let. a).

Dans le domaine des rayonnements ionisants, l'article 36, alinéa 1 de l'ordonnance sur la radioprotection (ORaP)³⁰⁰⁷ prescrit que la dose effective reçue par les personnes âgées de seize à dix-huit ans exposées aux rayonnements dans l'exercice de leur profession ne doit pas dépasser 5 mSv par année.

B. Les femmes enceintes, accouchées et allaitantes

1605 Dès qu'une femme est enceinte, elle ne peut plus être occupée sans son consentement ; il en va de même pour les mères qui allaitent (art. 35a, al. 1 LTr). Concrètement, une femme enceinte peut, sur simple avis, se dispenser d'aller au travail ou le quitter (art. 35a, al. 2, 1^e phr. LTr).

Quant aux mères qui allaitent, elles doivent pouvoir disposer du temps nécessaire à l'allaitement (art. 35a, al. 2, 2^e phr. LTr)³⁰⁰⁸.

Les accouchées ne peuvent être occupées durant les huit semaines qui suivent l'accouchement ; ensuite, et jusqu'à la seizième semaine, elles ne peuvent l'être que si elles y consentent (art. 35a, al. 3 LTr).

L'employeur doit occuper les femmes enceintes et les mères qui allaitent de telle sorte que leur santé et la santé de l'enfant ne soient pas compromises et aménager leurs conditions de travail en conséquence (art. 35, al. 1 LTr : art. 60 et 61 OLT 1). Les femmes enceintes et les mères qui allaitent sont dispensées, à leur demande, des travaux qui sont pénibles pour elles (art. 64, al. 1 OLT 1).

1606 En outre, l'ordonnance peut interdire, pour des raisons de santé, l'occupation des femmes enceintes et des mères qui allaitent à des travaux pénibles ou dangereux, ou l'assortir de conditions particulières (art. 35, al. 2 LTr). Ainsi, un certain nombre de travaux sont considérés comme pénibles ou dangereux (cf. art. 62 OLT 1), à l'instar par exemple du déplacement de charges lourdes (art. 7 de l'ordonnance sur la protection de la maternité), de travaux exposant au froid, à la chaleur ou à l'humidité (art. 8 de l'ordonnance sur la protection de la maternité), de tâches imposant des mouvements ou des postures engendrant une fatigue précoce (art. 9 de l'ordonnance

³⁰⁰⁷ RS 814.501.

³⁰⁰⁸ Sur la rémunération de ce temps d'allaitement, cf. *supra*.

sur la protection de la maternité), etc. En outre, le travail à la tâche et le travail cadencé sont interdits si le rythme du travail est dicté par une machine ou une installation technique et ne peut pas être réglé par la travailleuse elle-même (art. 15 de l'ordonnance sur la protection de la maternité).

Durant les huit semaines qui précèdent l'accouchement, les femmes enceintes ne peuvent être occupées entre 20 heures et 6 heures (art. 35a, al. 4 LTr). L'employeur doit en principe leur proposer un horaire de jour (art. 35b LTr).

1607

Les femmes enceintes et les mères qui allaitent qui ne peuvent être occupées à certains travaux ont droit à 80 % de leur salaire, y compris une indemnité équitable pour la perte du salaire en nature, lorsqu'aucun travail équivalent ne peut leur être proposé (art. 35, al. 3 LTr).

Section 2 : La protection de la personnalité du travailleur

L'une des normes les plus cardinales du droit du travail est l'article 328 du code des obligations qui dispose : « L'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur. » La protection de la personnalité recouvre l'ensemble des valeurs essentielles, physiques, affectives et sociales liées à la personne humaine³⁰⁰⁹. Selon la jurisprudence, la protection de la personnalité revêt une importance particulière dans les rapports de travail, en raison du rapport de subordination du travailleur à l'égard de l'employeur³⁰¹⁰.

1608

Les droits d'origine germanique reconnaissent la protection de la personnalité sous la forme d'une institution particulière : la *Fürsorgepflicht*. Cette dernière fonctionne comme la forme essentielle de la *Treuepflicht* de l'employeur à l'égard du travailleur³⁰¹¹.

À cet égard, le fossé entre francophones et germanophones n'est pas négligeable. Traduire *Treuepflicht* par « devoir de fidélité » et *Fürsorgepflicht* par « protection de la personnalité », c'est s'interdire de comprendre la force expressive et concrète de ces notions, leur force institutionnelle même, en ce sens qu'elles manifestent non pas de simples « devoirs » ou « obligations juridiques » mais des façons de se comporter, des façons de vivre la relation de travail. *Treuepflicht* comme *Fürsorgepflicht* sont toutes deux des *Leitgedanken*³⁰¹². La *Treuepflicht* est ce qui s'oppose à concevoir la relation de travail comme une simple relation d'obligation juridique³⁰¹³. La *Treuepflicht*, c'est l'intervention de la dimension proprement communautaire qui devrait animer les

³⁰⁰⁹ TF, 30 juin 2008, 2C_103/2008, JAR 2009 290, cons. 6.2.

³⁰¹⁰ TF, 30 juin 2008, 2C_103/2008, cons. 6.2.

³⁰¹¹ Arthur Nikisch, *Arbeitsrecht*, (1^e éd. 1951), Tübingen, J. C. B. Mohr, 3^e éd., 1961, p. 470.

³⁰¹² Notion empruntée à Arthur Nikisch, *Arbeitsrecht*, (1^e éd. 1951), Tübingen, J. C. B. Mohr, 3^e éd., 1961, p. 446.

³⁰¹³ Cf. Arthur Nikisch, *Arbeitsrecht*, (1^e éd. 1951), Tübingen, J. C. B. Mohr, 3^e éd., 1961, p. 445 : « Solange man das Arbeitsverhältnis als reines Schuldverhältnis ansah, war für eine Treuepflicht im Grunde kein Raum (...). »

parties au rapport de travail l'une à l'égard de l'autre. Ainsi que l'a souligné le Conseil fédéral, « les rapports de service ne représentent pas seulement un échange de prestations, mais [...] créent aussi un lien de communauté »³⁰¹⁴. Dans cette perspective, la notion de « personnalité » est un relais logique, puisqu'elle est elle-même une notion juridique indéterminée, appelée à évoluer au gré des changements de conceptions que forme la société et qui sont reçues par le droit.

D'un point de vue plus institutionnel, il nous semble aujourd'hui légitime de parler, à propos de la protection de la personnalité, d'un « droit quasi-constitutionnel »³⁰¹⁵, à effet horizontal.

§ 1 : Domaine de la protection de la personnalité

- 1609 Outre la protection de la santé et de l'intégrité, que nous avons traitées spécifiquement, la protection de la personnalité comprend principalement la protection de la **dignité** du travailleur (A), de sa **liberté** (B), de sa **sphère privée** (C)³⁰¹⁶, ainsi que la protection **contre les discriminations** (D).

A. Dignité du travailleur

- 1610 La protection de la dignité du travailleur signifie que sa personne doit être respectée à l'occasion du rapport de travail, étant précisé que l'employeur répond du comportement de ses collaborateurs (art. 101 CO)³⁰¹⁷.
- 1611 En premier lieu, le travailleur ne doit, bien entendu, subir aucun des comportements pénalement incriminés tels que lésions corporelles, mise en danger, vol, injure, diffamation, menaces³⁰¹⁸, etc.
- 1612 La protection en droit du travail va plus loin que la simple protection offerte par le droit pénal. En effet, l'intégrité psychique est protégée, notamment la considération sociale³⁰¹⁹, l'honneur personnel et professionnel³⁰²⁰, la position et la réputation dans

³⁰¹⁴ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 353.

³⁰¹⁵ Nous empruntons, en la détournant de sa signification originelle, cette notion au droit canadien : cf. par exemple, Thérèse Rousseau Houle, « L'art de juger : sources et méthodologie. Ce que révèle l'œuvre du juge Louis LeBel », *Les Cahiers de droit*, vol. 57, n° 2, juin 2016, p. 243.

³⁰¹⁶ TF, 13 juillet 2004, 2A.118/2003, ATF 130 II 425, Pra 2005 538, RDAF 2005 I 674, cons. 3.3.

³⁰¹⁷ TF, 3 février 2015, 4A_381/2014, cons. 5 ; TF, 5 décembre 2016, 4A_439/2016, cons. 5.2.

³⁰¹⁸ Pour un exemple, cf. TF, 26 septembre 2017, 8C_732/2016, cons. 6.2 : constitue un manquement grave au devoir du travailleur d'entretenir des relations dignes et respectueuses au travail le fait de rédiger à l'intention d'une apprentie un message dans laquelle il la traite de « sale pute », de « petite moche qui pue la merde de chien », de « sale sorcière », de « pourriture du diable » et de « prostituée pour l'éternité ».

³⁰¹⁹ TF, 7 septembre 2004, 4C.116/2004, ATF 130 III 699, JT 2006 I 193, SJ 2005 I 152, Pra 2005 74 576, RDAF 2005 I 496, com. Koller *in* RJB 2005 328, com. Dunand *in* DTA 2005 93, com. Martenet *in* RDS 2006 I 426 et 432, cons. 5.2.

³⁰²⁰ TF, 30 avril 2012, 4A_99/2012, JAR 2013 229, cons. 2.2.1.

l'entreprise³⁰²¹, et même « l'estime dont jouit le travailleur qui a ou paraît avoir les qualités morales ou professionnelles jugées nécessaires par le milieu de travail auquel il appartient »³⁰²².

L'atteinte à la personnalité du travailleur peut résulter, par exemple, du comportement de l'ex-employeur qui, sans fondements, fait état auprès d'un employeur potentiel de la suspicion d'actes délictueux³⁰²³, ou de l'employeur qui évoque les raisons pour lesquelles il a licencié un salarié devant l'ensemble du personnel, en les invitant à éviter tout contact avec le salarié licencié³⁰²⁴. Autrement dit, l'employeur ne doit pas stigmatiser, de manière inutilement vexatoire et au-delà du cercle des intéressés, le comportement d'un travailleur³⁰²⁵.

1613

Selon la jurisprudence, il y a atteinte grave aux droits de la personnalité lorsque l'employeur formule des accusations lourdes qui se révèlent infondées alors qu'il ne disposait d'aucun indice sérieux ou n'avait fait aucune recherche en vue d'établir les faits³⁰²⁶. L'employeur ne doit pas formuler des accusations accablantes si ses soupçons ne reposent sur aucun élément sérieux³⁰²⁷. Même si les faits sont exacts, la stigmatisation à l'égard de tiers peut constituer, de la part de l'employeur, une violation de son devoir de protéger la personnalité du travailleur³⁰²⁸.

1614

Certaines formes d'attaques sont plus sournoises que des agressions directes, mais produisent des effets tout aussi dévastateurs. C'est ainsi que la jurisprudence a reconnu que le **harcèlement psychologique** contre un travailleur devait également être sanctionné³⁰²⁹ et engager la responsabilité de l'employeur³⁰³⁰.

1615

Le harcèlement psychologique (ou mobbing) se définit comme un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail³⁰³¹. La victime est souvent placée dans une situation où chaque acte pris individuellement peut éventuellement être considéré

1616

³⁰²¹ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 353.

³⁰²² Anne-Lise Saillen, *La Protection de la personnalité du travailleur au sens de l'article 328 al. 1 CO*, Lausanne, Imprimerie Graphus, 1981, p. 73.

³⁰²³ TF, 25 août 2016, 4A_90/2016, cons. 9.2.

³⁰²⁴ TF, 7 septembre 2004, 4C.116/2004, précité, cons. 5.2.

³⁰²⁵ TF, 28 avril 2011, 4A_53/2011, ATF 137 III 303, JT 2011 II 390, SJ 2011 I 453, JAR 2012 205, cons. 2.2.2 ; TF, 30 avril 2012, 4A_99/2012, JAR 2013 229, cons. 2.2.1.

³⁰²⁶ TF, 16 novembre 2005, 4C.253/2005, cons. 4.2 ; TF, 30 avril 2012, 4A_99/2012, JAR 2013 229, cons. 2.2.1.

³⁰²⁷ TF, 22 août 1997, 4C.543/1996, cons. 2a ; TF, 30 avril 2012, 4A_99/2012, JAR 2013 229, cons. 2.2.1.

³⁰²⁸ TF, 7 septembre 2004, 4C.116/2004, ATF 130 III 699, JT 2006 I 193, SJ 2005 I 152, Pra 2005 74 576, RDAF 2005 I 496, com. Koller *in* RJB 2005 328, com. Dunand *in* DTA 2005 93, com. Martenet *in* RDS 2006 I 426 et 432, cons. 5.2 ; TF, 30 avril 2012, 4A_99/2012, JAR 2013 229, cons. 2.2.1.

³⁰²⁹ TF, 3 février 2015, 4A_381/2014, cons. 5.

³⁰³⁰ TF, 13 octobre 1998, ATF 125 III 70, cons. 2a.

³⁰³¹ Pour un rappel récent de cette définition, cf. TF, 22 juin 2017, 8C_251/2017, cons. 5.1.

comme supportable, alors que l'ensemble des agissements constitue une déstabilisation de la personnalité, poussée jusqu'à l'élimination professionnelle de la personne visée³⁰³². Il n'y a pas harcèlement psychologique du seul fait qu'un conflit existe dans les relations professionnelles, qu'il règne une mauvaise ambiance de travail, ou encore du fait qu'un supérieur hiérarchique n'a pas satisfait pleinement et toujours aux devoirs qui lui incombent à l'égard de ses collaborateurs³⁰³³.

1617 Le harcèlement est généralement difficile à prouver, si bien que son existence peut être admise sur la base d'un faisceau d'indices convergents³⁰³⁴, tout en gardant à l'esprit qu'il peut n'être qu'imaginaire, sinon même être allégué abusivement pour tenter de se protéger contre des remarques et mesures justifiées³⁰³⁵.

1618 L'obligation de protection comprend notamment le devoir de l'employeur d'agir dans certains cas pour calmer la situation conflictuelle et de ne pas rester inactif³⁰³⁶. L'employeur doit prendre des mesures adéquates si un travailleur fait l'objet d'atteintes de la part de membres du personnel ou de ses supérieurs³⁰³⁷.

1619 Lorsqu'un travailleur pose de façon réitérée les mêmes questions à son collègue – alors qu'il aurait pu trouver la réponse s'il avait retenu les consignes et conseils reçus – et qu'en réponse, le collègue use de paroles blessantes à l'endroit de ce travailleur, on est en présence d'un conflit professionnel entre deux collègues, dont les torts sont partagés, et non d'un harcèlement psychologique³⁰³⁸.

Le fait, pour un travailleur, de se voir déplacé, pour peu de temps, dans d'autres locaux de l'employeur, sans qu'il ne parvienne à établir que l'atteinte à la santé dont il souffre soit liée à ce déplacement, lequel est en outre intervenu à un moment où les parties pouvaient légitimement penser qu'un accord sur la fin des rapports de travail allait intervenir rapidement, ne saurait justifier l'allocation d'une indemnité pour tort moral³⁰³⁹.

1620 Contrairement au harcèlement psychologique, il est admis qu'un seul acte puisse caractériser un **harcèlement sexuel**, dès lors qu'il présente un degré de gravité

³⁰³² TF, 3 février 2015, 4A_381/2014, cons. 5 ; TF, 2 mai 2015, 4A_714/2014, cons. 2.

³⁰³³ *Ibidem*.

³⁰³⁴ TF, 13 octobre 2004, 4C.343/2003, JAR 2005 285, cons. 3.1 ; TF, 24 octobre 2011, 4A_381/2011, cons. 4 ; TF, 7 mars 2013, 4A_680/2012, cons. 5.2 ; TF, 3 février 2015, 4A_381/2014, cons. 5 ; TF, 5 décembre 2016, 4A_439/2016, cons. 5.2.

³⁰³⁵ TF, 13 octobre 2004, 4C.343/2003, JAR 2005 285, cons. 3.1 ; TF, 6 avril 2010, 4A_245/2009, cons. 4.2 ; TF, 17 mai 2010, 4A_32/2010, cons. 3.2 ; TF, 24 octobre 2011, 4A_381/2011, cons. 4 ; TF, 7 mars 2013, 4A_680/2012, cons. 5.2 ; TF, 3 février 2015, 4A_381/2014, cons. 5.1 ; TF, 22 mai 2015, 4A_714/2014, cons. 2.2 ; TF, 1^{er} décembre 2016, 4A_159/2016, cons. 3.1 ; TF, 5 décembre 2016, 4A_439/2016, cons. 5.2 ; TF, 17 mai 2017, 8C_398/2016, cons. 4.1.1.

³⁰³⁶ TF, 4 novembre 2016, 8C_787/2015, cons. 3.2.2.

³⁰³⁷ Cf. TF, 11 mai 2001, ATF 127 III 351, cons. 4b/dd ; TF, 18 décembre 2007, 1C_320/2007, cons. 3.3 ; TF, 4 novembre 2016, 8C_787/2015, cons. 3.2.2.

³⁰³⁸ TF, 5 décembre 2016, 4A_439/2016, cons. 5.3.

³⁰³⁹ TF, 1^{er} décembre 2016, 4A_159/2016, cons. 4.2.

suffisant³⁰⁴⁰. Le comportement discriminatoire à raison du sexe est défini par la loi comme tout comportement importun de caractère sexuel ou tout comportement fondé sur l'appartenance sexuelle qui porte atteinte à la dignité de la personne sur son lieu de travail, en particulier le fait de proférer des menaces, de promettre des avantages, d'imposer des contraintes ou d'exercer des pressions de toute nature sur une personne en vue d'obtenir d'elle des faveurs de nature sexuelle (art. 4 LEg).

L'atmosphère grossière propre à un bistrot de quartier ne permet pas de justifier les propos injurieux tenus à l'égard d'une sommelière ; cette dernière ne saurait avoir, en acceptant un tel emploi, accepté du même coup des atteintes liées à son sexe³⁰⁴¹.

L'employeur peut se libérer d'une accusation de harcèlement sexuel en prouvant qu'il a pris les mesures, appropriées aux circonstances, que l'expérience commande et que l'on peut équitablement exiger de lui pour prévenir ce genre d'actes ou y mettre fin (art. 5, al. 3 LEg). Toutefois, si le harcèlement sexuel est avéré, l'employeur peut être condamné au versement d'une indemnité (art. 5, al. 3 LEg).

1621

B. Liberté du travailleur

La protection de la personnalité recouvre l'ensemble des valeurs essentielles, physiques, affectives et sociales liées à la personne humaine (cf. art. 10, al. 2 Cst., qui consacre le droit à la liberté personnelle)³⁰⁴².

1622

En outre, doivent être respectées la liberté de conscience et de croyance du travailleur (cf. art. 15 Cst.), et sa liberté d'opinion (art. 16 Cst.).

Ainsi, la jurisprudence reconnaît que figure parmi les droits de la personnalité le droit d'exercer des critiques envers l'entreprise, pour autant qu'elles soient de bonne foi³⁰⁴³. Ce droit de critique entre toutefois dans une balance des intérêts avec ceux de l'employeur. Le Tribunal fédéral juge ainsi que le devoir de fidélité du travailleur, ainsi que les rapports de confiance qui sont à la base du contrat de travail, peuvent tempérer le droit de critique et justifier dans certaines circonstances la sanction du travailleur, en particulier « si les attaques sont exprimées envers des subordonnés et sapent l'ambiance de travail »³⁰⁴⁴.

1623

³⁰⁴⁰ Deveaud-Pledran, *Le harcèlement dans les relations de travail*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2011, p. 69 ; Karine Lempen, *Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur*, Genève, Schulthess, 2006, p. 151.

³⁰⁴¹ TF, 6 avril 2001, 4C.187/2000, cons. 5. *Contra* : TF, 12 octobre 2004 : cet arrêt avait tenu compte du fait que dans le milieu du journalisme sportif, des expressions telles que « ma petite », « ma grande », « ma chérie », « chouchou », « belle enfant », « bichounette », adressées par des hommes à une femme, étaient compréhensibles. Une telle décision paraît contraire à l'intention du législateur visant à faire cesser les discriminations à raison du sexe. À ce sujet, cf. Karine Lempen, in *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, Genève, Slatkine, 2011, pp. 105-106.

³⁰⁴² TF, 30 juin 2008, 2C_103/2008, cons. 6.2.

³⁰⁴³ Cf. Philippe Nordmann, *Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes*, thèse, Bâle, 1998, p. 117.

³⁰⁴⁴ TF, 5 septembre 2003, 4C.129/2003, JAR 2004 308, cons. 4.2.

- 1624 L'ordre juridique suisse protège toute personne contre l'aliénation de sa propre liberté par la renonciation, même partielle, à la jouissance et à l'exercice des droits civils (art. 27, al. 1 CC). En outre, nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs (art. 27, al. 2 CC).

C. Sphère privée du travailleur

1) Domaine de la protection de la sphère privée

- 1625 Le travailleur a le droit de ne pas subir d'atteinte dans sa sphère privée³⁰⁴⁵. En effet, toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'elle établit par la poste et les télécommunications (art. 13, al. 1 Cst.). En outre, toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent (art. 13, al. 2 Cst.).
- 1626 Selon la jurisprudence, la sphère privée englobe la **vie intime**, c'est-à-dire les faits et gestes que chacun veut garder pour soi-même, ainsi que la **vie privée**, c'est-à-dire les événements que chacun choisit de partager avec un cercle plus ou moins étroit de personnes, qu'ils soient ou non en relation avec la vie professionnelle³⁰⁴⁶.
- 1627 Concrètement, l'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail (art. 328b CO).
- 1628 Cette disposition précise les deux seules possibilités dans lesquelles l'employeur a le droit de traiter des données concernant le travailleur. Ainsi, lorsque l'employeur traite des données qui portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail, il existe une présomption légale que ces données ne portent pas atteinte à la personnalité du travailleur (cf. art. 13 LPD)³⁰⁴⁷. Toutefois, le procédé utilisé pour récolter ces données doit, lui aussi, respecter la personnalité des travailleurs et les principes généraux du droit que sont la bonne foi et la proportionnalité³⁰⁴⁸.
- 1629 La durée de la **conservation** des données par l'employeur dépend du but de la surveillance et des nécessités de la conservation. Selon le Préposé fédéral à la protection des données, la durée de conservation doit être définie au cas par cas, en fonction de la catégorie de données. Après la fin du rapport d'emploi, elle sera généralement de cinq ans, voire exceptionnellement de dix ans, si la loi le prescrit, par

³⁰⁴⁵ TF, 30 juin 2008, 2C_103/2008, JAR 2009 290, cons. 6.2.

³⁰⁴⁶ *Ibidem*.

³⁰⁴⁷ TF, 13 juillet 2004, 2A.118/2003, ATF 130 II 425, Pra 2005 538, RDAF 2005 I 674, cons. 3.3.

³⁰⁴⁸ *Ibidem*.

exemple ; dans les autres cas, les données doivent être détruites dès que leur conservation n'est plus requise³⁰⁴⁹.

2) Régime de la collecte de données

a. Principes

Selon la loi sur la protection des données, tout traitement de données doit être licite (art. 4, al. 1 LPD), effectué conformément aux principes de la bonne foi et de la proportionnalité (art. 4, al. 2 LPD), et dans le but qui est indiqué lors de leur collecte, qui est prévu par une loi ou qui ressort des circonstances (art. 4, al. 3 LPD), étant observé que la collecte de données personnelles, et en particulier les finalités du traitement, doivent être reconnaissables pour la personne concernée (art. 4, al. 4 LPD). Lorsque son consentement est requis pour justifier le traitement de données personnelles la concernant, la personne concernée ne consent valablement que si elle exprime sa volonté librement et après avoir été dûment informée ; lorsqu'il s'agit de données sensibles et de profils de la personnalité, son consentement doit être au surplus explicite (art. 4, al. 5 LPD).

1630

Celui qui traite des données personnelles doit s'assurer qu'elles sont correctes (art. 5, al. 1, 1^{er} phr. LPD). Il prend toute mesure appropriée permettant d'effacer ou de rectifier les données inexactes ou incomplètes au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou traitées (art. 5, al. 1, 2^{er} phr. LPD). Toute personne concernée peut requérir la rectification des données inexactes (art. 5, al. 2 LPD).

1631

Aucune donnée personnelle ne peut être communiquée à l'étranger si la personnalité des personnes concernées devait s'en trouver gravement menacée, notamment du fait de l'absence d'une législation assurant un niveau de protection adéquat (art. 6, al. 1 LPD).

1632

Des règles spécifiques en matière de protection des données en cas de **location de services** existent (art. 18 LSE, art. 47 OSE).

1633

b. Accès du travailleur aux données détenues par l'employeur

Toute personne peut demander au maître d'un fichier si des données la concernant sont traitées (art. 8, al. 1 LPD). Un tel droit d'accès peut être exercé sans que le travailleur n'ait besoin de faire la démonstration d'un quelconque intérêt particulier³⁰⁵⁰.

1634

Le maître du fichier doit lui communiquer toutes les données la concernant qui sont contenues dans le fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données, ainsi que le but et éventuellement la base juridique du traitement, les catégories de données personnelles traitées, de participants au fichier et de

³⁰⁴⁹ Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, « Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail », Berne, octobre 2014, N 3.3.1.

³⁰⁵⁰ TF, 12 janvier 2015, 4A_406/2014 & 4A_408/2014, ATF 141 III 119, JT 2015 II 107, SJ 2015 I 353, Pra 2016 63 600, sic! 5 2015 305, com. Richa in cdbf.ch 2 mars 2015, com. Wyler in JT 2015 II 108, cons. 7.1.1.

destinataires des données (art. 8, al. 2 LPD). Nul ne peut renoncer par avance au droit d'accès (art. 8, al. 6 LPD).

1635 Concrètement, il a été jugé qu'une banque devait remettre à ses employés une copie des documents contenant des données les concernant qu'elle avait transmis aux autorités américaines, sans que la banque pût se fonder sur les articles 47 de la loi sur les banques et 162 du code pénal pour s'y opposer³⁰⁵¹.

1636 Si un abus de droit à réclamer la remise écrite d'informations peut exister lorsque le droit d'accès est exercé dans un but étranger à la protection des données ou dans le but d'espionner une future partie adverse et se procurer des preuves, tel n'est pas le cas du travailleur qui réclame de telles données dans l'optique d'une éventuelle requête en dommages-intérêts contre son employeur³⁰⁵².

c. Sanctions

1° Sanctions civiles

1637 En cas de violation de ces règles, le travailleur peut invoquer une atteinte à sa personnalité (art. 12 LPD) – sauf si l'employeur peut invoquer un motif justificatif (art. 13 LPD) –, et faire valoir ses prétentions en justice (art. 15 LPD).

2° Sanctions pénales

1638 Sont réprimées pénalement l'inexactitude et l'incomplétude des renseignements fournis, ainsi que la mauvaise exécution du droit d'accès (art. 34, al. 1, a LPD), tout comme l'inexécution du devoir d'information lors de la collecte de données (art. 34, al. 1, b LPD) et la non-déclaration ou la mauvaise déclaration de fichiers au préposé fédéral à la protection des données, ainsi que le refus de collaboration ou la mauvaise collaboration avec ce dernier (art. 34, al. 2 LPD).

1639 Selon certains auteurs, serait seul punissable le fait de transmettre au travailleur une partie et non la totalité des données le concernant ; ne serait pas punissable le refus de transmettre toute donnée³⁰⁵³. Ainsi, le travailleur qui se verrait refuser catégoriquement par l'employeur tout droit d'accès à son dossier n'aurait que la seule possibilité de réclamer l'exécution de ce droit par une action civile, la condamnation étant susceptible d'être assortie, le cas échéant, de la menace des peines prévues à l'article 292 du code pénal³⁰⁵⁴.

Cette interprétation de la loi paraît contraire au principe *qui potest majus potest et minus* : en vertu de quelle logique serait-il possible de sanctionner pénalement une transmission de données effectuée, mais de manière incomplète, alors qu'il ne serait pas possible de faire sanctionner une absence totale de transmission ? Le Conseil

³⁰⁵¹ TF, 12 janvier 2015, 4A_406/2014 & 4A_408/2014, précité, cons. 5.

³⁰⁵² TF, 12 janvier 2015, 4A_406/2014 & 4A_408/2014, précité, cons. 7.1.

³⁰⁵³ Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 21 *ad* art. 328b CO.

³⁰⁵⁴ *Ibidem*.

fédéral, dans son message, indique qu'agit de manière pénalement répréhensible le maître du fichier qui ne respecte pas le droit d'accès de la personne concernée³⁰⁵⁵. N'est en revanche pas punissable celui qui, invoquant l'article 9 de la loi sur la protection des données, prétend qu'il n'est pas tenu de fournir de renseignements. Dans ce cas, seule une action de droit civil permet de savoir si le refus ou la restriction du droit d'accès est justifiée ou non³⁰⁵⁶. Le Conseil fédéral précise que la personne qui, contre la vérité, prétend ne détenir aucune information sur la personne concernée tombe sous le coup de cette disposition pénale³⁰⁵⁷.

L'interprétation de la loi qui nous semble correcte est donc celle-ci : n'est pas punissable pénalement celui a **une raison manifeste** de restreindre le droit d'accès, raison dont il devra faire état de manière adéquate. Dans le doute, il convient de ne pas punir pénalement. Toutefois, si l'invocation d'une restriction au droit d'accès apparaît d'emblée comme une **manœuvre dilatoire**, une procédure pénale devrait pouvoir être engagée contre le refus d'accorder le droit d'accès³⁰⁵⁸.

3) Surveillance des travailleurs par l'employeur

a. Admissibilité des systèmes de surveillance

Les systèmes de surveillance peuvent nuire au bien-être, à la santé psychique et au rendement des travailleurs³⁰⁵⁹. Dans cette mesure, ils sont interdits³⁰⁶⁰.

1640

Toutefois, les mesures de surveillance qui tirent leur justification du droit de l'employeur de contrôler l'exécution du travail sont en principe licites ; à l'inverse, les mesures de surveillance qui portent uniquement ou essentiellement sur le comportement des travailleurs sont en principe illicites³⁰⁶¹. Autrement dit, sont seules admissibles les mesures de surveillance objectivement justifiées qui satisfont un intérêt prépondérant de l'employeur, à condition qu'entre plusieurs mesures possibles, l'employeur choisisse la moins intrusive³⁰⁶².

Concrètement, il faut examiner si la surveillance est **proportionnée** et si l'employeur peut se prévaloir d'un **intérêt public ou privé prépondérant**³⁰⁶³. Ainsi, un système de surveillance peut être utilisé pour des impératifs de **sécurité** (liés à la prévention des

1641

³⁰⁵⁵ Message du Conseil fédéral concernant la LPD, FF 1988 II 443.

³⁰⁵⁶ Message du Conseil fédéral concernant la LPD, FF 1988 II 490.

³⁰⁵⁷ *Ibidem*.

³⁰⁵⁸ Aurélien Witzig, « Actions et procédure », in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *La protection des données dans les relations de travail*, Genève, Schulthess, 2017, pp. 39-40.

³⁰⁵⁹ TF, 13 juillet 2004, 2A.118/2003, ATF 130 II 425, Pra 2005 538, RDAF 2005 I 674, cons. 3.3.

³⁰⁶⁰ TF, 12 novembre 2009, 6B_536/2009, cons. 3.6.1.

³⁰⁶¹ TF, 13 juillet 2004, 2A.118/2003, ATF 130 II 425, Pra 2005 538, RDAF 2005 I 674, cons. 4.3 ; cf. également : Jean-Philippe Dunand, in *Commentaire Dunand/ Mahon*, N 85 ad art. 328b CO.

³⁰⁶² TF, 13 juillet 2004, 2A.118/2003, ATF 130 II 425, Pra 2005 538, RDAF 2005 I 674, cons. 3.3.

³⁰⁶³ TF, 10 juin 2011, 9C_785/2010, cons. 6.7.

accidents, à la protection et à la sécurité des personnes et des biens) : le système peut alors être disposé dans des endroits stratégiques ou sensibles de l'entreprise (extérieurs des bâtiments, parkings, accès, entrées, guichets, caisses, etc.)³⁰⁶⁴. Le Tribunal fédéral a donc jugé qu'un système de surveillance était interdit s'il visait uniquement ou essentiellement à surveiller le comportement comme tel des travailleurs³⁰⁶⁵, mais licite si, bien qu'emportant objectivement un tel effet de surveillance, il était justifié par des raisons légitimes, tels des impératifs de sécurité ou des motifs tenant à l'organisation ou à la planification du travail ou encore à la nature même des relations de travail³⁰⁶⁶.

1642 En outre, un système de surveillance peut être licite même s'il a pour but la surveillance des salariés, lorsque les intéressés ne sont surveillés que **sporadiquement et brièvement**³⁰⁶⁷. Concrètement, l'employeur peut se prévaloir du droit d'installer une vidéosurveillance lorsqu'une telle installation ne surveille pas en permanence les salariés mais vise surtout la surveillance des locaux et des biens, comme par exemple la surveillance de la caisse³⁰⁶⁸.

1643 Par exemple, un système de géolocalisation des véhicules utilisés par les travailleurs ne doit pas autoriser l'employeur à suivre de manière continue et en temps réel le trajet emprunté par les véhicules, dès lors que cela créerait un stress par le sentiment d'être en permanence observé par son employeur ; ce n'est pas le cas si le contrôle n'est effectué qu'*a posteriori* (par exemple à la fin de la journée)³⁰⁶⁹.

Autre exemple : une vidéo qui n'enregistre que brièvement les actions d'un travailleur en ne filmant que ses mains et sa caisse représente une simple protection contre les vols qui est admissible si elle est nécessaire et qu'elle ne nuit pas à la santé et à la liberté de mouvement des salariés³⁰⁷⁰.

1644 En revanche, l'emploi subreptice d'un logiciel espion destiné à vérifier le soupçon qu'un fonctionnaire abuse à des fins étrangères à ses devoirs de fonction des ressources informatiques mises à sa disposition est une mesure si ce n'est prohibée (art. 26, al. 1 OLT 3) en tout cas disproportionnée (art. 26, al. 2 OLT 3)³⁰⁷¹.

1645 En matière d'assurances sociales, la surveillance d'un assuré, notamment par la prise de clichés photographiques par un détective, peut violer la sphère privée de l'assuré ainsi que le droit de celui-ci à sa propre image ; la violation n'est toutefois pas illicite,

³⁰⁶⁴ Cf. directives du Seco pp. 1 et 2 *ad* art. 26 OLT 3 ; TF, 13 juillet 2004, 2A.118/2003, ATF 130 II 425, Pra 2005 538, RDAF 2005 I 674, cons. 4.2.

³⁰⁶⁵ TF, 13 juillet 2004, 2A.118/2003, précité, cons. 4.4.

³⁰⁶⁶ *Ibidem*.

³⁰⁶⁷ TF, 12 novembre 2009, 6B_536/2009, cons. 3.6.1.

³⁰⁶⁸ TF, 12 novembre 2009, 6B_536/2009, cons. 3.6.3.

³⁰⁶⁹ TF, 13 juillet 2004, 2A.118/2003, ATF 130 II 425, Pra 2005 538, RDAF 2005 I 674, cons. 5 et 6.

³⁰⁷⁰ TF, 10 juin 2011, 9C_785/2010, cons. 6.5.

³⁰⁷¹ TF, 17 janvier 2013, 8C_448/2012, ATF 139 II 7, JT 2013 II 188, SJ 2013 I 177, Pra 2013 82 633, RDAF 2014 I 480, com. Steimen *in* Push-Service Entscheide 23 juin 2013, com. Affolter Marino *in* ius.focus 2013 3 10, com. Costa *in* RtiD 2013 I 419, cons. 5.

lorsque l'intérêt à l'empêchement d'une escroquerie à l'assurance l'emporte sur l'intérêt de la personne concernée à l'intégrité de sa personnalité³⁰⁷².

b. Information des travailleurs sur les systèmes de surveillance utilisés par l'employeur

Les travailleurs ou leurs représentants doivent être consultés sur les systèmes de surveillance que l'employeur souhaiterait mettre en place (art 10, a LParticipation ; art. 6 OLT 3). Cette obligation d'information et de consultation porte sur tous les systèmes de surveillance qui entrent dans le champ d'application des articles 48 de la loi sur le travail et 26 de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail. En outre, une obligation d'information pèse sur l'employeur en cas de collecte de données sensibles ou de profils de la personnalité (art. 14 LPD).

1646

La Cour européenne des droits de l'Homme a jugé récemment que, dans une espèce, la surveillance des communications électroniques d'un travailleur avait emporté violation de son droit au respect de la vie privée et de la correspondance, dès lors que ce travailleur n'avait été informé ni de la nature ni de l'étendue de cette surveillance, ni du degré d'intrusion dans sa vie privée et sa correspondance, et que n'avaient pas été déterminées par les juges nationaux les raisons spécifiques qui auraient justifié la mise en place des mesures de surveillance, ni si l'employeur aurait pu faire usage de mesures moins intrusives pour la vie privée et la correspondance du travailleur, ni encore si l'accès au contenu des communications avait été possible à l'insu de ce dernier³⁰⁷³.

1647

Il résulte de cet arrêt que l'employeur doit informer le travailleur de différents éléments :

1648

- la nature et de l'étendue de toute surveillance,
- du degré d'intrusion dans la vie privée du travailleur,
- des raisons spécifiques justifiant la mise en place et le choix des mesures de surveillance.

c. Sanction procédurale

Le moyen de preuve obtenu au moyen d'une surveillance illicite est inutilisable en procédure³⁰⁷⁴. L'illicéité doit s'entendre selon nous d'une violation tant des principes régissant l'admissibilité des systèmes de surveillance que de l'obligation d'information sur les systèmes de surveillance.

1649

³⁰⁷² TF, 2 juillet 2010, 5A_57/2010, ATF 136 III 410, JT 2010 I 553, PJA 2012 1021, sic! 2011 1 30.

³⁰⁷³ CEDH, 5 septembre 2017, Bărbulescu c. Roumanie, n° 61496/08.

³⁰⁷⁴ TF, 17 janvier 2013, 8C_448/2012, ATF 139 II 7, JT 2013 II 188, SJ 2013 I 177, Pra 2013 633, RDAF 2014 I 480, com. Steimen *in* Push-Service Entscheide 23 juin 2013, com. Affolter Marino *in* ius.focus 2013 3 10, com. Costa *in* RtiD 2013 I 419, cons. 7.

D. La protection contre les discriminations

1650 Par l'interdiction des discriminations, les différents contrats passés par un même employeur ne sont plus entièrement distincts les uns des autres³⁰⁷⁵.

La protection contre les discriminations comprend un volet **civil (1)** et un volet **pénal (2)**.

1) Protection au niveau civil

1651 Le volet civil de la protection contre les discriminations regroupe deux **discriminations expressément interdites (a)**, ainsi qu'une série de **discriminations douteuses (b)**.

En sus de ces protections contre les discriminations, une réclamation à l'encontre d'une **inégalité de traitement** peut prospérer lorsqu'elle est simultanément constitutive d'une **violation de la personnalité (c)**.

a. Les discriminations interdites

1652 Les discriminations expressément interdites sont celles qui sont fondées sur le **sexe (1°)**, la **nationalité d'un ressortissant communautaire (2°)** et le **travail à domicile (3°)**.

1° Le sexe

1653 La Constitution fédérale consacre le principe suivant : « L'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale. » (art. 8, al. 3 Cst.) D'ailleurs, le principe « à travail égal salaire égal » est porté par la Constitution de l'OIT au rang des principes de travail les plus fondamentaux (préambule de la Constitution de l'OIT, al. 2).

1654 Ces principes sont concrétisés principalement par la loi fédérale sur l'égalité, laquelle interdit la discrimination à raison du sexe (art. 3, al. 1 LEg) et vise à promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes (art. 1 LEg), en s'appliquant aux rapports de travail de droit privé comme de droit public (art. 2 LEg).

Des programmes d'encouragement et des services de consultation peuvent être subventionnés ou mis en œuvre par la Confédération (art. 14 et art. 15 LEg ; ordonnance du 7 mars 2008 sur un projet pilote concernant les aides financières). Un Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes assure des tâches d'information, de conseil, d'études, de recommandation, de participation à des projets d'intérêt national, d'élaboration d'actes normatifs, de traitement des demandes d'aides

³⁰⁷⁵ Cf. Henri Batiffol, « La « crise du contrat » et sa portée », *Archives de Philosophie du Droit*, n° 13, 1968, pp. 13-30, spéc. p. 19.

financières et de contrôle de la mise en œuvre des programmes d'encouragement (art. 16 LEg).

Dans le cadre des marchés publics, l'adjudicateur n'adjuge le marché qu'à un soumissionnaire garantissant à ses salariés l'égalité de traitement entre femmes et hommes, sur le plan salarial, pour les prestations fournies en Suisse (art. 8, c LMP), ce qu'il peut contrôler (art. 8, al. 2 LMP ; art. 6, al. 4 OMP), sous peine d'écarter le soumissionnaire de la procédure et de révoquer l'adjudication octroyée (art. 11 LMP).

aa. Domaine de la protection

L'interdiction de la discrimination à raison du sexe porte sur des domaines variés : embauche, attribution des tâches, aménagement des conditions de travail, rémunération, formation et perfectionnement professionnels, promotion, résiliation des rapports de travail (art. 3, al. 2 LEg).

1655

La pratique montre que la plupart des actions intentées en matière d'égalité entre hommes et femmes concernent des discriminations directes en matière de salaire ou de licenciement, souvent lors d'un retour au travail après un congé-maternité³⁰⁷⁶.

1656

bb. Discrimination salariale

aaa. Notion

« Il y a discrimination salariale lorsqu'en présence d'un travail de valeur égale, la rémunération n'est pas égale et que la différence salariale ne se justifie pas objectivement. »³⁰⁷⁷ La notion de « travail de valeur égale » est donc déterminante³⁰⁷⁸ : un salarié a droit à une rémunération égale à celle que touche un salarié de l'autre sexe s'ils accomplissent tous deux, dans des conditions égales, des tâches semblables ou des travaux, certes de nature différente, mais ayant une valeur identique³⁰⁷⁹. Au niveau des faits, une discrimination à raison du sexe résulte de la constatation d'une différence de rémunération qui ne peut s'expliquer d'aucune manière objective.

1657

Si l'équivalence entre les diverses fonctions d'une même entreprise ne saute pas aux yeux ou si elle n'est pas établie par d'autres modes de preuve, les tribunaux cantonaux doivent ordonner des expertises, et les experts doivent alors décider si ces fonctions sont comparables les unes aux autres et déterminer les critères permettant de mettre au jour un cas de discrimination³⁰⁸⁰. Le juge qui refuse d'ordonner une expertise requise

1658

³⁰⁷⁶ Karine Lempen/Aner Voloder, *Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre hommes et femmes (2004-2015)*, Berne, Bureau fédéral de l'égalité entre hommes et femmes, 2017.

³⁰⁷⁷ Florence Aubry Girardin, « Egalité salariale et décisions judiciaires : questions pratiques du point de vue de la justice », PJA 2005 1063 ; cf. Peter Hänni, « Grenzen der Gleichberechtigung von Mann und Frau nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung », *L'Homme et l'Etat, Mélanges Thomas Fleiner*, Fribourg 2003, pp. 327 sqq., spéc. 335.

³⁰⁷⁸ TF, 22 décembre 2003, 4C.383/2002, ATF 130 III 145, cons. 3.1.2 ; TF, 28 avril 2011, 4A_115/2011, cons. 5.2. Pour une synthèse, cf. TF, 19 septembre 2017, 8C_696/2016, cons. 3.

³⁰⁷⁹ *Inter multa* : TF, 3 juillet 2007, 4A_12/2007, ATF 133 III 545, cons. 4.3 ; TF, 16 novembre 2007, 4A_249/2007, cons. 2.1.

³⁰⁸⁰ TF, 3 juillet 2007, 4A_12/2007, cons. 4.2.

par une partie se rend coupable d'une violation de l'article 12, alinéa 2 de la loi sur l'égalité, à moins que l'expertise n'apparaisse d'emblée inutile, parce que, par exemple, le juge dispose lui-même des connaissances scientifiques nécessaires pour élucider une possible discrimination liée au sexe³⁰⁸¹.

bbb. Critères justifiant une inégalité de traitement

1659 Certains critères objectifs peuvent donc justifier une inégalité en matière de rémunération : âge, ancienneté, expérience, charges familiales, qualifications, genre et durée de la formation requise pour le poste, temps de travail, horaires, cahier des charges, étendue des responsabilités ou prestations³⁰⁸². Le Tribunal fédéral estime donc que l'employeur peut, pour justifier des différences de traitement, se prévaloir de facteurs susceptibles d'influencer la valeur du travail, comme l'expérience, la formation, l'ancienneté, les prestations effectuées, ou de motifs découlant de préoccupations sociales, comme les charges familiales ou l'âge³⁰⁸³.

1660 Exigence supplémentaire : la différence doit être adéquate et proportionnée. L'employeur doit démontrer que le but objectif qu'il poursuit en traitant des travailleurs de manière inégale répond à un véritable besoin de l'entreprise et que les mesures discriminatoires adoptées sont propres à atteindre le but recherché, sous l'angle du principe de la proportionnalité³⁰⁸⁴. Concrètement, seule une part de la différence peut se justifier par une ancienneté plus importante ou de meilleures prestations, par exemple.

ccc. Sortes de discriminations salariales

1661 Une discrimination est dite **directe** lorsqu'elle se fonde explicitement sur le critère du sexe ou sur un critère ne pouvant s'appliquer qu'à l'un des deux sexes ; elle est qualifiée d'**indirecte** lorsque le critère utilisé pourrait s'appliquer à l'un ou l'autre sexe, mais qu'il a ou peut avoir pour effet de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans être justifié objectivement³⁰⁸⁵. Ainsi, « il y a discrimination indirecte lorsqu'une réglementation qui apparaît formellement comme neutre sur le plan du sexe désavantage dans son résultat davantage ou de manière prépondérante les membres d'un sexe par rapport à ceux de l'autre sexe »³⁰⁸⁶. Tant la discrimination directe que la discrimination indirecte, à savoir celle qui se fonde notamment sur l'état civil, la situation familiale ou la grossesse, sont interdites (art. 3, al. 1 LEg).

³⁰⁸¹ TF, 3 juillet 2007, 4A_12/2007, cons. 4.2.

³⁰⁸² TF, 17 octobre 2016, 8C_891/2015, cons. 5.2.

³⁰⁸³ TF, 22 décembre 2003, 4C.383/2002, ATF 130 III 145, cons. 5.2.

³⁰⁸⁴ *Ibidem* ; TF, 28 avril 2011, 4A_115/2011, cons. 5.1 ; TF, 24 août 2011, 4A_261/2011, JAR 2012 267, cons. 3.2 ; cf. également : Geiser/Müller, pp. 150 et s.

³⁰⁸⁵ TF, 9 octobre 2017, 8C_605/2016, cons. 6.1.

³⁰⁸⁶ TF, 1^{er} décembre 2015, 8C_366/2014, ATF 141 II 411, JT 2016 II 129, RDAF 2016 I 267, cons. 6.1.2.

Une discrimination salariale peut porter tant sur une rémunération fixe que variable, tant sur une rémunération contractuelle que discrétionnaire³⁰⁸⁷. Le domaine de la discrimination englobe toute rémunération fournie en contrepartie du travail effectué, dans toutes ses composantes, y compris les gratifications et les bonus³⁰⁸⁸. Il concerne donc toutes les prestations particulières comme la remise d'actions gratuites, la gratification, la mise à disposition d'un véhicule de fonction, l'octroi d'un nombre de jours de vacances plus élevé, la participation aux primes d'assurance maladie, la prise en charge des frais d'écologie des enfants de certaines catégories de collaborateurs scolarisés dans une école privée, la gratuité des frais de parking du véhicule privé sur le lieu de travail, le paiement des frais de déménagement ou des frais d'installation, etc³⁰⁸⁹. Il faut y inclure également la progression de carrière. En effet, la rémunération d'un salarié est souvent liée à sa position hiérarchique dans l'entreprise. La **discrimination dans la promotion** cause des dommages tout aussi importants sur la rémunération.

1662

Dans une affaire où tous les cadres masculins d'une entreprise avaient perçu une gratification plusieurs années de suite alors que la seule cadre de sexe féminin n'en avait perçu qu'une seule année, le Tribunal fédéral a jugé qu'il était « hautement vraisemblable » que la salariée eût été « victime d'une discrimination fondée sur le sexe [quant à] à l'octroi de cette gratification »³⁰⁹⁰. Les capacités professionnelles de la salariée étant au moins équivalentes à celles de ses collègues masculins, l'égalité de traitement commandait qu'elle pût, à l'instar de ses collègues masculins, bénéficier d'une gratification³⁰⁹¹. Dès lors, la salariée était fondée, conformément à l'article 5 de la loi sur l'égalité, à exiger un rappel de gratification, le dommage de la salariée consistant en la différence résultant de la soustraction du montant de la rémunération due par la rémunération perçue³⁰⁹². Le Tribunal fédéral a également précisé à cette occasion que l'absence de versement d'une gratification, dès lors qu'elle était constitutive d'une discrimination à raison du sexe, ne saurait être compensée par l'octroi de jours de vacances supplémentaires³⁰⁹³.

1663

³⁰⁸⁷ Margrith Bigler-Eggenberger, *Et si la Justice ôtait son bandeau ? La jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'égalité entre femme et homme*, Bâle, 2003, p. 277 ; Florence Aubry Girardin, « Egalité salariale et décisions judiciaires : questions pratiques du point de vue de la justice », *PJA* 2005 1062, spéc. 1065 ; Roger Rudolph, « Fokus Arbetisrecht : Neuere Entwicklungen im Bonusrecht », *Trex* 2011. 92, spéc. 95 ; Gabriel Aubert, in *CR-CO I*, N 7 ad art. 322d CO ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 5 ad art. 322d CO ; Samantha Besson, *L'Égalité horizontale : l'égalité de traitement entre particuliers*, Éditions universitaires de Fribourg, 1999, p. 173. Dans un premier temps, une décision genevoise avait appliqué l'article 328 du code des obligations à la discrimination portant sur une gratification (CAPH/GE, 5 décembre 2000, JAR 2001 206).

³⁰⁸⁸ TF, 9 octobre 2017, 8C_605/2016, cons. 6.2.

³⁰⁸⁹ Philippe Carruzzo, *La Rémunération du travailleur et le remboursement des frais*, Genève, Fédération des entreprises romandes, 2007, p. 45.

³⁰⁹⁰ TF, 22 décembre 2003, 4C.383/2002, ATF 130 III 145, cons. 4.3.2.

³⁰⁹¹ TF, 22 décembre 2003, 4C.383/2002, ATF 130 III 145, cons. 6.3.

³⁰⁹² TF, 22 décembre 2003, 4C.383/2002, ATF 130 III 145, cons. 6.2.

³⁰⁹³ TF, 22 décembre 2003, 4C.383/2002, ATF 130 III 145, cons. 5.5.1. De manière générale, l'employeur ne saurait se prévaloir de ce qu'il a octroyé des jours de vacances supplémentaires à tel ou tel salarié pour justifier le versement d'une rémunération inférieure.

- 1664 Autre exemple : l'employeur qui accorde des augmentations de salaire ou des gratifications sur la base des jours d'absence ou de présence de son personnel en prenant aussi en considération des absences liées à la grossesse et au congé maternité adopte un comportement prohibé³⁰⁹⁴. Cependant, si l'absence due à la maladie et à la grossesse est telle qu'elle rend l'évaluation du travail de la salariée impossible (par exemple si la personne concernée n'a travaillé que deux mois dans l'année en question), la discrimination devient objectivement justifiée et une augmentation de salaire peut être refusée³⁰⁹⁵.

cc. Moyens d'action

- 1665 Les moyens d'action sont similaires aux moyens d'action offerts dans les hypothèses de violation de la personnalité : interdiction de la discrimination ou renoncement à une discrimination imminente, fin de la discrimination si elle persiste, constatation de l'existence d'une discrimination si le trouble qu'elle a créé subsiste, condamnation au paiement du salaire dû (art. 5, al. 1 LEg).

Des moyens d'action spécifiques existent en cas de discrimination à l'embauche³⁰⁹⁶ ou de licenciement discriminatoire³⁰⁹⁷.

dd. Mise en œuvre des moyens d'action

- 1666 La loi sur l'égalité prévoit une disposition procédurale particulière : l'allègement du fardeau de la preuve du demandeur, par la présomption de l'existence d'une discrimination dès lors que la personne qui s'en prévaut la rend vraisemblable (art. 6 LEg).

- 1667 Cette disposition représente une *lex specialis* par rapport au principe *actori incumbit probatio* (cf. art. 8 CC) : il s'agit de corriger l'inégalité de fait résultant de la concentration des moyens de preuve dans les mains de l'employeur³⁰⁹⁸. L'allègement du fardeau de la preuve consiste en ceci qu'il suffit au demandeur de rendre vraisemblable l'existence d'une discrimination pour que le fardeau de la preuve soit renversé³⁰⁹⁹.

- 1668 Lorsque des salariés de sexe différent occupent une position semblable dans l'entreprise et que leur cahier des charges est comparable, il y a **présomption**, si persiste une différence de rémunération entre eux, que celle-ci est de nature sexiste,

³⁰⁹⁴ Stéphanie Perrenoud, « La protection contre les discriminations fondées sur la maternité selon la LEg », in Jean-Philippe Dunand/Karine Lempen/Pascal Mahon (édit.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg*, p. 87 ; Christian Giauque, « Interdiction de discriminer en raison de la grossesse », in Rémy Wyler (édit.), *Panorama II en droit du travail*, Berne, Stämpfli, 2012, p. 1 

³⁰⁹⁵ TF, 9 octobre 2017, 8C_605/2016, cons. 7.

³⁰⁹⁶ Cf. *supra*.

³⁰⁹⁷ Cf. *supra*.

³⁰⁹⁸ TF, 22 décembre 2003, 4C.383/2002, ATF 130 III 145, cons. 4.2.

³⁰⁹⁹ TF, 19 janvier 2001, ATF 127 III 207, cons. 3 ; TF, 22 décembre 2003, 4C.383/2002, ATF 130 III 145, cons. 4.2.

l'employeur devant alors rapporter la preuve de la non-discrimination³¹⁰⁰. Selon le Tribunal fédéral, en cas de différence de salaire de 15 à 25 % pour un travail égal, il y a lieu d'admettre la vraisemblance d'une discrimination³¹⁰¹.

Lorsque l'existence d'une discrimination salariale liée au sexe a été rendue vraisemblable, il appartient à l'employeur d'apporter la preuve que la différence de traitement repose sur des facteurs objectifs³¹⁰².

En droit de la fonction publique, le principe général d'égalité ancré à l'article 8, alinéa 1 de la Constitution octroie un droit à ce qu'une inégalité salariale soit corrigée d'une manière appropriée et dans un délai convenable mais ne confère pas de droit à un traitement salarial égal avec effet rétroactif³¹⁰³. Toujours dans ce domaine, lorsqu'on observe qu'une profession doit être qualifiée de spécifiquement féminine ou masculine, la rémunération de cette fonction doit faire l'objet d'un examen sous l'angle de l'interdiction de la discrimination salariale fondée sur le sexe, en particulier sur l'existence éventuelle de motifs non objectifs entrant en ligne de compte dans la classification salariale de cette fonction³¹⁰⁴.

2° La nationalité des ressortissants communautaires

L'égalité salariale entre nationaux et ressortissants communautaires répond principalement à la crainte d'une sous-enchère des salaires qui serait préjudiciable en définitive aux salariés nationaux eux-mêmes. Ce principe est ancré dans l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur la libre circulation des personnes (ALCP)³¹⁰⁵. L'article 2 de l'ALCP pose un principe général de non-discrimination : « Les ressortissants d'une partie contractante qui séjournent légalement sur le territoire d'une autre partie contractante ne sont pas, dans l'application et conformément aux dispositions des annexes I, II et III de cet accord, discriminés en raison de leur nationalité. »³¹⁰⁶ L'article 9, alinéa 1^{er} de l'annexe I de

³¹⁰⁰ *Inter multa* : TF, 18 décembre 1998, ATF 125 I 71, cons. 4a ; TF, 5 octobre 1999, ATF 125 II 541, cons. 6a et 6b ; TF, 14 septembre 1999, ATF 125 III 368, cons. 4 ; TF, 19 janvier 2001, ATF 127 III 207, cons. 3. Si l'équivalence entre les diverses fonctions ne « saute pas aux yeux » et qu'elle n'est pas établie par d'autres modes de preuve, une expertise sera ordonnée (TF, 14 septembre 1999, ATF 125 III 368, cons. 5c ; TF, 16 novembre 2007, 4A_249/2007, cons. 2.1 ; TF, 28 avril 2011, 4A_115/2011, cons. 5.2 ; Elisabeth Freivogel, *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, (édit. Claudia Kaufmann), 2009, N 106 *ad* art. 3 Leg). L'administration – à travers le Bureau fédéral de l'égalité et les bureaux cantonaux remplissant la même fonction – peut également être consultée pour avis. Notez que l'on retrouve ces principes dans la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe : cf. article E de la partie V de l'Annexe : « Une différence de traitement fondée sur un motif objectif et raisonnable n'est pas considérée comme discriminatoire. »

³¹⁰¹ TF, 14 septembre 1999, ATF 125 III 368, cons. 4 ; TF, 4 juillet 2000, 4C.463/1999, cons. 2a.

³¹⁰² TF, 24 mars 2016, 8C_376/2015, cons. 6 à 8 ; TF, 11 avril 2016, 4A_585/2015, cons. 3.

³¹⁰³ TF, 13 mars 2015, 8C_558/2014, cons. 5.4.

³¹⁰⁴ TF, 1er décembre 2015, 8C_366/2014, ATF 141 II 411, JT 2016 II 129, RDAF 2016 I 267, cons. 7 à 10.

³¹⁰⁵ Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « 1 :12 – Pour des salaires équitables », FF 2012 503-528, spéc. 511.

³¹⁰⁶ Des mesures d'accompagnement, venues compléter l'ALCP afin de protéger les salariés contre tout risque de sous-enchère salariale, précisent que les salariés détachés en Suisse par un employeur étranger en vue de fournir une prestation de services transfrontalière sont soumis aux conditions minimales impératives de travail et de rémunération en vigueur en Suisse (Marie-Gisèle Danthe, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 17 *ad* art. 322 CO ;

l'ALCP précise la portée de ce principe en droit du travail en indiquant qu'il exige l'égalité de traitement entre les salariés nationaux et les salariés communautaires en matière de rémunération. Les dispositions en question sont globalement applicables à tous les employeurs³¹⁰⁷ et on considère l'article 2 de l'ALCP comme étant d'application immédiate, à la fois verticalement et horizontalement (c'est-à-dire entre particuliers)³¹⁰⁸. Une distinction qui serait fondée sur un autre critère que la nationalité, mais qui affecterait essentiellement les travailleurs bénéficiaires de l'ALCP (par exemple une distinction fondée sur le lieu de résidence du salarié) sera également qualifiée de discrimination indirecte et sanctionnée à ce titre³¹⁰⁹. La différence de traitement peut notamment consister en la non-attribution de certains avantages³¹¹⁰.

1672

Précision concernant les étrangers non communautaires. La loi fédérale sur les étrangers, applicable à défaut de convention internationale, dispose qu'un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative qu'aux conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche (art. 22 LEtr)³¹¹¹. L'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité

cf. également le site du Secrétariat d'Etat à l'économie seco.admin.ch). Ainsi, le principe de non-discrimination, et notamment l'égalité de traitement entre hommes et femmes, vaut pour les « travailleurs détachés » (art. 2, al. 1^{er}, f LDét), soit les salariés d'un employeur étranger détachés en Suisse pour une période limitée (art. 1^{er} LDét). La loi précise que « les allocations propres au détachement sont considérées comme faisant partie du salaire, dans la mesure où elles ne sont pas versées à titre de remboursement des dépenses directement liées au détachement, telles que les dépenses de voyage, de logement ou de nourriture » (art. 2, al. 3 LDét). Les mêmes règles s'appliquent aux sous-traitants (art. 5 LDét). En cas de non-respect de ces règles, des sanctions administratives (art. 9 LDét) et pénales (art. 12 LDét) sont prévues. Une rémunération minimale est garantie aux travailleurs détachés (art. 2, al. 1^{er}, a LDét), dans laquelle doivent notamment être incluses « les indemnités obligatoires pour les heures supplémentaires, le travail à la tâche, le travail en équipe, le travail de nuit, le travail du dimanche, des jours fériés et les travaux pénibles » (art. 1^{er} ODét).

³¹⁰⁷ Pour une analyse nuancée de la question, cf. Véronique Boillet, *L'Interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2010, pp. 236-242.

³¹⁰⁸ Alvaro Borghi, *La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE, Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999*, Genève/Lugano/Bruxelles, Éditions interuniversitaires suisses, 2010, § 65, § 78 et les références citées ; Jean Christophe Schwaab, « Paiement du salaire en euros, adaptation au cours de l'euro : que dit le droit du travail ? », *Jusletter* 8 août 2011, N 23.

³¹⁰⁹ CJUE, 16 janvier 2003, C-388/01, *Commission c. Italie*, Recueil 2003, I-721 ; cf. également : CJUE, 23 mai 1996, C-237/94, *O'Flynn*, Recueil 1996, I-2617. L'ALCP prévoit que l'interdiction de la discrimination directe des ressortissants de l'UE peut être limitée par des mesures justifiées par des raisons d'ordre public (annexe I, art. 5 ALCP), ce par quoi il faut comprendre des motifs qui ne soient pas purement économiques (TF, 2 août 2004, ATF 130 II 493, cons. 3.2 ; Alvaro Borghi, *op. cit.*, § 75). Les raisons invoquées par les employeurs pour justifier le versement en euros du salaire de leur personnel frontalier ou communautaire sont purement économiques puisque cette mesure est censée contrer les conséquences négatives d'un cours de change défavorable (Jean Christophe Schwaab, « Paiement du salaire en euros, adaptation au cours de l'euro : que dit le droit du travail ? », *Jusletter* 8 août 2011, N 24). Les discriminations indirectes, quant à elles, peuvent être justifiées par des « considérations objectives, indépendantes de la nationalité des travailleurs concernés, et seulement si elles sont proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national » (CJUE, 23 mai 1996, C-237/94, *O'Flynn*, Recueil 1996, I-2617).

³¹¹⁰ Véronique Boillet, *op. cit.*, p. 111.

³¹¹¹ Le salaire usuel est fixé dans l'autorisation de séjour ; le travailleur peut l'invoquer comme prétention civile en vertu de l'article 342, alinéa 2 du code des obligations (TF, 8 mai 1996, ATF 122 III 110, cons. 4d ; TF, 18 juillet 2003, 4C.126/2003, ATF 129 III 618, cons. 5 ; Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « 1 :12 – Pour des salaires équitables », FF 2012 511).

lucrative précise en son article 22, alinéa 1^{er}, ce qu'il faut entendre par « conditions de rémunération et de travail » : « Pour déterminer les salaires et les conditions de travail en usage dans la localité et la profession, il y a lieu de tenir compte des prescriptions légales, des conventions collectives et des contrats-types de travail ainsi que des salaires et des conditions accordés pour un travail semblable dans la même entreprise et dans la même branche. Il importe également de prendre en considération les résultats des relevés statistiques sur les salaires. »³¹¹² Contrairement à l'ALCP, ces dispositions n'imposent pas une égalité de traitement parfaite. Elles visent uniquement à harmoniser la rémunération des différents salariés³¹¹³.

3° *Le travail à domicile*

La loi sur le travail à domicile³¹¹⁴ prévoit en particulier que le salaire versé pour le travail à domicile doit être conforme aux taux appliqués à la rétribution d'activités équivalentes, exercées dans l'entreprise³¹¹⁵. La protection du travailleur à domicile se distingue de celle du travailleur étranger en ce que le travailleur étranger se voit garantir un salaire identique à la rémunération usuelle locale de la branche, alors que la protection du travailleur à domicile tend d'abord à lui assurer le même salaire que celui versé aux employés effectuant une activité comparable dans l'entreprise³¹¹⁶. Selon nous, la *ratio legis* commande de reconnaître le même domaine d'application de la protection que pour l'égalité entre hommes et femmes³¹¹⁷ et entre Suisses et ressortissants communautaires. Cependant, on tiendra équitablement compte des frais supplémentaires ou des économies résultant du travail à domicile pour l'employeur et le travailleur (art. 4, al. 1^{er} LTrD).

1673

b. *Les discriminations douteuses*

La question de l'égalité de traitement au travail se pose depuis plusieurs décennies³¹¹⁸. On la trouve exprimée généralement sous la forme atténuée du principe de non-discrimination, consacré internationalement par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 : « Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes et à la protection contre le chômage. Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal. » (art.

1674

³¹¹² Cf. TF, 8 mai 1996, ATF 122 III 110 ; TF, 18 juillet 2003, 4C.126/2003, ATF 129 III 618, cons. 5 ; Marie-Gisèle Danthe, in Commentaire Dunand/Mahon, N 18 *ad* art. 322 CO.

³¹¹³ Cf. à propos de l'article 9 de l'ancienne ordonnance limitant le nombre des étrangers (OLE), Gabriel Aubert, « L'usage en droit du travail », DTA 2001 96.

³¹¹⁴ Sur le régime du travail à domicile, cf. *supra* 2^e partie.

³¹¹⁵ À défaut de salaire comparable dans l'entreprise, il y a lieu d'accorder au moins le taux du salaire usuel pour des travaux analogues dans la branche économique en question et dans la région.

³¹¹⁶ Lorsque le salaire pour une activité équivalente dans l'entreprise est inférieur à la rémunération usuelle de la branche dans la localité, c'est cette dernière qui prime pour le travailleur étranger occupé à domicile (TF, 23 décembre 1999, JAR 2000. 290).

³¹¹⁷ Geiser/Müller, N 389, p. 152.

³¹¹⁸ Pour une synthèse de cette évolution, notamment sous ses aspects pénaux, cf. Aurélien Witzig/Rodhlann Jornot, « Répression pénale de la discrimination au travail : une perspective franco-suisse », JCP S 12 juin 1012 1253. Cf. également : Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », ArbR 2001 61.

23)³¹¹⁹. En outre, le préambule de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 manifeste la détermination du peuple et des cantons « à vivre ensemble leurs diversités dans le respect de l'autre et l'équité ». L'article 2, alinéa 3 de la norme fondamentale consacre le rôle la Confédération comme garante d'une « égalité des chances aussi grande que possible ».

La réalité factuelle et même juridique est loin de ces déclarations de principes. On peut tout de même sérier un certain nombre de discriminations qui apparaissent comme de moins en moins admissibles.

1° L'activité syndicale ou de représentation du personnel

1675 La protection des travailleurs syndicalistes ou représentants du personnel n'est pas consacrée légalement en droit suisse en dehors d'une disposition de droit du licenciement (art. 336, al. 2 CO)³¹²⁰ et d'une autre disposition interdisant à l'employeur de défavoriser les représentants des travailleurs, avant ou après leur mandat, en raison de l'exercice de cette activité (art. 12, al. 2 LParticipation). Le droit collectif prévoit parfois des protections particulières.

1676 Dans une affaire, un tribunal arbitral institué par une convention collective a déclaré discriminatoire le fait de réduire de moitié, au détriment d'un homme de confiance d'un syndicat, une gratification qui avait été versée intégralement à tous les autres travailleurs à l'occasion d'un jubilé³¹²¹.

2° Le travail à temps partiel

1677 La doctrine suisse paraît sensible à éviter une discrimination des salariés à temps partiel³¹²². La protection consisterait à leur garantir une rémunération proportionnelle à leur temps de travail, sur une base identique à celle d'un travail égal à temps plein. Cependant, il n'existe pas de base légale, comme c'est le cas par exemple pour le travail à domicile. Aussi une juridiction cantonale a-t-elle jugé qu'un employeur était libre d'octroyer un treizième mois uniquement aux salariés employés à temps plein, à l'exclusion des salariés à temps partiel avec horaires variables³¹²³. Il serait souhaitable que le législateur se saisisse de la question car les travailleurs à temps partiel sont parfois des salariés fragilisés et qui seraient désireux de travailler à temps plein si on le leur proposait.

³¹¹⁹ D'autres instruments internationaux le consacrent également : les conventions n° 100 et 111 de l'Organisation internationale du travail, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe (art. 4) et l'Accord de libre-circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne (art. 2).

³¹²⁰ Pour un cas d'application exemplaire : TF, 12 août 1997, JAR 1998 199.

³¹²¹ Arrêt cité par Edwin Schweingruber, *Commentaire du contrat de travail*, trad. Albert Laissue, Berne, Union syndicale suisse, 1975, p. 73 (l'auteur précise que les arbitres avaient retenu le fondement du droit de coalition).

³¹²² Pascale Byrne-Sutton, *Le Contrat de travail à temps partiel*, Zurich, Schulthess, 2001, p. 134.

³¹²³ Obergericht/BL, 23 janvier 1996, SARB 1997 146 (l'employeur n'encourait pas de reproche car tous les travailleurs à temps partiel étaient traités défavorablement certes, mais à la même enseigne) ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 5 ad art. 322d CO.

3° *L'âge*

Le droit suisse du travail est familier de la question de l'âge, puisque ce facteur est pris en compte par le juge pour établir le caractère convenable d'une rémunération au sens de l'article 349a, alinéa 2 du code des obligations³¹²⁴ ou dans le calcul de l'indemnité pour licenciement abusif³¹²⁵. En outre, dans quelques affaires, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de constater que le critère de l'âge pouvait, généralement en conjonction avec d'autres facteurs, représenter un élément conférant un caractère abusif au licenciement³¹²⁶. *De lege ferenda*, une véritable protection contre la discrimination à raison de l'âge pourrait être introduite en droit suisse³¹²⁷. Un arrêt récent a d'ailleurs marqué un pas dans cette direction en refusant la mise à la retraite d'office d'un salarié en raison de son âge³¹²⁸. Il semblerait toutefois excessif d'en tirer la conclusion que le Tribunal fédéral s'oppose à toute discrimination à raison de l'âge. La prise en compte de l'âge du salarié est d'ailleurs ambivalente : elle peut conduire à reconnaître la dimension personnelle du travailleur, mais en même temps, elle peut se faire au détriment d'un autre critère, celui de *l'ancienneté* dans l'entreprise, lequel peut apparaître plus objectif. Il faudra donc choisir entre les deux conceptions possibles de la question de l'âge du travailleur : interdiction de le prendre en considération car constituant un critère discriminatoire ou, au contraire, prise en considération de l'âge comme palliatif à l'ancienneté dans l'hypothèse de carrières à la trajectoire hachurée. Dans une récente affaire, le Tribunal fédéral a joué sur les deux tableaux, en jugeant qu'il était compréhensible qu'un travailleur se trouvant à une année de la retraite soit moins motivé qu'un jeune et que l'employeur devait témoigner des égards particuliers pour une personne depuis longtemps à son service, du moins tant que le travail continuait à être fourni de manière objectivement satisfaisante³¹²⁹.

1678

4° *L'état de santé*

De manière générale, le Tribunal fédéral autorise la prise en compte de l'état de santé du salarié lorsque les parties cherchent ainsi à favoriser le salarié malade³¹³⁰, ou à l'inverse lorsqu'elles subordonnent le paiement d'une indemnité à l'absence de cause

1679

³¹²⁴ Cf. *supra* n° 458.

³¹²⁵ Cf. *supra* n° 817.

³¹²⁶ TF, 20 décembre 2005, 4C.215/2005, ATF 132 III 115, JT 2006 I 152. Arrêt qui avait été nuancé par la suite par TF, 30 janvier 2007, 4C.388/2006 ; TF, 29 janvier 2008, 4A_419/2007 ; TF, 2 avril 2007, 4A_72/2008 ; TF, 3 avril 2009, 4A_60/2009. Pour une synthèse de cette évolution : Vincent Carron, « Résiliation abusive des travailleurs âgés », CJNI 17 juillet 2013.

³¹²⁷ Kurt Pärli, « Neues beim arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz — mit einem Seitenblick auf die Entwicklung in der Europäischen Union », Jusletter 7 février 2011.

³¹²⁸ TF, 8 octobre 2009, 4A_311/2009, DTA 2010 33, cons. 3.3 : « La mise à la retraite suppose un licenciement, sauf mention expresse dans le contrat. ». En revanche, l'âge du travailleur n'empêche pas le licenciement lorsqu'il n'exécute plus son travail à la satisfaction de l'employeur : TF, 3 avril 2009, 4A_60/2009, cons. 3.2.

³¹²⁹ TF, 18 février 2013, 4A_558/2012, cons. 2 : ce faisant, le Tribunal fédéral tente littéralement de ménager la chèvre et le chou par sa volonté d'allier une conception communautaire favorable à la prise en compte de l'âge du travailleur et une conception contractuelle fondée sur une appréciation du travail par des critères objectifs. Cette confusion témoigne de l'ambiguïté indépassable du droit du travail, entre communauté et contrat.

³¹³⁰ TF, 27 octobre 1981, SJ 1982 229 (une clause contractuelle excluant le droit pour l'employeur de donner congé au travailleur malade pendant une durée supérieure à la période de protection légale est licite).

d'empêchement (y compris un empêchement non volontaire comme la maladie) ayant pour effet de rallonger le délai de congé³¹³¹.

- 1680 Un arrêt cantonal s'est appuyé sur la doctrine pour juger que les absences dues à la maladie ne constituaient pas, sauf clause contraire³¹³², un motif de réduction de la gratification, du moins pas pendant la période durant laquelle l'employeur est obligé de continuer à verser le salaire³¹³³. Cette solution nous paraît satisfaisante en ce sens qu'elle respecte la logique de protection des articles 324a et 324b. La protection est donc applicable à toutes les rémunérations variables contractuelles, au pourboire et à la gratification contractuelle³¹³⁴. Seule la gratification bénévole en est exclue en l'absence de politique législative spécifique à ce domaine.

5° *Le handicap*

- 1681 Aux termes de l'article 8, alinéa 4 de la Constitution, « la loi prévoit des mesures en vue d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées ».

Un handicapé est « toute personne dont la déficience corporelle, mentale ou psychique présumée durable l'empêche d'accomplir les actes de la vie quotidienne, d'entretenir des contacts sociaux, de se mouvoir, de suivre une formation, de se perfectionner ou d'exercer une activité professionnelle, ou la gêne dans l'accomplissement de ces activités » (art. 2, al. 1 LHand). Il y a inégalité lorsque les personnes handicapées font l'objet, par rapport aux personnes non handicapées, d'une différence de traitement en droit ou en fait qui les désavantage sans justification objective ou lorsqu'une différence de traitement nécessaire au rétablissement d'une égalité de fait entre les personnes handicapées et les personnes non handicapées fait défaut (art. 2, al. 2 LHand).

La loi sur l'égalité pour les handicapés s'applique notamment aux rapports de travail régis par la loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (art. 3, g et art. 13 LHand ; art. 2, e OHand).

L'employeur public doit prendre les mesures nécessaires pour adapter l'environnement professionnel aux besoins de ses employés handicapés, par l'aménagement notamment des locaux de travail, du poste de travail, des horaires de travail, des possibilités de perfectionnement professionnel, du plan de carrière, ainsi que les réseaux informatiques internes (art. 12 OHand). L'employeur doit désigner parmi les membres de son personnel un délégué à l'intégration des personnes handicapées (art. 13 OHand).

³¹³¹ TF, 6 janvier 2005, 4C.384/2004, cons. 3.3. Voir également le caractère non abusif du licenciement causé par des performances insuffisantes en raison de périodes nombreuses ou prolongées d'incapacité de travail (TF, 27 janvier 2014, 4A_507/2013, cons. 4).

³¹³² TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, DTA 2003 154, JAR 2004 248, cons. 2.2.

³¹³³ CAPH/GE, 13 avril 2000, JAR 2001 208 ; Peter Böhringer, *Arbeitsrecht*, Zurich, Orell Füssli, 1996, p. 166; Staehelin, N 22 *ad* art. 322d CO ; Thomas Geiser, « Boni zwischen Privatrecht und öffentlichem Interesse », *recht* 2009 115, spéc. 123.

³¹³⁴ *Contra* : Alexandre Richa/David Raedler, « Le “bonus” soumis à une condition objective », *GesKR* 2012 524, spéc. 526, lesquels donnent de l'arrêt 4C.6/2003 du 24 avril 2003 une interprétation trop extensive : à notre avis, c'est seulement si les parties ont exclu la gratification contractuelle en cas de maladie que celle-ci tombe.

Tout refus d'embauche d'une personne handicapée qui a des raisons de penser que sa candidature n'a pas été retenue à cause de son handicap peut exiger de l'employeur public qu'il indique par écrit les motifs pour lesquels la candidature a été écartée (art. 14 OHand).

6° *La situation familiale*

De manière générale, le Tribunal fédéral admet que des différences de rémunération puissent se justifier par des raisons qui ne découlent pas directement de l'activité du salarié, mais par des considérations sociales, comme les charges de famille³¹³⁵. Cette solution permet de favoriser les travailleurs ayant des responsabilités familiales³¹³⁶.

1682

Le droit à l'égalité de traitement des travailleurs ayant des charges de famille fut proclamée solennellement par la Charte sociale européenne de 1996, proclamation qui présente un caractère original en ce sens qu'elle vise également à favoriser l'**égalité des chances** de ces travailleurs. Un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne a traité d'un aspect particulier de la question : les juges de Luxembourg ont sanctionné la ville de Hambourg parce qu'elle prévoyait des conditions de rémunération plus favorables aux couples mariés qu'aux salariés célibataires. Des couples homosexuels, dans l'incapacité légale de se marier, se sont plaint de discrimination, grief que la Cour a admis, en considérant que les partenaires de vie enregistrés ont, comme un couple marié, des devoirs mutuels de secours et d'assistance et sont donc dans une situation comparable concernant l'élément de rémunération en cause³¹³⁷.

1683

c. **L'inégalité de traitement constitutive d'une violation de la personnalité**

1° *Mécanisme*

Si le droit suisse du travail ne reconnaît pas de protection générale contre les discriminations et en faveur d'une égalité de traitement complète, le travailleur peut tout de même faire contrôler le caractère injuste du refus d'octroi d'un avantage ou de la modification de cet avantage en sa défaveur à la condition de prouver que ce refus est constitutif d'une violation de sa personnalité.

1684

En droit, faire admettre la violation de la personnalité ne revient pas seulement à faire admettre une violation du principe de non-discrimination individuelle mais une **sous-évaluation de la personne du salarié qui soit blessante** pour ce dernier³¹³⁸.

1685

En fait, démontrer une sous-évaluation de la personne du salarié blessante pour lui revient à faire établir que le salarié est traité de manière clairement moins favorable (en

³¹³⁵ TF, 14 septembre 1999, ATF 125 III 368, JT 2000 I 596, cons. 5.

³¹³⁶ Ce que consacre la loi sur le travail en matière d'heures de travail et de repos, notamment de travail supplémentaire et de pause de midi (art. 36).

³¹³⁷ CJUE, 10 mai 2011, aff. C-147/08.

³¹³⁸ TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, ATF 129 III 276, JT 2003 I 346, JAR 2003 221, cons. 3.1 ; TF, 1^{er} juillet 2005, 4C.364/2004, DTA 2005 241, cons. 3.1 ; TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.2.

allemand : « *deutlich ungünstiger* ») qu'un grand nombre d'autres salariés de l'employeur³¹³⁹.

1686 Ainsi, un salarié ne peut se prévaloir d'une discrimination du fait qu'une gratification lui a été refusée alors qu'il quittait l'entreprise et que sur l'ensemble des salariés ayant précédemment quitté l'entreprise, seul un petit nombre d'entre eux avait pu bénéficier d'une gratification à cette occasion³¹⁴⁰. Mais l'argument selon lequel l'entreprise connaîtrait des difficultés économiques n'est pas pertinent dès lors que les autres salariés perçoivent tout de même une gratification³¹⁴¹. En définitive, c'est dans l'importance du nombre de salariés concernés que réside la violation potentielle. En effet, l'employeur reste libre de favoriser quelques salariés par rapport à d'autres. Certains auteurs ont estimé qu'était sanctionné non pas le fait de favoriser les collègues d'un salarié mais le fait de défavoriser un salarié³¹⁴². Autrement dit, si l'employeur peut avoir ses « chouchous », il ne peut pas avoir de « bouc émissaire ».

1687 En outre, l'employeur peut toujours se fonder sur des **critères objectifs** pour établir des différences de traitement entre salariés³¹⁴³. Ces critères sont par exemple, la nature de l'activité exercée, la fonction exercée, l'ancienneté, le rendement du salarié³¹⁴⁴ ou même le fait que le salarié ait travaillé à temps partiel pour une autre entreprise du même secteur que celle de son employeur sans en avertir ce dernier³¹⁴⁵. Il est également possible d'attribuer des gratifications ou des avantages à une équipe de salariés, en fonction de la production que cette équipe aura atteinte³¹⁴⁶. Ces critères, puisqu'ils sont objectifs, sont exclusifs de toute violation de la personnalité des salariés.

2° **Évolution du sens de la protection de la personnalité**

1688 Au total, on observe une évolution dans les biens juridiques protégés par l'article 328 du code des obligations. D'un article visant prioritairement à protéger la santé du travailleur, on construit peu à peu une base légale pour la **protection contre l'arbitraire**. L'article 328 fonctionne ainsi comme le point de pénétration des droits fondamentaux dans les relations de travail³¹⁴⁷, visant à protéger le travailleur contre une décision purement subjective de l'employeur. Selon nous, il n'est donc pas

³¹³⁹ *Ibidem* ; TF, 9 novembre 2011, 4A_356/2011, cons. 7.4 ; CAPH/GE, 3 mars 2009, JAR 2010 498, cons. 3.1.

³¹⁴⁰ TF, 1^{er} juillet 2005, 4C.364/2004, DTA 2005 241, cons. 3.1.

³¹⁴¹ AG/ZH, 15 décembre 2009, JAR 2010 681 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 5 *ad* art. 322d CO.

³¹⁴² Egli, « Les bonus vus sous l'angle juridique », *Employeur suisse*, 26 février 2009, p. 39 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 5 *ad* art. 322d CO ; cf. également Vögeli Galli/Hidber, RSJ 2001 448 : « *Es ist nur eine Schlechterstellung gegenüber der Mehrheit verboten, nicht eine Besserstellung Einzelner* ».

³¹⁴³ Streiff/von Känel/Rudolph, N 5 *ad* art. 322d CO.

³¹⁴⁴ Cf. TF, 28 février 2013, 4A_610/2012, cons. 2.4 ; cf. également : Philippe Carruzzo, *La Rémunération du travailleur et le remboursement des frais*, Genève, Fédération des entreprises romandes, 2007, p. 75.

³¹⁴⁵ TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, cons. 8.4.

³¹⁴⁶ CAPH/GE, 5 décembre 2000, JAR 2001 206, cons. 71.

³¹⁴⁷ Cf. Samantha Besson, *L'Égalité horizontale : l'égalité de traitement entre particuliers*, Éditions universitaires Fribourg, 1999, p. 251.

excessif de dire que, progressivement, le fondement de l'arbitraire tend à s'autonomiser par rapport à celui de la violation de la personnalité et que les employeurs avisés ont tout intérêt à le respecter pour éviter de se trouver piégés par cette évolution.

On peut dès lors se demander si le droit suisse ne consacre pas un principe général d'égalité, applicable dans tout l'ordre juridique³¹⁴⁸. L'article 8 de la Constitution fédérale semble aller dans ce sens. Certes, de manière tout à fait générale, le Tribunal fédéral juge que l'application des règles constitutionnelles aux relations entre les particuliers n'est pas exclue s'agissant de l'interprétation des clauses générales et des notions juridiques indéterminées du droit privé³¹⁴⁹. Mais il estime toutefois que la reconnaissance de cet effet horizontal indirect des droits fondamentaux (*Dritt- und Horizontalwirkung*) n'empêche pas que les rapports entre les particuliers relèvent directement des seules lois civiles et pénales. Le raisonnement des juges de la Haute cour est le suivant : partant du principe selon lequel l'employeur est, par exemple en matière de gratification, libre d'agir comme bon lui semble, sa liberté ne peut être restreinte que par une réglementation spécifique, loi ou convention internationale³¹⁵⁰. C'est donc par elles uniquement que l'individu est protégé contre les atteintes que d'autres sujets de droit privé pourraient porter à ses droits constitutionnels reconnus³¹⁵¹. Une protection n'est dès lors envisageable qu'à condition de se fonder sur une norme permettant l'irruption d'un droit fondamental dans chacune des branches du droit³¹⁵². Le Tribunal fédéral fonde cette solution sur le principe de liberté contractuelle, intronisée « l'un des principaux piliers des libertés fondamentales garanties par le droit privé »³¹⁵³.

1689

Il est pourtant établi que plusieurs juridictions cantonales visent depuis longtemps un principe général d'égalité salariale, sans autre précision³¹⁵⁴. Cette exigence d'égalité de

1690

³¹⁴⁸ Sur la notion d'effet horizontal des droits fondamentaux, cf. Samantha Besson, « Comment humaniser le droit privé sans commodifier les droits de l'homme », *Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme*, (Franz Werro édit.), Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2006, pp. 1-51, spéc. p. 2.

³¹⁴⁹ TF, 18 juin 1985, ATF 111 II 245, JT 1986 I 2, cons. 4b ; TF, 8 juillet 2011, 4A_265/2011, cons. 3.2.1. On parle alors d'« effet indirect » des droits fondamentaux sur le droit privé, c'est-à-dire que le droit privé sera interprété, quand il y a lieu de l'interpréter, de manière conforme aux droits fondamentaux.

³¹⁵⁰ TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, ATF 129 III 276, JT 2003 I 346, JAR 2003 221, cons. 3.1 ; TF, 1^{er} juillet 2005, 4C.364/2004, DTA 2005 241, cons. 3.1.

³¹⁵¹ TF, 27 mai 1981, ATF 107 IA 277, cons. 3a ; TF, 6 novembre 1985, ATF 111 II 330, cons. 5 ; TF, 2 septembre 1999, 4P.187/1999, cons. 2 ; TF, 8 juillet 2011, 4A_265/2011, cons. 3.2.1. Cette jurisprudence fut inaugurée en droit de la presse : cf. TF, 21 mars 1969, ATF 95 II 481, cons. 7 ; TF, 16 mars 1978, ATF 104 IV 11, cons. 1b.

³¹⁵² Sur les réticences, anciennes, du droit suisse à instaurer un principe général d'égalité de traitement, cf. Urs Nef, « Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht », RSJ 1976 17.

³¹⁵³ TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, ATF 129 III 276, JT 2003 I 346, JAR 2003 221, cons. 3.1. Cf. également : TF, 17 octobre 1996, JAR 1997 116 et TF, 27 novembre 2003, 2P.305/2002, ATF 130 I 26, cons. 4.3 (pour le rapport entre liberté économique et liberté contractuelle).

³¹⁵⁴ Bericht 1956-1958 des Gewerblichen Schiedsgerichts/BS, BJM 1960. 177, spéc. 178 ; Appellationsgerichtsausschusses-BS, 14 décembre 1962, BJM 1963. 113, spéc. 115 ; Bericht 1973 des Gewerblichen Schiedsgerichts/BS, BJM 1974 248, spéc. 250 (application pure et simple du principe « à travail égal, salaire égal ») ; Gewerbliches Schiedsgericht/BS, 6 décembre 1979, JAR 1981 257 (les juges disent que le principe d'égalité de traitement existe « nach ständiger Gerichtspraxis ») ; CAPH/GE, 5 octobre 1993, JAR 1994 145 : « L'octroi d'une gratification doit respecter le principe de l'égalité de traitement, les travailleurs d'une même

traitement vaut notamment pour la répartition des tâches nécessaires à l'exécution du travail, la demande d'effectuer des heures supplémentaires, la fixation des périodes de vacances, la tenue vestimentaire³¹⁵⁵. Le Tribunal fédéral a lui aussi utilisé parfois une formulation similaire, en matière de rémunération : « La gratification est par essence facultative, sous réserve du respect de l'égalité de traitement. »³¹⁵⁶ Dans une autre affaire, le Tribunal fédéral – sans toutefois donner raison au salarié – a jugé que l'employeur devait respecter le principe d'égalité de traitement entre travailleurs notamment lorsqu'il fournit des prestations particulières, comme par exemple une participation aux cotisations d'assurance sociales ou privées excédant le minimum légal³¹⁵⁷.

1691 Il ne serait donc pas incohérent que la jurisprudence aille jusqu'au bout de la logique dans laquelle elle s'est engagée et accomplisse la mutation du principe de non-discrimination dans certaines situations particulières à un principe général d'égalité de traitement. Une telle généralisation trouve également une source textuelle internationale dans l'article 23 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Elle aurait pour effet d'inverser la charge de la preuve : le salarié n'aurait plus à prouver qu'il a été discriminé, mais il reviendrait à l'employeur, en présence d'une inégalité de traitement, de démontrer qu'elle repose sur des motifs objectifs admissibles.

2) Protection au niveau pénal

1692 Les seules discriminations incriminées par le code pénal suisse sont celles fondées sur la **race**, l'**ethnie** ou la **religion** (art. 261^{bis} CP).

Cette incrimination est conçue comme la simple transposition en droit suisse de la Convention de New York de 1965³¹⁵⁸. La jurisprudence refuse d'étendre son champ d'application : « Si, [cet article] sanctionne également la discrimination fondée sur l'appartenance religieuse, [...] ce critère a été retenu parce qu'il ne sortait pas du cadre d'une répression pénale fondée sur la discrimination raciale. On doit, en effet, considérer le lien existant fréquemment entre l'origine ethnique, voire nationale, et la religion. [...] En revanche, d'autres caractères, tels que le sexe, les tendances sexuelles ou les convictions idéologiques n'ont pas été retenus, à dessein, parce que l'on se serait

entreprise devant être traités de façon similaire. » ; Obergericht/BL, 11 janvier 1994, JAR 1995 304 : « *Für die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes genügt es, wenn die Mehrheit der Belegschaft eine Gratifikation erhält.* » ; Arbeitsgericht/ZH, 5 mai 1998, ZR 2000. 200.

³¹⁵⁵ Tribunal du district d'Arbon, 17 décembre 1990, JU-TRAV 1991 23, cons. 3b. C'est d'ailleurs la position que se sont engagées à tenir certaines grandes entreprises suisses, comme Migros, qui indique avoir choisi d'appliquer le principe « à travail égal, salaire égal » dans toute sa mesure : le salaire fixe est établi selon la fonction exercée et l'expérience du salarié ; le salaire variable augmente à mesure que le salarié a rempli les objectifs qui lui étaient assignés (Migros, brochure « Diriger, développer, rémunérer les collaborateurs », 2005).

³¹⁵⁶ TF, 6 avril 2005, 4C.473/2004, cons. 3.2 ; TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.1 ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, JAR 2013 293, cons. 8.2.

³¹⁵⁷ TF, 14 juin 2004, 4C.87/2004, cons. 2.2.4.

³¹⁵⁸ Aurélien Witzig/Rodhlann Jornod, « Répression pénale de la discrimination au travail : une perspective franco-suisse », *JCP S*, 12 juin 2012, p. 1253.

trop écarté du but de la révision du code pénal qui était de satisfaire aux obligations internationales de la Suisse. »³¹⁵⁹ Le Tribunal fédéral refuse notamment de réprimer la discrimination du fait de l'identité sexuelle, se faisant l'écho d'un récent refus similaire de la part du pouvoir législatif³¹⁶⁰. Une interprétation du code pénal à la lumière de la Constitution fédérale – et notamment de son article 8 qui proclame solennellement l'égalité entre tous les êtres humains – en vue d'étendre la protection contre les discriminations fondées sur les préférences sexuelles, fut également rejetée par les juges au motif que le législateur l'avait clairement écartée³¹⁶¹.

Autre restriction de taille, l'atteinte subie par la personne qui se prétend victime d'une discrimination doit être d'une « gravité certaine », c'est-à-dire représenter une atteinte psychique objectivement importante. Si tel n'est pas le cas, la personne qui se prétend discriminée pourra toujours chercher à faire établir la culpabilité de son agresseur, mais elle ne pourra pas prétendre à la qualification de « victime » et aux droits spécifiques qui y sont attachés³¹⁶².

En définitive, lorsqu'ils ont à connaître de discriminations, en matière de relations de travail notamment, les juges renvoient souvent les plaignants aux dispositions pénales protégeant l'**honneur personnel** : injure (art. 177 CP)³¹⁶³ ou diffamation (art. 173 CP), comme dans une affaire où le Tribunal fédéral a confirmé la condamnation d'un chef d'entreprise ayant dénigré un ancien salarié devant son nouveau patron en le traitant de « hacker »³¹⁶⁴.

1693

En outre, le droit suisse ne réprime les propos discriminatoires que s'ils sont tenus « en public ». Une fois encore, le Tribunal fédéral adopte une interprétation systématique de la loi³¹⁶⁵ et souligne que le classement de la discrimination raciale dans les infractions contre la paix publique doit précisément impliquer que cette discrimination ait représenté une menace pour la paix publique. Or, il n'est pas certain que le droit positif suisse soit prêt à considérer le lieu de travail comme un lieu public. Le nombre très restreint d'espèces jugées en la matière oblige à la plus grande prudence. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs opéré un revirement de jurisprudence sur la définition de l'expression « en public » : il juge désormais et en toute matière que sont prononcées « en public » les allégations qui n'interviennent pas dans un « cadre privé », ce dernier

1694

³¹⁵⁹ TF, 1^{er} novembre 2010, 6B_361/2010, cons. 4.4.1.

³¹⁶⁰ Le Conseil national refusa par exemple de débattre d'une motion déposée par le député Jositsch le 29 avril 2009 visant à empêcher les discriminations du fait de l'identité sexuelle (BO/CN 3 juin 2009, objet n° 09.3395).

³¹⁶¹ La méthode de l'interprétation de la loi de manière à la rendre conforme à la Constitution, reprise par la jurisprudence suisse à sa voisine allemande – à défaut en Suisse de contrôle de constitutionnalité des lois fédérales ni *a posteriori* ni même *a priori* – ne peut être employée qu'en cas de doute sur la volonté du législateur (TF, 4 septembre 2007, ATF 133 II 305 cons. 5.2).

³¹⁶² TF, 20 janvier 2005, ATF 131 IV 78, cons. 1.2 (ce n'était pas le cas en l'espèce d'une personne qu'un serveur avait refusé de servir parce qu'elle est membre du mouvement raëlien.)

³¹⁶³ TF, 1^{er} novembre 2010, 6B_361/2010, cons. 4.4.2.

³¹⁶⁴ TF, 29 décembre 2011, 6B_647/2011, cons. 2.5.

³¹⁶⁵ On trouve la trace de cette position dans des décisions plus anciennes : TF, 5 décembre 1997, ATF 123 IV 202, JT 1999 IV 34, cons. 2 et 3a ; TF, 7 novembre 2002, 6S.196/2002, ATF 129 IV 95, cons. 3.1.

regroupant le cercle familial ou amical et l'environnement de relations personnelles ou empreintes d'une confiance particulière. Une conversation « entre quatre yeux », par exemple, peut être considérée comme privée en raison du rapport de confiance ainsi créé, même si les personnes impliquées ne se connaissent pas étroitement³¹⁶⁶. Savoir si cette condition du « en public » est remplie doit se juger *in concreto*, le nombre de personnes présentes pouvant jouer un rôle³¹⁶⁷. Pour avoir une idée plus précise de ce que recouvre l'expression « en public » en matière de relations de travail, il faut se référer à la décision antérieure d'une juridiction cantonale qui avait estimé pouvoir condamner une personne qui avait tenu des propos racistes sur son lieu de travail dès lors que ces propos n'avaient pas été proférés uniquement devant les collègues de travail mais également devant un « tiers indéterminé », en l'espèce un chauffeur³¹⁶⁸. Ainsi, on peut considérer que des propos racistes tenus lors de l'exécution du contrat de travail entre un employeur et un salarié ne seraient considérés comme des propos « publics », et donc susceptibles d'incrimination, que si un « tiers indéterminé » assistait à la scène³¹⁶⁹.

§ 2 : Mise en œuvre de la protection de la personnalité

1695 La violation de la personnalité du travailleur par l'employeur engage la responsabilité de ce dernier.

En cas de violation de sa personnalité, le travailleur peut prétendre à des **dommages-intérêts**, ainsi qu'à une indemnité pour **tort moral** aux conditions de l'article 49, alinéa 1 du code des obligations³¹⁷⁰. Selon le Tribunal fédéral, n'importe quelle atteinte légère à la réputation professionnelle, économique ou sociale d'une personne ne justifie pas une réparation³¹⁷¹. L'atteinte doit revêtir une certaine gravité objective et doit être ressentie par la victime, subjectivement, comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime de s'adresser au juge afin d'obtenir réparation³¹⁷². Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer si les circonstances

³¹⁶⁶ TF, 27 mai 2004, 6S.318/2003, ATF 130 IV 111, JDT 2005 IV 292, SJZ 2004, p. 496, prés. M. Felber, *Medialex* 2004, p. 218, note G. Fiolka, cons. 5.2.

³¹⁶⁷ TF, 27 mai 2004, déjà cité, cons. 5.2.2.

³¹⁶⁸ Ordonnance de condamnation du 26 septembre 2002 du Bezirksstatthalteramtes d'Arlesheim (canton de Bâle-Campagne), 010 01 3956.

³¹⁶⁹ Cf. T. Naguib et F. Zannol, préc., p. 176.

³¹⁷⁰ TF, 13 octobre 1998, ATF 125 III 70, cons. 3a ; TF, 7 septembre 2004, 4C.116/2004, ATF 130 III 699, JT 2006 I 193, SJ 2005 I 152, Pra 2005 74 576, RDAF 2005 I 496, com. Koller *in* RJB 2005 328, com. Dunand *in* DTA 2005 93, com. Martenet *in* RDS 2006 I 426 et 432, cons. 5.1 ; TF, 10 décembre 2012, 4A_465/2012, cons. 3.2 ; TF, 2 mai 2015, 4A_714/2014, cons. 2 ; TF, 1^{er} décembre 2016, 4A_159/2016, cons. 4.1.

³¹⁷¹ TF, 13 octobre 1998, ATF 125 III 70, précité, cons. 3a ; TF, 7 septembre 2004, 4C.116/2004, précité, cons. 5.1 ; TF, 10 décembre 2012, 4A_465/2012, cons. 3.2.

³¹⁷² TF, 9 juillet 2007, 4A_128/2007, cons. 2.3 ; TF, 1^{er} mars 2011, 4A_665/2010, cons. 6.1 ; cf. TF, 10 décembre 2012, 4A_465/2012, cons. 3.2 ; TF, 2 mai 2015, 4A_714/2014, cons. 2.

d'espèce justifient une indemnité pour tort moral ; le Tribunal fédéral ne substitue qu'avec retenue sa propre appréciation à celle de la juridiction cantonale³¹⁷³.

En outre, les remèdes classiques de la protection générale de la personnalité sont applicables. Ainsi, celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe (art. 28, al. 1 CC).

1696

Une atteinte est illicite, à moins qu'elle en soit justifiée par le consentement de la victime (ce qui témoigne d'une possible contractualisation de la personnalité), par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi (c'est-à-dire si le processus démocratique conduit au choix d'une restriction) (art. 28, al. 2 CC)

Les moyens concrets d'action sont divers puisqu'ils regroupent notamment l'interdiction de l'atteinte imminente, la cessation de l'atteinte durable, la constatation du caractère illicite de l'atteinte dont le trouble causé subsiste (art. 28, al. 1 CC), la possibilité de demander qu'une rectification ou le jugement soit communiqué à un tiers ou publié (art. 28, al. 2 CC), ce qui peut être intéressant pour mettre la pression sur un employeur qui maltraite ses salariés, ainsi que la possibilité de réclamer des dommages-intérêts, la réparation du tort moral et la remise du gain selon les dispositions sur la gestion d'affaires (art. 28, al. 3 CC).

Dans le cas particulier de violence, de menaces ou de harcèlement, le travailleur peut requérir le juge d'interdire à l'auteur de l'atteinte de l'approcher, de fréquenter certains lieux ou de prendre contact avec lui (art. 28b CC) : ce peut être utile lorsque l'auteur de l'atteinte à la personnalité est un collaborateur du travailleur.

De plus, une violation continue de la personnalité du travailleur équivaut à un empêchement fautif par l'employeur de l'exécution du travail ; il se trouve dès lors en demeure et reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive fournir son travail (art. 324, al. 1 CO)³¹⁷⁴.

1697

Réflexions sur une évolution possible de la protection de la personnalité du travailleur. À terme, on pourrait envisager d'en arriver à un principe selon lequel les libertés fondamentales du travailleur (liberté personnelle, liberté de conscience et de croyance, liberté d'opinion), ne pourraient être limitées par l'employeur que selon une procédure proche de celle qui limite les intrusions de l'État dans les libertés fondamentales des citoyens. Ainsi, de telles libertés ne pourraient connaître de restrictions que s'il existe :

1698

- 1° un **motif justifié** de restriction (comme les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise) ;
- 2° une **balance des intérêts** entre libertés de même rang (liberté économique contre libertés individuelles du travailleur) ;

³¹⁷³ TF, 28 avril 2011, 4A_53/2011, ATF 137 III 303, JT 2011 II 390, SJ 2011 I 453, JAR 2012 205, cons. 2.2.2 ; TF, 2 mai 2015, 4A_714/2014, cons. 2.

³¹⁷⁴ Sur le régime de la demeure de l'employeur, cf. *supra*.

- 3° une **proportionnalité** dans la restriction³¹⁷⁵.

En effet, dès lors que la Constitution dispose que les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique (art. 35 Cst.), pour quelle raison l'entreprise ne serait-elle pas être considérée comme un des lieux de l'ordre juridique ?

Chapitre 3 : Les autres obligations

1699 En dehors des deux obligations fondamentales de rémunération et de protection, l'employeur doit respecter à l'égard du travailleur une **obligation d'information** (Section 1). Pèse parfois sur lui également une **obligation de formation** (Section 2).

Section 1 : L'obligation d'information

1700 Aux termes de la loi, l'employeur doit donner au travailleur les renseignements nécessaires sur ses droits envers une institution de prévoyance professionnelle ou en faveur du personnel ou envers un assureur (art. 331, al. 4 CO).

Ces renseignements doivent porter non seulement sur l'existence de toute police d'assurance contractée au bénéfice du travailleur et sur tout rapport de prévoyance, mais aussi sur l'ensemble des modalités de ces régimes d'assurance³¹⁷⁶. Ils concernent toutes les institutions et toutes les assurances que l'employeur a souscrites en faveur du travailleur, qu'elles soient relatives à la prévoyance professionnelle, à l'accident ou encore à la perte de gain en cas de maladie³¹⁷⁷.

1701 L'obligation d'information commence dès le début du rapport d'emploi, s'étend pendant toute sa durée, jusqu'au moment de sa rupture³¹⁷⁸. Elle vise à permettre au travailleur de préserver ses droits à l'égard des institutions d'assurance³¹⁷⁹.

En cas d'information inexacte ou défaillante, l'employeur commet une inexécution contractuelle, qui engage sa responsabilité vis-à-vis du travailleur³¹⁸⁰.

³¹⁷⁵ Synthèse inspirée de l'article 6 du Rapport au Premier ministre (France) du Comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail, janvier 2016.

³¹⁷⁶ Anne-Sylvie Dupont, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 26 *ad* art. 331 CO.

³¹⁷⁷ TF, 3 juin 2010, 4A_186/2010, JAR 2011 235, cons. 3 ; CAPH/GE, JAR 2006 460, cons. 25 ; TC/FR, JAR 1997 142 ; CAPH/GE, JAR 1996 157 ; Werner Gloor, « Licenciement immédiat et incapacité de travail due à la maladie », DTA 2014 162.

³¹⁷⁸ Cf. Streiff/von Känel/Rudolph, N 10 *ad* art. 331 CO.

³¹⁷⁹ TF, 3 juin 2010, 4A_186/2010, JAR 2011 235, cons. 3.

³¹⁸⁰ Cf. TF, 18 avril 1995, ATF 121 V 28, PJA 1995 1503, TrEx 1996 20, RJB 1998 4, cons. 2c ; Versicherungsgericht/BS, 26 août 1986, BJM 1987 218, cons. 2d.

En outre, l'employeur a l'obligation d'annoncer à l'assurance la survenance d'un cas couvert en faveur de son travailleur. À défaut, l'employeur commet une violation contractuelle, qui engage sa responsabilité³¹⁸¹.

1702

Section 2 : L'obligation de formation

En droit suisse, il n'existe pas d'obligation légale et générale de former les salariés.

1703

On peut toutefois trouver ce genre d'obligation dans des lois relatives à certaines professions ou en droit collectif. Par exemple, le contrat-type de travail fédéral du 16 janvier 1985 pour les éducateurs employés dans des foyers et internats prévoit en son article 6 : « L'employeur est tenu de favoriser le perfectionnement professionnel du travailleur. À cette fin, le travailleur bénéficiera de congés payés. L'employeur supporte les frais des cours de perfectionnement, dans la mesure où ces derniers sont dans l'intérêt de l'entreprise. »

Régime des temps de formation. Selon l'article 13, alinéa 4 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail, le temps qu'un travailleur consacre à une formation complémentaire ou continue, soit sur ordre de l'employeur, soit en vertu de la loi, parce que son activité professionnelle l'exige, est réputé temps de travail. Ainsi, si la formation est imposée par l'exécution du travail, le salaire est dû au travailleur pour toute la durée consacrée à la formation³¹⁸².

1704

En revanche, la rémunération n'est pas obligatoirement due lorsque la formation n'est pas imposée par l'exécution du travail, mais qu'elle est simplement destinée à améliorer la capacité professionnelle du travailleur³¹⁸³, la raison d'une telle différence de régime résidant dans le fait qu'une formation de ce genre n'est pas liée à un employeur déterminé ou à un produit spécifique³¹⁸⁴ : elle se distingue du travail qui est exécuté directement dans l'intérêt de l'employeur et qui constitue la contrepartie du salaire³¹⁸⁵. L'employeur et le travailleur peuvent alors convenir, pour les jours consacrés à la formation de l'employé, de l'octroi d'un congé non payé, ou se mettre d'accord sur le maintien du salaire en contrepartie de l'accomplissement d'un travail compensatoire, ou encore convenir que les heures de cours seront assimilées, en totalité ou en partie, à du temps de travail³¹⁸⁶.

1705

Dans ce dernier cas de figure, l'employeur a la liberté de lier sa contribution à un engagement de remboursement dégressif du salaire payé pendant les heures de

³¹⁸¹ TF, 10 mars 2005, 4C.413/2004, DTA 2005 177, cons. 3.

³¹⁸² TF, 14 avril 2011, 4D_13/2011, cons. 2.3.

³¹⁸³ *Ibidem*.

³¹⁸⁴ Cf. TF, 21 octobre 2005, 4C.326/2005, cons. 4.

³¹⁸⁵ Cf. TF, 10 janvier 2002, 4P.264/2001, cons. 2c/aa.

³¹⁸⁶ TF, 14 avril 2011, 4D_13/2011, cons. 2.3.

formation si le travailleur quitte l'entreprise avant l'échéance de la période convenue³¹⁸⁷.

Chapitre 4 : La responsabilité de l'employeur

Section 1 : Les remèdes contre les défaillances de l'employeur

- 1706 Lorsque l'employeur n'exécute pas ou exécute mal ses obligations, le travailleur dispose de plusieurs armes juridiques :

§ 1 : Prétention en paiement

- 1707 Pour les **questions salariales**, le travailleur peut réclamer le paiement correspondant à la différence entre ce qu'il a effectivement reçu et ce qu'il aurait dû recevoir si l'employeur avait correctement exécuté son obligation. L'employeur en demeure doit un **intérêt** au taux légal de 5 % l'an (art. 104 CO), ainsi que la réparation du dommage supplémentaire (art. 106 CO). Le travailleur peut également demander des **sûretés** (art. 337a CO).

§ 2 : Exception d'inexécution

- 1708 L'exception d'inexécution (*exceptio non adimpleti contractus*) de l'article 82 du code des obligations permet au travailleur de refuser d'exécuter sa prestation de travail tant que son salaire ne lui est pas versé³¹⁸⁸.

§ 3 : Demeure de l'employeur

- 1709 Pour les autres questions (tâches confiées, lieu de travail, etc.), l'employeur peut également se trouver **en demeure**. En effet, si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, il reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir son travail (art. 324, al. 1 CO).
- 1710 Autrement dit, le travailleur peut refuser le travail s'il exige à juste titre que le travail ne soit pas exécuté dans des conditions inacceptables en ce qui concerne les locaux, les machines, les installations techniques et les dispositifs de protection, etc³¹⁸⁹. Le

³¹⁸⁷ *Ibidem*.

³¹⁸⁸ TF, 27 octobre 2005, 4C.222/2005.

³¹⁸⁹ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 338.

travailleur peut donc continuer à exiger le paiement de sa rémunération tant qu'il manifeste à l'employeur qu'il se tient à sa disposition pour exécuter le travail aux conditions contractuelles qui prévalaient avant la modification refusée ou imposée unilatéralement sans respect des conditions légales et jurisprudentielles. Le travailleur doit toutefois imputer sur son salaire ce qu'il a épargné du fait de l'empêchement de travailler ou ce qu'il a gagné en exécutant un autre travail, ou encore le gain auquel il a intentionnellement renoncé (art. 324, al. 2 CO).

§ 4 : Démission

Le travailleur peut également démissionner en respectant le délai de préavis applicable ou avec effet immédiat, si l'atteinte est grave. S'il démissionne en respectant le délai de préavis, le travailleur a droit à sa rémunération inchangée jusqu'à la fin du rapport de travail. Le travailleur peut en outre invoquer un dommage supplémentaire, consécutif à l'inexécution du contrat par l'employeur.

1711

Section 2 : La responsabilité contractuelle et délictuelle de l'employeur

L'employeur qui ne respecte pas ses obligations voit sa responsabilité engagée, aux conditions de droit commun³¹⁹⁰. Le travailleur peut alors réclamer des **dommages-intérêts**.

1712

Par exemple, dans le cas où un ex-employeur a ruiné la réputation professionnelle du travailleur, le dommage se concrétise par l'incapacité dans laquelle se trouve le travailleur à retrouver un emploi salarié³¹⁹¹. Lorsqu'il est impossible d'apporter la preuve matérielle d'un dommage, il suffit de l'apporter avec une vraisemblance prépondérante, c'est-à-dire que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude de l'allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération³¹⁹².

Le travailleur peut également réclamer le paiement d'une compensation pour le **tort moral** qu'il a subi³¹⁹³. On applique le régime de l'article 49 du code des obligations³¹⁹⁴. Cette disposition prévoit que celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction

1713

³¹⁹⁰ TF, 26 mai 2009, 4A_564/2008, JAR 2010 318, DTA 2009 307, cons. 3.2.

³¹⁹¹ TF, 25 août 2016, 4A_90/2016, cons. 9.2.

³¹⁹² TF, 14 juin 2016, 8C_703/2015.

³¹⁹³ TF, 2 mai 1961, ATF 87 II 143 ; TF, 15 juin 1976, ATF 102 II 211, SJ 1977 462, cons. 9 ; TF, 14 janvier 1992, SJ 1993 351, cons. 1a ; TF, 28 avril 2011, 4A_53/2011, ATF 137 III 303, JT 2011 II 390, SJ 2011 I 453, JAR 2012 205, cons. 2.2.2.

³¹⁹⁴ TF, 13 octobre 1998, ATF 125 III 70, cons. 3a ; TF, 11 novembre 2004, 4C.259/2004, cons. 1.1.

autrement. Selon la jurisprudence, l'ampleur de la réparation morale dépend avant tout de la gravité des souffrances physiques ou psychiques consécutives à l'atteinte subie par la victime et de la « possibilité d'adoucir sensiblement, par le versement d'une somme d'argent, la douleur morale qui en résulte »³¹⁹⁵. Le Tribunal fédéral estime que n'importe quelle atteinte légère à la réputation professionnelle, économique ou sociale d'une personne ne justifie pas une réparation³¹⁹⁶.

1714 La preuve de la souffrance morale étant difficile à apporter, il suffit au travailleur, selon le Tribunal fédéral, d'établir la réalité et la gravité de l'atteinte objective qui lui a été portée³¹⁹⁷. Pour ce qui est de l'aspect subjectif, le juge doit tenir compte du cours ordinaire des choses, comme l'y autorise l'article 42, alinéa 2 du code des obligations, le tort moral étant censé correspondre à celui qu'aurait ressenti une personne normale placée dans la même situation³¹⁹⁸. La conséquence d'une telle présomption de fait est qu'il appartient au travailleur d'établir qu'il a subi un tort moral plus grave que celui qu'aurait éprouvé une personne placée dans la même situation, tandis que c'est à l'employeur de prouver que la victime n'a, en réalité, pas ressenti de souffrance³¹⁹⁹.

1715 En particulier, la violation des obligations prévues à l'article 328 du code des obligations entraîne l'obligation pour l'employeur de réparer le préjudice matériel et le tort moral causés par sa propre faute ou celle de l'un de ses employés³²⁰⁰.

En principe, la responsabilité de l'employeur ne saurait être pas diminuée à l'égard du travailleur lésé du fait qu'un tiers se trouve aussi responsable du même dommage³²⁰¹.

Section 3 : Les infractions pénales de l'employeur

1716 La mise en œuvre des prescriptions de la loi sur le travail est principalement administrative : elle prend notamment la forme d'une injonction lors d'une intervention préalable (cf. art. 51 LTr), le cas échéant assortie des sanctions prévues à l'article 292 du code pénal. Est punissable l'employeur qui enfreint les prescriptions sur la protection de la santé et l'approbation des plans ou celles sur la protection spéciale des jeunes gens ou des femmes, qu'il agisse intentionnellement ou par négligence, la durée du travail ou du repos, s'il agit intentionnellement (art. 59, al. 1

³¹⁹⁵ TF, 26 novembre 2002, 6S.282/2002, ATF 129 IV 22, cons. 7.2 ; TF, 11 novembre 2004, 4C.259/2004, cons. 1.1 ; TF, 28 avril 2011, 4A_53/2011, ATF 137 III 303, JT 2011 II 390, SJ 2011 I 453, JAR 2012 205, cons. 2.2.2.

³¹⁹⁶ TF, 13 octobre 1998, ATF 125 III 70, cons. 3a ; TF, 11 novembre 2004, 4C.259/2004, cons. 1.1.

³¹⁹⁷ TF, 12 janvier 2009, 4A_495/2007, JAR 2010 163, DTA 2009 134, cons. 6.2.1.

³¹⁹⁸ *Ibidem*.

³¹⁹⁹ TF, 14 janvier 1992, 4C.246/1991, SJ 1993 351, cons. 1b ; TF, 12 janvier 2009, 4A_495/2007, JAR 2010 163, DTA 2009 134, cons. 6.2.1.

³²⁰⁰ TF, 4 avril 2003, 2C.2/2000, JAR 2004 234, DTA 2003 225, cons. 2.3 ; TF, 21 octobre 2003, 4C.177/2003, JAR 2004 331, cons. 4.2.1.

³²⁰¹ TF, 21 février 2006, 4C.201/2005, JAR 2007 179, DTA 2006 112, cons. 6.3.

LTr). L'employeur est passible d'une peine pécuniaire de cent quatre-vingts jours-amende au plus (art. 61, al. 1 LTr).

En cas d'accident corporel du travailleur qui a été mis en danger par son employeur, peuvent être mis en cause celui qui aura enfreint les règles de l'art de construire (art. 229 CP) et celui qui aura omis d'installer des appareils protecteurs (art. 230 CP).

1717

Les infractions en matière d'assurances sociales sont également sanctionnées (cf. art. 87 LAVS, art. 76 LPP, art. 112 LAA).

Titre 3 : La modification du rapport de travail

Pour comprendre les règles juridiques qui président à la modification du rapport de travail, il faut avoir à l'esprit la double caractéristique fondamentale de ce rapport. Il contient à la fois :

1718

- une **relation contractuelle**, qui suppose une égalité horizontale (l'employeur et le travailleur donnent leur consentement à égalité dans le contrat), et
- une **relation de subordination**, qui suppose une inégalité verticale (l'employeur peut donner des ordres au travailleur qui doit y obéir).

L'existence de ces deux relations implique l'existence de deux domaines :

1719

- le **domaine des éléments contractuels du rapport de travail**, qui regroupe tous les éléments qui ont été déterminants pour la conclusion du rapport de travail, c'est-à-dire tous les éléments qui ont amené chacune des parties à entrer dans une relation de travail commune, qui ont déterminé leurs consentements respectifs. C'est la manifestation de l'égalité des parties, lesquelles ont un droit égal à entrer dans le rapport de travail ou à ne pas y entrer ;

- le **domaine des conditions d'exécution du travail**, qui regroupe tous les éléments qui sont décidés par l'employeur seul dans le cadre de ce qu'on appelle son pouvoir de direction, c'est-à-dire son droit de donner des directives au travailleur sur le travail à exécuter et la façon de l'exécuter³²⁰².

Concrètement, pour modifier un élément du rapport de travail, il convient :

1720

1° de le **qualifier** : s'agit-il d'un **élément contractuel** ou d'une **condition d'exécution du travail** ? (Chapitre 1) ;

2° de lui **appliquer le régime** de modification correspondant à sa qualification : régime de **modification des éléments contractuels** du rapport de travail (Chapitre 2) ou régime de **modification des conditions d'exécution du travail** (Chapitre 3).

Chapitre 1 : Distinction entre éléments contractuels du rapport de travail et conditions d'exécution du travail

Un certain nombre d'éléments du rapport de travail sont **contractuels par nature**. Cela signifie qu'ils sont impérativement considérés comme des éléments contractuels, dans

1721

³²⁰² Cf. Aurélien Witzig, *La modification du rapport de travail*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2014.

tout rapport de travail, quelle que soit la source qui les contient (contrat, avenant, règlement d'entreprise, règlement du personnel, conditions générales d'emploi, aucune source formelle, ...) (**Section 1**).

D'autres éléments appartiennent, *par nature*, aux *conditions d'exécution du travail* (**Section 2**).

Un élément qui appartient, par nature, aux conditions d'exécution du travail peut acquérir une force contractuelle par la *source* dans laquelle il se loge (**Section 3**).

- 1722 **Droit de la fonction publique.** Le droit de la fonction publique connaît une distinction similaire, par des procédés propres au droit public. Aussi y distingue-t-on entre la décision – acte susceptible de recours –, qui affecte directement les droits et obligations d'un fonctionnaire en tant que sujet de droit (par exemple, la fixation de son salaire), et l'acte interne ou d'organisation – non susceptible de recours –, qui concerne l'exécution des tâches (par exemple, la définition du cahier des charges)³²⁰³. Au sein des actes internes, un recours à l'autorité judiciaire est tout de même possible dans deux hypothèses principales : d'une part, lorsque la modification représente une sanction déguisée (une sanction étant un acte attaquant)³²⁰⁴ ; d'autre part, lorsque la modification constitue une atteinte à la personnalité du fonctionnaire (par exemple, lorsque sa vie familiale n'est pas respectée ou lorsque la considération à laquelle il peut prétendre au regard notamment de ses aptitudes est atteinte³²⁰⁵)³²⁰⁶.

Section 1 : Les éléments contractuels par nature

- 1723 Les éléments contractuels par nature regroupent cinq éléments qui sont les préalables indispensables à l'existence de tout contrat de travail puisqu'ils sont le minimum requis pour qu'un contrat de travail existe³²⁰⁷. Ils sont énoncés à l'article 330b du code des obligations.

Il s'agit des *parties au contrat* (§ 1), de la *date de début du rapport de travail* (§ 2), des *fonctions du travailleur* (§ 3), de la *rémunération* (§ 4) et de la *durée du travail* (§ 5).

³²⁰³ Récemment : TF, 16 août 2010, 8D_8/2009, ATF 136 I 323, cons. 4.4 ; TF, 23 janvier 2017, 8D_1/2016, SJ 2017 I 321, cons. 5.1.

³²⁰⁴ TF, 15 octobre 2004, 2P.93/2004 ; TF, 28 février 2007, 2P.216/2006.

³²⁰⁵ TF, 25 novembre 1982, ATF 108 Ib 419, cons. 2a.

³²⁰⁶ TF, 23 janvier 2017, 8D_1/2016, SJ 2017 I 321, cons. 5.2.

³²⁰⁷ Cela ne signifie pas que, dans les faits, les parties se soient forcément mises d'accord sur chacun de ces éléments, même si elles auraient normalement dû le faire.

§ 1 : Les parties au contrat

Le contrat de travail est un contrat toujours conclu *intuitu personae*, en considération de la personne. Cette spécificité explique également que le travailleur ne puisse se voir imposer contre son gré un changement de la qualité juridique de l'employeur. Le consentement du travailleur est toujours nécessaire pour opérer un tel changement³²⁰⁸.

1724

§ 2 : La date de début du rapport de travail

La date de début du rapport de travail est par nature un élément contractuel. Encore faut-il que la volonté des parties de se lier par un contrat soit établie³²⁰⁹.

1725

§ 3 : Les fonctions du travailleur

Un travailleur s'engage dans un rapport de travail pour exécuter certaines fonctions. Aussi les fonctions du travailleur font-elles nécessairement partie de l'accord des parties. À ce titre, elles représentent un élément contractuel par nature³²¹⁰.

1726

À toute fonction sont attachées des **tâches** qui, seules, peuvent être requises du travailleur (A). Certains ***cas particuliers*** peuvent venir compliquer cette logique de base (B). Des ***sanctions spécifiques*** tendent à assurer l'observation de ce régime (C).

A. Fonctions et tâches liées

À certaines fonctions, sont automatiquement liées certaines ***tâches quotidiennes*** (1). D'autre part, certaines tâches, sans être automatiquement liées à certaines fonctions, en constituent néanmoins le ***prolongement logique*** (2).

1727

1) Fonctions et tâches quotidiennes

Le travail que l'employeur confie au travailleur au quotidien varie généralement en fonction des circonstances et de l'évolution de l'entreprise. Les tâches quotidiennes font donc partie des conditions d'exécution du travail et relèvent du pouvoir de direction de l'employeur dès lors qu'elles demeurent dans le périmètre relatif aux fonctions assignées³²¹¹.

1728

³²⁰⁸ Cf. Gewerbliches Schiedsgericht/BS, 20 mars 2006, JAR 2007 387 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 5 ad art. 320 CO.

³²⁰⁹ Cf. TF, 30 juillet 2013, 4A_80/2013, cons. 5.

³²¹⁰ Cf. TF, 5 septembre 2003, 4C.129/2003, JAR 2004 308, cons. 3 (selon le Tribunal fédéral, « un poste de travail se caractérise par plusieurs paramètres, soit le contenu du travail, l'identité de l'employeur et le lieu où s'exerce l'activité ; si le poste n'est pas nécessairement immuable, il se peut qu'il intervienne des changements si importants que le travailleur, s'il avait pu les prévoir, n'aurait pas conclu le contrat ») ; cf. AG/Olten-Gösgen, 16 juin 1982, JAR 1984 99, JU-TRAV 1983 5 ; CAPH/GE, 21 février 2007, JAR 2008 376, cons. 4 ; TC/FR, 12 septembre 2008, RFJ 2008 368, cons. 5 ; cf. Aline Bonard, in Commentaire Dunand/Mahon, N 7 ad art. 335 CO.

1729 Parfois, la description du poste est **sommaire**. Il arrive également que la fonction du salarié évolue sans que les parties n'aient modifié le contrat en rapport. Dans ces hypothèses, il convient de déterminer selon le principe de **bonne foi**, en tenant compte de toutes les circonstances connues des parties, les tâches quotidiennes liées aux nouvelles fonctions³²¹². Les circonstances à prendre en compte sont : la nature de l'activité, la taille de l'entreprise, la durée des rapports contractuels, la formation du travailleur, etc³²¹³.

2) Tâches constituant le prolongement logique des fonctions

1730 La difficulté consiste à déterminer quelles sont les tâches précisément confiées au travailleur et les tâches confiées qui, sans être nécessairement spécifiées, en constituent le prolongement logique³²¹⁴. De manière générale, on peut dire que les critères à prendre en compte sont la nature de la fonction, le niveau hiérarchique dans l'entreprise, les avantages conférés par la fonction (rémunération, indemnité de licenciement éventuelle, etc.)³²¹⁵. On doit également prendre en compte l'usage général d'un métier ou d'une profession pour déterminer ces éléments³²¹⁶. Mais la réponse est souvent affaire de casuistique.

Par exemple, une **vendeuse** a le droit de refuser d'être affectée à d'autres tâches que les siennes, notamment celle de responsable d'hygiène³²¹⁷. De la même manière, sauf cas particulier, un **mécanicien** n'a pas à être obligé de nettoyer les toilettes³²¹⁸.

B. Cas particuliers

1731 Dans trois cas particuliers, les tâches du travailleur peuvent être déliées de ses fonctions, ou lui être imposées même en dehors du cadre de leur contractualisation. Il s'agit des cas d'**urgence** (1), de travailleur **malade, accidenté ou courant un risque pour sa santé** (2) et en cours d'exécution du **délai de congé** (3).

1) Urgence

1732 En cas d'urgence, il est possible d'exiger du travailleur qu'il exécute des tâches autres que celles correspondant à ses fonctions spécifiques ou à leur prolongement logique³²¹⁹.

³²¹¹ Cf. Portmann/Stöckli, p. 53.

³²¹² Cf. Gabriel Aubert, in CR-CO I, N 4 ad art. 321d CO.

³²¹³ *Ibidem*.

³²¹⁴ Cf. OG/BL, 8 novembre 1988, JAR 1990 356.

³²¹⁵ TF, 30 avril 2007, 4C.38/2007, cons. 3.6 ; cf. également : Carruzzo, N 2 ad art. 321d CO.

³²¹⁶ Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, in BaK, N 5 ad art. 321 CO.

³²¹⁷ TF, 6 juillet 2005, 4C.155/2005, JAR 2006 182, cons. 3.2.

³²¹⁸ TA/TI, 13 janvier 1999, JAR 2000 135 ; cf. Rudolph/von Känel, « Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Eine rechtliche Auslegeordnung zu einem um sich greifenden Phänomen », RSJ 2010 362.

Il ne peut y avoir urgence que si l'attribution d'une tâche étrangère aux fonctions du travailleur est **temporaire** et si ce changement répond à un **impératif objectif** de l'entreprise et **n'est pas chicanier**³²²⁰. On peut assimiler à l'urgence le remplacement d'un travailleur absent³²²¹.

2) Travailleur malade, accidenté ou courant un risque pour sa santé

Lorsque le travailleur se trouve en incapacité de travail de longue durée ou lorsque le médecin prescrit qu'il ne peut être employé que sur un poste aménagé eu égard à sa maladie ou à l'accident dont il a été victime, il faut établir une balance des intérêts entre l'intérêt du travailleur à voir sa santé préservée et l'intérêt de l'entreprise à ne pas rémunérer un travailleur devenu incapable d'exercer les fonctions et les tâches pour lesquelles il a été embauché³²²².

1733

Il paraît raisonnable de dire que lorsque le poste auquel est affecté le travailleur est de nature à lui permettre de retrouver sa pleine capacité de travail, notamment lorsque le poste est aménagé en fonction de ses difficultés, on peut raisonnablement exiger que le travailleur se plie à ce changement³²²³.

Dans le cas particulier où le certificat médical indique que le travailleur peut travailler dans l'entreprise, **mais pas sous la supervision de tel ou tel supérieur hiérarchique**, l'employeur aura le choix entre changer le travailleur de secteur dans l'entreprise pour le soustraire à la direction de son supérieur précédent tout en préservant ses fonctions, ou procéder à une contre-visite médicale afin de vérifier si le diagnostic fourni par le travailleur est bien réel. Si le diagnostic est réel, le travailleur ne peut être affecté à un poste qui mette en danger sa personnalité et l'employeur continue à devoir le rémunérer tant qu'il ne trouve pas de solution de rechange acceptable, d'autant plus quand il se trouve à l'origine des difficultés (art. 324 CO). Un éventuel licenciement serait abusif car le travailleur n'aurait que fait valoir de bonne foi des prétentions résultant de son contrat de travail (art. 336, al. 1, d CO, en lien avec l'art. 328 CO et l'art. 6 LTr). En revanche, si le risque pour sa santé dont se prévaut le travailleur n'est pas réel, l'employeur pourra soit le maintenir dans son poste, soit le licencier.

1734

De manière générale, il faut rappeler qu'il incombe à toute personne qui prend contractuellement des individus sous son pouvoir hiérarchique de veiller à ce que ces travailleurs voient leur personnalité respectée. Il appartient donc aux devoirs liés à la qualité d'employeur de vérifier régulièrement qu'aucun supérieur n'abuse de son

1735

³²¹⁹ TA/TI, 13 janvier 1999, JAR 2000 135 ; CAPH/GE, 21 février 2007, JAR 2008 376, cons. 4.

³²²⁰ Cf. Duc/Subilia, N 9 ad art. 321d CO.

³²²¹ Cf. TF, 6 juillet 2005, 4C.155/2005, JAR 2006 282, cons. 3.2.1.

³²²² Cf. Rudolph/von Känel, « Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Eine rechtliche Auslegeordnung zu einem um sich greifenden Phänomen », RSJ 2010 362.

³²²³ Cf. Von Känel/Wyler, « Effets de la LPGA sur le droit du travail », DTA 2005 153-166, spéc. p. 157 ; cf. Müller, « Übertragung neuer Aufgaben und Zuweisung eines neuen Arbeitsortes ohne Änderung des Arbeitsvertrages », PJA 1999 454-460 ; Carruzzo, N 2 ad art. 321d CO ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 3 ad art. 321d CO.

pouvoir à l'encontre des travailleurs qu'il a sous sa responsabilité ou ne viole leur personnalité. À défaut, l'employeur viole une de ses obligations contractuelles. Il ne peut donc pas se prévaloir de sa propre violation du contrat pour soutenir ensuite qu'il est légitimé à le rompre en raison des conséquences de cette violation initiale.

3) Les tâches confiées pendant le délai de congé

1736 Pendant la durée du délai de congé, l'employeur n'est pas autorisé à modifier unilatéralement les fonctions du travailleur³²²⁴. Ainsi un machiniste-grutier ne peut-il être contraint d'exécuter les tâches d'un aide-magasinier pendant la durée de son délai de préavis³²²⁵.

Toutefois, il faut se montrer un peu plus flexible dans l'attribution des tâches durant cette période : il est par exemple admissible de demander à un informaticien d'exercer ses compétences dans son domaine au sein de l'entreprise même s'il le faisait précédemment à l'extérieur de l'entreprise³²²⁶.

1737 Si la situation s'envenime, l'employeur aura souvent tendance à vouloir **dispenser le travailleur de l'exécution du préavis**, afin de le maintenir à l'écart de l'entreprise. On peut considérer assez généralement qu'une telle libération de l'obligation de travailler est admissible. Dans certains cas particuliers toutefois, notamment lorsque le délai de congé est long (six mois ou plus), le travailleur peut avoir un intérêt légitime à être maintenu dans ses fonctions, de peur de perdre de l'expérience ou de n'être plus à jour dans son métier. Ainsi, hormis les cas où le délai de préavis anormalement long a été décidé dans l'intérêt du travailleur (comme avantage au titre du contrat de travail), l'employeur ne pourra tenir le travailleur à l'écart de l'entreprise lorsqu'il en résulterait pour ce dernier un désavantage sur le marché du travail.

C. Fonctions, tâches et sanctions

1) Absence de tâches confiées

1738 Le fait de ne plus attribuer de tâches en rapport avec les fonctions du travailleur est une forme de modification du rapport de travail.

En soi, elle est admissible³²²⁷ dès lors qu'elle n'est pas chicanière et reflète une baisse d'activité réelle de l'entreprise. Le travailleur est rémunéré pour la mise à disposition de son temps au service de l'employeur, ce dernier supportant le risque d'entreprise dans l'hypothèse où il n'aurait pas de travail concret à fournir à ses salariés³²²⁸.

³²²⁴ Carruzzo, N 2 *ad art.* 321d CO.

³²²⁵ TF, SJ 1993 370 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 3 *ad art.* 321d CO.

³²²⁶ OG-BL, 8 novembre 1988, JAR 1990 356, cons. 4.

³²²⁷ Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, *in* BaK, N 5 *ad art.* 321 CO.

³²²⁸ Cf. Manfred Rehbinder, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Berne Stämpfli, 2002, p. 58.

Toutefois, le travailleur peut estimer qu'il perd de la valeur sur le marché du travail s'il n'exerce pas concrètement les fonctions pour lesquelles il a été embauché. Par ailleurs, « placardiser » un travailleur, c'est-à-dire lui assigner des tâches minimales ou clairement en dessous de ses compétences, même si la rémunération ne change pas, peut **violier sa personnalité**, notamment si cette modification est faite en représailles de demandes légitimes de sa part. Dans de telles hypothèses, le travailleur doit mettre en demeure son employeur de l'occuper selon les termes du contrat (cf. art. 324 CO), avant d'éventuellement mettre en jeu la responsabilité contractuelle de ce dernier.

1739

Par exemple, un footballeur injustement laissé sur le banc de touche peut exiger d'être rémunéré comme s'il avait joué les matchs que son entraîneur lui a interdit de jouer sans raison objective valable. Si une prime était prévue en fonction du nombre de matchs joués, le travailleur peut prétendre la recevoir en entier dès lors que l'employeur n'avait pas de raison de ne pas le faire jouer³²²⁹.

1740

2) Rétrogradation

Un travailleur peut se voir rétrograder dans ses fonctions au titre d'une sanction disciplinaire. C'est même un impératif pour l'employeur dans deux cas précis :

1741

- lorsque l'entreprise est objectivement **mal dirigée**, risque la faillite ou la mise en cause de la responsabilité du gérant (cf. art. 717 et 754 et s. CO) ;
- lorsque le travailleur **viole la personnalité** des employés qu'il a sous ses ordres (art. 328 CO).

Dans ces hypothèses, l'employeur peut imposer la rétrogradation à tout moment.

1742

Ainsi, un médecin engagé par une clinique comme médecin-chef d'un service et ensuite promu à la direction de la clinique, peut être réintégré dans ses fonctions initiales durant son délai de préavis lorsque ses insuffisances professionnelles lui ont été reprochées à plusieurs reprises et que la possibilité de s'améliorer lui a été offerte de bonne foi³²³⁰. Les mises en garde répétées n'ayant pas été suivies d'effet, le travailleur ne pouvait plus se plaindre d'une violation de sa personnalité, car des raisons objectives présidaient à cette rétrogradation³²³¹.

³²²⁹ TF, 28 avril 2011, 4A_53/2011, ATF 137 III 303, JT 2011 II 390, SJ 2011 I 453, JAR 2012 205, cons. 2.1.2.

³²³⁰ TF, 4 août 2006, 4C.189/2006, DTA 2006, pp. 269-271, cons. 4 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 3 *ad* art. 321d CO.

³²³¹ Cf. Carruzzo, N 2 *ad* art. 321d CO.

§ 4 : La rémunération

- 1743 La rémunération appartient aux *essentialia negotii* du contrat de travail³²³². Elle ne peut donc être modifiée que par la voie de la modification des éléments contractuels du rapport de travail³²³³, quelles que soient les circonstances³²³⁴.
- 1744 Il en va de même des **fonctions, attributions** et **responsabilités** du salarié lorsque leur modification entraîne un impact sur la rémunération³²³⁵, ainsi qu'en cas de modification de l'activité ou du lieu de travail quand ce dernier produit un impact sur la rémunération. Ainsi, lorsque, sur instruction de l'employeur, le travailleur est contraint de changer d'activité et de lieu de travail et que cela a pour effet d'amputer la part variable de sa rémunération, il a droit à une compensation, calculée sur la base du montant de ses précédentes rémunérations variables³²³⁶.
- 1745 L'employeur ne peut modifier la rémunération **même si le travailleur a mal travaillé**. Dès lors que le travailleur a mis son temps à disposition de l'employeur, la rémunération est due. Le cas échéant, la responsabilité du travailleur peut être engagée (art. 321e CO) ou ce dernier peut être licencié. L'employeur peut opposer en compensation l'éventuelle créance qu'il aurait à faire valoir contre sa dette de rémunération, selon le régime propre à la garantie du salaire en cas de compensation (art. 323b, al. 2 CO). Mais la rémunération sera due pour la seule mise à disposition de son temps par le travailleur.
- 1746 Lorsque l'on parle de la rémunération, il faut y inclure le **salaire de base**, qu'il soit fixe ou variable (par exemple salaire à la pièce) mais également **tous les accessoires du salaire**, sous quelque forme que ce soit : treizième salaire, bonus, primes, gratification contractuelle, participation, provision, rémunération sur objectifs lorsqu'ils sont convenus. Les accessoires du salaire comprennent également les avantages en nature (mise à disposition d'un logement ou d'un véhicule à titre privé)³²³⁷.
- 1747 La part variable de la rémunération appartient également au socle contractuel. Ainsi, toute rémunération variable prenant la forme d'un salaire aux pièces, d'un salaire à la tâche, d'une participation au résultat, d'une provision (parfois appelée commission),

³²³² Cf. TF, 5 mars 2012, 4A_380/2011, cons. 5.1.2 : « *Der Lohn ist ein wesentliches Element eines Arbeitsvertrages.* »

³²³³ Werner Gloor, « Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive », DTA 2008, pp. 249-268, spéc. p. 254 ; David Aubert, « La modification du contrat de travail et plus spécifiquement du règlement d'entreprise », in Panorama du droit du travail (édit. Rémy Wyler), Berne, Stämpfli, 2009, pp. 21-35, spéc. p. 34 ; Comm.Dunand-Bonard, N 7 ad art. 335 CO. Voir également : TF, 4 septembre 2013, 4A_219/2013, cons. 3.3 : l'ajout d'une retenue supplémentaire sur une indemnité de départ ne peut être prévue par un simple règlement, du moins pas si le salarié a marqué son refus à cet égard.

³²³⁴ Staehelin, N 44 ad art. 322 CO.

³²³⁵ TF, 14 juillet 1964, in Gabriel Aubert (édit.), *Quatre cents arrêts sur le contrat de travail*, Lausanne, Payot, 1984, N 276 ; TF, 5 septembre 2003, 4C.129/2003, JAR 2004 308 ; Gewerbliches Schiedsgericht-BS, RSJ 1989 83.

³²³⁶ TF, 25 novembre 2014, 4A_483/2014, cons. 7.4.

³²³⁷ Cf. Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 18 avril 1978, JAR 1980 259.

d'une rémunération sur objectifs ou d'un plan d'intéressement contractuel ne peut être modifiée sans que la procédure de modification des éléments contractuels ne soit suivie. En revanche, une **gratification bénévole** peut être supprimée discrétionnairement par l'employeur.

§ 5 : La durée du travail

A. Principe : intangibilité

La durée du travail est un élément contractuel par nature. Ainsi, la modification de la durée du travail (passage d'un temps plein à un temps partiel, modification du taux d'emploi à temps partiel) représente une modification d'un élément contractuel du rapport de travail³²³⁸. D'ailleurs, le travailleur doit, sauf empêchement, mettre ses forces à la disposition de l'employeur pendant toute la durée prévue, sauf à engager sa propre responsabilité en cas de dommage subi par l'employeur (art. 321a CO)³²³⁹.

1748

B. Exception : les heures supplémentaires

Si elle ne peut être diminuée sans modification contractuelle, la durée du travail peut être temporairement augmentée par le mécanisme des heures supplémentaires. Dès lors que les conditions de l'article 321c du code des obligations sont remplies, le travailleur doit exécuter les heures supplémentaires qui peuvent lui être demandées de bonne foi³²⁴⁰.

1749

Section 2 : Les conditions d'exécution du travail par nature

Les conditions d'exécution du travail par nature sont les *instructions* (§ 1), la *gratification bénévole* (§ 2), les *objectifs fixés au travailleur* (§ 3), les *horaires de travail* (§ 4), la *date des vacances* (§ 5), le *lieu de travail* (§ 6). Elles restent soumises au régime de modification des conditions d'exécution de travail par nature, tant qu'elles n'ont pas été contractualisées³²⁴¹.

1750

³²³⁸ Cf. Streiff/von Känel/Rudolph, N 4 *ad* art. 320 CO ; cf. Aline Bonard, in Commentaire Dunand/Mahon, N 7 *ad* art. 335 CO.

³²³⁹ AG-ZH, 7 octobre 1996, JAR 1999 111.

³²⁴⁰ Cf. *supra* n° 1107 et s.

³²⁴¹ Pour le principe : Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 15 septembre 1988, JAR 1990 132 ; Staehelin, N 14 *ad* art. 321d CO.

§ 1 : Les instructions

- 1751 Les instructions, qu'elles concernent la façon d'exécuter le travail ou le comportement du travailleur, relèvent par nature des éléments non contractuels du rapport de travail.
- 1752 La méthode de travail, la technique de travail, la façon d'utiliser les instruments, matériaux et machines mis à disposition du travailleur en font notamment partie. L'employeur est libre de les modifier en tout temps, voire de les adapter en fonction des circonstances, des différents clients, etc. Par exemple, l'employeur peut demander à un travailleur de soigner plus particulièrement telle ou telle commande, par exemple lorsqu'une telle différenciation entre dans la stratégie commerciale de l'entreprise dont l'employeur est maître.
- 1753 L'**organisation du travail** fait également partie des instructions. L'employeur est donc légitimé à demander au travailleur de répondre à un questionnaire afin d'organiser au mieux les activités de l'entreprise³²⁴².
- 1754 Plus le travailleur est qualifié, plus il sera légitimé à exprimer son point de vue sur la façon d'exécuter concrètement le travail. En particulier, un médecin, un avocat, un architecte, un pilote, un chercheur salariés³²⁴³ pourront faire valoir leur point de vue de manière assez libre dès lors que leurs remarques sont pertinentes. Un informaticien, qui disposerait par hypothèse de compétences inconnues de son employeur, devra en principe se voir reconnaître une latitude de fonctionnement compatible avec le bon exercice de ses tâches³²⁴⁴. En contrepartie, le devoir de fidélité du travailleur l'oblige à informer sans délai et précisément l'employeur de toute difficulté que ses compétences lui auraient apprise. Il revient ensuite à l'employeur de prendre la décision d'exécution pertinente.
- 1755 Les instructions n'ont pas à être inconditionnelles comme l'exige le régime des actes formateurs. Au contraire, elles peuvent être édictées sous une **condition suspensive** (par exemple, tondre la pelouse s'il s'arrête de pleuvoir avant le milieu de l'après-midi)³²⁴⁵.

§ 2 : La gratification bénévole

- 1756 La gratification bénévole est par nature non contractuelle³²⁴⁶.

³²⁴² TF, 5 septembre 2006, 4C.186/2005, cons. 2.4.

³²⁴³ Cf. Staehelin, N 16 *ad* art. 321d CO.

³²⁴⁴ Pour le principe, cf. Duc/Subilia, N 10 *ad* art. 321d CO.

³²⁴⁵ Cf. Rehinder/Stöckli, N 13 *ad* art. 321d CO.

³²⁴⁶ Sur la définition et le régime de la gratification bénévole, cf. *supra*.

§ 3 : Les objectifs déterminants pour la rémunération

De tels objectifs, à moins d'avoir été contractualisés, peuvent être modifiés unilatéralement par l'employeur d'année en année, dans les limites du respect du régime de modification unilatérale des conditions de travail.

1757

§ 4 : Les horaires de travail

Les horaires de travail, à moins d'avoir été contractualisés, peuvent être modifiés par l'employeur au titre des conditions de travail. Il y a **contractualisation** par exemple s'il est clairement prévu que le travail de l'après-midi reprend à 14 heures. Dans cette hypothèse, l'employeur ne peut unilatéralement imposer une reprise du travail à 13 h 30³²⁴⁷.

1758

Par ailleurs, la **variation de la durée hebdomadaire du travail** est une modification d'un élément contractuel du rapport de travail. Il en va de même du passage d'un horaire fixe à un horaire variable, d'un horaire continu à un horaire discontinu ou d'un horaire de jour à un horaire de nuit ou d'un horaire de semaine à un horaire de travail le dimanche. La loi sur le travail précise d'ailleurs qu'aucun travailleur ne peut être affecté à un travail de nuit ou dominical sans son consentement (art. 17, al. 6 et art. 19, al. 5 LTr).

1759

De manière générale, les horaires de travail ne peuvent être déterminés par l'employeur que dans le respect de la réglementation applicable (art. 9 et s. LTr)³²⁴⁸.

§ 5 : La date des vacances

La date des vacances est fixée par l'employeur, lequel tient compte des désirs du travailleur dans la mesure compatible avec les intérêts de l'entreprise (art. 329c, al. 2 CO). La date des vacances appartient donc aux conditions d'exercice du travail.

1760

En revanche, une fois la date des vacances fixée, l'employeur n'est plus libre de modifier cet élément qui est en principe devenu contractuel.

§ 6 : Le lieu de travail

Par nature, le lieu de travail n'est pas un élément contractuel du rapport de travail³²⁴⁹. Il appartient au pouvoir de direction de l'employeur³²⁵⁰.

1761

³²⁴⁷ Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 2 mai 1988, JAR 1990 131 ; Staehelin, N 14 *ad* art. 321d CO.

³²⁴⁸ Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, *in* BaK, N 7 *ad* art. 321 CO.

³²⁴⁹ AG-Berne, 11 février 1987, JAR 1989 210 ; CAPH-GE, 21 février 2007, JAR 2008 376, cons. 4.

³²⁵⁰ CAPH-GE, 22 avril 1998, JAR 1999 163, JU-TRAV 1999 63, cons. 7.

Cette nature transparaît clairement lorsque la ***mobilité est liée à certaines fonctions*** (A). Le ***rayon d'activité*** du voyageur de commerce représente toutefois un cas particulier (B).

A. La mobilité liée à certaines fonctions

- 1762 Certaines fonctions impliquent par nature une mobilité géographique du travailleur : voyageurs de commerce, transporteurs, chauffeurs, réparateurs à domicile, cadres surveillant les filiales d'un groupe, etc.)³²⁵¹. Dans tous ces cas, le lieu où le travail est effectué varie.
- 1763 Dès lors que le temps de déplacement entre les différents lieux d'intervention est rémunéré et compris dans les limites hebdomadaires légales (cf. notamment art. 9 LTr) et que le travailleur est défrayé du coût de ses déplacements (remboursement des frais effectifs ou mise à disposition d'un véhicule de fonction), la clause de mobilité est valable même si elle ne prévoit les déplacements que sous forme de principe. L'employeur peut se contenter d'indiquer chaque matin au travailleur les lieux dans lesquels il devra se rendre dans la journée, et même adapter son parcours au cours de la journée en fonction des circonstances et des besoins de l'entreprise, dans une mesure raisonnable bien entendu³²⁵². Cela signifie qu'un temps adéquat devra être laissé au travailleur pour qu'il puisse se déplacer d'un lieu d'intervention à un autre sans notamment devoir commettre d'excès de vitesse. Par ailleurs, d'éventuels embouteillages retardant le travailleur sont à mettre sur le risque d'entreprise et doivent donc être rémunérés par l'employeur, le cas échéant par application du régime des heures supplémentaires³²⁵³.
- 1764 D'autre part, certains travailleurs peuvent être amenés à se déplacer ***ponctuellement*** pour effectuer certaines tâches confiées par l'employeur³²⁵⁴. Cette situation doit être distinguée du travail dans une autre entreprise ou pour autrui, dans lequel l'employeur transmet son pouvoir de direction à un tiers et qui représente un changement dans la qualité des parties qui équivaut à une modification d'un élément contractuel du rapport de travail³²⁵⁵.
- 1765 De brefs déplacements en Europe peuvent être exigés s'ils correspondent à la nature de la fonction du travailleur (par exemple un cadre responsable de succursales établies dans différents pays d'Europe)³²⁵⁶. Pour les pays au-delà de l'Europe, un déplacement peut également être envisagé, pour autant que l'employé ne risque ni sa santé ni aucune violation de sa personnalité (notamment ne risque pas de se faire emprisonner

³²⁵¹ Cf. Duc/Subilia, N 8 *ad* art. 321d CO.

³²⁵² Cf. Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 318 ; Carruzzo, N 2 *ad* art. 321d CO.

³²⁵³ C'est-à-dire moyennant généralement compensation en repos ou en argent (art. 321c CO) et dans certaines limites (art. 9, 12 et 13 LTr).

³²⁵⁴ Cf. Manfred Rehbinder, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Berne Stämpfli, 2002, p. 58.

³²⁵⁵ Cf. AG-SG, 3 avril 1998, JAR 1999 112.

³²⁵⁶ Carruzzo, N 2 *ad* art. 321d CO.

dans l'hypothèse où l'entreprise suisse pour laquelle il travaille aurait commis des actes pénalement répréhensibles sur sol étranger).

Lorsque le déplacement temporaire du lieu d'exécution du travail implique que les travailleurs **dorment sur place**, l'employeur doit mettre à leur disposition, aux frais de l'entreprise, un logement de qualité, préservant leur santé et leur personnalité. Si le travailleur refuse de travailler dans ce lieu, alors qu'il n'engendre aucun frais pour lui et que l'employeur n'a objectivement trouvé aucune autre solution pour assurer la continuité de son entreprise (par exemple pour une entreprise dans le secteur du bâtiment), le travailleur qui refuserait d'exécuter le travail ne pourrait invoquer la demeure de l'employeur³²⁵⁷.

1766

Il faudra néanmoins tenir compte équitablement du temps de loisir perdu le soir, notamment pour les travailleurs ayant des charges familiales. Si le travailleur doit faire appel à des solutions de garde d'enfants onéreuses, il devra en être défrayé. Quant au temps passé le soir loin du domicile il devra être rémunéré selon le régime applicable aux heures supplémentaires. Toutefois, si le travailleur est libre de ses mouvements le soir, qu'il a accepté le déplacement et que l'on peut considérer que le fait de coucher hors de son domicile de temps à autre appartient en propre à ses fonctions et était connu de lui lors de son embauche, ce temps ne devrait pas être décompté comme temps de travail effectif.

1767

B. Le rayon d'activité

Aux termes de l'article 349, alinéa 2 du code des obligations, « l'employeur peut modifier de son chef les dispositions contractuelles relatives au rayon ou au cercle de clients si un motif justifié le nécessite avant le terme de résiliation du contrat ; est cependant réservé, dans ce cas, le droit du voyageur de commerce de demander une indemnité et de résilier le contrat pour de justes motifs ».

1768

Section 3 : Les conditions de travail contractualisées

Les éléments contractuels par nature le restent quelle que soit la source qui prévoit leur existence. Il en va différemment des éléments non contractuels par nature. Ces derniers ne conservent leur caractère non contractuel que si aucune source ne vient les contractualiser³²⁵⁸. En effet, en vertu du principe de liberté contractuelle, les parties à un rapport de travail peuvent toujours décider de conférer, dans leur relation particulière, un caractère contractuel à des éléments qui en sont dépourvus par nature. Cela signifie que l'employeur peut volontairement décider de limiter son pouvoir de direction en contractualisant des éléments qui en auraient pourtant fait partie par nature.

1769

³²⁵⁷ CCass-NE, 24 avril 1978, JAR 1981. 124 ; Carruzzo, N 2 *ad art.* 321d CO.

³²⁵⁸ Cf. Staehelin, N 14 *ad art.* 321d CO.

- 1770 Certaines ***sources confèrent un caractère contractuel*** (§ 1). À côté de ces sources formelles, il faut envisager des ***phénomènes particuliers*** comme l'usage ou le traitement semblable d'un grand nombre de salariés, qui ne constituent pas des sources contractuelles à proprement parler, mais ont pour effet d'aboutir au même résultat. En effet, dans ces hypothèses, les juges estiment que le travailleur peut se prévaloir d'un droit à obtenir un avantage même si ce dernier n'est pas formellement consacré dans une source contractuelle (§ 2).

§ 1 : Les sources conférant un caractère contractuel

- 1771 Les sources conférant un caractère contractuel sont le ***contrat (A)*** et l'***engagement unilatéral (B)***.

A. Le contrat

- 1772 Le contrat peut prévoir un lieu de travail précis³²⁵⁹, des horaires précis³²⁶⁰, des instructions que l'employeur s'engage à donner ou à ne pas donner, une gratification dont le principe est acquis, etc. Dans toutes ces hypothèses, l'élément en question revêt en principe un caractère contractuel³²⁶¹.

- 1773 Plus la description initiale du cahier des charges ou de la manière d'exécuter le travail ou de se comporter dans l'entreprise sont précis, moins l'employeur aura de latitude pour prétendre que ces éléments sont des conditions de travail qu'il peut modifier par un simple changement des directives³²⁶². Il est toutefois loisible à l'employeur de se réserver, à certaines conditions³²⁶³, un droit de modification unilatérale sur les éléments qu'il contractualise.

B. L'engagement unilatéral

- 1774 L'engagement unilatéral est la faculté pour un sujet de droit de créer à sa propre charge une dette à l'égard d'autrui. Le cas échéant, il est soumis aux mêmes sanctions qu'une inexécution contractuelle (cf. art. 8 CO).

- 1775 Un engagement unilatéral ***à durée indéterminée*** ne peut être modifié qu'en respectant les règles de modification des éléments contractuels du rapport de travail. Ni le régime de modification des conditions de travail, ni celui de modification des éléments collectifs du rapport de travail ne sont applicables.

³²⁵⁹ Voir un exemple dans AG-ZH, 18 août 2000, JAR 2002 165, ZR 2001 246.

³²⁶⁰ Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 15 septembre 1988, JAR 1990 132, JU-TRAV 1989 16.

³²⁶¹ Cf. Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 2 mai 1988, JAR 1990 131 ; cf. Streiff/von Känel/Rudolph, N 3 ad art. 321d CO.

³²⁶² Jean-Philippe Dunand, in Commentaire Dunand/Mahon, N 22 ad 321d CO.

³²⁶³ Cf. *infra* sur le moment du contrat modificatif.

En particulier, il ressort implicitement d'une décision du Tribunal fédéral que le régime du retrait de l'offre publique au sens de l'article 8, alinéa 2, du code des obligations n'est pas possible pour un engagement unilatéral effectué dans le cadre de l'entreprise³²⁶⁴.

1776

§ 2 : Les autres phénomènes de contractualisation

A. L'usage

Les éléments du rapport de travail que les parties considèrent comme contractuels peuvent évoluer au cours de la relation, sans que les parties ne mettent formellement à jour le contrat initial³²⁶⁵. Par exemple, les horaires de travail peuvent se contractualiser, même sans volonté expresse, s'ils sont respectés dans la même mesure pendant des mois, voire des années³²⁶⁶.

1777

Il en va de même pour un élément de rémunération initialement présenté comme discrétionnaire et versé sans discontinuer pendant plusieurs années. Ainsi, une gratification bénévole versée sans réserve pendant trois années acquiert en principe un caractère contractuel³²⁶⁷.

1778

Lorsque l'usage est à l'origine d'un véritable droit contractuel à l'avantage du travailleur, l'employeur qui souhaite en supprimer les effets ne peut donc le faire qu'en respectant le régime de modification des éléments contractuels du rapport de travail.

1779

B. La protection de la confiance légitime

Le Tribunal fédéral admet qu'un salarié puisse réclamer le bénéfice d'une modification contractuelle à son avantage sur le fondement de la bonne foi et de la protection de la confiance légitime à l'égard des avantages octroyés par l'employeur à d'autres travailleurs : lorsqu'un travailleur peut croire, de bonne foi, qu'il a droit aux mêmes avantages que les autres, alors l'employeur devra les octroyer à ce travailleur

1780

³²⁶⁴ TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.4.

³²⁶⁵ Jean-Philippe Dunand, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 21 *ad* 321d CO.

³²⁶⁶ Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, *in* BaK, N 7 *ad* art. 321 CO.

³²⁶⁷ TF, 7 octobre 1997, 4P.284/1996, cons. 2a ; TF, 22 janvier 2002, 4C.263/2001, cons. 4b ; TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, ATF 129 III 276, JT 2003 I 346, JAR 2003 221, cons. 2 ; TF, 24 janvier 2003, 4C.325/2002, cons. 3.1 ; TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, DTA 2003, pp. 154-156, JAR 2004 248, cons. 2.2 ; TF, 25 octobre 2004, 4C.244/2004, DTA 2005, pp. 27-30, cons. 2.1 ; TF, 1^{er} juillet 2005, 4C.364/2004, DTA 2005, pp. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 2.2 ; TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, SJ 2006 I 45, JAR 2006. 329, Pra 2006 655, com. Koller *in* RJB 2006 430, cons. 5.2 ; TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, DTA 2009 120, comm. G. Aubert, cons. 4.1 ; TF, 11 février 2009, 4A_506/2008, cons. 3.1 ; TF, 9 mars 2010, 4A_637/2009, DTA 2010, pp. 49-50, JU-TRAV 2010 51, cons. 3.1 ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, cons. 8.2 ; admis également par les juridictions cantonales, notamment TC-VS, 5 avril 2005, RVJ 2006 179, cons. 3a ; Morf, « Gratifikation und Freiwilligkeitsvorbehalt », ArbR 2012 67 et s., spéc. p. 83.

également³²⁶⁸. Le Tribunal fédéral juge ainsi que « le fait que l'employeur favorise certains de ses employés peut avoir pour conséquence que des employés qui ne bénéficient pas du même traitement puissent, selon les principes de la bonne foi, conclure à une modification tacite, en leur faveur, de leur contrat de travail. Dans une telle situation, l'employeur doit leur accorder aussi le traitement censé favoriser certains employés uniquement parce qu'en vertu du principe de la bonne foi, ce sont ces conditions qui paraissent avoir été convenues »³²⁶⁹.

En conséquence, « l'employeur qui traite d'une situation collective doit donc clairement déterminer et communiquer aux travailleurs les critères d'attribution ou de réduction des prestations en cause »³²⁷⁰.

1781 L'argument de la protection de la bonne foi peut également jouer en faveur de l'employeur, par exemple lorsque ce dernier souhaite prouver l'existence d'un usage selon lequel les salariés qui quittent l'entreprise avant telle ou telle date dans l'année n'ont jamais de droit à percevoir de gratification³²⁷¹.

1782 Par ailleurs, la confiance ne peut légitimement naître qu'à l'égard d'actes de l'employeur rapprochés dans le temps. Ainsi, un salarié ne peut comparer ses conditions de départ qu'avec celles de collègues partis en même temps que lui, voire après lui, mais pas forcément avant lui³²⁷². Toutefois, les prud'hommes genevois ont admis qu'il existe une pratique de l'entreprise même lorsque tout un groupe de salariés ne reçoit pas d'indemnité dans le cadre d'une restructuration alors que les précédentes restructurations prévoyaient un tel avantage³²⁷³.

Chapitre 2 : Régime de modification des éléments contractuels du travail

1783 À l'égard de la modification d'un élément contractuel, deux options sont principalement envisageables :

- la modification intervient **par accord mutuel**, c'est-à-dire que le salarié et l'employeur se mettent d'accord pour modifier l'élément en question (**Section 1**) ;

³²⁶⁸ TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, ATF 129 III 276, JT 2003 I 346, JAR 2003 221, cons. 3.1 ; TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.2 ; CAPH-GE, 3 mars 2009, JAR 2010 498, cons. 3.1.

³²⁶⁹ TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.2.

³²⁷⁰ *Ibidem*.

³²⁷¹ Cf. TF, 1^{er} décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.2.

³²⁷² Pour un engagement de l'employeur de s'acquitter des primes d'assurance maladie de ses salariés y compris après leur départ à la retraite : cf. TF, 14 juin 2004, 4C.87/2004, cons. 2.2.4.

³²⁷³ CAPH-GE, 3 mars 2009, JAR 2010 498, cons. 3.2.

- la modification intervient *sans l'accord du travailleur* : elle est imposée unilatéralement par l'employeur (**Section 2**).

Section 1 : Modification par accord mutuel

La modification d'un élément contractuel du rapport de travail par accord mutuel ressemble, dans son processus, à la conclusion du contrat de travail. En effet, les parties se sont obligatoirement mises d'accord sur la conclusion du contrat de travail. En vertu du principe de liberté contractuelle (art. 19 CO), les parties peuvent se mettre d'accord sur la modification du contrat de la même manière que sur sa conclusion (art. 1^{er} CO)³²⁷⁴. L'offre de modification peut venir de l'employeur ou du travailleur, être spontanée ou avoir fait l'objet de négociations préalables³²⁷⁵.

1784

Le régime de la modification du contrat de travail par accord mutuel diffère toutefois de celui de la conclusion du contrat de travail : l'accord tacite selon l'article 320, alinéa 2 du code des obligations et les conséquences juridiques d'un contrat conclu sans cause valable selon l'article 320, alinéa 3 ne sont pas applicables³²⁷⁶.

La modification par accord mutuel peut intervenir dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée aussi bien que dans le cadre d'un contrat à durée déterminée³²⁷⁷. Elle peut s'opérer durant une période où le travailleur serait protégé contre le licenciement en temps inopportun au sens de l'article 336c du code des obligations ; la seule limite est que le consentement du travailleur ne doit pas être *vicié* (art. 23 et s. CO)³²⁷⁸.

1785

Le principe de la modification du contrat de travail par accord mutuel étant acquis, il faut en étudier les modalités de mise en œuvre à l'égard de la *date d'effet* du contrat modificatif (§ 1), du *moment* du contrat modificatif (§ 2) et de la *forme* du contrat modificatif (§ 3).

1786

§ 1 : Date d'effet du contrat modificatif

À quelle échéance la modification d'un élément contractuel du rapport de travail peut-elle être effective ?

1787

L'alternative à trois branches est la suivante :

³²⁷⁴ TPH-Locarno, 27 août 2001, JU-TRAV 2002 12 ; cf. Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, in BaK, N 27 *ad* art. 335 CO ; cf. Streiff/von Känel/Rudolph, N 4 *ad* art. 320 CO.

³²⁷⁵ Cf. TF, 31 octobre 2007, 4C.409/2006, cons. 4 ; TF, 31 juillet 2008, 4A_209/2008, DTA 2008 288, cons. 3.

³²⁷⁶ Cf. Rémy Wyler, in Commentaire Dunand/Mahon, N 36 *ad* art. 320 CO.

³²⁷⁷ Cf. Carruzzo, N 16 *ad* art. 320 CO.

³²⁷⁸ Sur le principe : TF, 30 mai 2007, 2A.650/2006, JAR 2008 204, cons. 2.2.1 (en l'occurrence pour un contrat de droit public) ; plus explicitement : TF, 12 janvier 2009, 4A_495/2007 et 4A_497/2007 et 4A_415/2008 et 4A_431/2008, DTA 2009 134, cons. 4.3.1.

- soit la modification entre en vigueur **immédiatement** (dès la conclusion de l'accord modificatif) ;
- soit elle entre en vigueur **rétroactivement** (à une date antérieure à la conclusion de l'accord modificatif) ;
- soit elle entre en vigueur **postérieurement** (par exemple, à l'issue du délai de congé normalement applicable à la relation contractuelle en question ou à l'issue du délai de résiliation légal minimum).

1788 La jurisprudence a d'abord hésité entre les trois branches de l'alternative³²⁷⁹. Le Tribunal fédéral s'est orienté très progressivement vers la première solution : **l'entrée en vigueur immédiate** de la modification est possible³²⁸⁰.

Pour aboutir à la solution de l'entrée en vigueur immédiate, le Tribunal fédéral a écarté tant l'**accord rétroactif (A)** que la protection par un **délai minimal (B)**.

A. Interdiction d'un accord avec effet rétroactif

1789 La modification ne peut porter que sur un élément contractuel correspondant à des **prestations à venir** et non à des prestations déjà effectuées³²⁸¹.

Pourquoi cette restriction du domaine d'exercice de la liberté contractuelle ? Deux fondements ont été proposés :

- la protection accordée par l'article 320, alinéa 2, du code des obligations : les juges déduisent de cette norme que l'on ne peut admettre que très restrictivement la renonciation à une créance du travailleur lorsqu'elle aurait pour effet de remettre en cause la qualification, comme contrat de travail, des rapports entre les parties ; une telle renonciation est même sans effet lorsqu'elle vise une activité qui, usuellement, n'est déployée que contre rémunération³²⁸².
- la protection accordée par l'article 341 du code des obligations : l'interdiction de renoncer ne s'étendrait qu'aux prestations déjà effectuées par le salarié. Il est vrai que cette protection prend effet dès la signature du contrat, même dans l'hypothèse où l'entrée en fonction du salarié doit se produire à une date ultérieure. À ce propos, les versions allemande et italienne de la loi doivent être retenues (« durée des rapports de

³²⁷⁹ Cf. TF, 29 septembre 1976, ATF 102 Ia 417, JT 1977 I 276 (entrée en vigueur de la modification à l'issue du délai de résiliation seulement).

³²⁸⁰ TF, 21 mai 2003, 4C.62/2003, cons. 3.2 ; précédemment : TF, 27 juin 1978, ATF 104 II 204 (où il fut jugé qu'il n'était pas arbitraire de considérer que l'employeur, en convenant avec un travailleur d'une réduction du salaire de base, n'entendait pas éluder une disposition impérative concernant des allocations de renchérissement) ; cf. Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, in BaK, N 29 ad art. 335 CO. Bien entendu, rien n'empêche les parties de s'accorder sur une entrée en vigueur postérieure à la date de l'accord.

³²⁸¹ TF, 28 février 2006, 4C.426/2005, DTA 2006, pp. 188-190, cons. 5.2.1 ; TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, DTA 2009 120, cons. 5.1 ; TF, 4 mars 2014, 4A_552/2013, cons. 4.1 ; TF, 27 mars 2015, 4A_434/2014, cons. 3.2.

³²⁸² Arbeitsgericht-ZH, 3 mars 2004, DTA 2004, pp. 170-173, cons. 5.2c.

travail ») préférablement à la version française (« durée du contrat de travail »). L'impossibilité de renoncer ne concerne donc que les prétentions existantes³²⁸³.

Ainsi, une modification, même acceptée contractuellement par le salarié ne pourra jamais porter que sur des prestations qui n'ont pas encore été effectuées³²⁸⁴. La source sur laquelle porte la modification importe peu ; ainsi, lorsque des éléments contractuels du rapport de travail sont contenus dans un règlement d'entreprise, l'employeur ne peut les modifier avec effet rétroactif³²⁸⁵.

1790

B. Absence de protection par un délai minimal

Pour le Tribunal fédéral, l'article 322 du code des obligations, qui fixe le principe du paiement du salaire, ne revêt pas un caractère impératif³²⁸⁶ qui aurait pour conséquence d'interdire toute modification de la rémunération. Ainsi, comme les parties ont la faculté de mettre fin d'un commun accord au contrat de travail à tout moment et que le travailleur peut renoncer au paiement du salaire pour l'avenir, il était logique pour les juges de considérer que, sauf disposition impérative contraire d'une convention collective, les parties pussent convenir d'une réduction de salaire ou d'une diminution des créances du travailleur prenant effet avant l'échéance du délai de congé³²⁸⁷.

1791

Bien entendu, la solution retenue par le Tribunal fédéral ne convainc que si la modification est **acceptée** par le salarié, ce qui est l'hypothèse que nous visons ici³²⁸⁸.

1792

Le contrat modificatif peut donc produire effet immédiatement alors même que le travailleur se trouve dans une période de protection contre le licenciement en temps inopportun au sens de l'article 336c du code des obligations³²⁸⁹, dès lors que son consentement n'est pas vicié³²⁹⁰. Le consentement du travailleur doit donc être libre.

1793

Le **contexte** dans lequel le travailleur donne son accord à une modification du contrat de travail proposée par l'employeur n'est pas neutre. Ainsi, lorsque le travailleur

1794

³²⁸³ Wolfgang Portmann/ Roger Rudolph, in BaK, N 3 ad art. 341 CO ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 4 ad art. 320 CO.

³²⁸⁴ Cf. Marie-Gisèle Danthe, in Commentaire Dunand/Mahon, N 4-5 ad art. 322 CO.

³²⁸⁵ Cf. Senti Christoph, « Reglemente als Ergänzung zum Arbeitsvertrag », PJA 2004 1083-1092, spéc. p. 1087.

³²⁸⁶ TF, 18 mai 1982, SJ 1983 94, JU-TRAV 1983 11 cons. 2.

³²⁸⁷ *Ibidem* ; TF, 27 mars 2015, 4A_434/2014, cons. 3.2 ; cf. Jürg Brühwiler, *Einzelarbeitsvertrag*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 3^e éd., 2014, N 10, f ad art. 320 CO. Le Tribunal fédéral a également justifié sa position d'une autre manière en jugeant que l'article 341 ne s'appliquait pas aux accords à caractère transactionnel comportant des concessions réciproques (TF, 17 novembre 1980, ATF 106 II 222, JT 1981 I 151, cons. 2 : « L'article 341, alinéa 1^{er} du Code des obligations ne peut être invoqué qu'en cas de renonciation unilatérale du travailleur à l'égard de l'employeur. »).

³²⁸⁸ Pour l'hypothèse où le salarié refuse la modification, cf. *infra*.

³²⁸⁹ TF, 3 mars 1992, ATF 118 II 61, cons. 2a ; TF, 12 janvier 2009, 4A_495/2007 et 4A_497/2007 et 4A_415/2008 et 4A_431/2008, DTA 2009 134, cons. 4.3.1.1 ; TF, 13 février 2009, 4A_474/2008, JAR 2010 196, cons. 3.1 ; TC-VD, 14 novembre 2011, JAR 2012 553, cons. b.

³²⁹⁰ TF, 3 mars 1992, ATF 118 II 61, cons. 3.

accepte une détérioration des termes du rapport de travail pour éviter la suppression de son poste, on doit considérer, du point de vue de la bonne foi, que ce consentement est donné sous la condition implicite du maintien de son emploi³²⁹¹. Cela signifie que si le travailleur devait ensuite être licencié, il pourrait à juste titre revendiquer les prestations auxquelles il a renoncé³²⁹². Il y aurait abus de droit de la part de l'employeur qui se prévaudrait de l'acceptation de la modification du contrat par le travailleur pour ensuite le licencier. La reconnaissance d'un abus de droit ne vaut que tant que l'employeur ne peut invoquer de motif objectif justifiant la modification ou la résiliation du contrat subséquente à la première modification. Ainsi, en cas de difficultés économiques avérées de l'entreprise, l'employeur pourra proposer une nouvelle modification du rapport de travail, le cas échéant en l'assortissant de la menace d'un licenciement.

§ 2 : Moment du contrat modificatif

- 1795 Il est clair qu'un accord modificatif peut toujours intervenir en cours d'exécution du contrat³²⁹³. Mais cet accord doit-il nécessairement intervenir en cours d'exécution du contrat de travail, ou le contrat initial peut-il prévoir un droit de modification unilatérale à exercer discrétionnairement par une des parties en cours d'exécution du contrat ? Autrement dit, le travailleur peut-il donner un accord préalable à des modifications futures qu'il ignore, lesquelles procéderont alors de la volonté unilatérale de l'employeur ? En particulier, l'employeur peut-il se réserver le droit de fixer, au début de chaque exercice annuel, les critères ouvrant droit à l'attribution d'un élément de rémunération et les modalités de calcul de cet élément ? Peut-il se réserver le droit de modifier unilatéralement le lieu ou les horaires de travail après les avoir pourtant contractualisés ?
- 1796 Dans la pratique, on voit coexister des clauses permettant la suppression unilatérale d'un terme du contrat (en allemand : « *Widerrufvorbehalt* ») et des clauses permettant le remplacement d'un terme du contrat par un autre (en allemand : « *Versetzungsklausel* »)³²⁹⁴.
- 1797 Si l'on retenait le principe d'**autonomie de la volonté** dans son acception la plus stricte, il faudrait admettre sans restriction la validité de la clause contractuelle par laquelle le salarié déclare consentir par avance à toute modification unilatérale par l'employeur des éléments contractuels de son rapport de travail. Toutefois, une telle clause renferme un risque flagrant d'**arbitraire**. Les juges ont eu conscience de ce

³²⁹¹ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 11 *ad art.* 320 CO.

³²⁹² AG/Berne, 3 mai 1993, JAR 1994 125 ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 11 *ad art.* 320 CO.

³²⁹³ La règle découle implicitement de l'article 12 du code des obligations.

³²⁹⁴ Isabelle Wildhaber, « Die Änderungen von Arbeitsbedingungen bei Umstrukturierungen », Jusletter 21 avril 2008, N 6.

danger et le Tribunal fédéral avait interdit à la fin du XIX^e siècle les clauses dans lesquelles venait se loger une **condition purement potestative**³²⁹⁵.

Cependant, le code des obligations n'érige pas en principe la nécessité du caractère déterminé ou déterminable de l'objet du contrat (cf. art. 19 et 20 CO) ce qui marquerait une limite claire à la potestativité. Aussi un contrat de travail n'est-il pas nul du fait que la rémunération n'y est pas déterminée, voire même n'est pas déterminable (cf. art. 322, al. 1^{er} CO)³²⁹⁶ ou ne sera déterminée que par l'une des parties³²⁹⁷.

1798

Dans le but de concilier autonomie de la volonté et protection contre l'arbitraire, les clauses de modification unilatérale d'un élément du rapport de travail connaissent donc une validité de principe³²⁹⁸, mais différentes limites y sont posées.

1799

Ces limites sont variées. Elles incluent les **cas d'accord nécessaire** du travailleur (A), la prohibition des **engagements excessifs** (B), la prohibition des **clauses insolites** (C), le régime de la **nullité de la condition** (D), l'interdiction de **l'abus de droit** (E) et le principe selon lequel le **risque d'entreprise** doit peser sur l'employeur (F).

A. Les cas d'accord nécessaire du travailleur

Certains éléments sont exclus du domaine sur lequel peut porter une clause de modification unilatérale. En effet, lorsque la **loi prévoit la nécessité d'un consentement exprès** du travailleur, on ne saurait admettre une clause de modification unilatérale.

1800

C'est le cas en principe du changement d'employeur (art. 333, al. 4 CO), de l'affectation à un travail de nuit ou du dimanche (art. 17, al. 6 et art. 19, al. 5 LTr)³²⁹⁹ ou de l'occupation durant la maternité (art. 35a LTr).

³²⁹⁵ TF, 6 mars 1897, ATF 23 I 265, cons. 2.

³²⁹⁶ Le cas échéant, c'est au **juge** qu'il appartiendra d'établir le montant de la rémunération, par « complètement » du contrat.

³²⁹⁷ De manière générale, le contrat n'est pas nul si son objet est déterminable (ce qu'énonce expressément l'alinéa 3 de l'article 184 du code des obligations : « Le prix de vente est suffisamment déterminé lorsqu'il peut l'être d'après les circonstances. »). Le caractère déterminable de l'objet peut provenir des stipulations contractuelles elles-mêmes ou de la faculté offerte à l'une des parties ou à un tiers de le déterminer ultérieurement (Oser/Schönenberger, *Das Obligationenrecht, 1. Teil*, Zürcher Kommentar, Zurich, Schulthess, 2^e éd., 1929, N 86 et s. *ad* Vorbemerkungen zu Art. 1-67 OR). Dans cette hypothèse, la détermination de l'objet doit être effectuée de manière équitable (« *nach billigem Ermessen* »). Cf. von Tuhr/Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Zurich, Schulthess, 3^e éd., 1979, tome I, p. 191.

³²⁹⁸ TF, 25 février 2010, 4A_608/2009, DTA 2010 94, cons. 3.1 ; TF, 29 juillet 2013, 4A_216/2013, cons. 6.3 ; TF, 4 mars 2014, 4A_552/2013, cons. 4.1 ; TF, 27 mars 2015, 4A_434/2014, cons. 3.2 ; TPH/GE, 8 mars 1993, JAR 1994 123.

³²⁹⁹ Ces articles ne sont pas applicables à toutes les entreprises, cf. OLT 2.

B. La prohibition des engagements excessifs

- 1801 L'article 27 du code civil prohibe les engagements excessifs, lesquels sont frappés de **nullité** (art. 19 et 20 CO). La révision anticipée dont l'employeur se réserverait l'exercice unilatéral est soumise à ce régime³³⁰⁰. Cela signifie que le travailleur ne doit en tout cas pas subir une modification unilatérale qui compromettrait ses **biens vitaux**. Lorsque l'employeur cherche à mettre en œuvre une clause de modification unilatérale et que le travailleur se trouve mis face à l'alternative consistant à accepter le changement ou à démissionner, ses biens vitaux sont considérés comme étant affectés en tout cas dans l'hypothèse où une **clause de non-concurrence** l'obligerait à changer de domaine d'activité³³⁰¹. En principe, une clause prévoyant qu'un travailleur peut être affecté à n'importe quelle filiale du groupe ou que son lieu de travail peut être déplacé unilatéralement sans tenir compte de ses besoins personnels et familiaux doit donc être considérée comme un engagement excessif³³⁰², en tout cas lorsqu'elle est combinée à une clause de non-concurrence³³⁰³.
- 1802 On devrait considérer en outre, par analogie avec le régime de l'engagement excessif relatif à la condition suspensive affectant une gratification contractuelle³³⁰⁴, que le travailleur ne peut jamais accepter une clause de révision unilatérale dont la durée d'exercice serait supérieure à quelques années. La durée maximale admissible d'une clause de modification unilatérale sera donc en tout cas de dix ans, mais plus généralement de trois à cinq ans.
- 1803 Par ailleurs, le Tribunal fédéral a considéré que l'accord donné par le travailleur à une clause de modification unilatérale d'un élément contractuel du rapport de travail ne pouvait soustraire l'employeur de son obligation de protéger la personnalité de ses salariés (art. 328 CO)³³⁰⁵. On peut dès lors considérer qu'une clause de modification unilatérale dont la mise en œuvre aboutirait à une violation de la personnalité du travailleur constitue un engagement excessif.

³³⁰⁰ TF, 7 avril 1989, 4C.110/1988, cons. 1a ; TF, 6 juillet 2005, 4C.155/2005, JAR 2006 282, cons. 3.2.1 ; Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, *in* BaK, N 9 *ad* art. 322 CO ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 4 *ad* art. 320 CO.

³³⁰¹ TF, 7 avril 1989, JAR 1991 114.

³³⁰² CAPH-GE, 16 juin 1983, JU-TRAV 1985 12.

³³⁰³ TC-VD, 18 septembre 1987, JU-TRAV 1990 33 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 3 *ad* art. 321d CO.

³³⁰⁴ TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, SJ 2006 I 45, JAR 2006. 329, Pra 2006 655, com. Koller *in* RJB 2006 430, cons. 3.

³³⁰⁵ TF, 7 avril 1989, JAR 1991 114 ; TF, 6 juillet 2005, 4C.155/2005, JAR 2006 282, cons. 3.2.1.

C. La prohibition des clauses insolites

Un autre fondement limitant le droit de modification unilatérale de l'employeur réside dans la prohibition des clauses insolites. Les clauses insolites sont celles auxquelles le travailleur n'est pas censé s'attendre selon le **principe de confiance**³³⁰⁶.

1804

On peut reconnaître le caractère insolite d'une clause lorsqu'une provision du règlement du personnel autorise sa modification unilatérale et en tout temps par l'employeur, ou lorsqu'il est prévu que, systématiquement, la version en vigueur prévaudra (« renvoi dynamique »)³³⁰⁷.

Aussi, ce genre de clauses ne devraient être admissibles que si le travailleur y a été **expressément rendu attentif**³³⁰⁸. Une signature du travailleur à côté de la clause en question paraît remplir cette exigence.

1805

D. La nullité de la condition

Le droit des obligations conditionnelles sanctionne de nullité tout acte effectué pendant que la condition est en suspens qui « empêcherait que l'obligation ne fût dûment exécutée » (art. 152, al. 1^{er} et 3 CO).

1806

Cette règle a une conséquence pratique en matière de modification unilatérale d'un élément contractuel du rapport de travail : l'employeur qui se réserverait le droit de modifier unilatéralement les conditions d'exercice d'une option sur action ne peut faire usage d'un tel droit pendant la période de suspension de la condition, soit dès que le salarié est investi du droit d'exercer l'option et jusqu'à la fin du délai d'exercice initialement prévu³³⁰⁹.

1807

E. L'interdiction de l'abus de droit

Celui qui invoque un droit – en l'occurrence le droit de modifier unilatéralement un élément contractuel du rapport de travail – sera privé de l'exercice de ce droit s'il prétend l'exercer dans des conditions qui sont manifestement contraires à l'esprit dans lequel ce droit lui a été accordé. Consacrée par la jurisprudence initialement en matière de servitude puis de contrat de franchise, l'interdiction de la modification unilatérale

1808

³³⁰⁶ En droit des assurances : TF, 28 octobre 2008, 4A_299/2008, ATF 135 III 1, JT 2011 II 516, recht 2011 139 ; TF, 28 janvier 2009, 4A_419/2008, ATF 135 III 225, JT 2009 I 475, SJ 2009 I 446 ; en droit du travail : TF, 9 mai 2008, 4A_187/2007, JAR 2009 250 ; Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 2 avril 2007, JAR 2008 347 ; Koller, « Einmal mehr : das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle », PJA 2008 943.

³³⁰⁷ Streiff/von Känel/Rudolph, N 4 ad art. 320 CO.

³³⁰⁸ *Ibidem*.

³³⁰⁹ TPH-GE, 27 août 2002, JAR 2003 150, cons. 4b.

abusive s'inspire de la doctrine la plus autorisée³³¹⁰. Elle revient à ***prohiber l'arbitraire***³³¹¹ et à garantir une forme d'équité.

1809 Si le droit de modification unilatérale est exercé de manière abusive, la modification sera inefficace : il appartiendra alors au juge de déterminer la rémunération due ou la durée du travail applicable par exemple, en fonction des circonstances de l'espèce (application par analogie de l'article 2, alinéa 2 du code des obligations)³³¹².

1810 Une des manifestations de l'abus réside dans le déséquilibre entre les prestations qu'engendre la modification unilatérale. Ainsi, la Cour d'appel des prud'hommes de Genève a jugé qu'une clause habilitant l'employeur à mettre en vigueur des options sur action et à modifier unilatéralement leur durée d'exercice pouvait être susceptible d'influencer de manière déterminante, et donc excessive, l'équilibre contractuel. En particulier, la restriction de la durée d'exercice des options, lorsqu'elle est imposée unilatéralement par l'employeur à un moment où leur valeur économique est faible, a « pour conséquence d'anéantir leur "valeur temporelle", de sorte que la contre-prestation à laquelle l'employé pouvait espérer prétendre est dérisoire par rapport à la prestation qu'il a, par hypothèse, déjà fournie »³³¹³. Dans cette espèce, la nullité de cette modification unilatérale fut constatée³³¹⁴.

1811 De plus, la ***mise en œuvre*** de la clause de modification unilatérale ne doit pas provoquer une violation de la personnalité du travailleur (art. 328 CO). Après la prohibition des engagements excessifs, l'interdiction de l'abus de droit est donc le second point d'ancrage permettant au travailleur de faire sanctionner la violation de sa personnalité. La personnalité du travailleur devra donc être protégée, eu égard tant au motif de la modification unilatérale qu'à la manière dont elle est mise en œuvre³³¹⁵.

Ainsi, la mise en œuvre de la clause de modification unilatérale ne doit pas intervenir de manière brutale. Par exemple, demander à un comptable de soixante-huit ans de déplacer son lieu de travail en quarante-huit heures de Locarno à Bâle est inacceptable³³¹⁶.

1812 À cet égard, devront être pris en considération la situation personnelle, familiale et sociale du travailleur³³¹⁷. Ainsi, l'employeur devra privilégier les travailleurs qui se

³³¹⁰ von Tuhr/Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Zurich, Schulthess, 3^e éd., 1979, tome I, p. 191 ; Rusch Arnold/Huguenin Claire, « Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag », RSDA 2008 37-56, spéc. p. 48.

³³¹¹ Cf. Wyler/Heinzer, p. 172. La notion d'arbitraire est invoquée depuis très longtemps en matière de droit du travail, cf. Appellationsgericht-BS, 13 mars 1959, DTA 1959, n° 51.

³³¹² Cet alinéa dispose : « À défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire. »

³³¹³ TPH-GE, 27 août 2002, JAR 2003 150, cons. 4a.

³³¹⁴ TPH-GE, 27 août 2002, JAR 2003 150, cons. 4d.

³³¹⁵ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 7 ad art. 321d CO.

³³¹⁶ Tribunal-Locarno, 8 février 2007, JU-TRAV 2009 10.

³³¹⁷ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 7 ad art. 321d CO.

trouvent déjà sur place ou qui peuvent se libérer facilement. Par ailleurs, une balance entre les intérêts de l'entreprise et ceux du travailleur devra être opérée. S'il en va de la survie de l'entreprise ou de l'exécution d'un contrat fondamental pour son développement, on pourra exiger du travailleur qu'il accepte plus rapidement la mise en œuvre de la modification unilatérale. Au contraire, si le travail à fournir selon les éléments contractuels unilatéralement modifiés est moins capital pour l'entreprise, l'employeur devra prendre plus d'égards avant d'imposer la modification.

Pour ne pas être abusive, la clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier unilatéralement la rémunération du salarié devra donc idéalement être **claire et précise**. Les conditions pouvant mener à une détérioration des termes du rapport de travail reposeront sur des **éléments objectifs** et non sur le seul arbitraire de l'employeur. Ces deux conditions permettent de garantir à la fois l'effectivité de l'interdiction de l'abus de droit mais aussi celle de la force obligatoire des contrats. Si elles n'étaient pas respectées, ce sont tant l'article 2 du code civil que l'article 97 du code des obligations qui seraient violés³³¹⁸.

1813

Il y aura donc abus si la modification unilatérale est mise en œuvre de manière brutale alors que l'intérêt de l'entreprise ne l'exige pas ou que l'intérêt du travailleur à l'observation d'un délai raisonnable avant la modification est prépondérant.

Dans les cas d'abus, l'employeur ne peut se prévaloir de la clause de modification unilatérale, qui est inefficace. Le travailleur ne peut donc être sanctionné s'il refuse de se plier à la modification et ne fait qu'exiger le maintien du rapport de travail selon les prévisions applicables. Le licenciement qui ferait suite à ce refus serait abusif parce que le travailleur se serait contenté de faire valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail (art. 336, al. 1, d CO). Au contraire, si la modification unilatérale n'est pas imposée de manière abusive, elle est pleinement valable et le travailleur qui refuse de s'y plier commet une inexécution contractuelle, qui emporte les conséquences habituelles (sanction disciplinaire, responsabilité contractuelle, licenciement).

1814

Dans tous les cas, l'employeur ne peut exiger une modification plus importante dans les faits que ce que la clause de modification unilatérale ne prévoyait à l'origine. La modification doit correspondre à la stipulation contractuelle. Elle ne doit pas l'outrepasser. En raison du pouvoir exorbitant que l'un des cocontractants se réserve en sa propre faveur, il faut interpréter strictement la clause de modification unilatérale et la limiter à ce qui y est clairement stipulé.

1815

F. Le risque d'entreprise devant peser sur l'employeur

La modification unilatérale d'un élément contractuel du rapport de travail ne doit pas avoir pour effet de reporter le risque d'entreprise sur le travailleur. Ce principe implique le raisonnement suivant : si l'on peut exiger d'un indépendant qu'il soit

1816

³³¹⁸ Cf. Thomas Geiser, « Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Flexibilisierung der Arbeit », PJA 1998 1019 et s., spéc. p. 1027.

flexible sur ses prix et mobile géographiquement, le travailleur n'a pas à prendre directement à sa charge le risque lié à l'adaptation de l'entreprise à son environnement. La règle ici énoncée ne fait que renforcer le raisonnement déjà mené ci-dessus à propos de l'abus de droit.

- 1817 **Synthèse.** En bref, une clause de modification unilatérale prévue dans un contrat de travail ou un règlement n'est admissible selon nous que si elle porte sur un domaine dans lequel la loi n'exige pas un consentement exprès du travailleur au moment de la modification, qu'elle n'est pas (dans les cas de modification importante) couplée à une clause de non-concurrence, qu'elle a une durée d'existence généralement de trois à cinq ans maximum, que le travailleur y a été expressément rendu attentif, qu'elle n'est pas exercée de manière abusive, c'est-à-dire que sa mise en œuvre correspond à ce qui est strictement prévu, ne viole pas la personnalité du travailleur, n'entraîne pas de disproportion entre les prestations, ni de report du risque d'entreprise sur le travailleur, et qu'elle repose sur des motifs objectifs³³¹⁹.

§ 3 : Forme du contrat modificatif

- 1818 S'il est acquis que le travailleur peut renoncer à un avantage pour une échéance à venir, la question se pose néanmoins de la forme – et donc de la **preuve** – de cette renonciation.

A. Absence d'exigence de forme

- 1819 En principe, le contrat modificatif n'est soumis à **aucune exigence de forme**³³²⁰. Le salarié peut donc renoncer sans qu'aucune forme particulière ne doive être respectée (art. 11, al. 1 et art. 115 CO par analogie)³³²¹. Cependant, si une **forme spéciale** est requise pour la formation du contrat initial, par la loi (par exemple : art. 344a, al. 1^{er}, art. 347a, al. 1^{er}, art. 360, al. 2 CO)³³²², une convention collective, un contrat-type ou le contrat lui-même (art. 16 CO), elle doit en principe être respectée pour toute modification subséquente (art. 12 CO)³³²³.

³³¹⁹ Cf. Aurélien Witzig, *La modification du rapport de travail*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2014.

³³²⁰ TF, 9 novembre 2005, 4C.242/2005, cons. 4.3 ; TF, 25 février 2010, 4A_608/2009, cons. 3.1 ; TF, 4 mars 2014, 4A_552/2013, cons. 4.1 ; TF, 27 mars 2015, 4A_434/2014, cons. 3.2.

³³²¹ TF, 24 mai 2006, 4C.61/2006, cons. 3.1 ; TF, 12 janvier 2009, 4A_495/2007 et 4A_497/2007 et 4A_415/2008 et 4A_431/2008, DTA 2009 134, cons. 4.3.1.1 ; TF, 6 septembre 2010, 4A_187/2010, ATF 136 III 510, JT 2010 I 437, JT 2011 II 207, cons. 2.5 ; cf. également : TF, 13 février 2009, 4A_474/2008, JAR 2010 196, cons. 3.1 ; AG-ZH, 19 mai 1994, ZR 1997 164 ; cf. Martin Farner, « Der Aufhebungsvertrag », ArbR 2010 33-53, spéc. 36.

³³²² Cette règle vaut également pour l'introduction d'un nouveau système de rémunération des heures supplémentaires lorsque l'article 321c, alinéa 3 du code des obligations exige la forme écrite (TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, cons. 4.1).

³³²³ Cf. Werner Gloor, « Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive », DTA 2008 252. *Contra* : Jürg Brühwiler, *Einzelarbeitsvertrag*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 3^e éd., 2014, N 10, f *ad* art. 320 CO.

C'est par les règles relatives à l'interprétation que l'on déterminera si une réserve de forme relative à la conclusion du contrat est censée s'étendre à des modifications contractuelles ultérieures³³²⁴. Ainsi, lorsque le contrat de travail lui-même prévoit la forme écrite pour sa modification, une modification n'est en principe valable que si elle intervient par écrit, et non par oral ou par actes concludants³³²⁵. Toutefois, les parties peuvent renoncer par accord mutuel à la clause instaurant une forme obligatoire pour toute modification subséquente³³²⁶. Cela signifie que les parties peuvent en tout temps supprimer la forme réservée, sans que cette modification ne doive elle-même respecter la forme convenue³³²⁷. Cette renonciation doit toutefois être établie ou ressortir clairement des circonstances³³²⁸.

1820

B. Preuve de l'acceptation

La partie qui se prévaut à son avantage d'un contrat modificatif doit prouver que l'autre partie l'a accepté (art. 8 CC)³³²⁹. La volonté des parties est interprétée selon les règles habituelles³³³⁰, mais de manière restrictive lorsque l'accord est censé avoir pour objet de mettre fin au rapport de travail³³³¹. Lorsque l'accord des parties ne peut être prouvé, on fait comme si ce dernier n'était jamais intervenu³³³².

1821

Lorsque la volonté du salarié est claire, le nouveau système est accepté ou refusé³³³³.

Se pose encore un problème d'*interprétation de l'accord modificatif*, même accepté. Dans une affaire où une enveloppe de 7 % des bénéfices bruts devait être partagée entre trois directeurs à raison d'un tiers de l'enveloppe chacun, un directeur étant parti, les deux directeurs restant croyaient pouvoir prétendre à la moitié de l'enveloppe chacun. Le Tribunal fédéral s'oppose à cette interprétation en expliquant que dans l'hypothèse où le nombre de directeurs avait augmenté, il n'aurait pas été possible de baisser le pourcentage ; corrélativement, il n'était pas possible de prétendre à une

1822

Doit être réservé le cas de la dénonciation abusive d'un vice de forme : TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, cons. 6.1 ; Schiedsgericht-BS, 1^{er} octobre 1981, JAR 1982 100 ; Rehbinders/Stöckli, N 11 *ad* art. 321c CO ; Thomas Geiser, « Rechtsprechung zum Arbeitsrecht 2012 », PJA 2013 439.

³³²⁴ Julia Xoudis, *in* CR-CO I, N 30 *ad* art. 16 CO.

³³²⁵ Manfred Rehbinders, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Berne, Stämpfli, pp. 140-141.

³³²⁶ Cf. OG-LU, 30 mai 2003, JU-TRAV 2004 14 ; Jürg Brühwiler, *Einzelarbeitsvertrag*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 3^e éd., 2014, N 10, *d ad* art. 320 CO.

³³²⁷ TF, 26 novembre 2010, 4A_443/2010, cons. 10 ; OG-ZH, JU-TRAV 1984 5 ; Julia Xoudis, *in* CR-CO I, N 26-27 *ad* art. 16 CO ; cf. Streiff/von Känel/Rudolph, N 4 *ad* art. 320 CO, N 5 *ad* art. 320 CO et N 13 *ad* art. 322 CO.

³³²⁸ KG-SG, 15 août 1989, JAR 1991 103 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 5 *ad* art. 322 CO.

³³²⁹ TF, 1^{er} mars 2006, 4C.395/2005, cons. 3.2 ; cf. Appellationshof-BE, 8 mars 1995, JAR 1996 150, cons. 3b.

³³³⁰ TF, 12 janvier 2009, 4A_495/2007 et 4A_497/2007 et 4A_415/2008 et 4A_431/2008, DTA 2009 134, cons. 4.3.1.

³³³¹ TF, 2 novembre 2005, 4C.127/2005, cons. 4.1 ; TF, 13 février 2009, 4A_474/2008, JAR 2010 196, cons. 3.1.

³³³² TF, 12 janvier 2009, 4A_495/2007 et 4A_497/2007 et 4A_415/2008 et 4A_431/2008, DTA 2009 134, cons. 4.3.1.2.

³³³³ Cf. KG-ZG, 26 janvier 1987, JAR 1988 178.

augmentation de ce même pourcentage en cas de diminution du nombre de directeurs³³³⁴. Ce raisonnement se révèle un peu sophistiqué si on lui oppose le fait que le seul chiffre mentionné par les parties était celui de l'enveloppe globale, soit 7 %, et qu'il est probable que la charge de travail des directeurs restant a augmenté suite au départ de l'un d'entre eux (ce point aurait dû être vérifié selon nous). Il nous paraîtrait plus prudent, pour aboutir à la solution défavorable au salarié voulue par le Tribunal fédéral, d'énoncer directement un taux de 2,33 % par directeur, dès le début, et non de parler d'« enveloppe ».

- 1823 Lorsque la volonté n'est pas expressément exprimée, il faut recourir au **mécanisme de la présomption d'acceptation**. Le principe est l'**absence de présomption d'acceptation** (1). Deux exceptions existent toutefois : la **présomption d'acceptation en cas de silence à l'égard d'une offre favorable** (2) et la **présomption d'acceptation en cas de silence à l'égard d'une offre défavorable lorsque le consentement revêt certains caractères particuliers** (3).

Certains **principes généraux** sont applicables en toute hypothèse (4).

1) Le principe : l'absence de présomption d'acceptation

- 1824 Lorsque le salarié n'exprime pas sa volonté, il faut appliquer le régime de l'acceptation tacite³³³⁵. Le principe général en la matière est résumé par l'adage « qui ne dit mot ne consent pas ». Ainsi, le salarié qui ne déclare pas sa volonté à l'égard d'une offre de l'employeur est présumé la refuser³³³⁶.

2) L'exception n° 1 : la présomption d'acceptation automatique en cas de silence à l'égard d'une offre favorable

- 1825 Le code instaure une présomption d'acceptation si un refus n'est pas transmis dans un délai raisonnable « lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, soit en raison de la nature spéciale de l'affaire, soit en raison des circonstances, s'attendre à une acceptation expresse » (art. 6 CO).

- 1826 En règle générale, il y a présomption d'acceptation **lorsque l'offre est favorable au destinataire**³³³⁷.

À l'égard d'une augmentation de salaire, on prend le salaire supérieur effectivement payé comme nouvelle référence, une telle adaptation du contrat pouvant être faite

³³³⁴ TF, 17 juillet 2012, 4A_130/2012, cons. 5.

³³³⁵ Lorsque l'offre est faite par courrier et sans délai pour accepter, on applique le régime de **l'offre entre absents** (art. 5 CO).

³³³⁶ Cf. par exemple : TF, 26 mars 2001, 4C.14/2001, cons. 1b : « Sauf circonstances particulières, le silence du destinataire ne saurait être considéré comme valant acceptation. » Cf. Manfred Rehbindler, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Berne, Stämpfli, p. 141 ; Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, in BaK, N 28 ad art. 335 CO.

³³³⁷ Voir notamment : TF, 25 novembre 1986, ATF 112 II 500, JT 1987 I 94, SJ 1987 225, cons. 3b ; TF, 18 décembre 1997, ATF 124 III 67, cons. 3a (contrat de bail) ; TF, 25 octobre 2004, 4C.244/2004, DTA 2005, pp. 27-30, cons. 3.1 ; TF, 25 octobre 2004, 4C.212/2004, cons. 2.2 ; TF, 26 novembre 2010, 4A_443/2010, cons. 10.

tacitement³³³⁸. De même, lorsque des montants sont versés mensuellement et sans réserve dans le cadre d'une rémunération habituelle, ils sont présumés avoir été tacitement convenus. S'il ne s'agissait que d'acomptes, cette caractéristique aurait dû être spécifiée³³³⁹. En faveur de la modification de la nature d'une gratification contractuelle en rémunération variable obligatoire, le Tribunal fédéral a jugé que, même si le contrat de travail écrit faisait dépendre le bonus de certains objectifs, le salarié pouvait admettre avoir droit au bonus alors même que l'atteinte des objectifs n'était pas réalisée, dans la mesure où, pendant plusieurs années, le bonus avait été versé indépendamment de la pleine réalisation des objectifs. Il s'agit d'une modification tacite du contrat, selon le principe de la confiance, par laquelle la gratification contractuelle devient rémunération variable obligatoire³³⁴⁰.

Les cas litigieux concernent généralement une modification de la rémunération, mais la présomption d'acceptation peut bien entendu porter sur d'autres éléments contractuels, comme la durée du travail par exemple³³⁴¹.

3) L'exception n° 2 : la présomption d'acceptation en cas de silence à l'égard d'une offre défavorable lorsque le consentement revêt certains caractères particuliers

Lorsque la modification entraîne une baisse d'avantages pour le travailleur, le Tribunal fédéral est plus strict. Il considère qu'un tel accord tacite ne doit être reconnu qu'exceptionnellement, le juge devant faire preuve de retenue³³⁴².

1827

Le consentement du travailleur doit revêtir trois caractères :

1828

1° Il doit être **direct** : l'acceptation étant « l'acte par lequel le destinataire de l'offre manifeste la volonté de conclure un contrat conforme à l'offre »³³⁴³, elle vaut rejet de l'offre et formulation d'une nouvelle offre si elle n'est pas conforme à l'offre, soit qu'elle en rejette certains éléments, soit qu'elle en modifie ou en ajoute. Par exemple, le Tribunal fédéral a refusé de considérer comme une acceptation le fait pour un salarié de contresigner une proposition de modification à la baisse de sa rémunération formulée par l'employeur tout en l'accompagnant de réserves exprimées dans une lettre distincte³³⁴⁴. Ici comme ailleurs, la volonté des parties sera interprétée selon les règles classiques.

³³³⁸ Tribunal du travail de la ville de Locarno, 26 mai 2008, JU-TRAV 2010 10, Employeur suisse 20 mai 2010, n°10 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 4 ad art. 320 CO.

³³³⁹ KG-SG, 31 mars 2009, JAR 2010 565, cons. 2.5.

³³⁴⁰ TF, 8 mai 2007, 4A_23/2007, DTA 2007, pp. 160-163, cons. 4.3.

³³⁴¹ Cf. OG-LU, 30 mai 2003, JU-TRAV 2004 14.

³³⁴² TF, 5 juillet 1983, ATF 109 II 327, JT 1984 I 158, SJ 1984 350, JAR 1985 126, cons. 2b ; TF, 21 mai 2003, 4C.62/2003, cons. 3.2 ; TF, 27 mars 2015, 4A_434/2014, cons. 3.2.

³³⁴³ Voir notamment : TF, 18 mai 1987, C 28/87, cons. 2a.

³³⁴⁴ TF, 18 mai 1987, C 28/87, cons. 2b.

Même si le travailleur se situe en haut de la hiérarchie de l'entreprise, l'employeur ne peut compter sur une acceptation tacite de l'offre – défavorable – qu'il lui fait de renoncer à son bonus³³⁴⁵.

- 1829 2° Il doit être **éclairé** : « Une acceptation tacite du travailleur ne peut être admise que s'il a été dûment renseigné sur les nouvelles conditions proposées. »³³⁴⁶ Ainsi, la simple signature apposée par le salarié sur une quittance de salaire d'un montant inférieur au salaire contractuel n'autorise pas l'employeur à considérer que le salarié ait accepté une modification de sa rémunération³³⁴⁷, si aucune indication ne lui a été fournie.

Il faut donc considérer qu'un **délai de réflexion** doit normalement être octroyé au travailleur afin de décider en toute liberté d'accepter ou non la modification proposée par l'employeur³³⁴⁸.

Le consentement du travailleur peut également être **vicié** selon le régime général des vices du consentement (art. 23 et s. CO). Ainsi, le contrat modificatif proposé par l'employeur sans laisser de temps de réflexion au travailleur, à un moment où ce dernier se trouvait sous pression et dans un état de fatigue physique en raison d'une restructuration de l'entreprise, est nul³³⁴⁹.

- 1830 3° Il doit être **clair** : l'acceptation doit être dûment établie³³⁵⁰, c'est-à-dire « tout à fait claire »³³⁵¹ et non équivoque. Un accord tacite ne peut être déduit du seul fait que le travailleur n'a pas réagi à une décision unilatérale de l'employeur de réduire la rémunération, qu'il ne résilie pas le contrat et continue son travail³³⁵². La jurisprudence reconnaît qu'il n'est pas rare qu'un travailleur, durant le rapport de travail, répugne à faire valoir des prétentions par crainte de perdre son emploi³³⁵³. Le simple écoulement

³³⁴⁵ TF, 23 juin 2017, 4A_216/2017, cons. 5.

³³⁴⁶ TF, 18 mai 1982, SJ 1983. 94, JU-TRAV 1983 11, cons. 3 ; cf. Streiff/von Känel/Rudolph, N 4 *ad* art. 320 CO.

³³⁴⁷ TF, 5 juillet 1983, ATF 109 II 327, JT 1984 I 158, SJ 1984 350, JAR 1985 126, cons. 2b ; Jürg Brühwiler, *Einzelarbeitsvertrag*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 3^e éd., 2014, N 10 *ad* art. 320 CO ; Rehbinder/Stöckli, N 44 *ad* art. 322 CO.

³³⁴⁸ TF, 12 janvier 2009, 4A_495/2007 et 4A_497/2007 et 4A_415/2008 et 4A_431/2008, DTA 2009 134, cons. 4.3.1.

³³⁴⁹ TF, 30 septembre 2010, 4A_376/2010, DTA 2011 28.

³³⁵⁰ TF, 18 février 1997, 4C.474/1996, cons. 1 et 2 ; TF, 9 novembre 2005, 4C.242/2005, DTA 2006, pp. 29-31, cons. 4.3 ; TF, 25 février 2010, 4A_608/2009, DTA 2010, pp. 94-96, cons. 3.1 ; TPH-Locarno, 23 août 2004, JU-TRAV 2005 64 ; cf. Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 3 janvier 1980, JAR 1981 220. Pour une modification par une formule d'augmentation de salaire, cf. Appellationshof-BE, 17 octobre 1974, RJB 1976 457, cons. 4.

³³⁵¹ TF, 6 décembre 1995, 4C.359/1995, JAR 1997 124, cons. 3b ; TF, 13 février 2009, 4A_474/2008, JAR 2010 196 ; Arbeitsgericht-ZH, 19 octobre 2009, JU-TRAV 2012 6.

³³⁵² TF, 18 mai 1982, SJ 1983 94, JU-TRAV 1983 11, cons. 3 ; TF, 26 mars 2001, 4C.14/2001, cons. 1b (le Tribunal fédéral confirme ici sa jurisprudence selon laquelle « il incombe à l'employeur, en l'absence d'acceptation, de prendre lui-même l'initiative de la résiliation du contrat ») ; TF, 23 novembre 2011, 4A_419/2011, JAR 2012 360, cons. 4.3.1 ; TF, 3 décembre 2012, 4A_452/2012, cons. 2.3 (« Qu'un travailleur ne fasse pas valoir sa prétention durant le rapport de travail ne permet pas de déduire [...] que cette prétention n'existe pas. ») ; TC-FR, 22 avril 1980, RSJ 1982 96 ; Cour de cassation civile-NE, 19 décembre 2000, RJN 2000. 103, cons. c.

³³⁵³ TF, 23 juin 2016, 4A_205/2016, cons. 2.4.

du temps pendant le délai de prescription ne peut être interprété ni comme une renonciation à la prétention, ni comme son exercice abusif (cf. art. 341 al. 1 CO)³³⁵⁴. De manière générale, le simple fait de laisser s'écouler du temps tout en agissant contre l'employeur dans le délai de prescription ne dénote pas un abus de droit du travailleur en principe³³⁵⁵.

La réception par le salarié d'une déclaration unilatérale de l'employeur indiquant son intention de supprimer une rémunération variable ne permet pas de conclure à l'existence d'une acceptation³³⁵⁶. Par ailleurs, le fait d'accepter une résiliation ne signifie pas que le travailleur ait donné son assentiment à une modification de son contrat³³⁵⁷. Concernant un système de bonus que l'employeur cherchait à mettre en place, il a été jugé que la présomption d'acceptation supposait que le système de bonus soit « entièrement favorable » au salarié ; ce n'est pas le cas si le système lie le versement du bonus à la condition de la poursuite des rapports de travail entre les parties³³⁵⁸. Lorsque l'employeur déduit sans le préciser des frais du salaire convenu, il ne peut tabler sur une acceptation tacite du salarié même si cette pratique se répète, car la pratique veut que les frais soient remboursés en sus du salaire³³⁵⁹.

1831

Cette exception est toutefois soumise à un **tempérament (a)**, lui-même soumis à des **tempéraments (b)**.

a. Le tempérament à l'exception n° 2 : la bonne foi imposant au travailleur de réagir dans certaines circonstances face à une offre défavorable

L'acceptation du salarié à une offre défavorable est présumée malgré son silence lorsque la bonne foi lui imposait de réagir en cas de désaccord³³⁶⁰. Il appartient à l'employeur d'établir ces circonstances³³⁶¹. Tel est le cas lorsqu'il est reconnaissable

1832

³³⁵⁴ ATF 131 III 439 consid. 5.1; 110 II 273 consid. 2 ; TF, 23 juin 2016, 4A_205/2016, cons. 2.4 : « La critique de l'employeur basée sur l'absence de contestation de l'employé consécutivement à la décision de son assureur (qui est parti du principe que les prétentions litigieuses étaient englobées dans les derniers salaires versés par l'employeuse) appelle le même commentaire. »

³³⁵⁵ TF, 21 mai 1968, ATF 94 II 37, cons. 6a et 6b ; TF, 11 septembre 1984, ATF 110 II 273, cons. 2 ; TF, 4 mai 2005, 4C.42/2005, ATF 131 III 439, cons. 5.1 ; TF, 24 mai 2005, 4C.54/2005, cons. 2.2 ; TF, 23 novembre 2011, 4A_419/2011, JAR 2012 360, cons. 4.3.1 ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, cons. 6.1.

³³⁵⁶ TF, 6 décembre 1995, 4C.359/1995, JAR 1997 124, cons. 3b.

³³⁵⁷ TF, 27 juin 2000, 4C.22/2000, cons. 3c ; TF, 19 avril 2002, 4C.27/2002, cons. 2 ; TC-FR, 25 octobre 2007, JAR 2008 359 ; TC-FR, 27 décembre 2007, JAR 2008 364.

³³⁵⁸ TF, 25 octobre 2004, 4C.244/2004, DTA 2005. 27-30, cons. 3.1.

³³⁵⁹ OG-ZH, 25 novembre 1988, JAR 1989 132 ; cf. Streiff/von Känel/Rudolph, N 11 *ad* art. 322 CO.

³³⁶⁰ TF, 5 juillet 1983, ATF 109 II 327, JT 1984 I 158, SJ 1984 350, JAR 1985 126, cons. 2b ; TF, 26 novembre 2010, 4A_443/2010, cons. 10 ; TF, 17 décembre 2014, 4A_404/2014, cons. 5 ; II Camera civile-TI, 12 avril 2000, Repertorio di giurisprudenza patria 2000, p. 205 ; KG-ZG, 26 janvier 1987, JAR 1988 178 ; OG-LU, 30 mai 2003, JU-TRAV 2004 14 ; KG-VS, 3 mai 2005, RVJ 2005 284, cons. 3b.

³³⁶¹ TF, 17 décembre 2014, 4A_404/2014, cons. 5 ; TF, 4 mars 2014, 4A_552/2013, cons. 4.1 ; TF, 29 juillet 2013, 4A_216/2013, cons. 6.3 ; TF, 9 novembre 2005, 4C.242/2005, cons. 4.3 ; TF, 27 mars 2015, 4A_434/2014, cons. 3.2.

pour le travailleur que l'employeur en déduit son accord tacite et que, dans le cas contraire, il prendrait d'autres mesures ou résilierait le contrat³³⁶² ; dans ce cas, le travailleur doit exprimer son désaccord dans un délai raisonnable³³⁶³.

1833 Par exemple, lorsqu'un salarié en contrat à durée déterminée accepte pendant toute la durée du contrat un salaire inférieur à celui dont les parties étaient convenues, le salarié n'ayant pas à craindre de perdre son emploi puisqu'il est embauché en contrat à durée déterminée, il doit protester en cas de désaccord³³⁶⁴. Selon certaines décisions, l'employeur pourrait estimer qu'il y a acceptation tacite de la part du salarié dès lors que ce dernier a laissé s'écouler, sans réaction, trois versements de salaire successifs, inférieurs aux prévisions contractuelles³³⁶⁵. C'est encore le cas lorsque le salarié a été entièrement associé au processus de modification dont il pouvait dès lors mesurer toutes les implications pour le calcul de sa rémunération³³⁶⁶. Ce raisonnement est valable quel que soit l'élément sur lequel porte la modification : montant ou sorte de rémunération³³⁶⁷. Le Tribunal fédéral considère également qu'il n'est pas arbitraire de refuser un rappel de salaire au travailleur qui, dans le cadre d'une rémunération sur objectifs, ne s'octroie à lui-même qu'un montant inférieur à celui auquel il pouvait contractuellement prétendre : en agissant de la sorte, le salarié accepte tacitement une rémunération inférieure³³⁶⁸. Dans la même veine, à l'égard du paiement d'heures supplémentaires, les juges ont considéré que dès lors qu'elles avaient été effectuées sans que l'employeur ne le sût et qu'aucune circonstance ne dût l'amener à le supposer, le travailleur qui n'avait pas revendiqué leur paiement y avait tacitement renoncé³³⁶⁹.

b. Tempéraments au tempérament à l'exception n° 2

1° Une présomption simple

1834 La présomption que le salarié a accepté l'offre modificative malgré son silence est une présomption simple, qui peut être renversée si le travailleur prouve l'existence de circonstances particulières à l'aune desquelles l'employeur, malgré une absence de

³³⁶² TF, 26 novembre 2010, 4A_443/2010, cons. 10.1.4 ; TF, 12 juillet 2010, 4A_223/2010, cons. 2.1.2 ; TF, 27 mars 2015, 4A_434/2014, cons. 3.2 ; cf. TF, 11 août 2015, 4A_131/2015, 4A_133/2015, 4A_135/2015, cons. 2.

³³⁶³ TF, 26 novembre 2010, 4A_443/2010, cons. 10.1.4 ; TF, 12 juillet 2010, 4A_223/2010, cons. 2.4 ; TF, 17 décembre 2014, 4A_404/2014, cons. 5 ; TF, 27 mars 2015, 4A_434/2014, cons. 3.2

³³⁶⁴ TF, 9 novembre 2005, 4C.242/2005, DTA 2006 29, cons. 4.3 et 4.4.

³³⁶⁵ TF, 16 décembre 2009, 4A_478/2009, DTA 2010 23, JU-TRAV 2012 46, cons. 3 (pour un cas de salaire aux pièces) ; TF, 17 décembre 2014, 4A_404/2014, cons. 5 ; OG-ZH, 4 février 1998, JAR 1999 135 ; AG-ZH, 28 octobre 1997, ZR 2000 197 ; AG-ZH, 3 mars 2004, DTA 2004, pp. 170-173, cons. 5.3 a-c (le tribunal cantonal parle d'une « longue période », soit au moins trois à six versements) ; TA-TI, 11 avril 2006, JAR 2007 472, cons. 3.

³³⁶⁶ TF, 17 juillet 2012, 4A_130/2012, cons. 3.3.

³³⁶⁷ TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004, DTA 2005 241, cons. 4.2.

³³⁶⁸ TF, 25 février 2004, 4C.226/2003, cons. 5.2.

³³⁶⁹ TF, 17 octobre 2008, 4A_40/2008, cons. 4.3.

réaction de sa part, même supérieure à trois mois, ne devait pas conclure à une acceptation tacite de la modification proposée³³⁷⁰.

Ainsi, le salarié conserve la possibilité de démontrer d'autres circonstances en vertu desquelles l'employeur, malgré son silence, n'aurait pas dû conclure à une modification du contrat³³⁷¹. Il peut s'agir de son inexpérience, de sa timidité face à sa hiérarchie, de son naturel docile, de sa crainte de provoquer des difficultés, etc.

1835

2° *La preuve d'une offre réelle*

Le système, relativement favorable à l'employeur en l'état actuel de la jurisprudence, est néanmoins tempéré par la nécessité de l'existence d'une offre réelle : le mécanisme de l'accord sur une réduction tacite du salaire suppose que l'employeur annonce préalablement au travailleur qu'il entend dorénavant modifier le contrat dans un sens qui lui est défavorable³³⁷².

1836

Ainsi, l'employeur qui se borne à déclarer, de façon unilatérale, qu'il lui est impossible de verser un treizième salaire prévu au contrat, ne se comporte pas *a priori* comme le pollicitant d'une remise de dette³³⁷³. De même, l'employeur qui propose, « pour le passé », une remise de dette à son salarié concernant des salaires versés en trop et, « pour l'avenir », une modification à la baisse de la rémunération, ne peut considérer que la concession qu'il fait pour le passé est liée à l'acceptation par le salarié de la baisse de sa rémunération que s'il fait le lien de manière claire entre les deux éléments³³⁷⁴.

1837

Il revient à l'employeur d'alléguer et de prouver les éléments permettant d'expliquer pourquoi le travailleur devait comprendre le versement d'un salaire inférieur au salaire convenu comme une offre de modification de la rémunération. À défaut, le travailleur peut justifier son absence de réaction pendant huit mois par le fait qu'il pensait que le paiement de la part non versée de son salaire était simplement ajourné³³⁷⁵.

1838

L'exigence de l'existence d'une offre de l'employeur peut toutefois se retourner contre le travailleur. En effet, le salarié qui, sans avoir lui-même exprimé formellement son accord, veut se prévaloir, par le jeu de l'article 6 du code des obligations, d'un droit de participer à un plan de participation aux résultats mis en place par l'employeur, doit rapporter la preuve que l'employeur lui a fait une offre en ce sens³³⁷⁶.

1839

³³⁷⁰ TF, 12 juillet 2010, 4A_223/2010, DTA 2010 258, JU-TRAV 2010 8, cons. 2.1.2 ; TF, 17 décembre 2014, 4A_404/2014, cons. 5 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 5 *ad* art. 320 CO et N 15 *ad* art. 322 CO.

³³⁷¹ Carruzzo, N 14 *ad* art. 320 CO.

³³⁷² TF, 25 août 2016, 4A_90/2016, cons. 6.3.

³³⁷³ TF, 26 mars 2001, 4C.14/2001, DTA 2001 117, cons. 1b.

³³⁷⁴ TF, 18 mai 1987, C 28/87, cons. 3 (en l'espèce, le Tribunal fédéral a considéré que la remise de dette du salarié avait été tacitement acceptée).

³³⁷⁵ Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 12 avril 2011, JAR 2012 439.

³³⁷⁶ TF, 25 septembre 2007, 4A_114/2007, cons. 3.2.

4) Principes généraux applicables en toute hypothèse

- 1840 Si **plusieurs modifications** sont proposées simultanément, il n'est pas admissible de scinder la portée de l'acceptation qui doit obligatoirement valoir pour l'ensemble des modifications proposées ; on procèdera ainsi à une appréciation globale pour déterminer si les modifications sont, dans leur ensemble, avantageuses ou non³³⁷⁷.
- 1841 Si l'octroi d'un avantage est conçu par l'employeur comme étant **limité dans le temps**, ce point doit être précisé, sans quoi le salarié est légitimé à considérer que la modification ne sera pas limitée temporellement³³⁷⁸.
- 1842 Lorsque le salarié écrit à l'employeur pour lui demander de confirmer les conditions de sa rémunération, le **silence de l'employeur** doit être interprété comme une acceptation tacite des conditions mentionnées par le salarié³³⁷⁹.

- 1843 **Conséquences pratiques et critique.** Ce régime pose selon nous divers problèmes juridiques³³⁸⁰, en ce que Tribunal fédéral valide ici une **modification unilatérale du contrat**. La justification invoquée est que le silence prolongé de la partie au contrat remplacerait son consentement défaillant³³⁸¹. Cela implique que dans la pratique, l'employeur aura toujours intérêt à essayer de passer en force : si le travailleur ne proteste pas, l'employeur aura pu modifier le contrat selon son bon vouloir ; si le travailleur proteste, l'employeur n'aura qu'à le licencier³³⁸². Or, **le fait de ne pas respecter ses obligations contractuelles est une inexécution contractuelle et non une offre de modifier le contrat**. Sinon, doit-on considérer que l'acheteur qui ne paie pas le prix d'une vente au vendeur, loin de ne pas exécuter le contrat, se contente de faire une offre de modification du contrat de vente en contrat de donation, offre que le vendeur serait présumé accepter s'il ne s'y opposait immédiatement ou très rapidement ? Certainement pas. Il est clair au contraire que le **délai de prescription** est précisément le cadre dans lequel le créancier peut réclamer l'exécution de son obligation par son débiteur, sans devoir craindre une modification du contrat par le jeu de la présomption d'acceptation. Certes, l'offre peut être tacite, mais elle doit être une proposition : or, une inexécution contractuelle n'est pas une proposition. **Proposer n'est pas imposer**. En outre, aux termes de l'article 330b, alinéa 2 du code des obligations, l'employeur doit **signaler par écrit au travailleur toute modification** des éléments contractuels du rapport de travail (art. 330b, al. 1, d CO). Si cet article ne se voit pas reconnaître de

³³⁷⁷ Wyler/Heinzer, p. 58.

³³⁷⁸ Carruzzo, N 13 *ad* art. 320 CO.

³³⁷⁹ TF, 19 novembre 1987, SJ 1988 562.

³³⁸⁰ Pour une décision refusant d'appliquer le régime de l'acceptation tacite défavorable au travailleur, cf. CAPH/GE, 22 octobre 2002, JAR 2003 201.

³³⁸¹ Werner Gloor, « Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive », DTA 2008 249-268, spéc. p. 252.

³³⁸² Il encourt alors le risque de voir le licenciement requalifié en congé-représailles. Ceci suppose toutefois que le travailleur prenne l'initiative d'engager une action coûteuse dont l'issue est toujours incertaine.

sanction directe en ce sens que le contrat de travail reste valable même si ses termes n'ont pas été notifiés par écrit au travailleur, on devrait considérer qu'une interprétation systématique de cette disposition protectrice interdit de reconnaître une acceptation tacite d'une modification d'un élément contractuel du rapport de travail en défaveur du travailleur³³⁸³.

Plus juridiquement, le Tribunal fédéral tente une autre explication : l'article 322 n'étant pas de nature impérative³³⁸⁴, les parties peuvent se mettre d'accord sur une diminution de la rémunération en cours de contrat³³⁸⁵, l'article 341 n'apportant aucune protection à cet égard. L'observation de la forme écrite pour modifier un contrat n'étant nécessaire que dans la mesure où la conclusion du contrat initial était soumise à cette forme (art. 12 CO), le contrat de travail ordinaire pourra être modifié sans aucune exigence de forme. Par ce raisonnement, le Tribunal fédéral perd de vue le fait que l'absence d'exigence de forme du contrat de travail est une règle qui a vocation à protéger le salarié³³⁸⁶. **La forme normale du contrat de travail est le contrat écrit**, non seulement pour des raisons de sécurité de la transaction, mais également par respect du devoir d'information qui pèse sur l'employeur (art. 330b CO). Il serait donc parfaitement logique d'exiger que l'acceptation d'une modification défavorable au salarié soit toujours formulée par écrit.

Alors que le Tribunal fédéral juge qu'une modification d'un élément de rémunération relatif à des prestations déjà effectuées ne peut jamais avoir lieu avec effet rétroactif, l'acceptation tacite qu'il admet ici opère précisément **avec effet rétroactif** ! En effet, la fiction posée veut que le salarié soit présumé avoir accepté au bout d'un certain nombre de mois sans réaction. Or, pour le Tribunal fédéral, le contrat est réputé avoir été modifié dès le premier passage en force de l'employeur. L'effet rétroactif équivaut à une remise de dette, tacite elle aussi, au bénéfice de l'employeur. Juridiquement, sont dès lors censés coexister un contrat modificatif et une remise de dette : le contrat modificatif entrerait en vigueur une fois le nombre de répétitions atteint ; pour les inexécutions contractuelles antérieures, il y aurait remise de dette par le salarié. Or, la remise de dette, si elle n'exige aucune forme spéciale (art. 115 CO), nécessite néanmoins un accord spécifique des volontés du débiteur et du créancier³³⁸⁷, que ne réalise précisément pas la signature d'une quittance de salaire d'un montant inférieur au salaire contractuel³³⁸⁸. En effet, la remise de dette doit faire apparaître clairement la volonté du créancier de renoncer définitivement à tout ou partie de sa créance, le juge devant se montrer très prudent avant d'en reconnaître une³³⁸⁹. Il faut donc, au

³³⁸³ Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, in BaK, N 9a ad art. 322 CO.

³³⁸⁴ TF, 3 juillet 1998, ATF 124 II 436, PJA 1998 1520, RDAF 1999 I 470, cons. 10 e/aa ; TF, 9 janvier 2001, 4C.182/2000, cons. 5c.

³³⁸⁵ TF, 18 février 1997, 4C.474/1996, cons. 1.

³³⁸⁶ D'où la règle de l'alinéa 2 de l'article 320 du Code des obligations qui pose une présomption de contrat à l'avantage du salarié.

³³⁸⁷ Arrêt historique : TF, 15 octobre 1943, ATF 69 II 373, JT 1944 I 202.

³³⁸⁸ TF, 5 juillet 1983, ATF 109 II 327, JT 1984 I 158, SJ 1984 350, JAR 1985 126, cons. 2b.

³³⁸⁹ TF, 5 juillet 1983, ATF 109 II 327, JT 1984 I 158, SJ 1984 350, JAR 1985 126, cons. 2b ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 4 ad art. 320 CO.

minimum, considérer que les éléments non octroyés durant le délai nécessaire pour reconnaître une acceptation tacite sont dus.

Enfin, il ne faut pas comparer ce régime avec celui de l'accord tacite en matière de gratification contractuelle. En effet, dans cette dernière hypothèse, l'employeur est **maître de donner ou de ne pas donner** pendant toutes les années où la confiance légitime du salarié se forme. Il y a un acte de volonté libre de sa part. Cette liberté est la raison pour laquelle la répétition peut ensuite lui être imputée. Il en va autrement du salarié qui voit sa rémunération amputée par l'employeur sans qu'il ne lui demande son avis : il n'y a aucun acte de volonté de la part du salarié³³⁹⁰.

Section 2 : Modification sans l'accord du travailleur

- 1844 En principe, si l'employeur modifie un élément contractuel du rapport de travail sans l'accord du travailleur, cette modification unilatérale constitue une inexécution de son obligation. Par exemple, une réduction unilatérale de la rémunération constitue une inexécution partielle de l'obligation de payer le salaire³³⁹¹.
- 1845 L'institution du congé-modification autorise toutefois l'employeur à modifier la rémunération.

§ 1 : Définition, modes et formes du congé-modification

- 1846 **Définition du congé-modification.** Selon le Tribunal fédéral, il y a congé-modification (en allemand : « *Änderungskündigung* ») lorsqu'une partie se voit signifier une résiliation du rapport de travail accompagnée de l'offre de conclure un nouveau contrat à des conditions moins favorables. Le congé et la proposition de nouveau contrat ne sont pas nécessairement simultanés, mais le congé est destiné à exercer une forme d'incitation à accepter le nouveau contrat³³⁹².
- 1847 **Modes du congé-modification.** L'employeur a le choix entre la procédure du congé-modification **au sens étroit** (résilier d'emblée le contrat en assortissant la résiliation d'une offre de conclure un nouveau contrat, à l'échéance du délai de congé, avec des modalités modifiées par rapport au précédent contrat)³³⁹³ et la procédure du congé-modification **au sens large** (proposer d'abord les nouvelles modalités contractuelles du rapport de travail et ne licencier le travailleur qu'en cas de refus).

³³⁹⁰ Pour davantage de précisions, cf. Aurélien Witzig, *La modification du rapport de travail*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2014.

³³⁹¹ Cf. Marie-Gisèle Danthe, in Commentaire Dunand/Mahon, N 6 *ad* art. 322 CO.

³³⁹² TF, 22 novembre 2002, 4C.209/2002, cons. 2.1 ; TF, 2 août 2007, 4A_192/2007, cons. 4 ; TF, 22 avril 1997, ATF 123 III 246, JT 1998 I 300, JAR 1998 187, PJA 1997 1565 note Koller ; cf. TF, 23 février 2012, 4A_555/2011, cons. 2.2.

³³⁹³ TF, 21 octobre 2003, 4C.177/2003, cons. 3.1 ; Carruzzo, N 15 *ad* art. 320 CO.

Le congé-modification a un effet **sur l'ensemble** du rapport de travail. Une résiliation partielle (« *Teilkündigung* ») n'est pas envisageable³³⁹⁴. Il n'est pas possible de voir se poursuivre partiellement le rapport de travail si le travailleur refuse la modification : soit l'employeur renonce à la modification, soit il procède au licenciement.

1848

Le congé-modification peut avoir lieu dans le cadre d'un **transfert d'entreprise**³³⁹⁵.

Forme du congé-modification. Le congé-modification doit être **explicitement formulé**. Il ne peut intervenir par actes conclusants³³⁹⁶. Une présomption d'acceptation du congé-modification en cas d'absence de réaction du travailleur ne peut être valablement stipulée au contrat³³⁹⁷ : une telle entorse au régime de l'article 6 du code des obligations serait illicite et, partant, nulle (cf. art. 20 CO). De plus, le congé-modification doit être **univoque** : il doit indiquer clairement que le contrat prendra fin si la modification est refusée³³⁹⁸.

1849

§ 2 : Validité du congé-modification

Le congé-modification est **en principe admis (A)**.

1850

Toutefois, cette licéité de principe ne doit pas entraîner une **illicéité** ou dégénérer en **abus**³³⁹⁹. Le contrôle de l'illicéité ou de l'abus à travers un triple examen auquel doit s'astreindre le juge avant d'admettre un congé-modification³⁴⁰⁰ :

- un examen de la **motivation** (« *Motivprüfung* ») (B),
- un examen du **contenu** (« *Inhaltsprüfung* ») (C),
- un examen de la **mise en œuvre** de la modification (« *Vorgehensprüfung* ») (D).

A. Licéité de principe du congé-modification

Il existe une licéité de principe du congé-modification³⁴⁰¹.

1851

³³⁹⁴ Duc/Subilia, N 15 *ad* art. 335 CO.

³³⁹⁵ TF, 17 décembre 1996, SARB 3/97, N 38, p. 236, cons. 4c ; CAPH-GE, 3 mars 2009, JAR 2010 498, cons. 4.

³³⁹⁶ Rehbindler/Stöckli, N 47 *ad* art. 321d CO.

³³⁹⁷ Rusch Arnold/Huguenin Claire, « Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag », RSDA 2008 37-56, spéc. p. 40.

³³⁹⁸ TF, 17 décembre 1996, SARB 3/97, N 38, p. 236.

³³⁹⁹ Cf. TF, 28 janvier 2016, 4A_539/2015, cons. 3.2.

³⁴⁰⁰ Werner Gloor, « Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive », DTA 2008 249-268, spéc. p. 259.

³⁴⁰¹ TF, 17 décembre 1996, SARB 3/97, N 38, p. 236 ; TF, 22 avril 1997, ATF 123 III 246, JT 1998 I 300, JAR 1998 187, PJA 1997 1565, note Koller, cons. 3b ; TF, 6 mars 2000, JAR 2001 270 ; TF, 4 janvier 2007, 4C.317/2006, DTA 2008 133, cons. 3.3 ; TF, 5 juillet 2011, 4A_194/2011, cons. 6 ; TF, 3 juin 2013, 4A_748/2012, cons. 2.3.

Ce nonobstant, le refus de modifier un contrat ne peut être considéré comme une violation de ce contrat : la liberté contractuelle comprend la **liberté de ne pas contracter**³⁴⁰². En refusant de signer l'avenant qui lui est proposé, un salarié ne fait rien d'autre qu'user de sa liberté contractuelle. Il importe peu que d'autres salariés aient, pour leur part, accepté des avenants identiques à celui refusé par un salarié³⁴⁰³. En soi, le refus par le travailleur d'accepter une modification d'un élément contractuel du rapport de travail ne peut justifier un licenciement, puisqu'en vertu de la liberté contractuelle, le travailleur n'est pas obligé d'accepter une péjoration des termes du rapport de travail que l'employeur voudrait lui imposer³⁴⁰⁴.

B. Contrôle de la motivation du congé-modification

1852 Le travailleur peut faire contrôler la motivation du congé-modification et, le cas échéant, faire sanctionner le caractère abusif du licenciement prononcé suite à un éventuel refus de sa part. En effet, la modification ne peut servir à valider des motifs qui ne méritent pas d'être protégés³⁴⁰⁵. En particulier, le congé-modification ne doit pas être utilisé comme un moyen de **représailles** à l'encontre d'un travailleur³⁴⁰⁶.

1853 Les juges considèrent donc que le congé-modification peut être qualifié d'abusif lorsque la modification du contrat est clairement **dépourvue de justification matérielle**³⁴⁰⁷. Cela signifie que l'employeur ne doit pas utiliser le congé-modification comme moyen de pression pour imposer au travailleur une modification dépourvue de raisons économiques et ce, même si les nouvelles conditions de travail ne devaient prendre effet qu'à l'échéance du délai de congé³⁴⁰⁸. Les motifs économiques doivent être **matériellement justifiés** (« *sachlich gerechtfertigt* ») et suffisants pour rendre **nécessaire** la modification en fonction de la place de l'entreprise dans son marché (« *betriebliche Notwendigkeit* »)³⁴⁰⁹.

³⁴⁰² TF, 7 mai 2002, 4C.297/2001, ATF 129 III 35, JT 2003 I 127, PJA 2003 583, PJA 2003 690, recht 2003 101, cons. 6.1 (en général) ; TF, 15 avril 2011, 4A_84/2011 & 4A_94/2011, cons. 5 ; TF, 23 février 2012, 4A_555/2011, cons. 2.3.3 ; TF, 3 juin 2013, 4A_748/2012, cons. 2.3.

³⁴⁰³ TF, 15 avril 2011, 4A_84/2011 & 4A_94/2011, cons. 5.

³⁴⁰⁴ TF, 23 février 2012, 4A_555/2011, cons. 2.3.3 ; Aline Bonard, in Commentaire Dunand/Mahon, N 20 ad art. 335 CO.

³⁴⁰⁵ Rémy Wyler, in Commentaire Dunand/Mahon, N 36 ad art. 320 CO.

³⁴⁰⁶ TC-FR, 2 septembre 2008, RFJ 2008 361, cons. 3.

³⁴⁰⁷ TF, 22 avril 1997, ATF 123 III 246, JT 1998 I 300, JAR 1998 187, PJA 1997 1565, note Koller, cons. 3 ; TF, 3 juin 2013, 4A_748/2012, cons. 2.3.

³⁴⁰⁸ TF, 4 janvier 2007, 4C.317/2006, DTA 2008 133, cons. 3.5 ; TA-TI, 6 avril 2006, JAR 2008 467 ; CAPH-GE, 3 mars 2009, JAR 2010 498, cons. 4.1 ; Frank Vischer, « Das schweizerische Arbeitsrecht : Rechtspolitische Weichenstellung », PJA 2013 349 et s., spéc. 350-351.

³⁴⁰⁹ TF, 22 avril 1997, ATF 123 III 246, JT 1998 I 300, JAR 1998 187, PJA 1997 1565, note Koller, cons. 3 ; TF, 6 mars 2000, JAR 2001 270 ; TF, 1^{er} mars 2007, 4C.282/2006, cons. 4.2 ; Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 9 septembre 2004, JAR 2005 331, cons. 1.9 ; TC-FR, 2 septembre 2008, RFJ 2008 361, cons. 3 ; cf. antérieurement mais pour un contrat de franchise : TF, 26 mars 1992, ATF 118 II 157, JT 1993 I 648 ; Werner Gloor, « Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive, DTA 2008, pp. 249-268, spéc. p. 257 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 3 ad art. 335 CO.

Le fondement de cette exigence peut être clairement trouvé dans l'interdiction de l'abus de droit (art. 2, al. 2 CC)³⁴¹⁰. Le congé donné pour imposer des termes contractuels dépourvus de toute justification économique pour l'entreprise s'avère au moins aussi abusif que le licenciement prononcé à la seule fin d'empêcher la naissance de prétentions qui dépendent de la durée des rapports de travail (cf. art. 336, al. 1, c CO)³⁴¹¹. L'idée est également de vérifier que le motif économique invoqué pour imposer la modification ne soit pas qu'un simple prétexte³⁴¹² ou un moyen pour l'employeur d'agir de manière arbitraire³⁴¹³.

1854

Les justifications économiques possibles sont les changements rendus nécessaires dans l'exploitation ou la gestion de l'entreprise, l'évolution des conditions du marché, etc.³⁴¹⁴. Concrètement, il peut s'agir d'une situation financière difficile de l'entreprise, par exemple lorsque les commandes en biens ou services proposés par elle diminuent³⁴¹⁵.

1855

Il n'est pas nécessaire d'attendre que la survie de l'entreprise dépende de la modification³⁴¹⁶. L'employeur peut prendre des mesures d'optimisation sans devoir attendre que les affaires ne se dégradent³⁴¹⁷. En tant que chef d'entreprise, il doit savoir prendre des décisions stratégiques à temps, y compris pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise.

1856

La limite devrait être selon nous celle où la modification contractuelle ne vise qu'à augmenter la profitabilité de l'entreprise, alors que celle-ci présente déjà une situation bénéficiaire, qu'elle est bien implantée dans son marché et qu'elle n'est pas directement menacée par la concurrence. De la même manière, toute modification qui viserait uniquement ou de façon nettement prépondérante la seule augmentation de la valeur boursière de l'entreprise ne saurait justifier le recours à un congé-modification.

1857

Conséquences du congé-modification par rapport à la clause de non-concurrence. Les clauses de non-concurrence ne sont possibles que si l'employeur prouve un motif justifié de licenciement. L'employeur encourt donc le risque de voir ses salariés passer

1858

³⁴¹⁰ TF, 2 octobre 2003, 4C.74/2003, ATF 130 III 19, JAR 2004 319, cons. 3.1.2.2 ; Carruzzo, N 15 *ad* art. 320 CO.

³⁴¹¹ TF, 22 avril 1997, ATF 123 III 246, JT 1998 I 300, JAR 1998 187, PJA 1997 1565, note Koller, cons. 3b.

³⁴¹² CAPH-GE, 9 août 2010, JAR 2011 475, cons. 2.3.4.

³⁴¹³ Patrick Joerin, *Die arbeitsrechtliche Änderungskündigung und deren rechtliche Zulässigkeit*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, p. 116 (« à sa guise »).

³⁴¹⁴ TF, 22 novembre 2002, 4C.209/2002, cons. 2.1 ; TF, 1^{er} mars 2007, 4C.282/2006, cons. 4.2 ; TF, 23 février 2012, 4A_555/2011, cons. 2.2 ; Jean-Philippe Dunand, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 50 *ad* art. 336 CO ; Carruzzo, N 15 *ad* art. 320 CO.

³⁴¹⁵ Cf. TF, 23 février 2012, 4A_555/2011, cons. 2.2.

³⁴¹⁶ TF, 1^{er} mars 2007, 4C.282/2006, cons. 4.4 ; CAPH-GE, 23 novembre 2007, CAPH/188/2007, cons. 5.2 (congé-modification collectif économiquement infondé) ; David Aubert, « La modification du contrat de travail et plus spécifiquement du règlement d'entreprise », *Panorama du droit du travail* (édit. Wyler), Berne, Stämpfli, 2009, pp. 21-35, spéc. p. 23.

³⁴¹⁷ TF, 26 juin 2007, 4C.77/2007, cons. 6.3 ; CAPH-GE, 9 août 2010, JAR 2011 475, cons. 2.3.4 ; Jean-Fritz Stöckli, « Das Kündigungsrecht als Hindernis für betriebliche Strukturveränderungen », *ArbR* 2007, pp. 191-206, spéc. p. 200.

à la concurrence, sauf s'il parvient à donner, pour chaque licenciement, un motif justifié (art. 340c, al. 2 CO)³⁴¹⁸.

C. Contrôle du contenu du congé-modification

1) Respect de la loi, des conventions collectives et contrats-types applicables

1859 La modification visée par le congé-modification ne doit pas avoir pour effet d'éluder la loi ou les dispositions d'une convention collective ou d'un contrat-type applicable aux parties³⁴¹⁹. Concernant un contrat-type, le raisonnement n'est valable que si devait être méconnue l'exigence forme écrite de l'article 360, alinéa 2 du code des obligations, ou s'il s'agit d'un contrat-type obligatoire au sens de l'article 360a³⁴²⁰.

2) Caractère approprié et proportionné de la modification

1860 Même si la modification respecte la loi et est matériellement justifiée, elle ne doit pas être inappropriée par rapport au but recherché³⁴²¹. La modification doit donc être **adéquate pour atteindre le but visé** (« *Billigkeit* »)³⁴²².

Selon le principe général d'interdiction de l'abus de droit (art. 2, al. 2 CC), elle ne doit pas non plus créer de **disproportion évidente entre les intérêts en présence**³⁴²³.

3) Caractère juste de la modification

1861 Les juges vont parfois plus loin en considérant que la modification ne doit pas être injuste³⁴²⁴ ou faire entrer en vigueur des conditions clairement moins favorables que

³⁴¹⁸ TF, 20 février 2004, 4C.276/2003, ATF 130 III 353, JT 2005 I 12, cons. 2.2.1 ; Carruzzo, N 15 *ad art.* 320 CO.

³⁴¹⁹ TF, 13 juin 2000, 4C.7/1999, SJ 2001 I 49, JAR 2003 407, cons. 4c ; TF, 21 octobre 2003, 4C.177/2003, cons. 3.4 ; TF, 4 janvier 2007, 4C.317/2006, DTA 2008 133, cons. 3.3 et 3.5 ; TF, 1^{er} mars 2007, 4C.282/2006, cons. 4.2 ; TF, 2 juillet 2010, 4A_155/2010, cons. 3.3 ; TF, 5 juillet 2011, 4A_194/2011, cons. 6 ; TF, 3 juin 2013, 4A_748/2012, cons. 2.3 ; Carruzzo, N 15 *ad art.* 320 CO ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 3 *ad art.* 335 CO ; Patrick Joerin, *Die arbeitsrechtliche Änderungskündigung und deren rechtliche Zulässigkeit*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, p. 91.

³⁴²⁰ Streiff/von Känel/Rudolph, N 3 *ad art.* 335 CO.

³⁴²¹ Aline Bonard, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 20 *ad art.* 335 CO.

³⁴²² TF, 22 avril 1997, ATF 123 III 246, JT 1998 I 300, JAR 1998 187, PJA 1997 1565, note Koller, cons. 3 ; TF, 6 mars 2000, JAR 2001 270 ; TF, 1^{er} mars 2007, 4C.282/2006, cons. 4.2 ; Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 9 septembre 2004, JAR 2005 331, cons. 1.9 ; cf. antérieurement mais pour un contrat de franchise : TF, 26 mars 1992, ATF 118 II 157, JT 1993 648 ; Werner Gloor, « Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive », DTA 2008 249-268, spéc. p. 257 ; Patrick Joerin, *Die arbeitsrechtliche Änderungskündigung und deren rechtliche Zulässigkeit*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, p. 98.

³⁴²³ TF, 6 juillet 2005, ATF 131 III 535, cons. 4.2 ; TF, 4 janvier 2007, 4C.317/2006, DTA 2008 133 ; Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, *in* BaK, N 30b *ad art.* 336 CO.

³⁴²⁴ TF, 4 janvier 2007, 4C.317/2006, DTA 2008 133, cons. 3.5 ; TA-TI, 6 avril 2006, JAR 2008 467.

les conditions précédentes³⁴²⁵. Autrement dit, le juge dispose d'un très large pouvoir d'appréciation pour décider, en équité, de la validité de la modification.

Reste à savoir si ce caractère d'équité est cumulatif à l'exigence de justification matérielle ou s'il ne doit intervenir qu'en cas d'absence de justification matérielle. Selon une décision fribourgeoise, il n'entre pas dans l'office du juge de contrôler le caractère équitable de la modification³⁴²⁶. Les juges zurichois ont considéré que l'employeur devait tenir compte de l'âge (63 ans) et de l'ancienneté (20 ans) d'un travailleur, afin de déterminer si le congé-modification pouvait se justifier³⁴²⁷. Quant aux juges tessinois, ils cumulent manifestement les exigences : la modification doit à la fois ne pas apparaître inique ou non raisonnable et être justifiée par des considérations économiques pertinentes³⁴²⁸.

1862

À la lecture des décisions du Tribunal fédéral, on sent globalement une volonté de juger de la validité d'un congé-modification en équité. De manière générale, on peut dire que lorsque la modification proposée sous menace de licenciement est raisonnable et ne vise pas à « jouer un mauvais tour » au travailleur³⁴²⁹, le congé-modification ne sera pas abusif.

1863

D. Contrôle de la mise en œuvre du congé-modification

1) Délais à respecter

a. Délai de réflexion

En toute hypothèse, le caractère abusif du licenciement peut résulter également non pas des motifs qui le justifient, mais de la façon dont l'employeur donne³⁴³⁰. Le congé-modification ne doit pas être l'occasion pour l'employeur d'adopter une attitude brutale.

1864

Pour se prémunir d'une telle accusation, l'employeur doit octroyer au travailleur un délai de réflexion suffisant, soit environ dix à quinze jours³⁴³¹.

³⁴²⁵ TF, 4 janvier 2007, 4C.317/2006, DTA 2008 133, cons. 3.5.

³⁴²⁶ TC-FR, 2 juillet 1996, RFJ 1996 262.

³⁴²⁷ AG-ZH, 25 janvier 2011, JAR 2012 574.

³⁴²⁸ TA-TI, 6 avril 2006, JAR 2008 467, cons. 11.2.

³⁴²⁹ Expression utilisée dans TF, 3 juin 2013, 4A_748/2012, cons. 2.3.

³⁴³⁰ TF, 4 janvier 2007, 4C.317/2006, DTA 2008 133, cons. 3.7. La partie qui exerce son droit de résilier le contrat doit le faire avec les égards dus à l'autre partie : le fondement de cette obligation réside, pour l'employeur, dans son devoir de protection de la personnalité de son salarié (art. 328 CO), pour le salarié, dans son obligation de diligence et de fidélité (art. 321a CO) (TF, 20 décembre 2005, 4C.215/2005, ATF 132 III 115, cons. 2.2 ; TF, 8 juillet 2008, 4A_2/2008, SJ 2009 I 1, cons. 7.3.1).

³⁴³¹ Carruzzo, N 15 *ad* art. 320 CO. Dans un arrêt de 2007, le Tribunal fédéral a considéré qu'un délai de réflexion d'environ deux semaines était raisonnable : TF, 4 janvier 2007, 4C.317/2006, DTA 2008 133, cons. 3.4.

La réflexion du travailleur doit pouvoir se dérouler dans un **cadre serein**. Il ne doit pas subir de chantage ou de menaces, comme par exemple un refus de se voir délivrer un certificat de travail³⁴³².

b. Délai de préavis

1865 Le **délai de congé applicable** (légal, conventionnel ou contractuel) doit donc être respecté avant que la modification n'entre en vigueur³⁴³³.

Le licenciement qui serait notifié au travailleur parce qu'il a refusé d'accepter une modification d'un élément contractuel du rapport de travail devant prendre effet avant l'échéance du délai de résiliation est abusif³⁴³⁴. En effet, en refusant une modification d'un élément contractuel du rapport de travail avant l'échéance du délai de résiliation normalement applicable, le travailleur se borne à **faire valoir de bonne foi une prétention découlant de son contrat de travail** et c'est cette prétention qui est à l'origine de son licenciement (art. 336, al. 1, d CO)³⁴³⁵. En outre, l'employeur doit fournir les mêmes prestations jusqu'à l'expiration du délai de congé³⁴³⁶. On peut aussi considérer que le fondement juridique interdisant à l'employeur d'imposer une modification immédiate du contrat de travail et l'obligeant à respecter le délai de préavis se trouve dans l'article 337³⁴³⁷.

1866 Logiquement, cela signifie selon certains auteurs que le travailleur doit bénéficier des **délais de protection** applicables, le cas échéant, pour maladie, accident, grossesse et maternité, service militaire, etc. (art. 336c CO)³⁴³⁸.

2) Procédure à respecter

1867 Dès lors que le congé-modification concerne un nombre de travailleur égal aux seuils déterminants pour le champ d'application du **licenciement collectif**³⁴³⁹, ce régime particulier est applicable³⁴⁴⁰. En effet, dans cette hypothèse, l'effet juridique est le même que celui d'un licenciement collectif à proprement parler puisqu'il consiste à

³⁴³² Cf. TF, 30 mars 1981, ATF 107 IV 35, JT 1982 IV 111, cons. 3a.

³⁴³³ TF, 28 janvier 2016, 4A_539/2015, cons. 3.2 ; TC-FR, 30 août 1999, JAR 2001 277 ; OG-LU, 11 juin 1996, RJB 1997 582.

³⁴³⁴ TF, 13 juin 2000, 4C.7/1999, SJ 2001 I 49, JAR 2003 407, cons. 2 ; TF, 1er mars 2007, 4C.282/2006, cons. 4.2 ; TF, 5 juillet 2011, 4A_194/2011, cons. 6 ; cf. TF, 3 juin 2013, 4A_748/2012, cons. 2.3.

³⁴³⁵ Cf. TF, 5 octobre 2004, 4C.246/2004, cons. 2.3 ; TA-TI, 6 avril 2006, JAR 2008 467.

³⁴³⁶ TF, 4 janvier 2007, 4C.317/2006, cons. 3.5 ; TF, 28 janvier 2016, 4A_539/2015, cons. 3.2.

³⁴³⁷ Cf. Gabriel Aubert, *in* CR-CO I, N 11 *ad* art. 336 CO.

³⁴³⁸ Geiser/Müller, N 256, p. 99 ; Patrick Joerin, *Die arbeitsrechtliche Änderungskündigung und deren rechtliche Zulässigkeit*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, p. 129 ; cf. Christoph Senti, « Reglemente als Ergänzung zum Arbeitsvertrag », PJA 2004 1083-1092, spéc. p. 1087. Indirectement dans TF, 4 janvier 2007, 4C.317/2006, DTA 2008 133, cons. 3.4.

³⁴³⁹ Cf. *supra* sur le régime du licenciement collectif.

³⁴⁴⁰ Geiser/Müller, N 255, p. 99 ; David Aubert, « La modification du contrat de travail et plus spécifiquement du règlement d'entreprise », *in* *Panorama du droit du travail* (édit. Wyler), Berne, Stämpfli, 2009, pp. 21-35, spéc. p. 24.

mettre un terme à plusieurs rapports de travail dans un but économique et non pas inhérent à la personne des travailleurs concernés³⁴⁴¹.

L'employeur a intérêt à s'y prendre à l'avance afin de respecter le délai nécessaire à l'**information** et surtout à la **consultation** des travailleurs. Pour être considéré comme ayant laissé suffisamment de temps pour réaliser, de bonne foi, une véritable consultation, l'employeur doit prévoir au moins deux à trois semaines³⁴⁴².

1868

Chapitre 3 : Régime de modification des conditions d'exécution du travail

Le principe du régime de la modification des conditions de travail est celui de la **liberté de modification**. Cela signifie que les conditions de travail peuvent être modifiées par l'employeur, en tout temps et sans que l'accord du salarié ne doive même être sollicité.

1869

Cependant, l'employeur doit respecter certaines règles de **mise en œuvre** de la modification des conditions d'exécution du travail (**Section 1**), ainsi que le principe de **bonne foi** (**Section 2**).

La modification du **lieu de travail non contractuel** obéit à des règles propres (**Section 3**).

Section 1 : Mise en œuvre de la modification des conditions d'exécution du travail

La mise en œuvre de la liberté de modification des conditions de travail n'est pas réglementée par la loi, sauf pour le règlement d'entreprise au sens de l'article 37 de la loi sur le travail³⁴⁴³.

1870

De manière générale, les travailleurs ou leurs représentants dans l'entreprise doivent être **informés** et **consultés** sur les affaires concernant notamment l'organisation du temps de travail et l'aménagement des horaires de travail (art. 48, al. 1 LTr).

1871

Si le contrat ou la convention collective prévoient des modalités particulières de mise en œuvre d'une modification des conditions de travail (délai de prévenance, convocation à un entretien, envoi d'une lettre recommandée, etc.), ces modalités doivent être respectées, en tout cas si elles sont prévues *ad validitatem* et non

1872

³⁴⁴¹ Christian Bruchez, in Commentaire Dundand/Mahon, N 20 *ad* art. 335d CO.

³⁴⁴² Cf. Christian Bruchez/Giuseppe Donatiello, in Commentaire Dundand/Mahon, N 40 *ad* art. 335f CO

³⁴⁴³ Cf. *supra* sur le règlement d'entreprise.

simplement *ad probationem*. À défaut, la modification sera nulle. Les parties peuvent toutefois s'entendre ultérieurement pour supprimer la forme qu'elles avaient initialement réservée.

- 1873 Si aucune modalité de mise en œuvre n'est prévue, la modification est toujours valable et en principe non abusive. Toutefois, il convient d'éviter l'abus de droit dans la mise en œuvre de la modification unilatérale des conditions de travail. Aussi, sauf motif impératif (difficultés économiques soudaines, mise en danger des salariés, etc.), il est raisonnable de considérer qu'un **délai de prévenance** doit être respecté en principe par l'employeur avant de faire entrer en vigueur la modification³⁴⁴⁴, même si un tel délai n'était pas prévu contractuellement.
- 1874 Ce délai de prévenance variera, en fonction du motif plus ou moins impérieux commandant la modification, entre quelques jours et quelques semaines. De manière générale, un délai de prévenance d'un à deux mois paraît représenter un bon standard. En revanche, les instructions relatives à l'exécution du travail ou au comportement du travailleur peuvent être modifiées avec un délai de prévenance extrêmement réduit, voire inexistant (par exemple, l'employeur peut demander au travailleur de changer sa façon d'effectuer sa tâche au milieu de sa réalisation)³⁴⁴⁵.

Section 2 : Modification de bonne foi des conditions d'exécution du travail

- 1875 L'abus dans la modification des conditions d'exécution du travail peut résider dans une modification **intempestive**, alors qu'aucune considération objective ne justifie qu'un délai de prévenance ne soit pas respecté.
- 1876 En outre, la modification des conditions de travail ne doit pas procéder d'une **volonté de nuire** de l'employeur à l'encontre d'un travailleur³⁴⁴⁶. Si tel est le cas, le travailleur sera légitimé à refuser de respecter les nouvelles conditions de travail. En effet, le travailleur est tenu de respecter, de bonne foi, les directives de l'employeur (art. 321 d, al. 2 CO)³⁴⁴⁷. Le travailleur refusant de respecter les nouvelles conditions de travail introduites dans le but de lui nuire peut continuer à prétendre à l'intégralité de sa rémunération, même si l'employeur ne lui donne plus d'ouvrage (art. 324 CO). Il peut en outre mettre en œuvre la responsabilité contractuelle de l'employeur (art. 328 CO).

³⁴⁴⁴ Cf. également : Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 7 *ad* art. 321d CO.

³⁴⁴⁵ Rehbindner/Stöckli, N 13 *ad* art. 321d CO.

³⁴⁴⁶ Cf. par rapport à la résiliation en général : TF, 6 juillet 2005, ATF 131 III 535, cons. 4.2. Cf. Roger Rudolph, « Vertragsänderungen, in Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht » (édit. Adrian von Känel), Zurich/Genève/Bâle, Schulthess, 2010, spéc. p. 4 ; cf. Müller, « Übertragung neuer Aufgaben und Zuweisung eines neuen Arbeitsortes ohne Änderung des Arbeitsvertrages », PJA 1999 454-460, spéc. p. 459 ; cf. Isabelle Wildhaber, « Die Änderungen von Arbeitsbedingungen bei Umstrukturierungen », Jusletter 21 avril 2008, N 9.

³⁴⁴⁷ Cf. Portmann/Stöckli, p. 53 ; Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, N 7 *ad* art. 321 CO.

À l'inverse, toutes les fois où une modification des conditions de travail ne relève pas d'une volonté de nuire de l'employeur, et même si elles ne sont pas justifiées par un motif objectif, le travailleur est tenu de les observer.

1877

Section 3 : Cas particulier de la modification du lieu de travail non contractuel

Le lieu de travail n'est pas contractuel par nature³⁴⁴⁸. Cela signifie que si le contrat ne prévoit pas expressément un lieu de travail défini, l'employeur est autorisé à en changer³⁴⁴⁹, sauf si le lieu de travail a été contractualisé dans l'intervalle, notamment par l'usage³⁴⁵⁰.

1878

Même lorsque le lieu de travail n'a pas été contractualisé, il est particulièrement délicat – et en tout cas très discutable – de ne pas tenir compte de l'importance du lieu de travail dans la vie quotidienne du travailleur, notamment par rapport à sa **vie personnelle et familiale** (moyen et temps de transport, lieu de garde ou école des enfants, facilité à retrouver des amis, etc.)³⁴⁵¹. En toute hypothèse, le travailleur ne peut valablement s'engager, même contractuellement, au-delà d'une mesure compatible avec la loi et les mœurs (art. 27 CC)³⁴⁵².

1879

Aussi, le travailleur n'est obligé d'accepter un changement du lieu de travail que si ce changement peut raisonnablement lui être imposé. Il convient d'examiner la **variation dans le temps de trajet** entre le domicile actuel du travailleur et l'ancien lieu de travail, par rapport au temps de trajet entre le domicile actuel et le nouveau lieu de travail, qui doit être raisonnable³⁴⁵³. En effet, on tient ici compte des obligations familiales du travailleur³⁴⁵⁴ et du temps que ce dernier mettra pour retrouver ses proches ou ses amis après la fin de son travail quotidien.

1880

Le trajet que le travailleur aura à parcourir entre son domicile et le nouveau lieu de travail ne devra pas être déraisonnablement plus long que le trajet qu'il effectuait entre

1881

³⁴⁴⁸ CAPH-GE, 22 avril 1998, JAR 1999 163, JU-TRAV 1999 63, cons. 7 ; CAPH-GE, 21 février 2007, JAR 2008 376, cons. 4. *Contra* : Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 7 *ad* art. 321d CO.

³⁴⁴⁹ TF, 13 février 2009, 4A_474/2008, JAR 2010 196, cons. 4 ; CAPH-GE, 22 avril 1998, JAR 1999 163, JU-TRAV 1999 63, cons. 7 ; CAPH-GE, 21 février 2007, JAR 2008 376, cons. 4 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 3 *ad* art. 321d CO. Admettant que le lieu de travail, même contractuellement prévu, puisse être modifié unilatéralement : AG-ZH, 18 août 2000, JAR 2002 165, ZR 2001 246 (alors que, selon nous, seuls un congé-modification en bonne et due forme ou la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision peuvent autoriser une telle modification unilatérale).

³⁴⁵⁰ Streiff/von Känel/Rudolph, N 3 *ad* art. 321d CO.

³⁴⁵¹ Cf. AG-ZH, 18 août 2000, JAR 2002 165, ZR 2001 246.

³⁴⁵² TF, 7 avril 1989, JAR 1991 114 ; CAPH-GE, 22 avril 1998, JAR 1999 163, JU-TRAV 1999 63, cons. 7 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 3 *ad* art. 321d CO.

³⁴⁵³ Cf. CAPH/GE, 16 juin 1983, JU-TRAV 1985 12 ; CAPH-GE, 13 septembre 1984, JAR 1985 122 ; AG/Berne, 11 février 1987, JAR 1989 210 ; CAPH/GE, 22 avril 1998, JAR 1999 163, JU-TRAV 1999 63, cons. 7 ; CAPH/GE, 21 février 2007, JAR 2008 376, cons. 4.

³⁴⁵⁴ Cf. Vischer/Müller, p. 178 ; Staehelin, N 15 *ad* art. 321d CO.

son domicile et le lieu où se situait préalablement l'entreprise. L'analyse doit donc se faire au cas par cas, non seulement domicile de travailleur par domicile de travailleur mais encore en fonction des caractéristiques des travailleurs. En effet, la protection de la personnalité du travailleur englobe ses différentes caractéristiques, notamment sa situation de famille. Ainsi, on acceptera moins facilement un déplacement du lieu de travail lorsque le travailleur a des charges de famille, a déjà atteint un certain âge, etc.

- 1882 Par exemple, les juges ont accepté une augmentation d'un quart d'heure de la durée de trajet³⁴⁵⁵. Mais, ils ont considéré qu'un déplacement du lieu de travail de cinquante kilomètres entraînait une modification substantielle du rapport de travail³⁴⁵⁶, car cela emportait généralement, selon les usages en Suisse, un déménagement³⁴⁵⁷. Un travailleur habitant à Annemasse ne peut être contraint à aller travailler sur un chantier à côté d'Aigle³⁴⁵⁸. En revanche, pour une personne domiciliée au Locle, se rendre sur un lieu de travail à Saint-Sulpice ou à Berne apparaît plus ou moins équivalent³⁴⁵⁹.
- 1883 Certains auteurs préconisent de tenir compte d'autres facteurs comme celui de savoir si le travailleur est propriétaire de son logement (il est *a priori* plus difficile de déménager que lorsque le travailleur est seulement locataire)³⁴⁶⁰. Dans un pays multilingue comme la Suisse, on peut également considérer que la région linguistique revêt une importance particulière dans la mesure de ce que l'on peut exiger d'un travailleur³⁴⁶¹.
- 1884 Dans un arrêt qui commence à dater, les juges genevois ont jugé qu'un parcours d'une heure à une heure et demie, comprenant un transbordement, n'était pas à ce point pénible qu'on ne pût exiger d'une travailleuse enceinte de s'y plier. La travailleuse pouvait à tout moment se faire arrêter en produisant un certificat médical³⁴⁶². Un tel raisonnement a de quoi surprendre. En effet, le but d'un travailleur n'est pas de faire en sorte d'avoir un certificat médical à produire pour se dispenser d'aller travailler, d'autant que dans ce genre d'hypothèse, son droit au salaire n'est maintenu que de manière limitée (cf. art. 324a et 324b CO). Par ailleurs, ce genre de solution ne peut que renforcer les préjugés négatifs dont les femmes en âge de procréer sont encore trop souvent victimes dans le monde du travail et contre lesquels la loi sur l'égalité s'efforce de lutter.
- 1885 Dans la balance des intérêts, on pourra également prendre en considération l'éventuel remboursement des frais de déplacement par l'employeur, la diminution de l'horaire de

³⁴⁵⁵ AG/ZH, 21 juin 2007, JAR 2008 529 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 3 *ad* art. 321d CO.

³⁴⁵⁶ Aline Bonard, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 7 *ad* art. 335 CO ; Carruzzo, N 2 *ad* art. 321d CO.

³⁴⁵⁷ TF, 2 juillet 2002, 4C.115/2002, cons. 2.3 ; TC/FR, 12 septembre 2008, RFJ 2008 368, cons. 5.

³⁴⁵⁸ CAPH-GE, 13 septembre 1984, JAR 1985 122 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 3 *ad* art. 321d CO.

³⁴⁵⁹ TF, 3 juin 2013, 4A_748/2012, cons. 2.3.

³⁴⁶⁰ Portmann/Stöckli, p. 52.

³⁴⁶¹ CAPH/GE, 22 avril 1998, JAR 1999 163, JU-TRAV 1999 63, cons. 7.

³⁴⁶² CAPH/GE, 22 avril 1998, JAR 1999 163, JU-TRAV 1999 63, cons. 7 ; Carruzzo, N 2 *ad* art. 321d CO.

travail sans diminution de la rémunération³⁴⁶³, la nécessité objective pour l'entreprise d'être déplacée et la durée du changement (lequel peut n'être que temporaire, par exemple le temps d'effectuer des travaux dans les bâtiments d'origine)³⁴⁶⁴. Un employeur qui aurait un motif objectif de déplacer l'adresse de l'entreprise, qui tiendrait compte dans le temps de travail du temps de trajet supplémentaire engendré par le déplacement de l'entreprise et qui défraierait le travailleur de tous ses frais de trajet supplémentaires ne pourrait se voir reprocher d'avoir modifié le lieu de travail de manière déraisonnable.

³⁴⁶³ Exemple : AG/ZH, 18 août 2000, JAR 2002 165, ZR 2001 246.

³⁴⁶⁴ Cf. Portmann/Stöckli, p. 52.

Quatrième partie : Les relations collectives de travail

- Alors que les principes issus des révolutions du XVIII^e siècle avaient conduit à supprimer tout corps intermédiaire entre l'État et les individus, l'histoire du droit du travail européen fut notamment celle de la réapparition de tels corps, principalement sous la forme de syndicats et d'associations de travailleurs et d'employeurs³⁴⁶⁵. 1886
- Ce revirement fut si important que sont désormais consacrés par la Constitution fédérale, tant la liberté de réunion (art. 22 Cst.), que la liberté d'association (art. 23 Cst.) et la liberté syndicale (art. 28 Cst.)³⁴⁶⁶. 1887
- D'autres textes fondamentaux servent également de points d'ancrage au droit collectif. Par exemple, le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du « droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts » énoncé à l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme³⁴⁶⁷. 1888
- Les relations collectives de travail se concrétisent par la *participation collective* (Titre 1), la *représentation collective* (Titre 2), les *accords collectifs* (Titre 3) et les *conflits collectifs* (Titre 4). 1889

³⁴⁶⁵ Sur ces aspects historiques, cf. *supra* introduction.

³⁴⁶⁶ Parmi les autres droits fondamentaux, on pourrait se demander si la liberté d'expression ne pourrait pas s'appliquer à l'action syndicale, par exemple à la grève : Pierre Verge, « La liberté d'expression est-elle en phase avec l'action syndicale ? », *Les Cahiers du droit*, vol. 53, n° 4, décembre 2012, pp. 813-829.

³⁴⁶⁷ CEDH, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, n° 34503/97, § 154.

Titre 1 : La participation collective

Si en Allemagne, la « constitution d'entreprise » (*Betriebsverfassung*) doit permettre aux travailleurs d'exercer une véritable influence sur la direction de l'entreprise³⁴⁶⁸, en Suisse, la participation collective est relativement limitée³⁴⁶⁹. Une initiative ambitieuse sur la participation dans l'entreprise, lancée en 1976, avait en effet été rejetée.

1890

Aujourd'hui, c'est la loi sur la participation³⁴⁷⁰ qui régit principalement ce domaine. Elle s'applique à toutes les entreprises privées qui, en Suisse, occupent des travailleurs en permanence (art. 1 LParticipation).

Il peut y être dérogé – sans exigence de forme – en faveur des travailleurs (art. 2, 1^e phr. LParticipation), ou en leur défaveur mais uniquement par voie de convention collective de travail et sur les matières autres que celles qui sont consacrées aux articles 3, 6, 9, 10, 12 et 14, alinéa 2, b de la loi (art. 2, 2^e phr. LParticipation).

1891

Différentes **formes** de participation collective sont envisageables (**Chapitre 1**), dans différents **domaines** (**Chapitre 2**) et selon différentes **procédures** (**Chapitre 3**).

1892

Chapitre 1 : Les formes de participation collective

À l'image de la démocratie, la participation des travailleurs peut être **directe** ou **représentative**³⁴⁷¹.

1893

S'il existe une représentation des travailleurs, c'est elle qui exerce les droits de participation³⁴⁷². Lorsqu'il n'existe pas de représentation des travailleurs au sein d'une entreprise ou d'un secteur d'entreprise, ce sont les travailleurs eux-mêmes – *in corpore* – qui exercent directement le droit à l'information et le droit à la participation prévus aux articles 9 et 10 de la loi (art. 4 LParticipation).

Selon la jurisprudence, les droits de participation appartiennent à tous les travailleurs, c'est-à-dire à toutes les personnes qui exercent durablement leur activité conformément à un contrat de travail, dans l'entreprise ou dans le secteur d'entreprise, quels que soient

1894

³⁴⁶⁸ Arthur Nikisch, *Arbeitsrecht*, (1^e éd. 1951), Tübingen, J. C. B. Mohr, 3^e éd., 1961, p. 12.

³⁴⁶⁹ Pour un débat à ce sujet, cf. Sylvie Fischer/Jean-Michel Dolivo/Aurélien Witzig, « La représentation des salariés ne fait l'objet que de lois alibi », *Plaidoyer*, mars 2017.

³⁴⁷⁰ RS 822.14.

³⁴⁷¹ Cette image nous a été inspirée par Otto Kahn-Freund, « Direct Democracy », in *Labour Relations, Heritage and Adjustment*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 3 et 5. Pour le régime de la représentation collective, cf. *infra* 4^e partie.

³⁴⁷² TF, 31 mai 2011, 4A_173/2011, JAR 2012 221, DTA 2011 207, cons. 4.2.

leurs fonction ou niveau hiérarchique³⁴⁷³. Toutefois, les droits d'information et de participation des travailleurs sont destinés à la défense collective de leurs **intérêts communs** ; même s'ils exercent ces droits directement parce qu'ils n'ont pas de représentation, chacun des travailleurs n'est pas titulaire d'un droit individuel à être averti de son propre sort afin de sauvegarder son intérêt particulier³⁴⁷⁴. C'est donc en fonction de l'intérêt commun de l'ensemble des travailleurs que doit être déterminée l'obligation qui incombe à l'employeur en matière de participation³⁴⁷⁵.

- 1895 Selon la doctrine, la représentation des travailleurs n'a pas, en tant que telle, la personnalité morale³⁴⁷⁶. Elle ne peut donc pas conclure de convention collective puisque la personnalité est une condition exigée pour conclure une convention collective. Toutefois, elle peut participer à la conclusion d'un règlement d'entreprise avec l'employeur (cf. art. 37, al. 4 LTr)³⁴⁷⁷.

Chapitre 2 : Les domaines de la participation collective

- 1896 La représentation des travailleurs (ou les travailleurs eux-mêmes en l'absence de représentation) a le droit d'être informée **en temps opportun** et de manière **complète** sur toutes les affaires dont la connaissance lui est nécessaire pour s'acquitter convenablement de ses tâches (art. 9, al. 1 LParticipation).
- 1897 En outre, l'employeur est tenu d'informer la représentation des travailleurs (ou les travailleurs eux-mêmes en l'absence de représentation) **au moins une fois par an** sur les conséquences de la marche des affaires sur l'emploi et pour le personnel (art. 9, al. 2 LParticipation).
- 1898 Par ailleurs, la représentation des travailleurs (ou les travailleurs eux-mêmes en l'absence de représentation) dispose de droits de participation dans différents domaines (cf. notamment art. 10 LParticipation) :
- 1899 **1° Sécurité au travail.** L'employeur doit faire collaborer les travailleurs aux mesures de prévention des accidents et maladies professionnels (art. 82, al. 2 LAA).

Ainsi, les travailleurs, ou leurs représentants au sein de l'entreprise, doivent être consultés suffisamment tôt et de manière globale sur toutes les questions concernant la protection de la santé (art. 6a, al. 1 OPA). Les travailleurs ont le droit de faire des propositions avant que l'employeur ne prenne une décision (art. 6a, al. 2, 1e phr. OPA). L'employeur doit justifier sa décision lorsqu'il ne tient pas compte ou ne tient compte

³⁴⁷³ *Ibidem*.

³⁴⁷⁴ *Ibidem*.

³⁴⁷⁵ *Ibidem*.

³⁴⁷⁶ Christian Bruchez, in Commentaire Dunand/Mahon, N 28 *ad* art. 356 CO.

³⁴⁷⁷ *Ibidem*.

qu'en partie des objections et propositions des travailleurs ou de leurs représentants dans l'entreprise (art. 6a, al. 2, 2^e phr. OPA).

Par ailleurs, les travailleurs, ou leurs représentants au sein de l'entreprise, doivent être associés d'une manière appropriée aux investigations et aux visites faites par les autorités ; l'employeur doit les informer des exigences formulées par ces dernières (art. 6a, al. 3 OPA).

2° Protection de la santé, organisation du temps de travail et aménagement des horaires de travail. Les travailleurs ou leurs représentants dans l'entreprise ont le droit d'être informés et consultés sur les questions relatives à la protection de la santé, à l'organisation du temps de travail et à l'aménagement des horaires de travail, ainsi qu'aux mesures supplémentaires lors du travail de nuit prévues à l'article 17e de la loi sur le travail (art. 48, al. 1 LTr)³⁴⁷⁸.

1900

Le droit d'être consulté comprend le droit d'être entendu sur ces affaires et d'en débattre avant que l'employeur ne prenne une décision, ainsi que le droit d'obtenir communication des motifs de la décision prise lorsque les objections soulevées par les travailleurs ou leurs représentants dans l'entreprise n'ont pas été prises en considération, ou qu'elles ne l'ont été que partiellement (art. 48, al. 2 LTr).

3° Travail du soir et déplacement du début et de la fin du travail de jour et du soir. Le travail du soir ne peut être introduit par l'employeur qu'après audition de la représentation des travailleurs dans l'entreprise ou, à défaut, des travailleurs concernés (art. 10, al. 1, 2^e phr. LTr).

1901

En outre, ce n'est qu'avec l'accord des représentants des travailleurs dans l'entreprise ou, à défaut, de la majorité des travailleurs concernés, que le début et la fin du travail de jour et du soir de l'entreprise peuvent être fixés différemment entre 5 heures et 24 heures, à condition que le travail de jour et du soir soit compris dans un espace de dix-sept heures (art. 10, al. 2 LTr).

4° Règlement d'entreprise. Les travailleurs doivent, au minimum, être entendus avant l'établissement d'un règlement d'entreprise (art. 37, al. 4 LTr)³⁴⁷⁹.

1902

5° Transfert d'entreprise. Le droit du transfert d'entreprise prévoit la participation des travailleurs dans certaines circonstances (cf. art. 333 et 333a CO)³⁴⁸⁰.

6° Licenciements collectifs. Le droit des licenciements collectifs prévoit la participation des travailleurs dans certaines circonstances (cf. art. 335d et s. CO)³⁴⁸¹.

7° Affiliation à une institution de la prévoyance professionnelle et résiliation d'un contrat d'affiliation. L'institution de prévoyance professionnelle doit être désignée

1903

³⁴⁷⁸ Cf. *supra* n° 1153.

³⁴⁷⁹ Cf. *supra* n° 1216.

³⁴⁸⁰ Cf. *supra* sur le régime du transfert d'entreprise.

³⁴⁸¹ Cf. *supra* sur le régime du licenciement collectif.

par l'employeur « après entente avec son personnel », soit directement soit au travers de la représentation des travailleurs (art. 11, al. 2 LPP). De la même manière, la résiliation de l'affiliation et la réaffiliation à une nouvelle institution de prévoyance par l'employeur s'effectuent après entente avec son personnel, ou, si elle existe, avec la représentation des travailleurs (art. 11, al. 3^{bis} LPP). Faute d'entente entre l'employeur et les travailleurs sur le choix de l'institution de prévoyance, la décision d'affiliation doit être prise par un arbitre neutre désigné soit d'un commun accord, soit, à défaut, par l'autorité de surveillance (art. 11, al. 3^{ter} LPP).

- 1904 En sus de ce régime légal, un ***engagement unilatéral*** de l'employeur ou une ***convention collective*** peuvent agrandir le domaine de la participation collective³⁴⁸².

Chapitre 3 : Les procédures de la participation collective

- 1905 Les conflits découlant de l'application de la loi sur la participation ou d'une réglementation contractuelle de participation sont soumis aux autorités compétentes pour connaître des litiges relevant des rapports de travail, sous réserve de la compétence accordée aux organes contractuels de conciliation et d'arbitrage (art. 15, al. 1 LParticipation).
- 1906 Ont qualité pour recourir les employeurs et les travailleurs intéressés et leurs associations (art. 15, al. 2, 1^e phr. LParticipation). Dans ce dernier cas, seule l'action en constatation est admissible (art. 15, al. 2, 2^e phr. LParticipation).

³⁴⁸² Cf. par exemple, art. 35 de la Convention relative aux conditions de travail du personnel bancaire.

Titre 2 : La représentation collective

La représentation collective s'effectue par l'intermédiaire des **représentants du personnel** (Chapitre 1) et des **syndicats** (Chapitre 2).

1907

Chapitre 1 : Les représentants du personnel

Les premières représentations du personnel sont apparues avec l'émergence des grandes entreprises industrielles³⁴⁸³. La première fut vraisemblablement l'*Arbeiterkommission* de la Rotfärberei Neftenbach en 1872³⁴⁸⁴. La loi sur la participation a désormais donné un cadre à cette institution.

1908

Des représentations du personnel constituées *ad hoc* sont toujours possibles. L'étendue du mandat conféré aux représentants se détermine alors selon le droit commun de la représentation (cf. art. 32 et s. CO), lequel doit toutefois être adapté aux particularités du droit collectif du travail tel qu'il ressort de la loi sur la participation.

1909

Section 1 : Désignation

§ 1 : Droit à une représentation collective

Le droit à une représentation des travailleurs au sens légal du terme n'existe que dans les entreprises occupant **au moins cinquante travailleurs** (art. 3 LParticipation). La même disposition autorise la coexistence de plusieurs représentations au sein de la même entreprise³⁴⁸⁵.

1910

Dans les entreprises occupant moins de cinquante travailleurs, les travailleurs ne peuvent pas imposer à l'employeur la constitution d'une représentation. Si un tel processus est toutefois engagé, alors les règles de la loi sur la participation trouvent application.

1911

Contrairement au droit des licenciements collectifs, qui obéit sur ce point à une autre logique, c'est la notion d'« entreprise » qui est ici pertinente, et non celle d'« établissement »³⁴⁸⁶.

³⁴⁸³ Hans Peter Tschudi, « Der Arbeitsfrieden Ziel des Arbeitsrechts », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc*, Lausanne, IRAL, 2001, p. 389.

³⁴⁸⁴ Bernard Degen, « Arbeiterkommissionen », *Dictionnaire historique de la Suisse*, < hls-dhs-dss.ch >.

³⁴⁸⁵ Cf. TF, 31 mai 2011, 4A_173/2011, JAR 2012 221, DTA 2011 207, cons. 4.2.

³⁴⁸⁶ Cf. *supra* sur le régime du licenciement collectif.

- 1912 Le droit à la représentation collective ne se concrétise que si une demande en ce sens est portée par au moins **un cinquième** des travailleurs, et qu'ensuite soit organisé un **vote secret**, d'où il ressortirait que la majorité des votants souhaite la formation d'une représentation (art. 5, al. 1, 1^e phr. LParticipation).

Dans les entreprises comptant plus de **cinq cents** travailleurs, il suffit que le vote soit demandé par cent d'entre eux (art. 5, al. 1, 2^e phr. LParticipation).

Une **élection** doit donc être organisée si la majorité des votants s'est prononcée en faveur de la formation d'une telle représentation (art. 5, al. 2 LParticipation).

§ 2 : Élection de la représentation collective

- 1913 L'employeur et les travailleurs organisent **en commun** le vote et l'élection (art. 5, al. 3 LParticipation).

Le **nombre** des représentants des travailleurs est déterminé conjointement par l'employeur et les travailleurs (art. 7, al. 1, 1^e phr. LParticipation). La taille et la structure de l'entreprise doivent être équitablement prises en compte (art. 7, al. 1, 2^e phr. LParticipation).

En toute hypothèse, la représentation doit compter au moins **trois** membres (art. 7, al. 2 LParticipation).

Les élections sont générales et libres (art. 6, 1^e phr. LParticipation).

Sur demande d'un cinquième des travailleurs participant à l'élection, celle-ci doit se dérouler **à bulletin secret** (art. 6, 2^e phr. LParticipation).

Section 2 : Fonctions

- 1914 La représentation des travailleurs défend, envers l'employeur, les intérêts communs des travailleurs (art. 8, 1^e phr. LParticipation). Comme la représentation des travailleurs est en principe dépourvue de personnalité morale, elle ne saurait normalement engager juridiquement chacun des travailleurs.

La représentation doit informer régulièrement les travailleurs sur son activité (art. 8, 2^e phr. LParticipation).

Section 3 : Exercice de la représentation

§ 1 : Protection des représentants du personnel

- 1915 L'employeur n'a pas le droit d'empêcher les représentants des travailleurs d'exercer leur mandat (art. 12, al. 1 LParticipation). Il ne doit pas défavoriser les représentants des

travailleurs, pendant ou après leur mandat, en raison de l'exercice de cette activité (art. 12, al. 2, 1^e phr. LParticipation). Cette protection est aussi étendue aux personnes se portant candidates à l'élection dans une représentation des travailleurs (art. 12, al. 2, 2^e phr. LParticipation). Le droit collectif lui-même confirme parfois que les membres de la représentation du personnel ne doivent subir aucun préjudice du fait de l'exercice de leur fonction³⁴⁸⁷.

Concrètement, les représentants du personnel ne doivent pas se voir priver d'un avantage, sans une raison objective trouvant son fondement ailleurs que dans l'exercice de leur activité de représentation. Par exemple, il a été jugé discriminatoire de réduire de moitié, au détriment d'un homme de confiance d'un syndicat, une gratification qui avait été versée intégralement à tous les autres travailleurs à l'occasion d'un jubilé³⁴⁸⁸.

Le **licenciement** d'un représentant élu des travailleurs, pendant qu'il est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise, n'est pas abusif que s'il repose sur un motif justifié (art. 336, al. 2, b CO)³⁴⁸⁹.

Les représentants des travailleurs peuvent exercer leur mandat **durant les heures de travail** à condition que ce mandat l'exige et que leurs activités professionnelles le permettent (art. 13 LParticipation).

§ 2 : Caractères de l'exercice de la représentation

A. Bonne foi

La collaboration entre l'employeur et la représentation des travailleurs dans le domaine de l'exploitation de l'entreprise repose sur le principe de bonne foi (art. 11, al. 1 LParticipation).

Il résulte du principe de bonne foi que toute procédure de consultation doit être menée avec **sérieux**. Concrètement, il appartient à l'employeur d'examiner les propositions des travailleurs : l'employeur ne peut se contenter de mettre en œuvre une procédure de consultation, tout en sachant d'emblée qu'il n'entrera en matière sur aucune des propositions qui pourraient lui être faites par les travailleurs³⁴⁹⁰.

L'employeur doit soutenir la représentation des travailleurs dans l'exercice de ses activités (art. 11, al. 2, 1^e phr. LParticipation). Il met à sa disposition les **locaux**, les

³⁴⁸⁷ Cf. par exemple, art. 38 de la Convention relative aux conditions de travail du personnel bancaire.

³⁴⁸⁸ Arrêt cité par Edwin Schweingruber, *Commentaire du contrat de travail*, trad. fr. par A. Laissue, Union syndicale suisse, Berne, 1975, p. 73 (l'auteur précise que les arbitres avaient retenu le fondement du droit de coalition).

³⁴⁸⁹ La protection du représentant des travailleurs dont le mandat a pris fin en raison d'un transfert des rapports de travail est maintenue jusqu'au moment où ce mandat aurait expiré si le transfert n'avait pas eu lieu (art. 336, al. 3 CO).

³⁴⁹⁰ TF, 2 décembre 2010, 4A_449/2010, JAR 2011 373, cons. 5.2.



moyens matériels et les **services administratifs** nécessaires (art. 11, al. 2, 2^e phr. LParticipation).

B. Devoir de discrétion

1921 Les représentants des travailleurs sont tenus de garder, à l'égard des personnes étrangères à l'entreprise qui n'ont pas qualité pour assurer la défense des intérêts du personnel, le secret sur les affaires qui concernent l'exploitation de l'entreprise et qui sont portées à leur connaissance dans le cadre de leur mandat (art. 14, al. 1 LParticipation).

1922 L'employeur et les représentants des travailleurs sont tenus de garder le secret – envers toute personne – sur les affaires pour lesquelles l'employeur ou la représentation des travailleurs, sur la base d'intérêts légitimes, l'exigent expressément, ainsi que sur les affaires personnelles des travailleurs (art. 14, al. 2 LParticipation).

1923 Les travailleurs qui n'ont pas de représentation dans l'entreprise et qui exercent directement les droits à l'information et le droit d'être consultés dans les domaines de la participation collective, de même que les personnes étrangères à l'entreprise qui ont le droit d'être informées au sens de l'alinéa 1 de l'article 14 de la loi sur la participation, sont aussi liés par le devoir de discrétion (art. 14, al. 3 LParticipation).

Les travailleurs qui ont été informés par la représentation des travailleurs, en application de l'article 8 de la loi sur la participation, sont aussi tenus de garder le secret (art. 14, al. 4 LParticipation).

Le devoir de discrétion subsiste même lorsque le mandat prend fin (art. 14, al. 5 LParticipation).

Chapitre 2 : Les syndicats

Section 1 : Liberté syndicale

§ 1 : Contenu de la liberté syndicale

1924 Aux termes de l'article 28, alinéa 1 de la Constitution, « les travailleurs³⁴⁹¹, les employeurs et leurs organisations ont le droit de se syndiquer pour la défense de leurs intérêts, de créer des associations et d'y adhérer ou non ».

1925 On distingue la liberté syndicale **individuelle** de la liberté syndicale **collective**.

³⁴⁹¹ Sont compris dans le champ d'application tant les « travailleurs salariés » que les travailleurs non salariés s'ils se trouvent dans une situation de dépendance économique à l'égard de leur donneur d'ordre : Arthur Andermatt *et al.*, *Droit collectif du travail*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, p. 14.

Liberté syndicale individuelle. La liberté syndicale individuelle donne au particulier le droit de contribuer à la création d'un syndicat, d'adhérer à un syndicat existant ou de participer à son activité (liberté syndicale *positive*), ainsi que celui de ne pas y adhérer ou d'en sortir (liberté syndicale *négative*), sans se heurter à des entraves étatiques³⁴⁹².

Liberté syndicale collective. La liberté syndicale collective garantit au syndicat la possibilité d'exister et d'agir en tant que tel, c'est-à-dire de défendre les intérêts de ses membres : elle implique notamment le droit de participer à des *négociations collectives* et de conclure des *conventions collectives*³⁴⁹³.

L'instauration d'un salaire minimum légal au niveau cantonal n'est pas contraire à la liberté syndicale³⁴⁹⁴.

Le droit constitutionnel à la liberté syndicale produit un *effet horizontal* dès lors qu'elle fait partie des droits de la personnalité (cf. art. 328 CO)³⁴⁹⁵. D'ailleurs, le licenciement prononcé en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale est *abusif* (cf. art. 336, al. 2, a CO).

1926

La pratique d'incitations financières destinées à pousser les salariés à abandonner purement et simplement leur droit à représentation syndicale lors de négociations collectives a été jugée contraire à l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui protège la liberté d'association et de réunion³⁴⁹⁶. Elle n'est donc pas envisageable en Suisse sous peine de violer le droit international.

1927

§ 2 : Adhésion, contribution et soumission forcées

A. Adhésion et contribution forcées

Le droit suisse rejette le principe d'une obligation d'adhésion ou de contribution à un syndicat³⁴⁹⁷. Aussi sont nuls les clauses d'une convention ou les accords entre les parties qui tendraient à contraindre des employeurs ou des travailleurs à s'affilier à une association contractante (art. 356a, al. 1 CO), tout comme ceux qui tendraient à

1928

³⁴⁹² TF, 15 novembre 2002, 2P.70/2002, ATF 129 I 113, JT 2004 I 735, SJ 2003 I 245, Pra 2004 20 88, RDAF 2004 I 875, com. Kley in RJB 2004 660, cons. 1.3 ; TF, 26 juillet 2014, 2C_701/2013, ATF 140 I 257, Pra 2015 10 83, RDAF 2015 I 425, com. Wyler in JT 2015 II 126, cons. 5 ; TF, 21 juillet 2017, 2C_774/2014, cons. 6.1.

³⁴⁹³ *Ibidem*.

³⁴⁹⁴ TF, 21 juillet 2017, 2C_774/2014, cons. 6.2.

³⁴⁹⁵ Christian Bruchez, in Commentaire Dunand/Mahon, N 14 ad art. 356 CO ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 2 ad art. 328 CO, p. 141 ; Streiff/von Känel/Rudolph, N 7 ad art. 328 CO et N 2 ad art. 356a CO ; Duc/Subilia, N 6 ad art. 356a.

³⁴⁹⁶ CEDH, 2 juillet 2002, Wilson, *National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni*, n° 30668/96.

³⁴⁹⁷ La jurisprudence autorisait précédemment diverses discriminations à l'encontre des travailleurs non syndiqués : TF, 20 mai 1904, ATF 30 II 271, cons. 5 à 7. Ces discriminations ont ensuite été considérées comme contraire aux mœurs : TF, 26 novembre 1925, ATF 51 II 525, cons. 5 ; TF, 27 mars 1928, ATF 54 II 142, cons. 3 : « Est contraire aux bonnes mœurs (art. 41, al. 2 CO) le fait de mettre à l'index un ouvrier pour le contraindre à faire partie d'un syndicat qui a des buts politiques que cet ouvrier reprouve. »

empêcher ou à limiter l'exercice d'une profession ou d'une activité déterminée par le travailleur, ou encore l'acquisition de la formation nécessaire à cet effet (art. 356a, al. 2 CO). Les clauses ou accords de ce dernier type sont exceptionnellement valables s'ils sont justifiés par des intérêts prépondérants dignes de protection, tels que la sécurité et la santé de personnes ou la qualité du travail ; toutefois, l'intérêt d'éloigner de nouvelles personnes de la profession n'est pas digne de protection (art. 356a, al. 3 CO).

- 1929 Par ailleurs, les clauses d'une convention collective et les accords entre les parties qui tendent à contraindre les membres d'associations d'employeurs ou de travailleurs à se soumettre à la convention sont nuls lorsque ces associations ne peuvent devenir parties à la convention ou conclure une convention analogue (art. 356b, al. 3 CO).

B. Soumission forcée

- 1930 Par contrainte de soumission (en allemand, « *Anschlusszwang* » ou « *Vertragszwang* »), il faut comprendre une disposition qui tendrait à obliger directement ou indirectement des employeurs ou des travailleurs à se soumettre à une convention collective³⁴⁹⁸. Le but de la contrainte de soumission est d'assujettir à la convention collective concernée le plus de personnes possible³⁴⁹⁹. Il y a ainsi contrainte de soumission lorsqu'une convention collective prescrit que les employeurs liés ne peuvent occuper que des travailleurs qui se soumettent à la convention ou encore qui acceptent de verser une contribution de solidarité³⁵⁰⁰.
- 1931 Contrairement à la contrainte d'affiliation, prohibée par l'art. 356a, alinéa 1 du code des obligations, la contrainte de soumission est en principe licite³⁵⁰¹. Ce n'est que dans le cas décrit à l'article 356b, alinéa 3 du code des obligations qu'une clause conventionnelle impliquant une contrainte de soumission sera nulle³⁵⁰², soit lorsque les associations dont sont membres les employeurs ou les travailleur concernés ne peuvent devenir parties à la convention ou conclure une convention analogue.
- 1932 Selon la jurisprudence, la *ratio legis* de ce régime est d'abord de protéger les organisations **minoritaires**³⁵⁰³. En effet, « lorsqu'une organisation ne peut adhérer à une convention collective, une contrainte de soumission entraîne une perte de prestige aux yeux de ses membres ; si le travailleur dissident doit en plus payer une contribution de solidarité qui s'additionne à la cotisation au syndicat écarté, il sera tenté de quitter son organisation et de rester sans affiliation ou de rejoindre un syndicat signataire ; de cette façon, les petits syndicats pourraient être amenés à disparaître au

³⁴⁹⁸ TF, 28 septembre 2015, 4A_24/2015, ATF 141 III 418, cons. 4.1.

³⁴⁹⁹ TF, 28 septembre 2015, 4A_24/2015, ATF 141 III 418, cons. 4.1.

³⁵⁰⁰ *Ibidem* ; cf. également : Peter Kreis, *Der Anschluss eines Aussenseiters an den Gesamtarbeitsvertrag*, Zurich, Juris Verlag, 1973, pp. 172-173.

³⁵⁰¹ TF, 28 septembre 2015, 4A_24/2015, ATF 141 III 418, cons. 4.2.

³⁵⁰² *Ibidem*.

³⁵⁰³ *Ibidem*.

profit des organisations plus puissantes »³⁵⁰⁴. Plus généralement, « il apparaît choquant qu'une organisation se voie refuser l'adhésion à une convention collective, mais que les membres de cette association soient contraints indirectement de se soumettre individuellement à la convention collective »³⁵⁰⁵.

Au-delà des intérêts des organisations exclues, l'art. 356b, alinéa 3 du code des obligations comporte également un aspect de protection envers les membres de telles associations³⁵⁰⁶. En particulier, « il n'apparaît pas équitable qu'un travailleur dissident soit astreint à participer financièrement à la mise en œuvre d'une convention collective, alors que le syndicat auquel il verse des cotisations ne peut y adhérer ou participer à sa négociation »³⁵⁰⁷ : il en va de la liberté syndicale individuelle, garantie par l'article 28, alinéa 1 de la Constitution³⁵⁰⁸, laquelle « implique pour le travailleur le droit de choisir et de financer l'association qu'il juge la plus apte à défendre ses intérêts et, inversement, le droit de ne pas participer au coût d'une convention collective à l'élaboration de laquelle son organisation ne peut pas prendre part »³⁵⁰⁹.

En bref, l'article 356b, alinéa 3 du code des obligations permet au travailleur dissident, en cas de contrainte de soumission, de s'opposer au prélèvement de la contribution de solidarité lorsque le syndicat auquel il appartient réunit les conditions pour être reconnu comme partenaire social et que les parties à la convention collective refusent pourtant l'adhésion de cette association à la convention³⁵¹⁰.

Section 2 : Structure

Les syndicats sont généralement des **associations**. À ce titre, ils sont en principe soumis au droit commun des associations (art. 60 et s. CC). Ils se constituent parfois aussi en société coopérative³⁵¹¹.

Le Tribunal fédéral n'a pas répondu à la question de savoir s'il est suffisant, pour qu'une association soit considérée comme une association d'employeurs au sens de l'article 356 du code des obligations, que les statuts prévoient la possibilité de conclure un contrat collectif de travail³⁵¹².

³⁵⁰⁴ *Ibidem*.

³⁵⁰⁵ *Ibidem*.

³⁵⁰⁶ *Ibidem*.

³⁵⁰⁷ *Ibidem*.

³⁵⁰⁸ *Ibidem* ; cf. également : TF, 26 juillet 2014, 2C_701/2013, ATF 140 I 257, Pra 2015 10 83, RDAF 2015 I 425, com. Wyler in JT 2015 II 126, cons. 5.1.

³⁵⁰⁹ TF, 28 septembre 2015, 4A_24/2015, ATF 141 III 418, cons. 4.2.

³⁵¹⁰ *Ibidem*.

³⁵¹¹ Christian Bruchez, in Commentaire Dunand/Mahon, N 9 ad art. 356 CO.

³⁵¹² TF, 29 mai 2015, 4D_29/2015, cons. 4.

Section 3 : Prérogatives

- 1937 Les prérogatives des syndicats s'étendent sur deux volets : **négociation** (§ 1) et **action** (§ 2).

§ 1 : Négociation

A. Contenu de la négociation

- 1938 Les syndicats bénéficient de l'« autonomie tarifaire »³⁵¹³, c'est-à-dire qu'ils sont libres de négocier entre eux les aspects **quantitatifs** du rapport de travail (principalement les salaires et la durée du travail).

Rien n'empêche en soi les syndicats de faire porter la négociation collective également sur les aspects **qualitatifs** du rapport de travail, tels que la formation continue, le bien-être au travail, la collégialité dans la prise de décision, etc.

B. Droit à la négociation

- 1939 Comme le disent avec pertinence les juges canadiens, le droit à la négociation collective est une condition nécessaire à l'exercice véritable de la liberté d'association³⁵¹⁴. Aussi, c'est logiquement que ni des syndicats majoritaires, ni des associations patronales ou des employeurs ne peuvent écarter de la négociation d'une convention collective de travail – sans motifs justifiés – un **syndicat minoritaire**, mais **représentatif** et **loyal**, ni lui refuser le droit d'y adhérer, sauf à violer ses droits de la personnalité³⁵¹⁵.
- 1940 Le refus injustifié de reconnaître un syndicat comme partenaire social constitue également une violation de la liberté syndicale (art. 28 Cst.) dans sa dimension collective³⁵¹⁶.
- 1941 L'intérêt de la reconnaissance du droit de négocier est d'empêcher une organisation patronale ou un employeur de se choisir un partenaire social de complaisance, en excluant un syndicat légitime des négociations³⁵¹⁷.

³⁵¹³ Cf. Christian Bruchez, in Commentaire Dunand/Mahon, N 12 ad art. 356 CO.

³⁵¹⁴ Cour suprême du Canada, *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 3. Cf. Thérèse Rousseau Houle, « L'art de juger : sources et méthodologie. Ce que révèle l'œuvre du juge Louis LeBel », *Les Cahiers de droit*, vol. 57, n° 2, juin 2016, p. 245.

³⁵¹⁵ TF, 13 septembre 1949, ATF 75 II 305, JT 1950 I 162, cons. 9a ; TF, 20 janvier 1987, ATF 113 II 37, JT 1987 I 471, cons. 4c et 5 ; TF, 27 avril 1995, ATF 121 III 168, cons. 3a/aa ; TF, 11 janvier 1999, ATF 125 III 82, com. Leuenberger in RJB 2001 850, cons. 2 ; TF, 15 novembre 2002, 2P.70/2002, ATF 129 I 113, JT 2004 I 735, SJ 2003 I 245, Pra 2004 20 88, RDAF 2004 I 875, com. Kley in RJB 2004 660, cons. 1.3 ; TF, 26 juillet 2014, 2C_701/2013, ATF 140 I 257, Pra 2015 10 83, RDAF 2015 I 425, com. Wyler in JT 2015 II 126, cons. 5.2.1 ; TF, 22 mars 2015, 2C_118/2014, cons. 4.1.

³⁵¹⁶ TF, 15 novembre 2002, 2P.70/2002, précité, cons. 3.4 ; TF, 26 juillet 2014, 2C_701/2013, précité, cons. 5.1 ; TF, 22 mars 2015, 2C_118/2014, cons. 4.1.

Un syndicat doit être reconnu comme un partenaire social légitime s'il remplit les quatre conditions cumulatives suivantes :

- 1) avoir la **compétence** de conclure des conventions collectives (en allemand : « *Tariffähigkeit* »),
- 2) se trouver dans son domaine de compétence à raison du **lieu** et de la **matière**,
- 3) être **suffisamment représentatif**, la représentativité s'évaluant de manière concrète en tenant compte notamment de l'importance du syndicat au plan national³⁵¹⁸,
- 4) faire preuve d'un **comportement loyal**³⁵¹⁹. La loyauté d'un syndicat n'a rien à voir avec le devoir de fidélité auquel est soumis le travailleur à titre individuel : elle porte sur la capacité et la volonté du syndicat de négocier de bonne foi et de respecter les engagements qu'il prend dans ce cadre ; l'orientation politique de l'organisation n'entre pas en ligne de compte³⁵²⁰. D'ailleurs, « il est [...] dans la nature des relations entre employeurs et syndicats que des divergences de vues plus ou moins profondes puissent se manifester et séparer les partenaires sociaux, les intérêts des uns et des autres ne se recoupant pas nécessairement. Les syndicats tirent d'ailleurs précisément leur raison d'être de la qualité qui leur est reconnue de représenter et de défendre les intérêts de leurs membres vis-à-vis notamment de l'employeur [...]. C'est donc un corollaire essentiel de la liberté syndicale, considérée sous sa composante collective, que le droit pour les syndicats d'exprimer et de soutenir librement des idées et des opinions en vue de la défense des intérêts de leurs membres »³⁵²¹.

Lorsque les rapports de travail relèvent du droit privé et que l'employeur est une entité juridique de droit privé, alors la compétence de trancher un litige relatif à l'admission d'un syndicat au dialogue social ou à son adhésion à une convention collective existante ressortit aux tribunaux civils³⁵²². Si les rapports de travail ressortissent au droit public et que l'employeur est une entité de droit public, pareils litiges sont de la compétence des autorités et tribunaux administratifs³⁵²³.

³⁵¹⁷ Christian Bruchez, *in* Commentaire Dunand/Mahon, nbp 95 *ad* art. 356 CO.

³⁵¹⁸ TF, 20 janvier 1987, ATF 113 II 37, JT 1987 I 471, cons. 5.

³⁵¹⁹ TF, 26 juillet 2014, 2C_701/2013, précité, cons. 5.2.1 ; TF, 22 mars 2015, 2C_118/2014, cons. 4.1.

³⁵²⁰ Christian Bruchez, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 34 *ad* art. 356 CO.

³⁵²¹ TF, 15 novembre 2002, 2P.70/2002, ATF 129 I 113, JT 2004 I 735, SJ 2003 I 245, Pra 2004 20 88, RDAF 2004 I 875, com. Kley *in* RJB 2004 660, cons. 5.3.

³⁵²² TF, 22 mars 2015, 2C_118/2014, cons. 4.2 ; cf. par exemple, TF, 29 octobre 1992, ATF 118 II 431 concernant la possibilité pour un syndicat patronal d'adhérer à une convention collective existante dans le secteur des métiers du bois.

³⁵²³ TF, 22 mars 2015, 2C_118/2014, cons. 4.2 ; cf. par exemple TF, 26 juillet 2014, 2C_701/2013, ATF 140 I 257, Pra 2015 10 83, RDAF 2015 I 425, com. Wyler *in* JT 2015 II 126 : litige relatif à l'intégration d'un syndicat aux négociations collectives dans le contexte de rapports de travail relevant du droit public fédéral.

§ 2 : Action

- 1944 En dehors de la négociation des accords collectifs, qui seront étudiés séparément³⁵²⁴, les syndicats peuvent user de mesures de combat. Il a été jugé que de telles mesures de combat syndical pouvaient, notamment en cas de grève, être licites à titre d'*ultima ratio*³⁵²⁵. En effet, la liberté syndicale déploie un effet horizontal indirect sur les relations de travail dans le secteur privé³⁵²⁶.
- 1945 **Droit d'accès et d'information.** Il ne saurait y avoir de véritable action de la part des syndicats sans que leur soit reconnu un minimum de droits d'accès et d'information³⁵²⁷. Pourtant, un tel droit ne ressort pas expressément de la législation en droit suisse, même si l'on devrait le reconnaître du point de vue fonctionnel selon la doctrine³⁵²⁸.
- 1946 En particulier, la Recommandation n° 143 de l'Organisation internationale du travail préconise que les syndicats aient le droit d'accéder aux lieux de travail (par exemple pour distribuer des tracts aux travailleurs)³⁵²⁹. Selon le Tribunal fédéral pourtant, « le propriétaire juridique d'une entreprise dispose lui-même de la garantie de la propriété (cf. art. 26 Cst., art. 641 CC) » : il est ainsi « libre de déterminer à qui il entend donner accès à son entreprise ». Le Tribunal fédéral poursuit en jugeant que « la liberté syndicale ne saurait déployer un effet direct et immédiat à l'encontre du propriétaire au point de faire passer au second plan son droit de propriété. Un droit d'accès à l'entreprise ne s'interprète pas comme étant une composante indispensable de la liberté syndicale consacrée par l'article 28 de la Constitution fédérale. À défaut de toute autre réglementation dans l'ordre juridique suisse, la liberté syndicale ne saurait en elle-même fonder un droit d'accès à une entreprise, tout au moins hors du contexte d'une grève³⁵³⁰ ». De manière assez surprenante, cinq syndicalistes ont ainsi été condamnés pour violation de domicile alors qu'ils avaient distribué des tracts sur le parking d'un restaurant dans le but d'informer les travailleurs de l'entrée en vigueur d'une nouvelle convention collective dans le secteur de la restauration³⁵³¹.
- 1947 Un tel régime jurisprudentiel place le droit suisse en situation isolée du point de vue du droit comparé. En effet, le droit allemand autorise le droit d'accès des syndicats sur le

³⁵²⁴ Cf. *infra*.

³⁵²⁵ TF, 13 septembre 2005, 4C.422/2004, ATF 132 III 122, cons. 4.5.4 ; cf. également : TF, 3 avril 2008, 6B_498/2007, ATF 134 IV 216, cons. 5.1.1 et 5.1.2 ; TF, 24 septembre 2012, 6B_758/2011.

³⁵²⁶ TF, 13 septembre 2005, 4C.422/2004, ATF 132 III 122, cons. 4.4.1 ; TF, 24 septembre 2012, 6B_758/2011.

³⁵²⁷ Cf. Antoine Lyon-Caen, « Sur les droits d'accès et d'information des syndicats », PJA 2014 1448-1453.

³⁵²⁸ Cf. Kurt Pärli, « Betriebliche Zutrittsrechte der Gewerkschaften aus Arbeitsrecht und Gesamtarbeitsvertrag », PJA 2014 1454-1462.

³⁵²⁹ Cf. Beatriz Vacotto, « Droit d'accès des représentants syndicaux aux lieux de travail : un élément fondamental de la liberté syndicale », PJA 2014 1434.

³⁵³⁰ TF, 24 septembre 2012, 6B_758/2011, cons. 1.3.4.

³⁵³¹ Voir également : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Fanny Matthey/Alfio Russo, « Etude sur la protection en cas de grève licite », Université de Neuchâtel, 11 avril 2016, pp. 44 et s.

fondement et aux conditions de la Betriebsverfassungsgesetz³⁵³². Il en va de même en droit français où l'accès aux lieux de travail et, dans ces lieux, la libre circulation sont reconnus au représentant que le syndicat désigne parmi les travailleurs³⁵³³.

Action en justice. Un autre moyen d'action des syndicats est l'action en justice³⁵³⁴.

1948

Il a toutefois été jugé que la Fédération des travailleurs du commerce, des transports et de l'alimentation (FCTA) et la Société des employés de commerce, section Zurich (SEC) n'avaient pas, sur la base des lettres a et b de l'article 48 de la loi sur la procédure administrative, qualité pour former un recours administratif auprès du Département fédéral des transports, des communications et de l'énergie contre une décision prise par l'autorité de surveillance dans une procédure relevant de la législation sur les chemins de fer et relative aux contestations portant sur le statut des services accessoires et les heures d'ouverture des magasins dans la gare principale de Zurich³⁵³⁵.

³⁵³² Wolfgang Däubler, « Gewerkschaftliches Zugangsrecht zum Betrieb – deutsche Erfahrungen », PJA 2014 1441.

³⁵³³ Antoine Lyon-Caen, « Sur les droits d'accès et d'information des syndicats », PJA 2014 1448.

³⁵³⁴ Cf. *infra*.

³⁵³⁵ TF, 30 septembre 1993, ATF 119 Ib 374, JT 1995 I 634.

Titre 3 : Les accords collectifs

Le résultat de la négociation collective se concrétise dans les accords collectifs³⁵³⁶. Avant que les accords collectifs ne fussent considérés comme des instruments juridiques particuliers, on devait, pour rendre compte de leur régime, recourir aux concepts civilistes classiques de stipulation pour autrui, de gestion d'affaires et de mandat tacite³⁵³⁷. La **convention collective** a donc dû être émancipée du contrat de droit commun. Elle est devenue une institution juridique à part entière (**Chapitre 1**), au même titre que les **contrats-types de travail** (**Chapitre 2**) et les **contrats-types impératifs** (**Chapitre 3**).

1949

Chapitre 1 : Les conventions collectives de travail

La convention collective est un outil à travers lequel des employeurs ou des associations d'employeurs, d'une part, et des associations de travailleurs, d'autre part³⁵³⁸, établissent en commun des clauses sur la conclusion, l'objet et la fin des contrats individuels de travail entre employeurs et travailleurs intéressés (art. 356, al. 1 CO), ou d'autres clauses, pourvu qu'elles concernent les rapports entre employeurs et travailleurs (art. 356, al. 2 CO). La convention collective peut en outre régler les droits et obligations réciproques des parties contractantes, ainsi que le contrôle et l'exécution de ses clauses (art. 356, al. 3 CO).

1950

En somme, la convention collective de travail a pour buts de protéger la partie économiquement la plus faible, de garantir un traitement égal des travailleurs, de prévenir des conflits sociaux et de régler les conditions d'engagement³⁵³⁹. Les conventions collectives jouent un rôle en matière de concurrence également³⁵⁴⁰.

1951

Les conventions collectives ne s'appliquent que dans un **champ** précis (**Section 1**) et sur un **contenu** spécifique (**Section 2**).

1952

Elles peuvent y déployer leurs **effets** (**Section 3**).

Leur **fin** connaît des règles propres (**Section 4**).

³⁵³⁶ Pour la formule, cf. Christian Bruchez, in Commentaire Dunand/Mahon, N 16 *ad* art. 356 CO.

³⁵³⁷ Cf. Pascal Lokiec, *Droit du travail, Tome I. Les relations individuelles de travail*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, p. 7.

³⁵³⁸ Cf. TF, 26 février 2015, 4A_515/2014, DTA 2015 118, cons. 2.5.

³⁵³⁹ TF, 20 janvier 1987, ATF 113 II 37, JT 1987 I 471, cons. 4c ; ATF 115 II 251, cons. 4a ; TF, 27 avril 1995, ATF 121 III 168, cons. 3a/aa ; TF, 22 mars 2015, 2C_118/2014, cons. 4.1.

³⁵⁴⁰ Cf. Christian Bruchez, in Commentaire Dunand/Mahon, N 18 *ad* art. 356 CO ; Anne Meier, « Droit collectif du travail et droit de la concurrence », SJ 2017 II 96.

Section 1 : Champ d'application

- 1953 En vertu du principe général du droit des obligations *res inter alios acta*, le champ d'application des conventions collectives devrait être limité aux parties à celles-ci³⁵⁴¹. En général, chaque convention collective définit son propre champ d'application, notamment personnel³⁵⁴². Certaines catégories de travailleurs, comme les cadres par exemple, peuvent être exclues du champ d'application de la convention collective ou soumises à des règles différentes³⁵⁴³.
- 1954 Lorsqu'il s'agit de déterminer si une convention collective s'applique à une catégorie de travailleurs, les clauses conventionnelles *s'interprètent* selon les méthodes applicables aux lois³⁵⁴⁴.

§ 1 : Les personnes assujetties

- 1955 Une convention collective est applicable dans le rapport de travail entre un employeur et un travailleur soit **de manière volontaire (A)**, soit en vertu d'une **obligation légale ou administrative (B)**.

A. L'application volontaire

- 1956 Une convention collective est applicable de manière volontaire entre les parties lorsqu'elle lie tant l'**employeur (1)** que le **travailleur (2)**.

1) Pour l'employeur

- 1957 Un employeur peut être lié volontairement à une convention collective, soit parce qu'il l'a **signée (a)**, soit parce qu'il y a **adhéré (b)**, soit parce qu'il s'y est **soumis (c)**, ou encore par des phénomènes créateurs d'obligations comme la **contractualisation (d)** ou l'**engagement unilatéral (e)**.

a. La signature

- 1958 Les clauses normatives d'une convention collective de travail ont un effet direct et impératif envers les employeurs qui sont **personnellement** parties à la convention³⁵⁴⁵ ou qui sont **membres** d'une association contractante.

³⁵⁴¹ Cf. TF, 20 septembre 1945, ATF 71 I 305.

³⁵⁴² TF, 27 novembre 2012, 4A_163/2012, cons. 4.1 (non publié dans l'ATF 139 III 60).

³⁵⁴³ *Ibidem*.

³⁵⁴⁴ *Ibidem*.

³⁵⁴⁵ TF, 27 novembre 2012, 4A_163/2012, ATF 139 III 60, JT 2013 II 197, Pra 2013 54 424, com. Schmid/Zbinden in RJB 2015 32, com. Portmann in RJB 2016 121, cons. 5.1 ; TF, 28 septembre 2015, 4A_24/2015, ATF 141 III 418, cons. 2.1.

Selon la jurisprudence, comme elle impose des obligations aussi bien à la partie syndicale – ou aux parties syndicales – qu'à la partie patronale – ou aux parties patronales (cf. art. 357a CO), la convention collective doit comporter la **signature** de chacune d'elles³⁵⁴⁶.

b. L'adhésion

Les clauses normatives d'une convention collective de travail ont un effet direct et impératif envers les employeurs qui ont **adhéré** ou qui sont membres d'une association qui a adhéré à une convention collective existante (art. 356 al. 1 CO)³⁵⁴⁷. L'adhésion est juridiquement un **contrat**, puisque le consentement des parties à la convention collective est exigé³⁵⁴⁸.

1959

Les parties à une convention collective de travail ne peuvent invoquer l'autonomie de la volonté pour empêcher, sans intérêt légitime, un syndicat minoritaire et suffisamment représentatif d'adhérer à la convention³⁵⁴⁹.

c. La soumission

Les employeurs peuvent **se soumettre individuellement** à une convention collective **avec le consentement** des parties à cette dernière ; ils sont dès lors considérés comme liés par la convention (art. 356b, al. 1 CO) ; les clauses normatives de la convention ont alors un effet direct et impératif envers eux³⁵⁵⁰. Ils ne sont toutefois pas directement parties à la convention³⁵⁵¹.

1960

La déclaration de soumission individuelle de l'employeur (ou du travailleur)³⁵⁵², ainsi que le consentement des parties, sont subordonnés à l'observation de la forme écrite (art. 356c, al. 1 CO)³⁵⁵³. La soumission ne commence à produire ses effets qu'à partir du moment où elle a été valablement conclue³⁵⁵⁴.

1961

Les parties à une convention collective de travail ont un intérêt digne de protection à s'opposer à l'adhésion d'une organisation qui refuse de s'y soumettre entièrement³⁵⁵⁵.

1962

³⁵⁴⁶ TF, 22 juin 2000, 4C.332/1999, cons. 1a.

³⁵⁴⁷ TF, 27 novembre 2012, 4A_163/2012, précité, cons. 5.1. Pour la définition, cf. Christian Bruchez, in Commentaire Dunand/Mahon, N 30 *ad* art. 356 CO.

³⁵⁴⁸ Christian Bruchez, in Commentaire Dunand/Mahon, N 31 *ad* art. 356 CO.

³⁵⁴⁹ TF, 20 janvier 1987, ATF 113 II 37, JT 1987 I 471. Sur les conditions requises d'un syndicat pour avoir le droit de participer à des négociations collectives, cf. *supra*.

³⁵⁵⁰ TF, 27 novembre 2012, 4A_163/2012, ATF 139 III 60, JdT 2013 II 197, Pra 2013 54 424, com. Schmid/Zbinden in RJB 151 2015 32, com. Portmann in RJB 152 2016 121, cons. 5.1.

³⁵⁵¹ Christian Bruchez, in Commentaire Dunand/Mahon, N 32 *ad* art. 356 CO

³⁵⁵² Cf. *infra* n° 1969.

³⁵⁵³ TF, 22 juin 2000, 4C.332/1999, cons. 1c.

³⁵⁵⁴ TF, 25 mai 1998, JU-TRAV 1999 72.

³⁵⁵⁵ TF, 29 octobre 1992, ATF 118 II 431, SJ 1993 377, com. Matthey in PJA 1993 737, cons. 4.

d. La contractualisation

- 1963 En vertu du principe de **liberté contractuelle**, un employeur et un travailleur peuvent décider de soumettre un rapport de travail aux dispositions normatives de n'importe quelle convention collective (quel que soit son champ d'application initial et même sa date d'entrée en vigueur ou de fin d'application effective). Aussi un employeur, lié ou non par une convention collective, peut-il convenir avec un travailleur non lié d'incorporer une convention collective dans le contrat individuel de travail³⁵⁵⁶. Il faut que les parties manifestent, fût-ce tacitement, la volonté réciproque et concordante de le faire³⁵⁵⁷.
- 1964 La convention collective ne produit alors pas directement d'effet normatif puisque l'employeur conserve, en principe, la faculté de résilier le contrat de travail et d'en conclure un nouveau qui dérogerait aux clauses normatives de la convention en défaveur du travailleur³⁵⁵⁸. Le travailleur peut néanmoins exiger le respect de la convention collective en réclamant l'exécution des clauses de son contrat de travail qui reprennent les dispositions conventionnelles (ce qu'on appelle les effets dits « indirects » de la convention collectives)³⁵⁵⁹.
- 1965 Lorsque le contrat renvoie à une convention collective en indiquant que cette dernière est applicable au rapport de travail, il faut, en l'absence de précision contraire des parties, interpréter leur volonté en ce sens qu'elles ont voulu que les éventuelles modifications apportées à la convention collective fussent prises en compte (mécanisme qualifié de « renvoi dynamique »)³⁵⁶⁰.

e. L'engagement unilatéral

- 1966 L'employeur peut prendre l'engagement unilatéral d'appliquer la convention collective indifféremment à tous ses travailleurs, syndiqués ou non. Les statuts de l'association patronale peuvent également l'y obliger.

2) Pour le travailleur

- 1967 À l'égard du travailleur, les mécanismes d'applicabilité d'une convention collective sont l'**adhésion** (a), la **soumission** (b), la **stipulation pour autrui** (c) et la **contractualisation** (d).

³⁵⁵⁶ TF, 28 septembre 2015, 4A_24/2015, ATF 141 III 418, cons. 2.1.

³⁵⁵⁷ TF, 27 novembre 2012, 4A_163/2012, ATF 139 III 60, JT 2013 II 197, Pra 2013 54 424, com. Schmid/Zbinden in RJB 151 2015 32, com. Portmann in RJB 2016 121, cons. 5.1.

³⁵⁵⁸ *Ibidem*.

³⁵⁵⁹ TF, 13 février 1997, ATF 123 III 129, JT 1998 I 30, Pra 1997 110 595, cons. 3c ; TF, 27 novembre 2012, 4A_163/2012, ATF 139 III 60, JT 2013 II 197, Pra 2013 54 424, com. Schmid/Zbinden in RJB 2015 32, com. Portmann in RJB 2016 121, cons. 5.1 ; TF, 28 septembre 2015, 4A_24/2015, ATF 141 III 418, cons. 2.1.

³⁵⁶⁰ Cf. AG/ZH, 23 août 1995, ZR 1998 170 ; cf. Streiff/von Känel/Rudolph, N 4 ad art. 320 CO.

a. L'adhésion

Les clauses normatives d'une convention collective de travail ont un effet direct et impératif envers les travailleurs qui sont membres d'une association contractante (art. 356, al. 1 CO)³⁵⁶¹.

1968

b. La soumission

Les travailleurs au service d'un employeur lié par une convention collective peuvent se soumettre individuellement à cette dernière avec le consentement des parties ; ils sont dès lors considérés comme liés par la convention (art. 356b, al. 1 CO)³⁵⁶².

1969

La soumission (jadis appelée aussi « participation ») est un **contrat** passé entre le travailleur dissident et les parties à la convention collective³⁵⁶³.

La déclaration de soumission et le consentement des parties à la convention collective doivent revêtir la forme **écrite** (art. 356c, al. 1 CO)³⁵⁶⁴.

c. La stipulation pour autrui

En droit commun des obligations, celui qui, agissant en son propre nom, a stipulé une obligation en faveur d'un tiers a le droit d'en exiger l'exécution au profit de ce tiers (art. 112, al. 1 CO). Le tiers ou ses ayant droit peuvent aussi réclamer personnellement l'exécution, lorsque telle a été l'intention des parties ou que tel est l'usage (art. 112, al. 2 CO).

1970

À partir de ce modèle, deux hypothèses doivent être distinguées :

1971

1° Des organisations représentatives peuvent stipuler entre elles une clause faisant obligation aux employeurs liés par une convention collective d'en appliquer les dispositions normatives à tous leurs employés, qu'ils soient membres d'une association de travailleurs ou non (clause dite « d'égalité de traitement » ou « d'extension »)³⁵⁶⁵. Dans cette première hypothèse, le travailleur non syndiqué ne peut déduire d'une telle clause aucune prétention civile à l'encontre de l'employeur, qui n'engage sa responsabilité qu'envers les parties à la convention collective s'il n'applique pas la clause d'égalité de traitement³⁵⁶⁶.

³⁵⁶¹ TF, 27 novembre 2012, 4A_163/2012, ATF 139 III 60, JT 2013 II 197, Pra 2013 54 424, com. Schmid/Zbinden in RJB 2015 32, com. Portmann in RJB 2016 121, cons. 5.1.

³⁵⁶² *Ibidem* ; TF, 28 septembre 2015, 4A_24/2015, ATF 141 III 418, cons. 2.1.

³⁵⁶³ Message du Conseil fédéral, 29 janvier 1954, FF 1954 158 ; TF, 28 septembre 2015, 4A_24/2015, ATF 141 III 418, cons. 2.1.

³⁵⁶⁴ TF, 30 janvier 2012, 4A_466/2011, ATF 138 III 107, cons. 4.3 ; TF, 28 septembre 2015, 4A_24/2015, ATF 141 III 418, cons. 2.1.

³⁵⁶⁵ TF, 27 novembre 2012, 4A_163/2012, précité, cons. 5.1 ; TF, 28 septembre 2015, 4A_24/2015, ATF 141 III 418, cons. 2.1.

³⁵⁶⁶ TF, 2 mars 1955, ATF 81 I 1 cons. 4 ; TF, 13 février 1997, ATF 123 III 129, JT 1998 I 30, Pra 1997 110 595, cons. 3 ; TF, 27 novembre 2012, 4A_163/2012, ATF 139 III 60, JT 2013 II 197, Pra 2013 54 424, com. Schmid/Zbinden in RJB 2015 32, com. Portmann in RJB 2016 121, cons. 5.1.

2° En revanche, le travailleur peut invoquer une convention collective à son avantage, dans une seconde hypothèse, soit lorsque l'employeur est directement partie à une convention collective et que cette dernière contient une clause d'égalité de traitement entre travailleurs syndiqués et travailleurs non syndiqués qui puisse s'interpréter comme une **stipulation pour autrui parfaite**³⁵⁶⁷.

- 1972 En particulier, le fait qu'une convention collective ait été signée par les entreprises elles-mêmes, et non pas par une association d'employeurs, qu'elle soit vouée à s'appliquer à l'ensemble du personnel d'exploitation, sans restriction, et que tous les employés participent aux frais d'exécution de la convention, les salariés fédérés pouvant obtenir une rétrocession de leur syndicat, atteste d'une volonté d'accorder un droit propre au travailleur non syndiqué³⁵⁶⁸.

d. La contractualisation

- 1973 Comme nous l'avons vu³⁵⁶⁹, un employeur, lié ou non par une convention collective, peut convenir avec un travailleur non lié d'incorporer une convention collective dans le contrat individuel de travail³⁵⁷⁰.

B. L'application légale ou administrative

- 1974 Une convention collective peut également trouver application en vertu de la **loi (1)** ou d'un **acte administratif (2)**.

1) Application en vertu de la loi

- 1975 Une application légale de la convention collective intervient en cas de **transfert d'entreprise (a)**, de **location de services (b)** et de **détachement de travailleurs (c)**.

a. Transfert d'entreprise

- 1976 L'employeur qui reprend une entreprise par transfert doit respecter les dispositions normatives (et les dispositions obligationnelles indirectes dans la mesure où elles visent à protéger les travailleurs)³⁵⁷¹ de la convention collective qui était applicable dans l'entreprise transférée, pendant toute la durée de vie de la convention collective et, dans l'hypothèse où la convention collective est maintenue, pendant une durée d'un an au moins (art. 333, al. 1^{bis} CO)³⁵⁷².

³⁵⁶⁷ TF, 27 novembre 2012, 4A_163/2012, ATF 139 III 60, JT 2013 II 197, Pra 2013 54 424, com. Schmid/Zbinden in RJB 2015 32, com. Portmann in RJB 2016 121, cons. 5.2 ; TF, 26 février 2015, 4A_515/2014, DTA 2015 118, cons. 2.5.

³⁵⁶⁸ *Ibidem*.

³⁵⁶⁹ Cf. *supra* n° 1963.

³⁵⁷⁰ TF, 27 novembre 2012, 4A_163/2012, précité, cons. 5.1.

³⁵⁷¹ Christian Bruchez, in Commentaire Dunand/Mahon, N 49 et 65 *ad* art. 356 CO.

³⁵⁷² Pour les conflits entre conventions collectives, cf. Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, in BaK, N 21 *ad* art. 333 CO.

b. Location de services

Lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une convention collective de travail étendue, le bailleur de services doit appliquer au travailleur celles des dispositions de la convention qui concernent le **salaire** (cf. art. 48a, al. 1 OSE) et la **durée du travail** (cf. art. 48a, al. 2 OSE). Si une convention collective de travail étendue prévoit une **contribution obligatoire** aux frais de formation continue et aux frais d'exécution, les dispositions concernées s'appliquent aussi au bailleur de services, auquel cas les contributions doivent être versées au *prorata* de la durée de l'engagement (art. 20, al. 1 LSE).

1977

L'organe paritaire de contrôle prévu par la convention collective de travail étendue est habilité à contrôler le bailleur de services. En cas d'infraction grave, il doit en informer l'office cantonal du travail et peut infliger au bailleur de services une peine prévue par la convention collective de travail et imputer au bailleur de services tout ou partie des frais de contrôle (art. 20, al. 2 LSE).

1978

Lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une convention collective de travail avec déclaration d'extension instituant un régime de **retraite anticipée**, le bailleur de service est également tenu de respecter ce régime envers le travailleur à partir d'une certaine durée (art. 20, al. 3 LSE).

1979

c. Détachement de travailleurs

Les employeurs doivent garantir aux travailleurs détachés au moins les conditions de travail et de salaire prescrites par les conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire dans les domaines suivants : rémunération minimale, durée du travail et du repos, durée minimale des vacances, sécurité, santé et hygiène au travail, protection des femmes enceintes et des accouchées, des enfants et des jeunes, non-discrimination, notamment l'égalité de traitement entre femmes et hommes (art. 2, al. 1 LDét).

1980

Si les conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire prévoient des contributions à des caisses de compensation ou à d'autres institutions comparables portant sur des garanties salariales, telles que vacances, jours fériés ou allocations familiales, ces dispositions s'appliquent également aux employeurs qui détachent des travailleurs en Suisse (art. 2, al. 2, 1^e phr. LDét). Cette disposition n'est toutefois pas applicable si l'employeur prouve qu'il paie, pour la même période, des contributions à une telle institution dans l'État où il a son siège (art. 2, al. 2, 2^e phr. LDét).

1981

En outre, si les conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire prévoient une contribution obligatoire aux **frais de formation continue**, ces dispositions s'appliquent également aux employeurs qui détachent des travailleurs en Suisse lorsque le détachement dure plus de 90 jours (art. 2, al. 2^{bis} LDét). Si les conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire prévoient le dépôt par l'employeur d'une **garantie financière**, ces dispositions s'appliquent également aux employeurs qui détachent des travailleurs en Suisse (art. 2, al. 2^{ter} LDét). Enfin, si les conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire prévoient que les organes paritaires chargés de veiller à l'application de l'accord ont la possibilité d'infliger une **peine conventionnelle**, les dispositions prévues pour violation de

1982

l'article 2 s'appliquent également aux employeurs qui ont détaché des travailleurs en Suisse (art. 2, al. 2^{quater} LDét).

2) Application en vertu d'un acte administratif

1983 La Confédération avait le droit de légiférer sur l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail (art. 110, al. 1, d Cst.). Aussi la loi sur l'extension du champ d'application des conventions collectives a-t-elle pu prévoir que le champ d'application d'une convention collective pût être étendu par décision d'une autorité cantonale ou fédérale (art. 1 LECCT). Lorsque ce mécanisme légal s'applique, les clauses conventionnelles s'étendent à tous les employeurs et à tous les travailleurs concernés par l'extension³⁵⁷³. Une convention collective **étendue par arrêté** du pouvoir exécutif cantonal ou fédéral s'applique donc à toutes les entreprises comprises dans son champ d'application et à tous les travailleurs de ces entreprises.

1984 Toutefois, le champ d'application d'une convention collective de travail ne peut être étendu que si cette convention tient compte équitablement des intérêts légitimes des minorités et des particularités régionales et qu'elle respecte le principe de l'égalité devant la loi et la liberté syndicale (art. 110, al. 2 Cst.).

1985 En outre, la déclaration d'extension ne modifie pas le **contenu** de la convention collective de travail et la **nature juridique** du contrat collectif subsiste³⁵⁷⁴. Ainsi, même lorsqu'elles ont fait l'objet d'une décision d'extension par le Conseil fédéral, les conventions collectives continuent à relever droit privé fédéral³⁵⁷⁵, sans appartenir directement au droit public³⁵⁷⁶.

1986 Aux termes de l'article 13, alinéa 2 de la loi permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail, l'extension administrative d'une convention collective de travail n'est possible que si la **procédure d'extension est régulière (a)** et que les **conditions d'extension sont réunies (b)**.

C'est alors que pourra être déterminé concrètement si telle ou telle entreprise tombe sous le **champ d'application** de la convention collective ainsi étendue (c).

a. La procédure d'extension administrative

1987 **Compétence.** La compétence pour prononcer l'extension administrative appartient au Conseil fédéral, si l'extension vise le territoire de plusieurs cantons, ou à l'autorité désignée par le canton (cf. art. 20 LECCT), si l'extension se limite à tout ou partie du

³⁵⁷³ TF, 27 novembre 2012, 4A_163/2012, ATF 139 III 60, JT 2013 II 197, Pra 2013 54 424, com. Schmid/Zbinden in RJB 2015 32, com. Portmann in RJB 2016 121, cons. 5.1 ; TF, 28 septembre 2015, 4A_24/2015, ATF 141 III 418, cons. 2.1.

³⁵⁷⁴ Message du Conseil fédéral, 29 janvier 1954, FF 1954 I 149 ; TF, 25 juin 2001, 2A.452/2000, ATF 128 II 13, cons. 1 d/bb ; TF, 21 juillet 2017, 2C_774/2014, cons. 7.3.2.

³⁵⁷⁵ TF, 3 octobre 1972, ATF 98 II 205, cons. 1 ; TF, 15 décembre 1992, ATF 118 II 528, cons. 2b ; TF, 28 juillet 2011, 2C_561/2010, ATF 137 II 399, cons. 1.6.

³⁵⁷⁶ Cf. TF, 21 septembre 2011, 4A_301/2011, ATF 137 III 556, cons. 3.

territoire d'un seul canton (art. 7 LECCT). Toutefois, les décisions cantonales d'extension ne sont valables qu'après approbation par la Confédération (art. 13 LECCT).

Forme de la demande d'extension. La demande d'extension doit être formée par écrit, signée par toutes les parties, et comporter des propositions précises concernant l'objet de l'extension, son champ d'application quant au territoire, à la profession et aux entreprises, la date de son entrée en vigueur et la durée de sa validité, ainsi que les indications nécessaires permettant de vérifier que les conditions d'extension sont remplies (art. 8 LECCT).

1988

La demande d'extension doit être **publiée** (dans la Feuille officielle suisse du commerce, et dans la feuille d'avis officielle cantonale lorsque l'extension est cantonale) par l'autorité avec un délai d'opposition de quatorze à trente jours (art. 9 LECCT).

Opposition à l'extension. Une opposition à l'extension peut être formée, par le dépôt d'un mémoire motivé auprès de l'autorité compétente, par quiconque justifie d'un **intérêt**. Les parties se prononcent sur toute éventuelle opposition et sur les avis rendus par les cantons (art. 10 LECCT).

1989

Décision. Avant de statuer, l'autorité compétente prend en principe l'avis d'**experts indépendants** (art. 11 LECCT).

1990

L'autorité compétente vérifie si les conditions de l'extension sont réunies et statue sur la demande d'extension. Si elle prononce l'extension, elle fixe le champ d'application quant au **territoire**, à la **profession** et aux **entreprises**, ainsi que **date d'entrée en vigueur** et **durée de validité** de l'extension. Sa décision est motivée et notifiée par écrit aux parties et, dans la mesure où elle les touche, aux opposants. Une délimitation plus précise du champ d'application doit être faite par la suite s'il existe des doutes (art. 12 LECCT).

La décision d'extension et les clauses sur lesquelles elle porte sont publiées (pour la Confédération dans la Feuille fédérale ; pour les cantons, dans leurs Feuilles d'avis officiels respectives), tout comme l'abrogation de la décision d'extension (art. 14 LECCT).

Une procédure spécifique est applicable à la modification des clauses étendues, à l'extension de nouvelles clauses, à la prorogation de la décision d'extension et à son abrogation partielle (art. 16 LECCT).

Fin, dénonciation ou résiliation. Si la convention collective prend fin avant que la décision d'extension ait cessé de porter effet, la décision doit être rapportée pour la même date (art. 17, al. 1 LECCT).

1991

Les parties sont tenues d'annoncer immédiatement à l'autorité compétente la dénonciation ou la résiliation de la convention collective. Si elles omettent de le faire à temps, les clauses étendues restent en vigueur tant que la décision d'extension n'a pas été rapportée (art. 17, al. 2 LECCT).

L'autorité compétente pour prononcer l'extension doit rapporter sa décision si toutes les parties le demandent. Elle doit également la rapporter si elle constate, d'office ou sur dénonciation, que les conditions de l'extension ne sont pas ou ne sont plus réunies. Elle peut aussi la rapporter en cas de violation du principe de l'égalité de traitement (cf. art. 5, al. 1 LECCT) ou si une caisse ou une institution n'est pas gérée correctement (cf. art. 5, al. 2 LECCT) (art. 18 LECCT).

b. Les conditions de l'extension administrative

1992 L'autorité peut étendre le champ d'application d'une convention collective à condition que :

- la convention en question ait d'abord été conclue par des **associations**,
- la **demande** d'extension soit formulée par toutes les parties contractantes,
- l'extension vise les employeurs et les travailleurs qui appartiennent à la **branche économique** ou à la **profession** visée par la convention et non encore liés par elle (art. 1, al. 1 LECCT).

1993 La décision d'extension a une portée limitée ; elle n'est possible que pour les clauses :

- qui lient employeurs et travailleurs conformément aux articles 357 et 341, alinéa 1 du code des obligations,
- qui obligent employeurs et travailleurs envers la communauté conventionnelle conformément à l'article 357b du code des obligations (art. 1, al. 2 LECCT),
- qui portent sur la rémunération minimale et la durée du travail correspondante, la contribution aux frais d'exécution, les contrôles paritaires, les sanctions à l'encontre des employeurs et travailleurs fautifs (notamment les peines conventionnelles et les frais de contrôle), lorsque se présente un cas de sous-enchère salariale, à condition que la demande soit faite par la commission tripartite visée à l'article 360b du code des obligations, avec l'accord des parties signataires (art. 1a LECCT),

mais non pour les clauses qui soumettent le règlement des litiges à des tribunaux arbitraux (art. 1, al. 3 LECCT).

1994 Au moins sept autres conditions président à une possibilité d'extension (cf. art. 2 LECCT) :

1. l'extension doit présenter un caractère de **nécessité**. Autrement dit, si l'extension n'avait pas lieu, de graves inconvénients surgiraient pour les employeurs et travailleurs liés par la convention. Sous cet aspect, l'autorité doit se placer du point de vue des parties qui sont déjà liées par la convention.

2. l'extension ne doit pas être contraire à l'**intérêt général** et ne doit pas léser les **intérêts légitimes** d'autres branches économiques ou d'autres milieux de la population. Ainsi, il s'agit de tenir compte équitablement des intérêts des minorités dans les branches économiques ou les professions visées, quand ces intérêts résultent de la diversité des conditions régionales et des entreprises.

3. Trois **quora** doivent être respectés :

- Les employeurs liés par la convention doivent former la majorité des employeurs auxquels le champ d'application de la convention doit être étendu.
- Les employeurs liés par la convention doivent occuper la majorité de tous les travailleurs.
- Les travailleurs liés par la convention doivent former la majorité des travailleurs auxquels le champ d'application de la convention doit être étendu.

Une exception est possible au quorum concernant les travailleurs quand des circonstances particulières l'exigent.

Par ailleurs, un quorum unique s'applique pour les requêtes d'extension en cas de sous-enchère salariale : les employeurs liés par la convention doivent occuper au moins 50 % de tous les travailleurs.

4. L'**égalité devant la loi** doit être respectée. La convention ne doit rien contenir de contraire aux dispositions impératives du droit fédéral ou cantonal (sous réserve du principe de faveur tel qu'exposé à l'article 358 du code des obligations).

5. La convention ne doit pas porter atteinte à la **liberté d'association** ni en particulier au droit de s'affilier à une association ou de ne pas le faire.

6. Les associations d'employeurs et de travailleurs qui ne sont pas liées par la convention doivent pouvoir y **adhérer** à égalité de droits et d'obligations avec les associations contractantes si elles justifient d'un intérêt légitime et qu'elles offrent des garanties suffisantes pour l'observation de la convention.

7. Les employeurs et travailleurs qui ne sont pas liés par la convention doivent pouvoir **s'affilier** à l'association contractante ou participer à la convention.

En outre, des conditions spéciales s'appliquent aux clauses :

- relatives à des caisses de compensation ou à d'autres institutions prévues à l'article 357b, alinéa 1, b du code des obligations : l'extension ne peut être prononcée que si l'organisation de ces caisses est réglée de façon satisfaisante et qu'une gestion correcte est assurée (art. 3, al. 1 LECCT) ;

- relatives aux contrôles, aux dépôts de cautions et aux amendes conventionnelles : l'extension ne peut être prononcée à l'égard de ces clauses que si

1° le contrôle et l'exécution sont réglés de façon satisfaisante et qu'une application correcte est assurée,

2° les contributions aux frais de contrôle exigées des employeurs et des travailleurs non liés par la convention collective ne dépassent pas les montants obtenus en répartissant les frais effectifs de manière égale entre tous les employeurs, d'une part, et entre tous les travailleurs, d'autre part,

3° le produit des amendes conventionnelles sert à couvrir les frais de contrôle et l'excédent est employé de manière appropriée, avant tout à des fins générales intéressant la branche économique ou la profession (art. 3, al. 2 LECCT).

c. Le champ d'application de la convention collective étendue

- 1995 Déterminer le champ d'application d'une convention collective étendue revient à interpréter les dispositions concernant son extension. De telles dispositions ont un caractère normatif ; elles sont en conséquence soumises aux règles régissant l'interprétation des textes de lois³⁵⁷⁷.
- 1996 Pour savoir si une entreprise entre dans le champ d'application d'une convention collective, il faut déterminer quelle est la branche économique embrassée par la convention en question, quelle est l'activité caractéristique de l'entreprise concernée et si cette activité appartient à la branche économique concernée³⁵⁷⁸. Les juges n'hésitent pas à procéder en suivant leur bon sens, par exemple en ayant tout simplement recours au dictionnaire pour définir le sens d'un mot. Ainsi, l'activité d'un « traiteur » consiste à « préparer des repas ou des plats à emporter et à consommer chez soi » et entre donc dans le champ d'application de la convention collective qui couvre la restauration³⁵⁷⁹.
- 1997 Dans ce processus, il faut garder en tête que le but de la déclaration d'extension est de créer des conditions de travail minimales identiques pour toutes les entreprises actives sur le même marché³⁵⁸⁰, afin d'éviter qu'une entreprise puisse obtenir un avantage concurrentiel en accordant à ses employés de moins bonnes conditions³⁵⁸¹. Font donc partie de la même branche économique les entreprises qui se trouvent **dans un rapport de concurrence direct** avec celles qui sont parties à la convention, en ce sens qu'elles offrent des biens ou services de même nature³⁵⁸². Une entreprise entre dans le champ d'application d'une convention collective dès lors qu'elle offre des biens ou des services similaires – et donc potentiellement concurrents – à ceux qu'offrent les entreprises directement visées par le champ d'application³⁵⁸³.

³⁵⁷⁷ TF, 6 mars 2001, ATF 127 III 318, JT 2001 I 381, SJ 2002 I 153, com. Chappuis in SJ 2002 I 155, cons. 2a ; TF, 24 avril 2006, 4P.49/2006, cons. 3.3 ; TF, 11 juillet 2002, 4C.45/2002, DTA 2002 208, consid. 2.1.2 ; TF, 17 août 2006, 4C.191/2006, JAR 2007 313, cons. 2.2 ; TF, 16 octobre 2012, 4A_299/2012, rés. Wyler in JT 2013 II 186, cons. 2.1.

³⁵⁷⁸ Cf. Christian Bruchez, in Commentaire Dunand/Mahon, N 72 ad art. 336 CO.

³⁵⁷⁹ TF, 4 février 2009, 4A_491/2008, JAR 2010 192, cons. 2.3.2.

³⁵⁸⁰ Pour une formulation plus ancienne, cf. TF, 11 juillet 2002, 4C.45/2002, DTA 2002 208, cons. 2.1.1.

³⁵⁸¹ TF, 16 octobre 2012, 4A_299/2012, rés. Wyler in JT 2013 II 186, cons. 2.1.

³⁵⁸² TF, 11 octobre 1995, 4C.46/1995, cons. 3a ; TF, 30 avril 2002, 4C.391/2001, JAR 2003 413, cons. 3.1 ; TF, 11 juillet 2002, 4C.45/2002, DTA 2002 208, cons. 2.1.2 ; TF, 24 avril 2006, 4P.49/2006, cons. 3.3 ; TF, 17 août 2006, 4C.191/2006, JAR 2007 313, cons. 2.2 ; TF, 8 novembre 2007, 4A_256/2007, ATF 134 III 11, JAR 2008 296, com. Stöckli in DTAonline 2008 164, com. Koller/Grabner in RJB 2010 1099, cons. 2.2 ; TF, 3 octobre 2008, 8C_184/2008, ATF 134 I 269, cons. 6.3.2 ; TF, 16 octobre 2012, 4A_299/2012, rés. Wyler in JT 2013 II 186, cons. 2.1.

³⁵⁸³ TF, 30 avril 2002, 4C.391/2001, DTA 2002 149, cons. 3.

Toutefois, rien ne justifie d'interpréter extensivement une convention étendue, dès lors que la décision d'extension constitue déjà en soi une atteinte à la liberté contractuelle et à la liberté du commerce et de l'industrie³⁵⁸⁴. En particulier, la déclaration d'extension ne saurait élargir le champ d'application naturel qui a été assigné à la convention collective par ses signataires³⁵⁸⁵.

1998

Pour savoir si une entreprise appartient à la branche économique ou à la profession concernée et entre dans le champ d'application de la convention collective, il faut **déterminer concrètement l'activité généralement déployée** par l'entreprise en cause³⁵⁸⁶. Selon la jurisprudence, seule doit être prise en considération, dans le cadre de cet examen, l'activité généralement exercée par l'employeur en question, c'est-à-dire celle qui **caractérise** son entreprise, et non pas une prestation de service exorbitante de sa sphère d'activité naturelle, qu'il peut être amené à fournir à titre exceptionnel³⁵⁸⁷. Lorsqu'une entreprise exerce différents types d'activités, c'est son activité caractéristique qui est décisive³⁵⁸⁸. Le but social énoncé dans les statuts ou au registre du commerce n'est pas déterminant³⁵⁸⁹.

1999

Une entreprise peut consacrer une part prépondérante de ses coûts salariaux à des travailleurs qui n'exercent pas leur activité dans son domaine caractéristique³⁵⁹⁰ (par exemple, le secteur du transport des marchandises fabriquées par l'entreprise peut représenter un poste plus important sans empêcher l'entreprise d'être assujettie à la convention collective du domaine des marchandises qu'elle produit).

2000

§ 2 : Les conflits entre conventions collectives

Dès lors qu'il existe tant des conventions collectives **de branche** (applicables à un secteur économique particulier) que des conventions collectives **de métier** (applicables à une profession déterminée) et des conventions collectives **d'entreprise** (propres à une

2001

³⁵⁸⁴ TF, 15 mai 1996, 4C.409/1995, cons. 2b ; TF, 17 août 2006, 4C.191/2006, JAR 2007 313, cons. 2.2 ; TF, 16 octobre 2012, 4A_299/2012, rés. Wyler in JT 2013 II 186, cons. 2.1 ; cf. également, TF, 31 mai 2010, 4A_159/2010, ATF 136 III 283, JT 2011 II 222, SJ 2010 I 519, Pra 2011 29 199, com. Däppen in ius.focus 2010 8 8, cons. 2.3.1.

³⁵⁸⁵ TF, 15 mai 1996, 4C.409/1995, JAR 1997 265, cons. 2a ; TF, 4 février 2009, 4A_491/2008, JAR 2010 192, cons. 2.3.2.

³⁵⁸⁶ TF, 17 août 2006, 4C.191/2006, JAR 2007 313, cons. 2.2 ; TF, 3 octobre 2008, 8C_184/2008, ATF 134 I 269, cons. 6.3.2 ; TF, 16 octobre 2012, 4A_299/2012, rés. Wyler in JT 2013 II 186, cons. 2.1.

³⁵⁸⁷ TF, 15 mai 1996, 4C.409/1995, cons. 2b ; TF, 17 août 2006, 4C.191/2006, JAR 2007 313, cons. 2.2.

³⁵⁸⁸ TF, 15 mai 1996, 4C.409/1995, cons. 2b ; TF, 27 février 1996, 4C.311/1995, cons. 2b/aa ; TF, 17 août 2006, 4C.191/2006, JAR 2007 313, cons. 2.2 ; TF, 8 novembre 2007, 4A_256/2007, ATF 134 III 11, JAR 2008 296, com. Stöckli in DTAonline 2008 164, com. Koller/Graber in RJB 2010 1099, cons. 2.1 ; TF, 16 octobre 2012, 4A_299/2012, rés. Wyler in JT 2013 II 186, cons. 2.1.

³⁵⁸⁹ Cf. notamment TF, 28 janvier 2010, 9C_614/2009, cons. 2.

³⁵⁹⁰ TF, 25 novembre 2009, 4A_377/2009, JAR 2010 399.

entreprise particulière)³⁵⁹¹, et qu'une entreprise peut exercer ses activités dans **plusieurs secteurs**, un conflit peut surgir lorsque deux ou plusieurs conventions collectives prétendent s'appliquer à un même rapport de travail.

2002 Deux principes – regroupés dans la doctrine germanique sous le concept de l'« unité tarifaire » (*Tarifeinheit*), qui vise à faire en sorte que l'équilibre de chacune des conventions collectives ne soit pas bouleversé au préjudice de l'employeur ou du travailleur³⁵⁹² –, permettent de résoudre cette problématique :

- le principe d'« **unité du rapport de travail** » (« *Tarifeinheit im Arbeitsverhältnis* ») (A),

- le principe d'« **unité du droit collectif dans l'entreprise** » (« *Tarifeinheit im Betrieb* ») (B).

A. Principe d'unité du rapport de travail

2003 En vertu du principe de l'unité du rapport de travail, un travailleur ne peut être soumis qu'à une seule convention collective, sauf si la complémentarité entre plusieurs conventions collectives est expressément prévue ou qu'elle résulte des circonstances³⁵⁹³.

B. Principe d'unité du droit collectif dans l'entreprise

2004 **Principe.** En vertu du principe de l'unité du droit collectif dans l'entreprise, une seule convention collective s'applique à toute l'entreprise³⁵⁹⁴, y compris aux travailleurs dont l'activité diffère de l'activité principale de la branche considérée³⁵⁹⁵, sous réserve des exclusions prévues par la convention collective elle-même³⁵⁹⁶.

Autrement dit, s'il existe un conflit d'application entre une convention sectorielle qui vise tous les travailleurs d'une branche indépendamment de leur activité concrète, et une convention professionnelle, qui ne vise que des travailleurs remplissant certaines conditions ayant trait le plus souvent à leur formation, la préférence doit être donnée à la convention sectorielle, afin que tous les travailleurs d'une même entreprise de la branche relèvent de la même convention collective³⁵⁹⁷.

³⁵⁹¹ Cf. Christian Bruchez, in Commentaire Dunand/Mahon, N 71 *ad* art. 336 CO.

³⁵⁹² Chambre des recours/VD, 19 octobre 2001, JT 2003 III 3, cons. 3b/aa.

³⁵⁹³ TF, 27 novembre 2012, 4A_163/2012, cons. 4.1 (non publié dans l'ATF 139 III 60).

³⁵⁹⁴ TF, 28 janvier 2010, 9C_614/2009, cons. 3.3.

³⁵⁹⁵ TF, 27 février 1995, JAR 1997 269 ; TF, 3 mai 2010, 9C_123/2010, cons. 4.1.

³⁵⁹⁶ TF, 11 juillet 2002, 4C.45/2002, DTA 2002 208, cons. 2.1.1.

³⁵⁹⁷ Chambre des recours/VD, 19 octobre 2001, JT 2003 III 3, cons. 3b/aa.

Tempérament. Toutefois, le principe de l'unité du droit collectif dans l'entreprise connaît un tempérament en cas de conflit entre deux conventions sectorielles : lorsqu'une entreprise possède divers établissements ou unités dont l'activité relève de secteurs économiques différents, des conventions collectives différentes peuvent s'appliquer en fonction du secteur concerné³⁵⁹⁸. Selon la jurisprudence, la subdivision de l'entreprise ne doit pas être purement formelle mais représenter une unité autonome sur le plan organisationnel, en ce sens que certains travailleurs y sont clairement affectés, que le travail n'y est pas fourni à titre purement auxiliaire et que la subdivision apparaît à l'extérieur comme le véritable producteur de ses marchandises ou services³⁵⁹⁹.

2005

C. Conflit entre conventions collectives étendues et conventions collectives non étendues

Une règle spéciale régit les rapports entre conventions collectives étendues et conventions collectives non étendues : les clauses de la convention collective étendue l'emportent sur celles des conventions non étendues, sous réserve des dérogations stipulées en faveur des travailleurs (art. 4, al. 2 LECCT).

2006

Section 2 : Contenu

Dans le domaine des conventions collectives, le principe de **liberté contractuelle** est généralement applicable³⁶⁰⁰. Toutefois, l'autonomie de la volonté ne saurait autoriser les parties à détourner de son but l'institution de la convention collective³⁶⁰¹.

2007

Rien n'interdit à une convention collective d'opérer des renvois à une autre convention collective³⁶⁰².

§ 1 : Sortes de clauses

A. Clauses normatives

Les clauses relatives à la **conclusion**, au **contenu** et à l'**extinction** des contrats individuels de travail sont appelées des clauses normatives³⁶⁰³. Sont donc, en

2008

³⁵⁹⁸ TF, 12 mars 2001, 4C.350/2000, DTA 2001 119, cons. 3b ; TF, 11 juillet 2002, 4C.45/2002, DTA 2002 208, cons. 2.1.1.

³⁵⁹⁹ TF, 12 mars 2001, 4C.350/2000, DTA 2001 119, cons. 3d ; Chambre des recours/VD, 19 octobre 2001, JT 2003 III 3, cons. 3b/aa.

³⁶⁰⁰ TF, 25 mai 1948, ATF 74 II 158, JT 1949 I 301, cons. 3b.

³⁶⁰¹ TF, 20 janvier 1987, ATF 113 II 37, JT 1987 I 471, cons. 4c.

³⁶⁰² TF, 22 juin 2000, 4C.332/1999, cons. 1b.

particulier, des clauses normatives celles qui définissent à quelle catégorie de travailleurs s'applique la convention collective³⁶⁰⁴.

Le contenu des clauses normatives ne saurait en principe être contraire au droit hiérarchiquement supérieur (cf. art. 358 CO)³⁶⁰⁵.

B. Clauses semi-normatives

2009 Les clauses semi-normatives sont celles qui concernent les rapports entre employeurs et travailleurs **sans porter sur** la conclusion, le contenu ou l'extinction des contrats individuels de travail.

Selon la doctrine, en font partie les clauses « relatives à la participation des travailleurs dans l'entreprise, aux droits et obligations à l'égard des institutions concernant les rapports de travail (caisses de compensation, institutions de prévoyance, fonds de formation, etc.), aux salaires moyens, à l'augmentation non individualisée de la masse salariale, aux prestations collectives en faveur du personnel (protection de la santé, crèches, cantines, etc.), à l'ordre interne dans les entreprises, [à] l'égalité de traitement et [celles] visant à assurer le respect de la convention collective par les employeurs et travailleurs liés (cautions, contrôles et peines conventionnelles) »³⁶⁰⁶.

C. Clauses obligationnelles

2010 Les clauses obligationnelles d'une convention collective sont celles qui règlent les droits et obligations réciproques des **parties contractantes**. Aussi les clauses obligationnelles comprennent-elles les clauses sur l'entrée en vigueur, la modification et la fin de la convention collective, celles sur les droits et obligations des parties contractantes et adhérentes et celles sur le contrôle et l'exécution de la convention collective (mise en place et financement d'organes paritaires et de contrôle, d'institutions sociales, etc.)³⁶⁰⁷.

La partie qui ne respecte pas les clauses obligationnelles peut voir sa responsabilité contractuelle engagée³⁶⁰⁸.

³⁶⁰³ Cf. TF, 10 juillet 1989, ATF 115 II 251, cons. 4a ; TF, 31 mai 2010, 4A_159/2010, ATF 136 III 283, JT 2011 II 222, SJ 2010 I 519, Pra 2011 29 199, com. Däppen *in* ius.focus 2010 8 8, cons. 2.3.1 ; TF, 8 février 2017, 4A_467/2016, cons. 3.2.

³⁶⁰⁴ TF, 27 novembre 2012, 4A_163/2012, cons. 4.1 ; TF, 8 février 2017, 4A_467/2016, cons. 3.2.

³⁶⁰⁵ TF, 5 mars 2010, 4A_593/2009, cons. 1.3. Pour des précisions sur les rapports entre la convention collective et le droit hiérarchiquement supérieur, cf. *infra*.

³⁶⁰⁶ Christian Bruchez, *in* Commentaire Dunand/Mahon, N 61 *ad* art. 356 CO.

³⁶⁰⁷ Christian Bruchez, *op. cit.*, N 39 *ad* art. 356 CO.

³⁶⁰⁸ Christian Bruchez, *op. cit.*, N 42 *ad* art. 356 CO.

§ 2 : Interprétation des clauses

A. Interprétation des clauses normatives et semi-normatives

Les clauses normatives – et semi-normatives³⁶⁰⁹ – s'interprètent de la même manière qu'une *loi*³⁶¹⁰.

2011

Selon la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (« interprétation littérale »)³⁶¹¹. Le juge peut cependant s'écarter d'une telle interprétation s'il a des raisons sérieuses de penser que le texte légal ne reflète pas la volonté réelle du législateur³⁶¹². Lorsque plusieurs interprétations sont possibles, il faut rechercher la véritable portée de la norme, en tenant compte notamment des travaux préparatoires, du but et de l'esprit de la règle, ainsi que de la systématique de la loi³⁶¹³.

Dans le domaine de l'interprétation des dispositions normatives d'une convention collective, le Tribunal fédéral considère qu'il faut relativiser la distinction entre l'interprétation des lois et celle des contrats³⁶¹⁴. Les clauses normatives ont certes une fonction semblable à la loi, mais elles émanent d'un contrat³⁶¹⁵. La volonté des cocontractants, comprise notamment de manière conforme à la bonne foi, constitue également un moyen d'interprétation³⁶¹⁶. L'interprétation de cette volonté revêt plus de poids que celle du législateur³⁶¹⁷. Encore faut-il se demander, pour protéger la confiance des parties individuelles n'ayant pas participé à l'élaboration de la convention, si la volonté contractuelle dégagée selon les principes d'interprétation des

³⁶⁰⁹ Christian Bruchez, *op. cit.*, N 67 *ad art.* 356 CO.

³⁶¹⁰ TF, 6 mars 2001, ATF 127 III 318, JT 2001 I 381, SJ 2002 I 153, com. Chappuis *in* SJ 2002 I 155, cons. 2a ; TF, 31 mai 2010, 4A_159/2010, ATF 136 III 283, JT 2011 II 222, SJ 2010 I 519, Pra 2011 29 199, com. Däppen *in* ius.focus 2010 8 8, cons. 2.3.1 ; TF, 26 février 2015, 4A_515/2014, DTA 2015 118, cons. 2.6 ; TF, 8 février 2017, 4A_467/2016, cons. 3.2. Sur le pluralisme pragmatique en matière d'interprétation, cf. TF, 21 janvier 2009, 1C_383/2008, ATF 135 II 78, cons. 2.2.

³⁶¹¹ TF, 31 mai 2010, 4A_159/2010, ATF 136 III 283, JT 2011 II 222, SJ 2010 I 519, Pra 2011 29 199, com. Däppen *in* ius.focus 2010 8 8, cons. 2.3.1 ; TF, 8 février 2017, 4A_467/2016, cons. 2.3.1 ; TF, 8 février 2017, 4A_467/2016, cons. 3.2.

³⁶¹² *Ibidem*.

³⁶¹³ TF, 8 février 2017, 4A_467/2016, cons. 3.2.

³⁶¹⁴ TF, 31 mai 2010, 4A_159/2010, ATF 136 III 283, JT 2011 II 222, SJ 2010 I 519, Pra 2011 29 199, com. Däppen *in* ius.focus 2010 8 8, cons. 2.3.1 ; TF, 26 février 2015, 4A_515/2014, DTA 2015 118, cons. 2.6 ; TF, 8 février 2017, 4A_467/2016, cons. 3.2.

³⁶¹⁵ TF, 26 février 2015, 4A_515/2014, DTA 2015 118, cons. 2.6.

³⁶¹⁶ TF, 12 février 2007, 4C.401/2006, ATF 133 III 213, JdT 2010 I 231, DTA 2007 156, com. von Känel *in* DTA 2007 156, com. Müller *in* Schweizer Arbeitgeber 3 2008 51, com. Koller/Mauerhofer *in* RJB 145 2009 908, cons. 5.2 ; TF, 31 mai 2010, 4A_159/2010, ATF 136 III 283, JT 2011 II 222, SJ 2010 I 519, Pra 2011 29 199, com. Däppen *in* ius.focus 2010 8 8, cons. 2.3.1 ; TF, 27 novembre 2012, 4A_163/2012, cons. 4.1 (non publié dans l'ATF 139 III 60) ; TF, 30 novembre 2016, 4A_335/2016, cons. 3.1 ; TF, 8 février 2017, 4A_467/2016, cons. 2.3.1.

³⁶¹⁷ TF, 26 février 2015, 4A_515/2014, DTA 2015 118, cons. 2.6 ; TF, 8 février 2017, 4A_467/2016, cons. 3.2.

contrats résiste à une interprétation objective fondée sur la lettre de la clause normative, son sens et sa raison d'être³⁶¹⁸.

B. Interprétation des clauses obligationnelles

2012 Les clauses obligationnelles s'interprètent de la même manière que les **contrats**³⁶¹⁹.

Section 3 : Effets

§ 1 : Entre les parties au contrat de travail

2013 Entre les parties au contrat de travail, la convention collective déploie un **effet direct et impératif (A)**, sans préjudice du **respect du droit impératif (B)** et de l'**intervention du juge (C)**, et sous réserve de l'application du **principe de faveur (D)**.

Les conventions collectives **étendues** produisent des effets particuliers (E).

A. Effet direct et impératif

2014 Sauf disposition contraire de la convention, les clauses normatives ont, pour la durée de la convention, un effet **direct et impératif** envers les employeurs et travailleurs qu'elles lient (art. 357, al. 1 CO). En tant qu'ils dérogent à des clauses impératives, les accords entre employeurs et travailleurs liés par une convention collective sont nuls et remplacés par ces clauses, sauf si les dérogations sont stipulées en faveur des travailleurs (art. 357, al. 2 CO)³⁶²⁰. Les avantages conférés au travailleur par une convention collective sont inclus dans le périmètre de l'impossibilité de renoncer (cf. art. 341, al. 1 CO)³⁶²¹.

2015 Aussi la jurisprudence précise-t-elle que lorsqu'une convention collective trouve application, ses clauses normatives – notamment celles qui règlent le contenu du contrat, en particulier le salaire et les indemnités supplémentaires – ont un effet direct et impératif même pour les travailleurs non syndiqués ; les accords individuels

³⁶¹⁸ TF, 12 février 2007, 4C.401/2006, ATF 133 III 213, JT 2010 I 231, DTA 2007 156, com. von Känel *in* DTA 2007 156, com. Müller *in* Schweizer Arbeitgeber 3 2008 51, com. Koller/Mauerhofer *in* RJB 2009 908, cons. 5.2 ; TF, 30 novembre 2016, 4A_335/2016, cons. 3.1 ; TF, 8 février 2017, 4A_467/2016, cons. 3.2 ; cf. TF, 26 février 2015, 4A_515/2014, DTA 2015 118, cons. 2.6.

³⁶¹⁹ TF, 6 mars 2001, ATF 127 III 318, JT 2001 I 381, SJ 2002 I 153, com. Chappuis *in* SJ 2002 I 155, cons. 2a. Pour des précisions sur l'interprétation des contrats, cf. *supra* n° 419 et s.

³⁶²⁰ TF, 27 novembre 2012, 4A_163/2012, ATF 139 III 60, JT 2013 II 197, Pra 2013 54 424, com. Schmid/Zbinden *in* RJB 2015 32, com. Portmann *in* RJB 2016 121, cons. 5.1.

³⁶²¹ TF, 14 février 1979, ATF 105 II 39, JT 1979 I 608.

contraires à de telles clauses sont nuls et remplacés par celles-ci (sans préjudice de l'application du principe de faveur)³⁶²².

Concrètement, il a été jugé que si la convention collective prévoit des avantages tels qu'une augmentation générale des salaires nominaux, la réduction concomitante du salaire de base, admissible en elle-même, pourrait viser à contourner la prescription collective obligatoire sur l'augmentation des salaires. Ainsi, le travailleur ne bénéficierait pas d'une augmentation réelle et effective de sa rémunération puisque sa rémunération de base serait diminuée du montant de l'augmentation collective ; dans le cas où ce procédé constituerait une fraude à la loi, il devrait être considéré comme **nul**³⁶²³.

2016

Dans la même logique, lorsque, contrairement à ce qu'impose la convention collective applicable, l'employeur a manqué de souscrire une assurance d'indemnités journalières, le travailleur doit se trouver dans la même situation que si l'employeur avait satisfait à son obligation ; le cas échéant, l'employeur peut donc être redevable de dommages-intérêts pour **inexécution contractuelle** au sens de l'article 97 du code des obligations³⁶²⁴.

2017

B. Respect du droit impératif

Une convention collective ne saurait déroger au **droit impératif** (art. 358 *in initio* CO). Le droit impératif au sens de cette disposition comprend toutes les dispositions impératives, fédérales ou cantonales, qui s'appliquent directement aux rapports de travail individuels ou collectifs, quels que soient la loi, l'ordonnance ou le règlement dont elles émanent³⁶²⁵.

2018

C. Intervention du juge

Le juge possède un pouvoir d'intervention à l'égard des clauses d'une convention collective : si une convention collective prévoit des conditions inéquitables, en particulier des contributions excessives, le juge peut les **annuler** ou les **ramener** à de justes limites ; toutefois, les clauses et les accords tendant à fixer des contributions au profit d'une seule partie sont nuls (art. 356b, al. 2, 2^e phr. CO).

2019

Cette norme a connu des applications jurisprudentielles notamment en matière de **contribution de solidarité**. La contribution de solidarité est mentionnée dans la loi comme une condition de la soumission (formelle)³⁶²⁶. Elle représente une compensation des avantages obtenus grâce aux frais engagés par les associations

2020

³⁶²² TF, 27 novembre 2012, 4A_163/2012, ATF 139 III 60 consid. 5.4 ; TF, 26 février 2015, 4A_515/2014, DTA 2015 118, cons. 2.5.

³⁶²³ TF, 27 juin 1978, ATF 104 II 204, JT 1979 I 139.

³⁶²⁴ TF, 2 décembre 2014, 4A_427/2014, cons. 4.3.

³⁶²⁵ TF, 21 juillet 2017, 2C_774/2014, cons. 7.4.

³⁶²⁶ TF, 28 septembre 2015, 4A_24/2015, ATF 141 III 418, cons. 3.1.

contractantes pour la négociation, la conclusion et l'exécution de la convention collective, cette qualification justifiant la perception d'une telle contribution auprès des travailleurs qui se soumettent individuellement à la convention, même s'ils sont affiliés à un syndicat qui n'est pas partie à la convention et n'a pas participé à l'œuvre conventionnelle³⁶²⁷. D'ailleurs, aux termes de l'article 356b, alinéa 2, la convention peut régler les modalités de la soumission et prévoir en particulier la perception d'une contribution aux frais de la convention collective ; selon la jurisprudence, « les parties à la convention sont toutefois restreintes dans leur pouvoir de fixer le montant de la contribution de solidarité, car le juge peut annuler ou ramener à de justes limites les conditions inéquitables, en particulier les contributions excessives ; en outre, une clause conventionnelle qui fixe des contributions au profit d'une seule partie est nulle »³⁶²⁸.

- 2021 Ainsi, la contribution de solidarité doit représenter une compensation équitable des avantages³⁶²⁹. « À côté des frais liés à la négociation, à l'exécution et au contrôle de la convention collective, sont également déterminants les moyens engagés par l'association signataire pour asseoir le poids politico-économique lui permettant d'obtenir une amélioration des conditions de travail. »³⁶³⁰ Par ailleurs, le montant de la contribution ne doit pas être fixé à un niveau tel qu'il constituerait une contrainte indirecte de s'affilier au syndicat signataire, une telle contrainte étant prohibée par la loi : pour les membres d'une organisation non signataire, cela signifie que l'addition de la contribution de solidarité et de la cotisation syndicale ne doit pas dépasser le montant de la cotisation à une association signataire de la convention³⁶³¹.

D. Principe de faveur

- 2022 Toutefois, en vertu du principe de faveur, les dérogations au droit impératif qui sont stipulées en faveur des travailleurs sont valables, à moins que le droit impératif ne s'y oppose expressément (art. 358 *in fine* CO). Le principe de faveur trouve également application lorsqu'une convention collective est étendue, dès lors que les clauses de la convention collective étendue l'emportent sur celles des conventions non étendues, sous réserve des dérogations stipulées en faveur des travailleurs (art. 4, al. 2 LECCT).
- 2023 Le principe de faveur permet ainsi aux parties de stipuler des accords plus favorables aux travailleurs, ce qui octroie une certaine liberté contractuelle dans le cadre des dispositions collectives de travail³⁶³².

³⁶²⁷ TF, 25 mai 1948, ATF 74 II 158, JT 1949 I 301, cons. 6b ; TF, 13 septembre 1949, ATF 75 II 305, JT 1950 I 162, cons. 7c/aa ; TF, 28 septembre 2015, 4A_24/2015, ATF 141 III 418, cons. 3.1.

³⁶²⁸ TF, 28 septembre 2015, 4A_24/2015, ATF 141 III 418, cons. 3.1.

³⁶²⁹ *Ibidem*.

³⁶³⁰ *Ibidem*.

³⁶³¹ TF, 13 septembre 1949, ATF 75 II 305, JT 1950 I 162, cons. 7c/cc et 7c/dd.

³⁶³² TF, 21 mars 1990, ATF 116 II 153, JT 1991 I 49, cons. 2.

Pour déterminer la clause la plus favorable, la jurisprudence procède à une **comparaison par secteur** (*Gruppenvergleich*)³⁶³³. Même si, pour certains auteurs, une comparaison par clause individuelle serait plus adéquate³⁶³⁴, selon la jurisprudence, seule une comparaison partant de critères objectifs permet de dire si les conditions faites au travailleur par un règlement individuel sont plus favorables que celles de la convention collective de travail³⁶³⁵. Il ne faut donc pas procéder à une comparaison globale entre la convention collective de travail et le contrat individuel de travail³⁶³⁶.

2024

Concrètement, la comparaison par secteurs met en balance de manière étroite les dispositions de la convention collective et du contrat individuel de travail ayant le même objet³⁶³⁷.

2025

Par exemple, une **gratification** appartient en principe à un secteur propre. Ainsi, la présence d'une indemnité d'assurance-maladie couvrant la perte de gain, plus favorable dans le contrat de travail que dans la convention collective, n'autorise pas l'employeur à imposer au salarié un système contractuel moins favorable que celui qui est prévu par la convention collective en matière de gratification³⁶³⁸. De même, l'interprétation d'une convention collective a conduit le Tribunal fédéral à considérer qu'une **indemnité** de 8,33 % dont la convention collective prévoyait qu'elle devait être versée en fin d'année par l'employeur était due au salarié indépendamment du fait que son salaire annuel excédait le minimum conventionnel ; en effet, cette indemnité était indépendante de la fixation du salaire auquel elle venait s'ajouter³⁶³⁹.

En matière de salaire afférent aux **vacances**, pour juger de l'admissibilité d'un accord individuel dérogeant à la convention collective, il ne faut pas comparer le salaire global, mais confronter les indemnités de vacances mensuelles selon la convention collective avec celles prévues dans le contrat individuel de travail³⁶⁴⁰.

E. Effets de la convention collective étendue

Une convention collective étendue produit certains effets à l'égard des employeurs et travailleurs non liés par la convention : ainsi, les clauses de la convention collective prévues aux articles 357 et 341, alinéa 1 du code des obligations et les obligations

2026

³⁶³³ TF, 6 juin 2012, 4A_629/2011, DTA 2012 259.

³⁶³⁴ Wolfgang Portmann, « Einzelvergleich oder Gruppenvergleich? Eine Standortbestimmung zu einem Problem des kollektiven Arbeitsrechts », DTA 2009 193 et s. ; Christian Bruchez, in Commentaire Dunand/Mahon, N 24 *ad* art. 357 CO.

³⁶³⁵ TF, 21 mars 1990, ATF 116 II 153, JT 1991 I 49, cons. 2.

³⁶³⁶ *Ibidem*.

³⁶³⁷ *Ibidem* ; TF, 4 mai 2005, 4C.67/2005, DTA 2005 251, JAR 2006 229, cons. 4.3.

³⁶³⁸ TF, 31 octobre 1994, 4P.118/1994, SJ 1995.813, cons. 1.

³⁶³⁹ TF, 16 novembre 2001, 4C.269/2001, cons. 4d.

³⁶⁴⁰ TF, 6 mai 2008, 4A_300/2007, ATF 134 III 399, JT 2008 I 535.

incombant aux employeurs et travailleurs liés par la convention envers les parties contractantes conformément à l'article 357b, alinéa 1 s'appliquent également aux travailleurs et employeurs auxquels la convention est étendue (art. 4, al. 1 LECCT).

§ 2 : Entre les parties à la convention collective

2027 Lorsque plusieurs associations d'employeurs ou de travailleurs sont liées par la convention, soit pour avoir pris part à sa conclusion, soit pour y avoir adhéré ultérieurement avec le consentement des parties, elles ont les unes envers les autres les mêmes droits et obligations ; tout accord contraire est **nul** (art. 356, al. 4 CO).

Les parties à la convention collective **doivent la respecter (A)**, tout comme elles doivent respecter la **paix du travail (B)**.

A. Respect de la convention collective

1) Application

2028 Les parties doivent veiller à l'observation de la convention collective (art. 357a, al. 1 *in initio* CO). Les associations peuvent intervenir auprès de leurs membres récalcitrants en usant, au besoin, des moyens que leur confèrent leurs statuts et la loi (art. 357a, al. 1 *in fine* CO). Une entreprise qui ne respecte pas la convention collective à laquelle elle est soumise peut se voir sanctionner par la commission paritaire instituée par la convention en question³⁶⁴¹.

2029 Dans l'exécution d'une convention collective étendue, les parties contractantes sont tenues de traiter sur un pied d'égalité les employeurs et les travailleurs liés par la convention et ceux à qui elle est étendue (art. 5, al. 1 LECCT).

2030 En outre, conformément aux articles 9 et 10 de la loi sur la concurrence déloyale, les associations professionnelles et les associations économiques que leurs statuts autorisent à défendre les intérêts économiques de leurs membres peuvent agir, notamment, en interdiction, en cessation ou en constatation du trouble. La jurisprudence reconnaît ce droit à un syndicat lorsque les intérêts économiques de ses membres sont lésés par un acte de concurrence déloyale, même s'il n'en est pas lui-même victime³⁶⁴². Aussi un syndicat peut-il attaquer une entreprise qui n'applique pas les conditions de travail qui sont prévues par une convention collective et qui s'appliquent tant à elle qu'aux entreprises concurrentes liées par cette convention³⁶⁴³. Ce principe vaut pour toute entreprise qui agirait de façon déloyale, notamment, en n'observant pas les conditions de travail légales ou contractuelles qui sont également

³⁶⁴¹ TF, 28 novembre 2014, 4A_622/2014.

³⁶⁴² TF, 27 avril 1995, ATF 121 III 168, cons. 3b et 4.

³⁶⁴³ TF, 11 janvier 1999, ATF 125 III 82, com. Leuenberger *in* RJB 137 2001 850, cons. 4.

imposées à la concurrence ou qui sont conformes aux usages professionnels ou locaux (art. 7 LCD).

En matière de **prélèvement de cotisations syndicales**, lorsqu'une employeuse a prélevé pendant plusieurs années 1 % du salaire de sa salariée, sans l'affecter à aucune destination particulière, mais en prétendant que cette somme devait financer des indemnités en cas d'incapacité de travailler, les juges cantonaux ont tiré du régime impératif de la convention collective applicable en l'espèce, que la salariée devait verser 1 % de son salaire brut à la commission paritaire, par l'intermédiaire de l'employeuse. C'est donc sans arbitraire que les juges cantonaux ont pu conclure que c'était la commission paritaire, et non la salariée, qui était créancière des prélèvements effectués³⁶⁴⁴. Même en se plaçant dans la perspective d'une éventuelle responsabilité délictuelle de l'employeuse, on ignore toutefois à quelle part de remboursement de la part de la commission paritaire l'employée syndiquée pourrait elle-même prétendre, étant entendu que son syndicat pourrait en soi conserver une partie du remboursement³⁶⁴⁵.

2031

2) Exécution commune

a. En général

Lorsque la convention est conclue par des associations, celles-ci peuvent stipuler qu'elles auront le droit, en commun, **d'en exiger l'observation** de la part des employeurs et travailleurs liés par elle, en tant qu'il s'agit :

2032

- de la conclusion, de l'objet et de la fin des contrats individuels de travail, seule une action en constatation étant admissible ;
- du paiement de cotisations à des caisses de compensation ou à d'autres institutions concernant les rapports de travail, représentation des travailleurs dans l'entreprise et maintien de la paix du travail ;
- des contrôles, cautionnements et peines conventionnelles, en rapport avec les dispositions précédentes (art. 357b, al. 1 CO).

Les parties ne peuvent insérer dans la convention de telles stipulations sans y être expressément autorisées par leurs statuts ou leur organe suprême (art. 357b, al. 2 CO).

2033

Pour le surplus et sauf clause contraire de la convention, les dispositions sur la **société simple** s'appliquent par analogie aux rapports internes des parties (art. 357b, al. 3 CO).

2034

Il n'est pas arbitraire de retenir qu'une commission paritaire puisse représenter les parties à une convention collective et engager des procès en son propre nom, indépendamment de sa nature juridique³⁶⁴⁶.

2035

³⁶⁴⁴ TF, 22 septembre 2016, 4A_677/2015, cons. 4.2.

³⁶⁴⁵ TF, 22 septembre 2016, 4A_677/2015, cons. 4.3.

³⁶⁴⁶ TF, 5 octobre 2015, 5A_877/2014, cons. 3.

b. Pour les conventions collectives étendues

- 2036 Les employeurs et travailleurs auxquels une convention collective est étendue peuvent demander en tout temps à l'autorité compétente de désigner, à la place de l'organe de contrôle institué par la convention collective un organe de contrôle **indépendant** des parties (art. 6, al. 1, 1^e phr. LECCT). Cet organe peut également être désigné à la demande des parties à la convention collective lorsqu'un employeur ou un travailleur auquel la convention est étendue **refuse** de se soumettre à un organe de contrôle paritaire (art. 6, al. 1, 2^e phr. LECCT).
- 2037 L'autorité compétente fixe l'objet et l'étendue du contrôle après avoir entendu les parties et l'employeur ou le travailleur qui a demandé la désignation d'un organe spécial ou qui a refusé de se soumettre à un contrôle de l'organe paritaire (art. 6, al. 2 LECCT).
- 2038 Les frais de contrôle sont supportés par l'employeur ou le travailleur qui a demandé la désignation d'un organe de contrôle de spécial ou qui a refusé de se soumettre à un contrôle de l'organe paritaire (toutefois, lorsque des circonstances particulières le justifient, l'autorité compétente peut mettre les frais entièrement ou partiellement à la charge des parties) (art. 6, al. 3 LECCT).

B. Respect de la paix du travail

- 2039 Chaque partie doit maintenir la paix du travail et, en particulier, s'abstenir de tout moyen de combat quant aux matières réglées dans la convention collective (art. 357a, al. 2 *in initio* CO).
- 2040 Le concept de bonne foi (cf. art. 2 CC) est fondamental pour la paix du travail : aucune partie ne doit demander à l'autre ce qu'elle ne peut pas raisonnablement (en allemand : « *vernünftigerweise* ») fournir³⁶⁴⁷. Tout réside alors dans ce qu'on entend par « raisonnable » ou « non raisonnable » : bien entendu, il peut s'agir d'un paravent derrière lequel pourrait être tenté de s'abriter tout employeur. L'idée est selon nous que le droit du travail doit créer des conditions positives pour des rapports de travail paisibles.
- 2041 L'obligation de maintenir la paix n'est **illimitée** que si les parties en sont convenues expressément (art. 357a, al. 2 *in fine* CO).

³⁶⁴⁷ Hans Peter Tschudi, « Der Arbeitsfrieden Ziel des Arbeitsrechts », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc*, Lausanne, IRAL, 2001, p. 386.

Section 4 : Modification et fin

§ 1 : Modalités de modification et de fin

A. Principes généraux

De manière générale, la modification ou la résiliation d'une convention collective doit intervenir au moyen de la forme **écrite** (art. 356c, al. 1 CO)³⁶⁴⁸. 2042

Comme pour tout contrat, une convention collective peut être modifiée ou rompue en tout temps par **accord commun** des deux parties.

Une convention collective conclue pour une **durée déterminée** cesse de déployer ses effets au moment de la survenance du terme pour lequel elle a été conclue. 2043

Si la convention collective est conclue pour une **durée indéterminée**, les parties peuvent prévoir ses modalités de résiliation. En particulier, une résiliation partielle est admissible (certaines clauses de la convention collective sont ainsi résiliées, les autres clauses subsistant)³⁶⁴⁹. La convention collective peut également cesser de déployer ses effets par la survenance d'un événement prévu comme condition³⁶⁵⁰.

À défaut de dispositions spécifiques prévues, la loi prévoit que la convention collective peut être résiliée par chacune des parties, avec effet pour toutes les autres parties, après un délai d'un an à compter de sa conclusion et en respectant un préavis de six mois (art. 356c, al. 2 CO). Une convention collective à durée indéterminée a donc, de par la loi, une existence minimale de dix-huit mois³⁶⁵¹. 2044

Les mêmes conditions valent pour une **soumission individuelle** (art. 356c, al. 2 *in fine* CO). 2045

La question de savoir si un accord unanime des travailleurs peut déroger à une convention collective de travail ne constitue pas une question juridique de principe notamment si un tel accord ne ressort pas de la décision cantonale attaquée³⁶⁵².

B. Départ de l'employeur de l'association patronale signataire

L'employeur cesse-t-il d'être assujéti à une convention collective dès lors qu'il **quitte l'association patronale signataire** ? Le principe est qu'une convention collective vise à stabiliser les conditions de travail minimales pendant toute sa durée de validité. Cet 2046

³⁶⁴⁸ Pour le régime de la forme écrite, cf. art. 12 et s. CO.

³⁶⁴⁹ Cf. Portmann/Stöckli, p. 308.

³⁶⁵⁰ Portmann/Stöckli, p. 309.

³⁶⁵¹ Cf. Wyler/Heinzer, p. 857.

³⁶⁵² TF, 18 juin 2015, 4A_401/2014, cons. 4.

objectif serait vain si les parties pouvaient se soustraire à leurs obligations par simple décision unilatérale. Ainsi, les effets normatifs d'une convention collective de durée déterminée s'appliquent à l'employeur qui était lié par elle au moment de sa conclusion, même s'il quitte l'organisation patronale avant la fin de la durée de la convention collective. L'employeur lié par une convention de durée déterminée l'est donc toujours jusqu'à son expiration³⁶⁵³.

2047 Pour une convention collective à durée indéterminée, la démission de l'employeur de l'association patronale a pour effet que l'employeur pourra se soustraire à la convention collective pour le prochain terme possible de la convention collective³⁶⁵⁴. Dans ce cas, l'employeur n'est pas lié par une reconduction expresse ou tacite de la convention collective par ses parties contractantes³⁶⁵⁵. Une analogie avec le régime de l'article 333, alinéa 1^{bis} du code des obligations, pouvait faire penser que l'employeur ne dût être assujéti que pour une année supplémentaire³⁶⁵⁶. Cette position doit pourtant être rejetée, car il n'y a aucune raison d'appliquer au droit commun des conventions collectives une règle propre au transfert d'entreprise.

2048 Si la convention collective subit des modifications durant la période où l'employeur, déjà sorti de l'association patronale, est encore tenu de l'appliquer, ces modifications lui sont-elles applicables (interprétation dynamique) ou peut-il se contenter d'appliquer la convention collective dans l'état où elle se trouvait au moment où il a quitté l'association patronale (interprétation statique) ? D'un côté, on pourrait trouver sévère d'appliquer à l'employeur des modifications à la négociation desquelles il n'a pas pu participer puisqu'il n'était plus membre de l'association qui a mené la négociation. Mais d'un autre côté, on peut considérer, de manière plus convaincante, que l'employeur a choisi de son propre gré de s'ôter la possibilité de participer aux négociations. Sa sortie de l'association patronale a peut-être elle-même eu vocation à influencer les négociations. Dès lors, il paraît plus conforme au système de retenir une interprétation dynamique de la convention collective.

2049 En revanche, si l'employeur a démissionné de l'association patronale **avant la signature** d'une nouvelle convention collective, il ne sera jamais lié par cette dernière. Cette règle est valable dès lors que la démission de l'association est effective, même si elle est intervenue par un accord spécifique entre l'employeur et l'association elle-même³⁶⁵⁷.

2050 La **dissolution d'une association signataire** peut-elle représenter un motif de résiliation de la convention collective pour les employeurs qui faisaient précédemment

³⁶⁵³ TF, 13 juin 2000, 4C.7/1999, SJ 2001 I 49, JAR 2003 407, cons. 4.

³⁶⁵⁴ TF, 13 septembre 2005, 4C.422/2004, ATF 132 III 122, cons. 4.5.3 ; cf. également : Geiser/Müller, N 835a, p. 333.

³⁶⁵⁵ Wyler/Heinzer, p. 858.

³⁶⁵⁶ Cf. l'explication présentée par Andermatt/Bianchi/Bruchez *et al.*, *Droit collectif du travail*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2010, N 21 et 23 *ad* art. 356c CO.

³⁶⁵⁷ TF, 25 septembre 2008, 9C_547/2007, ATF 134 III 625, JAR 2009 381, DTA 2009 297.

partie de l'association défunte ? Cette solution, admise par certains auteurs³⁶⁵⁸, ne nous paraît envisageable que dans les rares cas où il ne s'agirait pas d'une fraude à la loi. En effet, la stabilité du droit collectif dans le temps, nécessaire à la paix du travail, nous paraîtrait compromise si une convention collective pouvait être résiliée par la décision unilatérale d'une des parties de cesser d'exister sous forme d'association, alors que les anciens membres de l'association continueraient de faire vivre leurs entreprises dans le même contexte qu'auparavant.

C. Résiliation avant terme pour justes motifs

Une convention collective de durée déterminée peut-elle être résiliée avant son terme, pour de justes motifs ? Une convention collective de durée indéterminée peut-elle être résiliée sans respect du délai de préavis pour de justes motifs ?

2051

Le régime du licenciement immédiat (art. 337 et s. CO) n'est certainement pas applicable. Plusieurs auteurs estiment que le droit de se départir de tout engagement conclu dans la durée doit être reconnu y compris dans le cas des conventions collectives, à condition toutefois qu'il s'agisse d'une *ultima ratio*, c'est-à-dire lorsque les moyens prévus par le contrat ou la loi (« *Einwirkungspflicht* », négociations au sujet de modifications de contenu, tribunaux arbitraux conventionnels, etc.) ont été refusés, ou qu'une adaptation de certaines clauses se révèle impossible, et dans des cas extrêmes, lorsque le maintien de la convention collective entraînerait la faillite économique d'un employeur, mais non lorsque de simples difficultés économiques se présentent³⁶⁵⁹.

L'effet de la résiliation de la convention collective ne serait qu'*ex nunc*³⁶⁶⁰. Lors de la négociation de la convention collective, l'employeur doit donc avoir en tête qu'il supportera ensuite un risque économique important en cas de retournement conjoncturel. Les durées déterminées et les délais de résiliation applicables en cas de durée indéterminée permettent toutefois d'atténuer ce risque dans une large mesure.

2052

En bref, on ne peut nier que le droit de se départir d'un engagement de durée est un principe général du droit suisse. Par ailleurs, il paraîtrait effectivement contraire à l'intérêt des parties en présence de maintenir une convention collective si son application devait entraîner la faillite définitive d'une entreprise. Toutefois, on peut douter en pratique qu'un employeur parvienne à rapporter une telle preuve. Il faudrait d'ailleurs exiger une preuve stricte, sauf à vider entièrement de son sens tout le droit collectif du travail. Dans le cas des conventions collectives conclues pour une durée indéterminée, le délai de préavis de six mois ne devrait pas entraîner la faillite d'une entreprise, même mal gérée, ou alors cela signifierait que l'entreprise connaissait déjà des difficultés structurelles et, dans une telle hypothèse, il n'y a aucune raison de diminuer les créances des travailleurs à ce moment-là, alors même qu'ils ont peut-être

2053

³⁶⁵⁸ Portmann/Stöckli, p. 309.

³⁶⁵⁹ Cf. Geiser/Müller, p. 333 ; Streiff :von Känel/Rudolph, N 6 *ad* art. 356c CO.

³⁶⁶⁰ Vischer/Müller, p. 492.

redoublé d'efforts pour maintenir en vie l'entreprise malgré les erreurs stratégiques commises.

D. Convention collective reprise par transfert d'entreprise

2054 Lorsque la convention collective est applicable à l'employeur à la suite d'un transfert d'entreprise (art. 333, al. 1^{bis} CO), nous considérons que l'employeur doit la dénoncer formellement dans le respect du **préavis légal de six mois** (cf. art. 356c, al. 2 CO).

2055 La convention collective reprise en raison d'un transfert d'entreprise peut être **modifiée** dans les mêmes conditions que pour les autres hypothèses d'application des conventions collectives³⁶⁶¹. Cependant, certains considèrent que la convention collective doit être interprétée de manière statique pendant cette période d'une année, c'est-à-dire que ses éventuelles modifications ne devraient pas être prises en compte³⁶⁶². Cette solution est toutefois en contradiction avec l'affirmation précédente selon laquelle la convention collective reprise peut être modifiée dans les mêmes conditions que les autres conventions collectives. En effet, si l'employeur peut à tout moment conclure un accord modifiant la convention collective, on voit mal comment il pourrait dans le même mouvement prétendre ne pas tenir compte d'une telle modification.

§ 2 : Conséquences de la fin d'une convention collective

A. Principes généraux

2056 Les droits allemand et autrichien prévoient expressément une survie des dispositions normatives et obligationnelles de la convention collective jusqu'à ce qu'une nouvelle convention soit conclue³⁶⁶³. Ce n'est pas le cas du droit suisse.

Bien entendu, si les parties prévoient une prolongation de la convention collective **pour la durée des négociations** en vue de la nouvelle convention collective, sa survie est acquise pendant ce temps déterminé³⁶⁶⁴.

B. Effet posthume

2057 Une convention collective continue également de s'appliquer au rapport de travail si cela correspond à la **volonté présumée des parties**³⁶⁶⁵. Si les parties n'ont rien prévu

³⁶⁶¹ Cf. Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, in BaK, N 18 ad art. 333 CO.

³⁶⁶² Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, in BaK, N 19 ad art. 333 CO

³⁶⁶³ Vischer/Müller, p. 492.

³⁶⁶⁴ Geiser/Müller, N 836, p. 334.

³⁶⁶⁵ TF, 8 novembre 1972, ATF 98 Ia 561, cons. 1 et 2 ; TF, 2 octobre 2003, 4C.74/2003, ATF 130 III 19, JAR 2004 319, cons. 3.1.1 et 3.1.2.2 ; OG/LU, 18 octobre 2000, JAR 2001 393 ; Portmann/Stöckli, p. 309.

dans le contrat à l'égard d'éléments réglés par la convention collective défunte, les normes correspondantes de cette dernière continuent à s'appliquer. C'est ce qu'on appelle l'« effet posthume » de la convention collective (en allemand : *Nachwirkung*). Dans cette hypothèse, les dispositions peuvent être modifiées par contrat modificatif. Lorsque, en présence d'un refus du travailleur, l'employeur veut tout de même modifier les dispositions contractuelles applicables et par exemple revenir au régime du code des obligations, il doit respecter les conditions propres aux congés-modifications³⁶⁶⁶, ce qui peut entraîner l'application du régime du licenciement collectif³⁶⁶⁷.

Lorsque l'employeur souhaite procéder à un congé-modification, l'effet posthume de la convention collective l'oblige à respecter les **délais de préavis conventionnels** qui seraient plus longs que les délais de préavis légaux ou contractuels.

2058

Selon un auteur, les limitations générales de licenciement telles que l'ordre des licenciements (par exemple en fonction de l'ancienneté) ou le motif économique nécessaire pour justifier un licenciement, ne devraient plus s'appliquer, à défaut de quoi les licenciements ou les congés-modifications seraient rendus plus difficiles, voire impossibles³⁶⁶⁸. Cette exclusion ne se justifie pas vraiment car on ne perçoit pas bien pourquoi les conditions posées par la convention collective poseraient davantage de problèmes au titre de l'effet posthume de la convention collective que pendant sa durée de vie formelle.

Les contrats de travail conclus après la fin de la convention collective ne bénéficient pas de son effet posthume. En vertu de la liberté contractuelle, les parties peuvent toutefois décider de se soumettre volontairement aux dispositions normatives d'une convention collective défunte³⁶⁶⁹.

2059

Chapitre 2 : Les contrats-types



Par le contrat-type de travail sont établies des clauses sur la conclusion, l'objet et la fin de diverses espèces de contrats de travail (art. 359, al. 1 CO).

2060

Les cantons sont tenus d'édicter des contrats-types en tout cas pour les travailleurs agricoles et le service de maison, afin que soient réglées la durée du travail et du repos et les conditions de travail des travailleuses et des jeunes travailleurs (art. 359, al. 2 CO).

³⁶⁶⁶ Cf. TF, 2 octobre 2003, 4C.74/2003, ATF 130 III 19, JAR 2004, p. 319 ; OG/LU, 18 octobre 2000, JAR 2001, p. 393 ; Wyler/Heinzer, p. 859.

³⁶⁶⁷ Cf. *supra* sur le régime du licenciement collectif.

³⁶⁶⁸ Vischer/Müller, p. 493.

³⁶⁶⁹ *Ibidem*.

Il existe des contrats-types fédéraux³⁶⁷⁰ notamment pour les éducateurs employés dans des foyers et internats, pour les médecins-assistants, pour le personnel soignant, pour le personnel professionnellement exposé aux radiations ionisantes (ce contrat-type ne concerne pas une profession mais une condition particulière dans laquelle s'effectue le travail : l'exposition aux radiations ionisantes), pour le personnel des laiteries, pour les jardiniers privés...

- 2061 Les contrats-types sont adoptés au terme d'une **procédure** spécifique (**Section 1**). Ils sortissent alors leurs **effets** propres (**Section 2**).

Section 1 : Procédure d'adoption

- 2062 C'est le Conseil fédéral qui est compétent pour édicter les contrats-types valables pour plusieurs cantons, les cantons étant compétents dans les autres cas (art. 359a, al. 1 CO).

- 2063 Avant d'être édicté, le contrat-type de travail doit être **publié** d'une manière suffisante ; un délai doit être indiqué pour permettre à quiconque justifie d'un intérêt de présenter des observations par écrit (art. 359a, al. 2 *in initio* CO). En outre, l'autorité doit prendre l'avis des associations professionnelles et des sociétés d'utilité publique intéressées (art. 359a, al. 2 *in fine* CO). Il s'agit là seulement d'une prescription d'ordre qui n'affecte pas la validité de la procédure en cas de non-respect³⁶⁷¹.

Le contrat-type entre en vigueur après avoir été publié conformément aux prescriptions valables pour les **publications officielles** (art. 359a, al. 3 CO).

- 2064 Le code prévoit que la procédure d'adoption des contrats-types est applicable à leur **abrogation** et à leur **modification** (art. 359a, al. 4 CO). Ainsi, le projet de modification du contrat-type doit provenir d'un organe compétent (cf. art. 359a, al. 1 CO) et être publié d'une manière suffisante, avec indication d'un délai pendant lequel quiconque justifie d'un intérêt peut présenter des observations écrites ; l'autorité doit en outre recueillir l'avis des associations professionnelles et des sociétés d'utilité publique intéressées (cf. art. 359a, al. 2 CO). La modification ne saurait entrer en vigueur qu'après avoir été publiée conformément aux prescriptions valables pour les publications officielles (cf. art. 359a, al. 3 CO).

- 2065 La modification d'un contrat-type, en tant qu'acte normatif cantonal au sens de l'article 82, b, de la loi sur le Tribunal fédéral, peut faire l'objet d'un **recours** en matière de droit public³⁶⁷², jugé par la I^e Cour de droit civil du Tribunal fédéral (art. 15, al. 1, a LTF ; art. 31, al. 2 RTF)³⁶⁷³. La qualité pour recourir appartient à toute

³⁶⁷⁰ Cf. RS 221.215.32.

³⁶⁷¹ TF, 15 juillet 2015, 4C_1/2015, cons. 3.

³⁶⁷² TF, 20 novembre 2013, 4C_3/2013 et 4C_4/2013, cons. 2.

³⁶⁷³ TF, 10 juillet 2013, 4C_2/2013, DTA 2013 317, cons. 1.1 et 1.2.

personne dont les intérêts sont effectivement touchés par l'acte attaqué ou pourront l'être un jour ; l'intérêt digne de protection peut être factuel ou juridique³⁶⁷⁴.

Les motifs de recours contre un contrat-type sont généralement l'atteinte à la **liberté économique** (art. 27 Cst.)³⁶⁷⁵, la protection de la **bonne foi** (art. 5, al. 3 Cst.) et la prohibition de l'**arbitraire** (art. 9 Cst.)³⁶⁷⁶.

2066

Section 2 : Effets

Sauf accord contraire, le contrat-type de travail **s'applique directement** aux rapports de travail qu'il régit (art. 360, al. 1 CO). En principe, les dispositions des contrats-types de travail n'ont toutefois d'effet que **dispositif**, c'est-à-dire qu'ils ne trouvent application que dans le silence des parties sur certains éléments de leur rapport de travail (art. 360, al. 1 CO). Le contrat-type peut néanmoins prévoir que les accords dérogeant à certaines de ses dispositions doivent être passés en la forme **écrite** (art. 360, al. 2 CO)³⁶⁷⁷.

2067

Le droit impératif de la Confédération et des cantons **l'emporte** sur le contrat-type ; toutefois, le **principe de faveur** s'applique : les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables, à moins que le droit impératif ne s'y oppose expressément (art. 358 et 359 al. 3 CO).

2068

Chapitre 3 : Les contrats-types impératifs

Les contrats-types issus du régime des articles 360a à 360f du code des obligations peuvent contenir des normes **impératives** auxquelles il ne peut absolument pas être dérogé.

2069

Lorsqu'il s'agit d'adopter un contrat-type selon le régime de ces articles, ces dispositions propres doivent être respectées en sus des dispositions applicables aux simples contrats-types³⁶⁷⁸.

Du point de vue matériel, pour que l'autorité compétente puisse édicter un contrat-type, il faut que dans un secteur déterminé, il n'y ait pas de **salaires minimaux** fixés par une convention collective de travail susceptible d'être déclarée de force obligatoire générale³⁶⁷⁹ : tel est le cas notamment lorsque le contrat-type litigieux vise les

2070

³⁶⁷⁴ TF, 10 juillet 2013, 4C_2/2013, DTA 2013 317, cons. 1.3.

³⁶⁷⁵ TF, 10 juillet 2013, 4C_2/2013, DTA 2013 317, cons. 3.

³⁶⁷⁶ TF, 10 juillet 2013, 4C_2/2013, DTA 2013 317, cons. 4.

³⁶⁷⁷ TF, 17 octobre 1996, JAR 1997 116.

³⁶⁷⁸ Pascal Mahon/Éloi Jeannerat, in Commentaire Dunand/Mahon, N 3 ad art. 359a CO.

travailleurs exclus du champ d'application d'une convention collective³⁶⁸⁰. *A contrario*, lorsqu'une branche d'activités ne révèle pas de dumping salarial, il n'y a pas de motif d'imposer des salaires minimaux au moyen d'un contrat-type³⁶⁸¹. En soi, la détermination de l'existence d'un dumping salarial a une composante politique et législative ; la commission tripartite amenée à en juger dispose dès lors d'un large pouvoir d'appréciation³⁶⁸².

- 2071 L'article 360*b*, alinéa 3 du code des obligations permet à la commission tripartite de renoncer à la procédure de conciliation s'il apparaît qu'un accord avec les employeurs concernés ne sera pas trouvé dans un délai de deux mois³⁶⁸³.
- 2072 La concertation avec les employeurs visée à l'article 360*b*, alinéa 3 du code des obligations n'implique pas pour la Commission tripartite de promouvoir l'extension du champ d'application d'une convention collective³⁶⁸⁴.
- 2073 Une association d'employeurs n'a pas la **qualité pour recourir** tant que le contrat-type litigieux ne concerne pas la majorité ou un grand nombre d'affiliés de cette association³⁶⁸⁵.
- 2074 Il existe actuellement un contrat-type obligatoire fédéral : le contrat-type pour les travailleurs de l'**économie domestique**. Ce contrat-type précise son champ d'application (articles 1 à 3) et fixe des salaires minimums (articles 4 à 7). Il s'applique à tous les rapports de travail existants dès son entrée en vigueur (article 8). En se fondant sur l'article 360*a* du code des obligations, le canton de Genève avait d'ores et déjà déclaré obligatoires, à partir du 3 mai 2005, les salaires minimaux figurant dans le contrat-type de travail de l'économie domestique³⁶⁸⁶.

³⁶⁷⁹ Pour davantage de détails sur le salaire minimum, cf. *supra*.

³⁶⁸⁰ TF, 11 mai 2015, 4C_1/2014, cons. 6.

³⁶⁸¹ TF, 11 mai 2015, 4C_1/2014, cons. 7.

³⁶⁸² TF, 15 juillet 2015, 4C_1/2015, cons. 6.3.

³⁶⁸³ TF, 20 novembre 2013, 4C_3/2013 et 4C_4/2013, cons. 11.2 ; TF, 11 mai 2015, 4C_1/2014, cons. 5.3.

³⁶⁸⁴ TF, 11 mai 2015, 4C_1/2014, cons. 5.

³⁶⁸⁵ TF, 11 mai 2015, 4C_1/2014, cons. 4.

³⁶⁸⁶ TF, 16 octobre 2012, 4A_292/2012, cons. 2.4.

Titre 4 : Les conflits collectifs

Les conflits collectifs présentent plusieurs *manifestations* (Chapitre 1).

2075

Ils peuvent être *résolus* de diverses façons (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La manifestation des conflits collectifs

Section 1 : La grève

Selon l’Institut allemand Hans Böckler, la Suisse a compté en moyenne un jour de grève par année pour mille salariés dans le secteur privé sur la période 2005-2013, soit le taux le plus bas des pays occidentaux examinés (l’Autriche présente une moyenne de 2 jours, les États-Unis 9, l’Allemagne 16, le Royaume-Uni 23, l’Espagne 66, le Danemark 135 et la France 139)³⁶⁸⁷.

2076

§ 1 : Définition

La grève est définie par la jurisprudence comme « le refus collectif de la prestation de travail due, dans le but d'obtenir des conditions de travail déterminées de la part d'un ou de plusieurs employeurs »³⁶⁸⁸.

2077

En termes juridiques, la grève est donc un *droit individuel exercé collectivement*.

Concrètement, l’exercice du droit de grève consiste en une suspension de la prestation de travail par le travailleur, à laquelle répond une suspension du versement de la rémunération par l’employeur. Le rapport d’emploi demeure.

2078

§ 2 : Régime

Le droit de grève est indubitablement reconnu en droit suisse³⁶⁸⁹, à certaines *conditions* toutefois (A). La *grève licite* produit des conséquences juridiques (B), différentes de celles de la *grève illicite* (C).

2079

³⁶⁸⁷ Référence : < boeckler.de >.

³⁶⁸⁸ TF, 28 juin 1999, ATF 125 III 277, JT 2000 I 240, RDAF 2000 I 689, com. Müller/Baldegger in RJB 2000 779, com. Mahon/Pulver in RDAF, 2000 I 689, com. Waeber in Plädoyer 2006 6 64, cons. 3a ; TF, 13 septembre 2005, 4C.422/2004, ATF 132 III 122, JT 2006 I 258, SJ 2006 I 181, Pra 2006 107 731, com. Gabathuler in Plädoyer 2006 1 31, com. Roncoroni/Schöbi in Jusletter 24 avril 2006, com. Waeber in Plädoyer 2006 6 64, com. Tschentscher in RJB 2007 694, com. Widmer in ArbR 2007 80 et in ArbR, 2007 144, com. Koller in RJB 2008 319, cons. 4.3.

A. Conditions de licéité de la grève

2080 Hormis les cas où la loi interdit le recours à la grève à certaines personnes (art. 28, al. 4 Cst.), la grève est licite selon la Constitution, d'une part, si elle se rapporte aux relations de travail, et d'autre part, si elle est conforme aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation (art. 28, al. 3 Cst.).

2081 La jurisprudence précise la Constitution en soumettant la licéité d'une grève à quatre conditions cumulatives³⁶⁹⁰ :

- la grève doit **se rapporter aux relations de travail**. Sont ainsi exclues les grèves politiques qui tendent à faire pression sur les autorités³⁶⁹¹ ;

- la grève doit être conforme aux obligations de préserver la **paix du travail** ou de recourir à une **conciliation**. Les parties à une convention collective de travail sont tenues en particulier de s'abstenir de tout moyen de combat quant aux matières réglées dans une convention collective (cf. art. 357a, al. 2 CO)³⁶⁹². Il s'agit là de l'obligation de paix relative, laquelle doit être distinguée de l'obligation de paix absolue, qui étend cette obligation aux matières qui ne sont pas réglées dans la convention (l'obligation de paix absolue existe que si la convention collective l'impose expressément)³⁶⁹³ ;

- la grève doit respecter le principe de **proportionnalité**³⁶⁹⁴. Ce principe découle de l'invitation adressée aux parties à l'article 28, alinéa 2 de la Constitution de régler les conflits « autant que possible » par la négociation ou la médiation³⁶⁹⁵. Ainsi, la grève ne doit pas être plus incisive qu'il n'est nécessaire pour atteindre le but visé (critère de

³⁶⁸⁹ TF, 28 juin 1999, ATF 125 III 277, JT 2000 I 240, RDAF 2000 I 689, com. Müller/Baldegger in RJB 136 2000 779, com. Mahon/Pulver in RDAF, 2000 I 689, com. Waeber in Plädoyer 2006 6 64, cons. 2.

³⁶⁹⁰ TF, 13 septembre 2005, 4C.422/2004, ATF 132 III 122, JT 2006 I 258, SJ 2006 I 181, Pra 2006 107 731, com. Gabathuler in Plädoyer 2006 1 31, com. Roncoroni/Schöbi in Jusletter 24 avril 2006, com. Waeber in Plädoyer 2006 6 64, com. Tschentscher in RJB 2007 694, com. Widmer in ArbR 2007 80 et in ArbR, 2007 144, com. Koller in RJB 2008 319, cons. 4.4.1 ; cf., avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale, TF, 18 juin 1985, ATF 111 II 245, cons. 4c ; TF, 28 juin 1999, ATF 125 III 277, JT 2000 I 240, RDAF 2000 I 689, com. Müller/Baldegger in RJB 2000 779, com. Mahon/Pulver in RDAF, 2000 I 689, com. Waeber in Plädoyer 2006 6 64, cons. 3b.

³⁶⁹¹ TF, 13 septembre 2005, 4C.422/2004, ATF 132 III 122, JT 2006 I 258, SJ 2006 I 181, Pra 2006 107 731, com. Gabathuler in Plädoyer 2006 1 31, com. Roncoroni/Schöbi in Jusletter 24 avril 2006, com. Waeber in Plädoyer 2006 6 64, com. Tschentscher in RJB 2007 694, com. Widmer in ArbR 2007 80 et in ArbR, 2007 144, com. Koller in RJB 2008 319, cons. 4.4.2.

³⁶⁹² *Ibidem*.

³⁶⁹³ *Ibidem*.

³⁶⁹⁴ Cf. Wolfgang Portmann, « Der Einfluss der neuen Bundesverfassung auf das schweizerische Arbeitsrecht - Insbesondere ein Beitrag zu Art. 28 BV », ArbR 2002 65.

³⁶⁹⁵ TF, 13 septembre 2005, 4C.422/2004, ATF 132 III 122, JT 2006 I 258, SJ 2006 I 181, Pra 2006 107 731, com. Gabathuler in Plädoyer 2006 1 31, com. Roncoroni/Schöbi in Jusletter 24 avril 2006, com. Waeber in Plädoyer 2006 6 64, com. Tschentscher in RJB 2007 694, com. Widmer in ArbR 2007 80 et in ArbR, 2007 144, com. Koller in RJB 2008 319, cons. 4.4.2 ; cf. TF, 28 juin 1999, ATF 125 III 277, JT 2000 I 240, RDAF 2000 I 689, com. Müller/Baldegger in RJB 2000 779, com. Mahon/Pulver in RDAF, 2000 I 689, com. Waeber in Plädoyer 2006 6 64, cons. 3b.

la **nécessité**³⁶⁹⁶. Aussi les mesures de combat ne sont-elles admissibles, selon la jurisprudence, que si elles sont nécessaires pour atteindre le but auquel tend la lutte³⁶⁹⁷. Sont donc par exemple disproportionnés les moyens de combat faisant usage de la violence ou ceux qui portent atteinte aux biens de l'entreprise³⁶⁹⁸. En revanche, il est licite d'organiser des piquets de grève afin d'empêcher pacifiquement l'accès de l'entreprise à des travailleurs, par exemple en les persuadant de ne pas occuper leur place de travail ; mais dès que les piquets de grève usent de la violence pour contraindre des personnes à ne pas se présenter au travail, ils sortent du cadre de l'exercice licite d'un moyen de combat³⁶⁹⁹. En outre, le recours à un moyen collectif de lutte ne doit intervenir qu'en dernier ressort, c'est-à-dire comme *ultima ratio*³⁷⁰⁰ ;

- la grève est censée trouver l'appui d'une **organisation de travailleurs**, d'un **syndicat**³⁷⁰¹.

Cette dernière condition est très étonnante, puisqu'elle supposerait l'adoubement d'une mesure de combat de travailleurs par une organisation potentiellement extérieure à l'entreprise. Elle pourrait également poser problème au regard de la liberté syndicale. D'ailleurs, si la grève est un mouvement collectif de travailleurs, elle n'est pas forcément un mouvement syndical. En effet, des travailleurs peuvent se grouper collectivement sans former un syndicat³⁷⁰².

Au total, sont interdites les grèves de travailleurs individuels, les grèves « politiques » n'ayant aucun rapport avec la relation de travail ainsi que les mesures de combat portant sur des objets déjà réglés par une convention collective³⁷⁰³.

Le droit de grève produit un **effet horizontal indirect**. Dès lors, le juge qui serait appelé, dans le cadre d'une action en responsabilité, à se prononcer sur la licéité d'un moyen de combat en droit collectif du travail, est tenu de prendre en compte les garanties constitutionnelles propres à la grève³⁷⁰⁴.

2082

2083

³⁶⁹⁶ TF, 13 septembre 2005, 4C.422/2004, précité, cons. 4.4.2.

³⁶⁹⁷ TF, 13 septembre 2005, 4C.422/2004, précité, cons. 4.5.4.1.

³⁶⁹⁸ *Ibidem*.

³⁶⁹⁹ *Ibidem*.

³⁷⁰⁰ Message du Conseil fédéral, 20 novembre 1996, FF 1997 I 180 ; TF, 13 septembre 2005, 4C.422/2004, précité, cons. 4.4.2 ; Frank Vischer, « Streik und Aussperrung in der Schweiz », *Wirtschaft und Recht*, 1981, n° 2, 15.

³⁷⁰¹ TF, 13 septembre 2005, 4C.422/2004, précité, cons. 4.4.2.

³⁷⁰² Pour une autre critique de cette condition, cf. Christian Bruchez, in Commentaire Dunand/Mahon, nbp 24 ad art. 357a CO.

³⁷⁰³ TF, 28 juin 1999, ATF 125 III 277, JT 2000 I 240, RDAF 2000 I 689, com. Müller/Baldegger in RJB 2000 779, com. Mahon/Pulver in RDAF, 2000 I 689, com. Waeber in Plädoyer 2006 6 64, cons. 3b ; TF, 13 septembre 2005, 4C.422/2004, ATF 132 III 122, JT 2006 I 258, SJ 2006 I 181, Pra 2006 107 731, com. Gabathuler in Plädoyer 2006 1 31, com. Roncoroni/Schöbi in Jusletter 24 avril 2006, com. Waeber in Plädoyer 2006 6 64, com. Tschentscher in RJB 2007 694, com. Widmer in ArbR 2007 80 et in ArbR, 2007 144, com. Koller in RJB 2008 319, cons. 4.4.1.

³⁷⁰⁴ TF, 13 septembre 2005, 4C.422/2004, ATF 132 III 122, JT 2006 I 258, SJ 2006 I 181, Pra 2006 107 731, com. Gabathuler in Plädoyer 2006 1 31, com. Roncoroni/Schöbi in Jusletter 24 avril 2006, com. Waeber in Plädoyer

Il y a plus d'un siècle, un engagement par lequel un travailleur promettait de ne pas reprendre le travail avant que la fin de la grève ne soit décidée par la majorité des grévistes, sous la menace d'une peine conventionnelle importante, avait été déclaré valable par les juges³⁷⁰⁵.

B. Conséquences juridiques de la grève licite

- 2084 La participation à une grève licite – et la cessation momentanée du travail qui en résulte – ne peut pas constituer dans le même temps une violation de l'obligation contractuelle de travail³⁷⁰⁶.
- 2085 Dès lors qu'une grève licite ne constitue pas une violation du contrat de travail, la participation à une grève licite ne constitue pas non plus un motif justifiant une résiliation immédiate au sens de l'article 337 du code des obligations³⁷⁰⁷.
- 2086 Lorsque l'employeur résilie le contrat en respectant le préavis et que le travailleur peut démontrer que, selon toute vraisemblance, c'est la grève licite qui a entraîné le licenciement, ce congé est abusif au sens de l'article 336, car il vise à rendre impossible l'exercice du droit de grève pourtant garanti par l'État³⁷⁰⁸. Lorsque cette question est examinée par le juge, le fait de savoir si l'employeur, en prononçant la résiliation du rapport d'emploi, entendait ou non briser « la volonté de faire la grève » n'est pas déterminant : peu importe en soi qu'en licenciant les grévistes, l'employeur visait seulement à briser leur volonté de faire la grève ; ce qui est décisif, c'est le fait de savoir si la grève a été ou non le motif qui a provoqué le licenciement : si la réponse à cette question est positive, la résiliation est abusive³⁷⁰⁹.

C. Conséquences juridiques de la grève illicite

- 2087 La participation d'un travailleur à une grève illicite constitue une violation de ses obligations contractuelles³⁷¹⁰.

2006 6 64, com. Tschentscher *in* RJB 2007 694, com. Widmer *in* ArbR 2007 80 et *in* ArbR, 2007 144, com. Koller *in* RJB 2008 319, cons. 4.4.1.

³⁷⁰⁵ TF, 8 mai 1907, ATF 33 I 267.

³⁷⁰⁶ TF, 28 juin 1999, ATF 125 III 277, JT 2000 I 240, RDAF 2000 I 689, com. Müller/Baldegger *in* RJB 2000 779, com. Mahon/Pulver *in* RDAF, 2000 I 689, com. Waeber *in* Plädoyer 2006 6 64, cons. 3c.

³⁷⁰⁷ *Ibidem*.

³⁷⁰⁸ *Ibidem*.

³⁷⁰⁹ *Ibidem*.

³⁷¹⁰ Sur la sanction des obligations du travailleur, cf. *supra* sur la responsabilité du travailleur.

Section 2 : La grève patronale

Les conditions de licéité de la grève patronale sont les mêmes que celles qui s'appliquent à la grève des travailleurs. Le fondement de l'article 28, alinéa 3 de la Constitution fédérale est également pertinent.

2088

Chapitre 2 : La résolution des conflits collectifs

Aux termes de l'article 28, alinéa 2 de la Constitution fédérale, « les conflits sont, autant que possible, réglés par la négociation ou la médiation ».

2089

Aussi la *conciliation* (Section 1) et l'*arbitrage* (Section 2) revêtent-ils une importance toute particulière en matière de résolution des conflits collectifs, aux côtés de la *juridiction étatique* (Section 3).

Section 1 : La conciliation

Conformément à l'article 30 de la loi fédérale sur le travail dans les fabriques, les cantons doivent instituer des *offices de conciliation permanents*, en tenant compte des besoins des diverses industries, en vue de régler à l'amiable les différends d'ordre collectif entre fabricants et ouvriers, sur les conditions de travail et sur l'interprétation et l'exécution des « contrats collectifs » (autrement dit des « conventions collectives ») ou des contrats-types. Des offices de conciliation constitués dans une industrie par un certain nombre de fabricants et leurs ouvriers peuvent remplacer l'office public (art. 33 de la loi sur le travail dans les fabriques).

2090

Les parties peuvent charger l'office de conciliation de trancher leur différend par une *sentence arbitrale* qui les lie (art. 34, 1^e phr. de la loi sur le travail dans les fabriques). Si l'office est constitué d'un commun accord, les parties peuvent étendre cette compétence à tous leurs différends (art. 34, 2^e phr. de la loi sur le travail dans les fabriques).

2091

Les cantons peuvent attribuer aux offices de conciliation une compétence plus étendue (art. 35 de la loi sur le travail dans les fabriques).

En ce qui concerne la *procédure*, les offices de conciliation interviennent d'office ou à la requête d'autorités, ou à la requête d'intéressés (art. 31, al. 1 de la loi sur le travail dans les fabriques). Toutes les personnes citées par l'office sont tenues, sous peine d'amende, de comparaître, de prendre part aux débats et de fournir tous renseignements (art. 31, al. 2 de la loi sur le travail dans les fabriques). La procédure est gratuite (art. 31, al. 3 de la loi sur le travail dans les fabriques).

2092

Un office fédéral de conciliation peut être institué notamment pour connaître des litiges débordant les limites d'un canton (art. 1 de la loi sur l'Office fédéral de

2093

conciliation en matière de conflits collectifs du travail). Une procédure de conciliation spécifique est instituée, ainsi qu'une procédure d'arbitrage (art. 3 à 5 de la loi sur l'Office fédéral de conciliation en matière de conflits collectifs du travail ; voir les précisions sur la procédure de conciliation aux art. 8 à 13 du règlement d'exécution de la loi du 2 septembre 1949).

- 2094 L'article 6 de la loi sur l'Office fédéral de conciliation en matière de conflits collectifs du travail instaure le principe de « ***maintien de la paix*** » : durant la procédure de conciliation ou d'arbitrage, les employeurs et les ouvriers ou employés intéressés, ainsi que leurs associations, doivent veiller à maintenir la paix sociale et à s'abstenir de toute mesure de lutte. L'obligation de maintenir la paix naît au moment où l'institution de l'office de conciliation ou de l'office d'arbitrage est notifiée aux parties et dure quarante-cinq jours. L'office de conciliation ou l'office d'arbitrage peut, par une décision unanime, proroger ce délai. (al. 1) En vue d'assurer la paix sociale, l'office de conciliation ou d'arbitrage peut aussi exhorter les parties à conclure, pour la durée de la procédure de conciliation ou d'arbitrage, une convention spéciale destinée à réprimer les atteintes à la paix. (al. 2) L'office de conciliation ou d'arbitrage constate les atteintes portées à la paix et peut les publier, si la partie en faute ne renonce pas à son comportement. (al. 3) Sont réservées les peines conventionnelles prévues pour le cas de rupture de la paix. (al. 4)

Section 2 : L'arbitrage

- 2095 La procédure d'arbitrage devant l'office fédéral de conciliation en matière de conflits collectifs du travail est régie par l'article 5 de la loi du 12 février 1949 concernant l'Office fédéral de conciliation en matière de conflits collectifs du travail et par l'article 14 du règlement d'exécution du 2 septembre 1949.
- 2096 L'office arbitral statue ***définitivement*** : ses sentences sont assimilées, pour leur exécution, à des décisions judiciaires (art. 5 al. 3 de la loi).

La sentence arbitrale doit être ***motivée*** (art. 14 al. 2 du règlement).

En matière de ***licenciements collectifs***, lorsque les parties ne parviennent pas à s'accorder sur un plan social, il y a lieu de saisir un tribunal arbitral (art. 335j, al. 1 CO). Le tribunal arbitral arrête un plan social obligatoire (art. 335j, al. 2 CO)³⁷¹¹.

Section 3 : La juridiction

- 2097 La jurisprudence a proclamé un certain nombre de règles en la matière :

³⁷¹¹ Sur le régime du plan social, cf. *supra* n° 648 et s.

- Les règles spéciales de **procédure** propres au droit du travail prévues dans la loi sur le Tribunal fédéral ne trouvent pas application en matière de conflits collectifs³⁷¹². L'idée est que ces règles spéciales protègent le travailleur dans un conflit individuel face à un employeur, mais non un groupement de travailleurs organisé en syndicat.

- Le fait de ne pas soumettre un litige à la commission paritaire de conciliation instituée par la convention collective applicable n'engendre pas un **préjudice irréparable**³⁷¹³.

- Lorsque la Chambre des relations collectives de travail du canton de Genève statue comme Tribunal arbitral public, c'est-à-dire lorsqu'elle tranche des conflits collectifs, sa décision n'est pas susceptible de recours direct devant le Tribunal fédéral, puisque le principe de **double instance cantonale** ne serait pas respecté. Le recours doit donc être transmis à la Cour de justice, autorité supérieure du canton de Genève³⁷¹⁴.

2098

- Une sentence d'un tribunal arbitral avec siège en Suisse entrée en force et exécutoire vaut titre de **mainlevée définitive**³⁷¹⁵.

- Un tribunal arbitral prévu dans une convention collective de travail formé par des organes paritaires peut être considéré comme une autorité arbitrale **indépendante** et ses décisions peuvent être traitées comme des sentences arbitrales au sens du code de procédure civile³⁷¹⁶.

- La décision issue d'un arbitrage interne (en l'occurrence la Chambre des relations collectives de travail du canton de Genève) peut faire l'objet d'un **recours** devant le Tribunal fédéral ; un tel recours n'est recevable que pour les motifs limitativement énumérés à l'article 393 du code de procédure civile et, en principe, il ne peut tendre qu'à l'annulation de la décision litigieuse ; parmi les motifs, on trouve l'arbitraire dans le résultat auquel parvient la décision attaquée ; il ne s'agit pas de contrôler l'appréciation des preuves et les conclusions qui en sont tirées mais uniquement les constatations de fait manifestement réfutées par des pièces du dossier ; l'arbitraire peut aussi concerner une violation manifeste du droit, par quoi il faut en principe entendre le droit matériel à l'exclusion du droit de procédure³⁷¹⁷.

2099

- Une sentence d'arbitrage interne peut notamment être attaquée lorsque l'**égalité des parties** ou leur **droit d'être entendues** en procédure contradictoire n'a pas été respecté (art. 393, let. d CPC) – étant précisé que le droit d'être entendu au sens de cette disposition a sensiblement le même contenu que le droit dérivant de l'article 29, alinéa

2100

³⁷¹² TF, 25 mars 2010, 4A_535/2009, cons. 1.2.1 ; TF, 24 juin 2014, 4A_233/2013, ATF 140 III 391, JT 2015 II 123, JT 2016 II 374, com. Bärtschi *in* ius.focus 2014 8 11, com. Stöckli *in* DTA 2014 261, com. Portmann *in* RJB 2016 858, cons. 1.3.

³⁷¹³ TF, 19 avril 2016, 4A_388/2015, cons. 3.

³⁷¹⁴ TF, 13 juillet 2016, 4A_53/2016, cons. 1.

³⁷¹⁵ TF, 5 octobre 2015, 5A_877/2014, cons. 4.

³⁷¹⁶ *Ibidem*.

³⁷¹⁷ TF, 28 novembre 2014, 4A_622/2014, cons. 1.

2 de la Constitution – ou lorsque la sentence est **arbitraire** dans son résultat parce qu'elle repose sur des constatations manifestement contraires aux faits résultant du dossier ou parce qu'elle constitue une violation manifeste du droit ou de l'équité (art. 393, let. e CPC) – étant précisé que la notion d'arbitraire au sens de cette disposition correspond substantiellement à celle retenue par la jurisprudence en application de l'article 9 de la Constitution³⁷¹⁸.

- 2101 - Un tribunal arbitral ne viole pas le droit d'être entendu des parties, même lorsqu'il refuse d'entendre en qualité de témoins deux personnes auteurs de documents produits par une des parties, dès lors que suffisamment d'autres éléments pertinents lui ont permis de se forger une conviction sur le cas³⁷¹⁹. Quant à l'appréciation des preuves, fût-elle anticipée, elle échappe à l'examen de la juridiction fédérale lorsqu'elle est saisie d'un recours contre une sentence arbitrale³⁷²⁰.

³⁷¹⁸ TF, 15 février 2017, 4A_587/2015, cons. 3.1 et 3.2.

³⁷¹⁹ TF, 15 février 2017, 4A_587/2015, cons. 5.

³⁷²⁰ *Ibidem*.

Cinquième partie : Les conflits individuels autour du travail

Les conflits individuels autour du travail peuvent se régler *judiciairement* (Titre 1) ou *extra-judiciairement* (Titre 2).

2102

Titre 1 : Le règlement judiciaire des conflits individuels

En vertu de la séparation classique entre le droit privé et le droit public, le règlement judiciaire des conflits individuels suit soit la voie de la **procédure civile** (**Chapitre 1**) (éventuellement couplée ou indépendamment d'une procédure pénale), soit la voie de la **procédure administrative** (**Chapitre 2**).

2103

Chapitre 1 : La procédure civile

Pour mener à bien une procédure civile, il importe de déterminer les **parties au litige** (**Section 1**), la **compétence** judiciaire (**Section 2**) et la **procédure** applicable (**Section 3**).

2104

Dans ce cadre, le débiteur peut exciper de **prescription** (**Section 4**).

Section 1 : Parties au litige

Les parties à une procédure judiciaire en matière de travail sont, dans la majorité des cas, les **parties au contrat de travail** (§ 1).

2105

Dans certains cas et à certaines conditions, les **associations professionnelles** se voient reconnaître le droit d'ester en justice (§ 2).

§ 1 : Les parties au contrat de travail

Les parties doivent être **déterminées** (A).

2106

Certaines bénéficient d'une **immunité de juridiction** (B), les **institutions religieuses** représentant un cas particulier (C).

A. La détermination des parties

Les parties naturelles au procès civil en matière de travail sont le **travailleur** et l'**employeur**.

2107

La détermination du travailleur est aisée. Il n'en va pas forcément de même pour la

détermination de l'employeur. Dans les groupes de société en particulier, le travailleur doit veiller à assigner son employeur juridique, lequel se trouve parfois être une filiale particulière et non la maison-mère³⁷²¹.

2108 **Organes, auxiliaires et employés.** Comme l'employeur est responsable de ses organes (s'il en possède en tant que personne morale), de ses auxiliaires et de ses employés (sauf s'il prouve qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner le dommage ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire), il peut être attaqué directement, même si ce sont ses organes, ses auxiliaires ou ses employés qui sont à l'origine de la violation. La responsabilité de l'employeur pour ses organes se fonde sur l'article 55 du code civil, pour ses auxiliaires sur l'article 101 du code des obligations, pour ses employés sur l'article 55 du même code.

2109 Les fautes commises par les organes d'une personne morale engagent, au surplus, la responsabilité personnelle de leurs auteurs (art. 55, al. 3 CC). Les membres des organes de l'employeur personne morale peuvent donc être assignés en justice. Il en va de même lorsque la responsabilité délictuelle d'un employé est directement engagée à l'égard de l'un de ses collègues sur le fondement de l'article 41 du code des obligations. Toutefois, en pratique, il paraît peu stratégique de la part du travailleur, sauf cas particulier, de multiplier ses adversaires.

2110 **Succursale.** Bien que jouissant d'une certaine autonomie, une *succursale* est dépourvue d'existence juridique et n'a pas la capacité d'ester en justice, ni celle d'être poursuivie³⁷²².

2111 **Représentation conventionnelle.** La matière prud'homale permet une représentation conventionnelle particulière. En effet, si toute personne capable d'ester en justice peut se faire représenter au procès (art. 68, al. 1 CPC), sont autorisés à représenter les parties à titre professionnel devant les juridictions spéciales en matière de contrat de travail non seulement les *avocats* (art. 68, al. 2, a CPC), mais également les *mandataires professionnellement qualifiés*, si le droit cantonal le prévoit (art. 68, al. 2, d CPC). Selon le Tribunal fédéral, agit déjà à titre professionnel le représentant qui est prêt à intervenir dans un nombre de cas indéterminés ; peu importe qu'il perçoive une rémunération ou qu'il intervienne comme représentant à des fins lucratives³⁷²³.

Il n'existe pas de préjudice irréparable permettant de recourir contre une décision statuant sur la recevabilité d'une demande déposée par un travailleur représenté par un syndicat³⁷²⁴. L'article 68, alinéa 2 du code de procédure civile vise à garantir la qualité de la représentation, et protège donc au premier chef la partie assistée³⁷²⁵.

³⁷²¹ Cf. *supra* n° 364 et s.

³⁷²² TF, 28 novembre 2003, 4C.270/2003, cons. 1.1 ; TF, 7 avril 1994, ATF 120 III 11, JT 1996 II 169, cons. 1a.

³⁷²³ TF, 21 octobre 2014, 5A_289/2014, ATF 140 III 555, cons. 2.

³⁷²⁴ TF, 17 mai 2016, 4A_436/2015, cons. 1.2.2.

³⁷²⁵ TF, 21 octobre 2014, 5A_289/2014, ATF 140 III 555, cons. 2.3.

Si une partie est manifestement incapable de procéder elle-même, le tribunal peut l'inviter à commettre un **représentant**. Si la partie ne donne pas suite à cette injonction dans le délai imparti, le tribunal en désigne un (art. 69, al. 1 CPC).

Procuration. En toute hypothèse, le représentant doit justifier de ses pouvoirs au moyen d'une procuration (art. 68, al. 3 CPC). 2112

Comparution personnelle. Le tribunal peut toujours ordonner la comparution personnelle des parties qui sont représentées (art. 68, al. 4 CPC). 2113

B. L'immunité de juridiction

En matière d'immunité de juridiction, deux principes méritent d'être préalablement rappelés : 2114

- un État peut, dans l'accomplissement de sa mission, engager des particuliers, nationaux ou étrangers, sous contrat de travail de droit privé³⁷²⁶ ;
- le tribunal de l'État du for n'est pas lié, dans son appréciation, par la qualification retenue en droit interne de l'État étranger³⁷²⁷.

Le droit international public prévoit, dans certaines circonstances, une immunité de juridiction en faveur d'un **État étranger** qui serait assigné devant les juridictions suisses. Il est vrai qu'un État ne devrait pas, en principe, être assujéti à un autre État. Toutefois, le principe d'immunité se doit d'être restrictif³⁷²⁸, sauf à rompre de manière trop importante l'égalité entre les justiciables. On opère dès lors une distinction entre les **actes d'autorité**, liés à l'exercice de fonctions publiques (*de jure imperii*), pour lesquels l'État peut se prévaloir d'une immunité, et les **actes de gestion de l'État** (*de jure gestionis*), pour lesquels l'immunité est exclue³⁷²⁹. En l'absence d'immunité de juridiction, les juridictions suisses sont compétentes. 2115

Une convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 traite de la question des immunités juridictionnelles des États (CNUJIE). Elle a été ratifiée par la Suisse, mais n'entrera en vigueur qu'au moment où trente États l'auront ratifiée (art. 30 CNUJIE)³⁷³⁰. Ce nonobstant, le Tribunal fédéral s'en inspire pour traiter ces questions car cette convention a pour ambition de codifier le droit international coutumier en matière d'immunité de juridiction. De manière générale, le but poursuivi par cette convention est de limiter l'immunité de juridiction en matière de contestations liées à des contrats de travail³⁷³¹. 2116

³⁷²⁶ TF, 27 mai 1992, ATF 118 II 213.

³⁷²⁷ TF, 12 mars 1993, ATF 119 II 66, JT 1992 I 112.

³⁷²⁸ Cf. Message du Conseil fédéral, 25 février 2009, FF 2009 1443.

³⁷²⁹ Communiqué du DFAE, 16 avril 2010, < admin.ch >.

³⁷³⁰ Actuellement, 21 États l'ont ratifiée : < treaties.un.org >.

³⁷³¹ TF, 30 novembre 2011, 4A_544/2011, cons. 3.2 ; TF, 31 octobre 2014, 4A_331/2014, cons. 3.4.

L'article 11, alinéa 1 de la convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 dispose qu'« à moins que les États concernés n'en conviennent autrement, un État ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à un contrat de travail entre l'État et une personne physique pour un travail accompli ou devant être accompli, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre État ». Cette disposition institue pour règle ***l'absence d'immunité*** dans le cadre d'un litige prud'homal, si le tribunal saisi est compétent et que le travail en cause est accompli totalement ou partiellement sur le territoire de l'État du for.

En principe, l'État défendeur ne peut donc invoquer son immunité. Toutefois, des exceptions sont prévues à l'article 11, alinéa 2 de la convention³⁷³², dans les cas suivants : si l'employé a été engagé pour s'acquitter de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique (a) ; si l'employé est agent diplomatique, tel que défini dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961, fonctionnaire consulaire, tel que défini dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963, membre du personnel diplomatique d'une mission permanente auprès d'une organisation internationale, ou d'une mission spéciale, ou s'il est engagé pour représenter un État lors d'une conférence internationale ou s'il s'agit de toute autre personne jouissant de l'immunité diplomatique (b) ; si l'action a pour objet l'engagement, le renouvellement de l'engagement ou la réintégration d'un candidat (c) ; si l'action a pour objet le licenciement ou la résiliation du contrat d'un employé et si, de l'avis du chef de l'État, du chef du gouvernement ou du Ministre des affaires étrangères de l'État employeur, cette action risque d'interférer avec les intérêts de l'État en matière de sécurité (d) ; si l'employé est ressortissant de l'État employeur au moment où l'action est engagée, à moins qu'il n'ait sa résidence permanente dans l'État du for (e) ; ou si l'employé et l'État employeur en sont convenus autrement par écrit, sous réserve de considérations d'ordre public conférant aux tribunaux de l'État du for juridiction exclusive en raison de l'objet de l'action (f).

2117 Une telle définition exclut donc du périmètre de l'immunité les personnes s'occupant uniquement de tâches subalternes³⁷³³, qui sont sans influence décisionnelle sur l'activité spécifique de la mission dans la représentation du pays³⁷³⁴. Par exemple, un État ne saurait se prévaloir de son immunité à l'égard d'une femme de ménage, d'un cuisinier ou d'un chauffeur.

2118 En revanche, l'immunité de juridiction civile instituée par la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques peut couvrir l'action civile intentée par le domestique privé d'un agent diplomatique à raison des rapports de travail³⁷³⁵.

³⁷³² TF, 31 octobre 2014, 4A_331/2014, cons. 3.1.

³⁷³³ TF, 30 novembre 2011, 4A_544/2011, cons. 2.2.2.

³⁷³⁴ TF, 31 octobre 2014, 4A_331/2014, cons. 3.4.

³⁷³⁵ TF, 7 juillet 2015, 4A_618/2014, cons. 3.

Une telle immunité de juridiction entraîne une impossibilité objective d'agir en justice, pertinente au regard de l'article 134, alinéa 1, 6 du code des obligations, malgré la possibilité théorique d'en obtenir la levée³⁷³⁶.

2119

C. Le cas particulier des institutions religieuses

La situation des institutions religieuses est particulière. Dans certains cantons, l'Église catholique romaine et l'Église réformée sont reconnues par l'État ; elles sont dès lors soustraites aux règles de droit privé³⁷³⁷. Selon la jurisprudence, les rapports entre l'Église et ses corporations, d'une part, et les agents pastoraux, d'autre part, ne sont donc pas régis par le droit privé, sauf si l'agent a été engagé par un contrat de droit privé, ce qui n'est pas le cas des prêtres. Selon ce statut juridique, le prêtre est soumis au **droit public** et au **droit canon** : un prêtre ne peut donc introduire une action par-devant le Tribunal des prud'hommes³⁷³⁸.

2120

Dans un tel cas cependant, un prêtre doit pouvoir soumettre sa cause au juge administratif³⁷³⁹.

§ 2 : Les associations professionnelles

Un syndicat peut-il agir en lieu et place d'un travailleur ou en concours avec lui ?

2121

Selon l'article 89, alinéa 1 du code de procédure civile, les « associations et les autres organisations d'importance nationale ou régionale qui sont habilitées aux termes de leurs statuts à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé peuvent, en leur propre nom, agir pour l'atteinte à la personnalité des membres de ce groupe ».

Le code limite toutefois les sortes d'actions ouvertes à ces organisations : ces dernières ne peuvent agir qu'en **interdiction**, en **cessation** ou en **constatation** du **caractère illicite d'une atteinte** (art. 89, al. 2 CPC)³⁷⁴⁰. Ainsi, ces organisations ne peuvent pas

2122

³⁷³⁶ TF, 7 juillet 2015, 4A_618/2014, cons. 5.

³⁷³⁷ TF, 21 mars 2016, 4A_88/2016, cons. 2.3.

³⁷³⁸ TF, 21 mars 2016, 4A_88/2016, cons. 2.3 et 3.2.

³⁷³⁹ Cf. TF, 9 décembre 2015, 8C_559/2015, où un prêtre a pu contester, devant un tribunal administratif, sa non-reconduction dans ses fonctions. D'ailleurs, la Commission de recours de l'Église catholique du canton de Zurich doit être qualifiée de dernière instance cantonale au sens de l'article 86, alinéa 2 de la loi sur le Tribunal fédéral : ses décisions peuvent donc faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral (TF, 29 janvier 2016, 8C_451/2015). Cf. également TF, 6 juillet 2016, 8C_817/2015, concernant la Chambre des recours de l'Église réformée évangélique de la République et Canton du Jura. Tout ceci montre la quasi-indépendance de la juridiction ecclésiastique, qui forme un ordre de juridiction à part, contrôlé uniquement au niveau du Tribunal fédéral.

³⁷⁴⁰ Cf. Patricia Dietschy, *Les conflits de travail en procédure civile suisse*, Neuchâtel/Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2011, N 727, pp. 349 et s. ; Giuseppe Donatiello, « Droit d'action des organisations au regard de l'art. 89 CPC », in Rémy Wyler (édit.), *Panorama II en droit du travail*, Berne, Stämpfli, 2012, pp. 825 et s. ; Jean-Philippe Dunand, in Commentaire Dunand/Mahon, N 67 ad art. 328 CO.

conclure à des réparations matérielles ou morales en lieu et place du travailleur concerné³⁷⁴¹.

- 2123 En outre, le code de procédure civile, en son article 89, alinéa 3, réserve expressément la capacité pour agir des associations lorsqu'elle est prévue par une loi spéciale³⁷⁴².

Section 2 : Compétence

- 2124 La juridiction civile compétente pour juger d'un litige de droit du travail se détermine *ratione loci* (§ 1), *ratione materiae* (§ 2) et, parfois, *ratione valoris* (§ 3).

§ 1 : Compétence à raison du lieu

- 2125 En raison de l'autonomie conservée par les cantons en matière d'organisation judiciaire, c'est la compétence à raison du lieu qui doit être déterminée en premier.

Elle obéit à des règles différentes selon que l'on demeure dans un cadre strictement **national** (A) ou qu'un élément d'extranéité rend le litige **international** (B).

A. Nationalement

- 2126 Les actions relevant du droit du travail connaissent des fors spéciaux (cf. art. 34 CPC). Il convient dès lors de déterminer en premier lieu si ***l'action relève du droit du travail ou d'un autre fondement***, au sens du code de procédure civile (1).

Ensuite pourront être examinées les ***différentes compétences territoriales*** offertes par la loi (2).

1) Les actions relevant du droit du travail

a. Qualification juridique claire

- 2127 Les actions qui portent sur l'exécution du contrat de travail au sens du code des obligations³⁷⁴³ font partie des actions relevant du droit du travail.

Le Tribunal fédéral a jugé que la prétention d'un travailleur contre son employeur, relativement au paiement d'une indemnité de départ, pouvait être qualifiée d'action

³⁷⁴¹ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 17 *ad* art. 328 CO ; Patricia Dietschy, *op. cit.*, N 728, p. 351 ; Giuseppe Donatiello, *op. cit.*, pp. 832 et s.

³⁷⁴² Patricia Dietschy, *op. cit.*, N 729 et s., pp. 351 et s.

³⁷⁴³ Cf. *supra* 1^e partie.

relevant du droit du travail, peu important que le montant litigieux eût dû à l'origine être versé dans le plan de prévoyance de l'employé³⁷⁴⁴.

Selon la doctrine, le travailleur doit pouvoir bénéficier des avantages procéduraux liés au contrat de travail, y compris en matière de **protection des données**. En effet, le litige relève de la relation de travail et la protection du travailleur est en partie prévue par des dispositions relevant du contrat de travail (art. 328 et 328b CO)³⁷⁴⁵. Pour que les dispositions spéciales de procédure civile s'appliquent, il doit suffire que les prétentions invoquées soient fondées sur des relations de travail de droit privé³⁷⁴⁶. Le fondement reste d'ailleurs celui de la protection de la personnalité du travailleur, prise en son aspect spécifique de protection des données personnelles de celui-ci.

2128

La même solution doit prévaloir pour les **syndicats**. Ces derniers doivent pouvoir agir devant les juridictions du travail lorsqu'ils défendent les intérêts d'un ou de plusieurs travailleurs. Certes, le Tribunal fédéral a jugé que les litiges s'élevant entre un employeur et un organe de contrôle prévu par une convention collective de travail³⁷⁴⁷, ou entre un employeur et un syndicat défendant des salariés victimes d'un licenciement collectif³⁷⁴⁸, n'étaient pas des « contestations en matière de droit du travail au sens de l'article 74 alinéa 1, a de la loi sur le Tribunal fédéral ». Si une telle solution devait conduire à refuser, au niveau cantonal, l'accès des syndicats aux juridictions prud'homales, elle serait très certainement critiquable³⁷⁴⁹.

2129

b. Qualification juridique douteuse : les faits « doublement pertinents »

Lorsque le demandeur introduit son action, la qualification de la relation contractuelle n'est pas toujours si claire. S'il existe un doute, on applique la théorie dite des faits doublement pertinents.

2130

La théorie des faits doublement pertinents distingue les faits dits **simples**, qui ne sont déterminants que pour la compétence, des faits dits **doublement pertinents**, qui sont déterminants à la fois pour connaître la compétence et pour trancher le fond du litige³⁷⁵⁰. Sont des faits simples les éléments de localisation, à savoir le domicile, le siège du défendeur et le lieu de l'activité professionnelle habituelle³⁷⁵¹. Est en revanche un fait doublement pertinent l'existence d'un contrat de travail³⁷⁵².

2131

³⁷⁴⁴ TF, 29 juillet 2016, 4A_642/2015, cons. 4.

³⁷⁴⁵ Gabriel Aubert, « La protection des données dans les rapports de travail », in *Journée 1995 de droit du travail et de la sécurité sociale*, Zurich, Schulthess, 1999, p. 188 ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 7 ad art. 328b CO, p. 157 ; Philippe Meier, *Protection des données*, Berne, Stämpfli, 2011, N 2061, p. 659 ; Jean-Philippe Dunand, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 111 ad art. 328b CO.

³⁷⁴⁶ François Bohnet/Patricia Dietschy, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 7 ad art. 343 CO.

³⁷⁴⁷ TF, 25 mars 2010, 4A_535/2009, cons. 1.2.1 (non publié sans l'ATF 137 III 27, JT 2011 II 210, SJ 2011 I 151).

³⁷⁴⁸ TF, 2 décembre 2010, 4A_449/2010, RSPC 2010 290, cons. 1.2.

³⁷⁴⁹ François Bohnet/Patricia Dietschy, in *Commentaire Dunand/Mahon*, N 7 ad art. 343 CO ; Patricia Dietschy, *Les conflits de travail en procédure civile suisse*, Neuchâtel/Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2011, N 13, pp. 11 et s. ; cf. Rémy Wyler, in RSPC 2011 102.

³⁷⁵⁰ TF, 22 novembre 2010, 4A_461/2010, ATF 137 III 32, cons. 2 ; TF, 26 juin 2015, 4A_73/2015, cons. 4.1.

- 2132 Selon la jurisprudence, la constatation d'un fait simple est sans pertinence pour le bien-fondé de la prétention au fond³⁷⁵³. Les faits simples doivent donc être prouvés dès le stade de l'examen de la compétence, dès lors que la partie défenderesse a soulevé l'exception du déclinatoire en contestant les allégués de la partie demanderesse³⁷⁵⁴. À l'inverse, les faits sont doublement pertinents lorsque les faits déterminants pour la compétence du tribunal sont également ceux qui sont déterminants pour le bien-fondé de l'action. En présence de tels faits, le juge saisi n'examine sa compétence que sur la base des allégués, moyens et conclusions de la demande, sans tenir compte des objections de la partie défenderesse³⁷⁵⁵. L'administration des preuves sur les faits doublement pertinents est renvoyée à la phase du procès au cours de laquelle est examiné le bien-fondé de la prétention au fond³⁷⁵⁶.
- 2133 En d'autres termes, au stade de l'examen et de la décision sur la compétence, qui ont lieu d'entrée de cause, *les faits doublement pertinents n'ont pas à être prouvés*, mais ils sont censés être établis sur la base des allégués, moyens et conclusions du demandeur³⁷⁵⁷. L'administration des moyens de preuve sur les faits doublement pertinents aura lieu ultérieurement dans la phase du procès au fond, au cours des débats principaux : s'il se révèle alors que le fait doublement pertinent n'est pas prouvé, le tribunal rejettera la demande, par un jugement revêtu de l'autorité de la chose jugée ; s'il se révèle au contraire que le fait doublement pertinent est prouvé, le tribunal examinera les autres conditions de la prétention au fond³⁷⁵⁸.
- 2134 Le tribunal ne doit donc décider s'il y a un contrat de travail que sur la seule base des allégués et moyens du demandeur, sans tenir compte des contestations du défendeur et

³⁷⁵¹ TF, 22 novembre 2010, 4A_461/2010, ATF 137 III 32 cons. 2.3 ; TF, 26 juin 2015, 4A_73/2015, cons. 4.2.

³⁷⁵² TF, 22 novembre 2010, 4A_461/2010, ATF 137 III 32, cons. 2.3 et 2.4.1 ; TF, 10 décembre 2014, 4A_28/2014, cons. 4.2.2 ; TF, 26 juin 2015, 4A_73/2015, cons. 4.2.

³⁷⁵³ TF, 5 mai 2006, 4C.329/2005, cons. 2.2 (non publié dans l'ATF 132 III 579) ; TF, 25 juin 2015, 4A_703/2014, ATF 141 III 294, cons. 5.1.

³⁷⁵⁴ TF, 28 mars 2007, 4C.43/2006, ATF 133 III 295, cons. 6.2 ; TF, 9 octobre 2007, 4A_155/2007, ATF 134 III 27, cons. 6.2.1 ; TF, 22 novembre 2010, 4A_461/2010, ATF 137 III 32, cons. 2.3 ; TF, 15 juillet 2014, 4A_113/2014, cons. 2.3 (non publié dans l'ATF 140 III 418) ; TF, 10 décembre 2014, 4A_28/2014, cons. 4.2.1 ; TF, 26 juin 2015, 4A_73/2015, cons. 4.1.1.

³⁷⁵⁵ TF, 31 août 2010, 4A_293/2010, ATF 136 III 486, cons. 4 ; TF, 7 mars 2012, 4A_630/2011, cons. 2.2 (non publié dans l'ATF 138 III 166) ; TF, 26 juin 2015, 4A_73/2015, cons. 4.1.2.

³⁷⁵⁶ TF, 21 février 1996, ATF 122 III 249, cons. 3b/bb ; TF, 28 mars 2007, 4C.43/2006, ATF 133 III 295, cons. 6.2 ; TF, 22 novembre 2010, 4A_461/2010, ATF 137 III 32, cons. 2.3 ; TF, 15 juillet 2014, 4A_113/2014, cons. 2.3 ; TF, 10 décembre 2014, 4A_28/2014, cons. 4.2.2 ; TF, 26 juin 2015, 4A_73/2015, cons. 4.1.2 ; TF, 9 octobre 2017, 8C_755/2016, cons. 2.1 : « L'existence des faits justifiant à la fois la compétence et les prétentions au fond, s'ils sont contestés, seront présumés réalisés pour l'examen de la compétence et ils ne devront être prouvés qu'au moment où le juge statuera sur le fond. En d'autres termes, il suffit, pour admettre la compétence du tribunal, que les faits qui constituent à la fois la condition de cette compétence et le fondement nécessaire de la prétention soumise à l'examen du tribunal soient allégués avec une certaine vraisemblance. Le point de savoir si tel est effectivement le cas est ensuite tranché, pour autant que les autres conditions de recevabilité propres à la matière soient réunies, avec l'examen de cause au fond. »

³⁷⁵⁷ TF, 26 juin 2015, 4A_73/2015, cons. 4.1.2.

³⁷⁵⁸ *Ibidem*.

sans procéder à aucune administration de preuves³⁷⁵⁹. Il suffit que le demandeur allègue un fait doublement pertinent de façon suffisante, c'est-à-dire de telle façon que son contenu permette au tribunal d'apprécier (juridiquement) si l'action introduite relève bien du contrat de travail³⁷⁶⁰. Cette appréciation relève du droit car savoir si les éléments de fait allégués permettent de conclure à l'existence d'un rapport de subordination typique du contrat de travail est une question de droit. Selon la jurisprudence, s'il se pose une question délicate de délimitation, elle devra être examinée lors de l'examen du bien-fondé de la prétention au fond, en même temps que celle de savoir si un contrat a réellement été passé³⁷⁶¹.

La théorie de la double pertinence n'est applicable ni lorsque la compétence d'un **tribunal arbitral** est contestée, car il est exclu de contraindre une partie à souffrir qu'un tel tribunal se prononce sur des droits et obligations litigieux s'ils ne sont pas couverts par une convention d'arbitrage valable, ni lorsque l'exception d'**immunité de juridiction** est invoquée par un État³⁷⁶².

2135

Les faits doublement pertinents, même établis, doivent encore être **concluants**, c'est-à-dire qu'ils doivent permettre de déduire juridiquement le for invoqué par le demandeur³⁷⁶³.

2136

En cas d'**abus de droit** de la part du demandeur, il peut être fait exception à la théorie de la double pertinence³⁷⁶⁴. Un tel abus est caractérisé lorsque la demande est présentée sous une forme destinée à en déguiser la nature véritable ou lorsque les allégués sont manifestement faux³⁷⁶⁵. Dans de tels cas, la jurisprudence estime que la partie défenderesse doit être protégée contre la tentative de la partie demanderesse de l'attirer au for de son choix³⁷⁶⁶. Il est également fait exception à l'application de la théorie de la double pertinence lorsqu'au regard des allégués, il apparaît exclu de retenir la qualification du contrat ou de l'objet du litige telle que proposée par le demandeur, car la règle de for serait éludée³⁷⁶⁷. Dans ces cas, qui visent tous des

³⁷⁵⁹ TF, 10 décembre 2014, 4A_28/2014, cons. 4.2.2.

³⁷⁶⁰ TF, 22 novembre 2010, 4A_461/2010, ATF 137 III 32, cons. 2.2 ; TF, 26 juin 2015, 4A_73/2015, cons. 4.2.

³⁷⁶¹ TF, 22 novembre 2010, 4A_461/2010, ATF 137 III 32 cons. 2.4.2 ; TF, 26 juin 2015, 4A_73/2015, cons. 4.2.

³⁷⁶² TF, 20 août 1998, ATF 124 III 382, cons. 3b ; TF, 22 décembre 2004, 4C.296/2004, ATF 131 III 153, cons. 5.1 ; TF, 10 décembre 2014, 4A_28/2014, cons. 4.2.2.

³⁷⁶³ TF, 25 juin 2015, 4A_703/2014, ATF 141 III 294, cons. 6.1 ; TF, 26 juin 2015, 4A_73/2015, cons. 4.1.3.

³⁷⁶⁴ TF, 10 décembre 2014, 4A_28/2014, cons. 4.2.2.

³⁷⁶⁵ TF, 25 juin 2015, 4A_703/2014, ATF 141 III 294, cons. 5.3 ; TF, 26 juin 2015, 4A_73/2015, cons. 4.1.4.

³⁷⁶⁶ TF, 31 août 2010, 4A_293/2010, ATF 136 III 486, cons. 4 ; TF, 22 novembre 2010, 4A_461/2010, ATF 137 III 32, cons. 2.3 ; TF, 11 mars 2011, 4A_31/2011, cons. 2 ; TF, 7 mars 2012, 4A_630/2011, cons. 2.2 ; TF, 15 juillet 2014, 4A_113/2014, cons. 2.3 ; TF, 10 décembre 2014, 4A_28/2014, cons. 4.2.2 ; TF, 26 juin 2015, 4A_73/2015, cons. 4.1.4.

³⁷⁶⁷ TF, 22 novembre 2010, 4A_461/2010, ATF 137 III 32, cons. 2.2 et 2.4.2 ; TF, 10 décembre 2014, 4A_28/2014, cons. 4.2.2.

situations d'abus, la partie adverse doit être protégée contre une tentative abusive du demandeur de l'attirer au for de son choix³⁷⁶⁸.

2137

Critique. La théorie des faits de double pertinence présente un défaut majeur, pour ne pas dire rédhibitoire. Il se peut en effet, qu'après l'administration des preuves, le tribunal se rende compte, lorsqu'il examine l'affaire au fond, que, contrairement à la décision qu'il avait prise d'entrée de cause d'accepter de connaître du litige, ce dernier outrepassa sa compétence. Dans une telle hypothèse, le Tribunal fédéral n'autorise pas le tribunal à rendre un jugement d'incompétence, ce que voudrait pourtant la logique, mais il intime au juge l'ordre de rendre un jugement au fond, revêtu de l'autorité de chose jugée, interdisant au demandeur de réintroduire sa cause devant un autre tribunal³⁷⁶⁹. La justification de cette interdiction réside en ce que le tribunal « ne saurait revenir sur la décision qu'il a prise d'entrée de cause ». Pourtant, le juge pourrait rendre un jugement d'incompétence même s'il a instruit la cause au fond ; le dispositif de son jugement pourra fort bien se limiter à reconnaître l'inexistence d'un contrat de travail, sans que cela n'implique que l'action doive être définitivement rejetée. La doctrine se montre d'ailleurs critique à l'égard de la jurisprudence³⁷⁷⁰. La réponse du Tribunal fédéral aux critiques de la doctrine est pour le moins rapide : « Le demandeur qui choisit d'introduire son action à un for spécial n'a pas un intérêt à pouvoir, en cas d'échec, la porter ensuite au for ordinaire ou à un autre for spécial. »³⁷⁷¹ La seule solution convaincante serait que le juge tranche la cause au fond, même s'il outrepassa ce faisant sa compétence, quitte à en admettre le bien-fondé en appliquant les règles d'un autre domaine que celles de son domaine naturel³⁷⁷². Encore cette solution-là contredit-elle la théorie dite du « fondement prépondérant » qui veut que lorsque plusieurs fondements existent pour une seule et même prétention, la demande doive être introduite au for du fondement prépondérant³⁷⁷³. Il faudrait donc y renoncer dans ce cas particulier.

2) Les fors des actions relevant du droit du travail

a. Fors principaux

2138

L'article 34, alinéa 1 du code de procédure civile prévoit deux fors spéciaux en matière de droit du travail : le *lieu du domicile ou du siège du défendeur* et le *lieu de l'exercice habituel de l'activité professionnelle*.

2139

Le lieu de travail habituel se détermine d'après les circonstances concrètes du cas d'espèce. Il se trouve là où se situe le centre de l'activité effective du travailleur. Un

³⁷⁶⁸ TF, 31 août 2010, 4A_293/2010, ATF 136 III 486, cons. 4 ; TF, 22 novembre 2010, 4A_461/2010, ATF 137 III 32, cons. 2.3 ; TF, 10 décembre 2014, 4A_28/2014, cons. 4.2.2.

³⁷⁶⁹ TF, 26 juin 2015, 4A_73/2015, cons. 4.2.

³⁷⁷⁰ Cf. Andreas Bucher, « Vers l'implosion de la théorie des faits doublement pertinents », SJ 2015 II 72.

³⁷⁷¹ TF, 25 juin 2015, 4A_703/2014, ATF 141 III 294, cons. 5.2 ; TF, 26 juin 2015, 4A_73/2015, cons. 4.2.

³⁷⁷² François Bohnet/Patricia Dietschy-Martenet, « Qualification du contrat contestée et théorie des faits de double pertinence », Droitdu travail.ch août 2015.

³⁷⁷³ *Ibidem*.

lieu de travail temporaire et fugace ne fonde pas de compétence au sens de l'article 34 du code de procédure civile. La durée du travail ne joue pas de rôle, à l'inverse de la comparaison entre la durée des rapports de travail et du travail effectif dans d'autres lieux de travail. Lorsque le travailleur travaille simultanément dans plusieurs lieux, il faut se concentrer sur le lieu de travail principal³⁷⁷⁴.

Avec le for au lieu de travail habituel, le législateur a créé un for qui, à l'inverse du siège de la société, n'est pas lié à un critère formel, mais à un lien effectif entre le lieu d'exercice du rapport de travail et le lieu du tribunal ; pour cette raison, un lieu de travail hypothétiquement prévu par les parties n'entre pas en considération lorsque aucun travail effectif n'y été exécuté : le for initial demeure après la fin du rapport de travail même si l'employeur transfère le siège de sa société³⁷⁷⁵.

2140

Ces fors ne peuvent faire l'objet d'une **renonciation** avant la naissance du litige ou par acceptation tacite ; ils peuvent faire l'objet d'une élection de for postérieure à la naissance du différend (art. 35 CPC).

2141

b. Fors particuliers

Le tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou du lieu où il a son **établissement** ou sa **succursale** est compétent pour statuer sur les actions découlant des activités commerciales ou professionnelles d'un établissement ou d'une succursale (art. 12 CPC). La succursale ou l'établissement doit toutefois déployer une **activité économique durable**, jouir d'une certaine autonomie et disposer d'installations matérielles et permanentes au moyen desquelles s'exerce une part qualitativement et quantitativement importante de l'activité de l'entreprise³⁷⁷⁶. C'est la société elle-même et non la succursale qui n'a pas la personnalité morale qui peut actionner ou être actionnée³⁷⁷⁷.

2142

Une **demande reconventionnelle** peut être formée au for de l'action principale lorsqu'elle est dans une relation de connexité avec la demande principale (art. 14 CPC).

Le tribunal du lieu de l'établissement commercial du bailleur de services ou de l'intermédiaire avec lequel le contrat a été conclu est également compétent pour statuer sur les actions de demandeurs d'emploi ou de travailleurs relevant de la loi sur la **location de services** (art. 34, al. 2 CPC).

³⁷⁷⁴ TF, 23 août 2016, 4A_236/2016, cons. 2.

³⁷⁷⁵ TF, 23 août 2016, 4A_236/2016, cons. 5.5.1.

³⁷⁷⁶ TF, 4 septembre 2002, 4C.219/2002, ATF 129 III 31, JT 2004 I 364, cons. 3.1.

³⁷⁷⁷ TF, 7 avril 1994, ATF 120 III 11, JT 1996 II 169 ; TF, 4 septembre 2002, 4C.219/2002, ATF 129 III 31, JT 2004 I 364, cons. 3.1.

B. Internationalement

- 2143 À titre préalable, il faut rappeler que même en cas de situation internationale, la qualification de la nature du contrat intervient *de lege fori*³⁷⁷⁸.

En la matière, une **convention internationale** concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée à Lugano, s'applique aux États signataires (1) ; à défaut et en complément, la **loi sur le droit international privé** précise la tribunal compétent (2).

1) Convention de Lugano

- 2144 Selon l'article 19 de la Convention de Lugano, un employeur ayant son domicile sur le territoire d'un État lié par la Convention peut être attrait devant les tribunaux de l'État où il a son **domicile**. Dans un autre État lié par la Convention, il peut être attrait devant le tribunal du **lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail** ou devant le tribunal du **dernier lieu** où il a accompli habituellement son travail, ou, lorsque le travailleur n'accomplit pas ou n'a pas accompli habituellement son travail dans un même pays, devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait **l'établissement qui a embauché le travailleur**.

- 2145 Aux termes de l'article 20 de la Convention de Lugano, l'action de l'employeur ne peut être portée que devant les tribunaux de l'État lié par la Convention sur le territoire duquel le **travailleur a son domicile**.

Selon l'article 20, alinéa 2 de la Convention de Lugano, les dispositions susmentionnées ne portent pas atteinte au droit de l'employeur d'introduire une **demande reconventionnelle** devant le tribunal saisi de la demande originaire conformément à ladite section.

- 2146 Lorsqu'un travailleur conclut un contrat individuel de travail avec un employeur qui n'est pas domicilié dans un État lié par la présente Convention mais possède une **succursale**, une **agence** ou tout autre **établissement** dans un État lié par la présente Convention, l'employeur est considéré, pour les contestations relatives à leur exploitation, comme ayant son domicile dans cet État (art. 18, al. 2 CL).

2) Loi sur le droit international privé

- 2147 Conformément à l'article 115 de la loi sur le droit international privé, les tribunaux suisses du **domicile du défendeur** ou du lieu dans lequel le travailleur **accomplit habituellement son travail** sont compétents pour connaître des actions relatives au contrat de travail (art. 115, al. 1 LDIP). L'action intentée par un **travailleur** peut, de surcroît, être portée au for de son **domicile ou de sa résidence habituelle en Suisse** (art. 115, al. 2 LDIP).

³⁷⁷⁸ TF, 25 août 2003, 4C.87/2003, ATF 129 III 738, cons. 3.4 ; TF, 4 décembre 2009, 4A_394/2009, ATF 136 III 142, cons. 3.2.

Ces règles sont supplétives et n'interdisent pas l'**élection** par les parties d'un for différent³⁷⁷⁹. Cependant, sous peine d'inefficacité, le travailleur ne doit pas être privé de manière abusive de la protection que lui assurent les fors prévus par l'article 115 (art. 5, al. 2 LDIP)³⁷⁸⁰. L'existence d'un abus de droit doit être appréciée en fonction des circonstances du cas particulier, en considérant notamment si la clause d'élection de for a été imposée au travailleur en profitant de sa situation d'infériorité³⁷⁸¹.

2148

§ 2 : Compétence à raison de la matière

La compétence matérielle est une condition de recevabilité qui doit être examinée d'office par le tribunal (art. 59, al. 2, b et art. 60 CPC). Un jugement rendu par une autorité incompétente peut, selon les circonstances, entraîner sa nullité ; l'instance supérieure doit examiner d'office la compétence matérielle du tribunal de première instance ; les parties ne peuvent pas convenir de faire trancher le litige devant une juridiction incompétente à raison de la matière, à moins que le droit cantonal ne prévoie cette possibilité³⁷⁸².

2149

La théorie des faits de double pertinence s'applique pour la compétence à raison de la matière de la même manière que pour la compétence à raison du lieu³⁷⁸³. Ainsi, la question de la qualification du contrat doit en principe être examinée au stade du fond seulement³⁷⁸⁴.

2150

L'organisation judiciaire et l'administration de la justice en matière de droit civil sont en principe du ressort des cantons (art. 122, al. 2 Cst). À Genève, par exemple, la répartition des compétences entre le Tribunal des prud'hommes et le Tribunal de première instance (autorité normalement compétente pour les actes de la juridiction civile) ressortit exclusivement au droit cantonal. En d'autres termes, la compétence de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève est une question de **droit cantonal**, que le Tribunal fédéral ne peut revoir que sous l'angle de l'arbitraire³⁷⁸⁵.

2151

Concrètement, dans le canton de Genève, les litiges découlant d'un contrat de travail sont soumis au Tribunal des prud'hommes (art. 1, al. 1, a LTPH/GE ; cf. art. 110 LOJ/GE). Certes, l'alinéa 2 du même article dispose que les actions en responsabilité dirigées contre les employeurs sur la base de l'article 328, alinéa 2 du code des obligations ne sont pas du ressort des prud'hommes. D'aucuns estiment dès lors que

³⁷⁷⁹ Cf. Kurt Pärli, « Neue Formen der Arbeitsorganisation: Internet-Plattformen als Arbeitgeber », DTA 2016 247.

³⁷⁸⁰ Bernard Dutoit, *Droit international privé suisse*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 5^e éd., 2016, N 2 ad art. 115 LDIP.

³⁷⁸¹ Andreas Bucher/Andrea Bonomi, *Droit international privé*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2013, N 930 ; François Knoepfler/Philippe Schweizer/Simon Othenin-Girard, *Droit international privé suisse*, Berne, Stämpfli, 3^e éd., 2005, pp. 347 et s.

³⁷⁸² TF, 20 février 2015, 4A_488/2014, ATF 141 III 137, cons. 3.

³⁷⁸³ Cf. *supra*.

³⁷⁸⁴ TF, 18 mars 2015, 4A_522/2014, cons. 2.

³⁷⁸⁵ TF, 21 avril 2017, 4A_713/2016, cons. 3.

les prud'hommes genevois ne seraient compétents pour aucune action en responsabilité de l'employeur pour défaut de protection de la personnalité du travailleur³⁷⁸⁶. Il est vrai que le Tribunal de première instance de ce canton s'est déclaré compétent pour connaître d'une action en interdiction de transmission de données de travailleur. Toutefois, ces juges ont – à juste titre selon nous³⁷⁸⁷ – ajouté que le litige aurait pu être tranché par le Tribunal des prud'hommes : « Pour respecter notamment le principe de l'**unité de la matière** [nous soulignons], les employés ou les ex-employés [doivent] pouvoir agir, pour toute action civile, qu'elle soit fondée sur la protection des données, le code civil ou le code des obligations, par le biais d'une seule demande devant la juridiction du travail lorsque, comme en l'espèce, le litige s'inscrit dans le cadre des rapports de travail³⁷⁸⁸ ».

2152 Dans le cas où leur compétence est limitée au droit privé, les juges ne peuvent prononcer des condamnations au paiement que de sommes brutes, en invitant l'employeur à effectuer les déductions usuelles³⁷⁸⁹. En revanche, dès lors qu'un travailleur prend des conclusions en paiement contre son employeur en invoquant une clause du contrat individuel de travail, le juge civil ne peut pas la rejeter en contestant qu'elle relève du droit du travail et en considérant à tort qu'elle relève du droit des assurances sociales³⁷⁹⁰.

2153 **Cumul objectif d'actions.** L'article 90 du code de procédure civile autorise le demandeur à réunir, dans la même action, plusieurs prétentions contre un même défendeur, pour autant que le tribunal saisi soit compétent à raison de la matière et que les prétentions puissent être soumises à la même procédure. Cette possibilité est offerte lorsque la procédure dépend de la valeur litigieuse mais non lorsqu'une prétention relève, par sa nature, d'une procédure différente³⁷⁹¹.

Le travailleur qui formule trois prétentions salariales relatives à trois années différentes effectue un cumul d'actions objectif³⁷⁹². Lorsque plusieurs prétentions divisibles sont soulevées contre un même débiteur dans une demande mais qu'une partie seulement est réclamée, le demandeur doit préciser dans quel ordre et dans quelle mesure il fait valoir chacune des prétentions, de telle façon que, grâce à ces précisions, il n'y ait pas de cumul objectif d'actions alternatif. À défaut, les conclusions ne remplissent pas les exigences de précision du code de procédure civile et le juge n'a pas à entrer en matière³⁷⁹³.

³⁷⁸⁶ Cf. Guide social romand, fiche « Protection de la personnalité ».

³⁷⁸⁷ Cf. également Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, p. 153 ; Philippe Meier, *Protection des données*, Berne, Stämpfli, 2011, p. 659 ; Jean-Philippe Dunand, in *Commentaire Dunand/Mahon*, p. 351 ; Wyler/Heinzer, p. 748

³⁷⁸⁸ TPI/GE, 28 mars 2015, JTPI/6136/2015, cons. B.

³⁷⁸⁹ CAPH/GE, 13 juin 1986, SJ 1987 572, com. Aubert.

³⁷⁹⁰ TF, 25 mars 2002, 4C.312/2001, ATF 128 III 212, SJ 2002 I 581, PJA 2002 1357, Pra 2002 153 824, com. Spörri in PJA 2002 1357, com. Portmann in DTA 2004 238, cons. 3e.

³⁷⁹¹ François Bohnet, in *CPC Commenté*, N 8 et 9 *ad* art. 90 CPC.

³⁷⁹² TF, 18 octobre 2016, 4A_99/2016, cons. 5.3.1.

³⁷⁹³ TF, 18 octobre 2016, 4A_99/2016, cons. 5.4.

Compétence à raison du groupe. Lorsque la loi cantonale prévoit que les juges prud'hommes sont répartis en différents groupes professionnels (par exemple, art. 3 et 17 LTPH/GE), l'exception d'incompétence à raison du groupe doit être soulevée d'entrée de cause, sauf dans l'hypothèse où le greffe du Tribunal aurait commis une erreur manifeste dans l'affectation d'une cause à un groupe, auquel cas le vice serait suffisamment grave pour justifier une intervention d'office du juge³⁷⁹⁴.

2154

§ 3 : Compétence à raison de la valeur

Pour fixer la compétence du tribunal, la valeur litigieuse se détermine d'après la situation qui prévaut à la date d'introduction de la demande³⁷⁹⁵. Le tribunal saisi d'une action en paiement non chiffrée reste compétent même si le demandeur chiffre ensuite sa demande au-delà de sa compétence (art. 85, al. 2 CPC)³⁷⁹⁶. De même, lorsque la demande initiale est ensuite restreinte, le tribunal saisi reste compétent (art. 227, al. 3 CPC)³⁷⁹⁷.

2155

Lorsqu'une prétention tend au constat de la nullité d'un licenciement, la question de savoir si la valeur litigieuse doit être calculée en fonction du salaire dû jusqu'au prochain terme ordinaire de congé peut rester indécise : une cour cantonale ne viole pas le droit fédéral en estimant qu'au moment de l'introduction de la demande, plus de sept mois s'étaient écoulés depuis le terme contesté des rapports de travail, sans qu'une nouvelle résiliation n'ait été signifiée, de telle sorte que la valeur litigieuse de trente mille francs était dans tous les cas atteinte vu le montant du salaire mensuel brut de près de six mille francs³⁷⁹⁸.

2156

Section 3 : Procédure

Les exigences de la procédure sont d'une complexité certaine. Il en résulte, concrètement, que le justiciable peut se voir refuser l'accès au juge en raison de sa méconnaissance des règles de la procédure. Un tel phénomène se produit régulièrement en pratique.

2157

³⁷⁹⁴ CAPH/GE, 25 mai 1994, II/771/93.

³⁷⁹⁵ TF, 20 février 2015, 4A_488/2014, ATF 141 III 137, cons. 2.

³⁷⁹⁶ TF, 11 février 2016, 4A_509/2015.

³⁷⁹⁷ *Ibidem*.

³⁷⁹⁸ TF, 20 février 2015, 4A_488/2014, ATF 141 III 137, cons. 2.

§ 1 : Sortes de procédures

2158 **En général.** De manière schématique, sont applicables en droit du travail la procédure **ordinaire**, la procédure **simplifiée** et la procédure **sommaire**.

Comparée à la procédure ordinaire, la procédure simplifiée se caractérise notamment par un formalisme moindre (art. 244 CPC), une plus grande rapidité et une implication plus forte du juge (art. 247 CPC)³⁷⁹⁹. Elle s'applique aux affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 francs (art. 243, al. 1 CPC), ainsi qu'aux actions en exécution du droit d'accès au dossier (art. 15, al. 4 LPD ; art. 243, al. 2, d CPC).

2159 La procédure sommaire s'applique dans certains cas particuliers, par exemple lorsqu'il s'agit de désigner un **expert** chargé de calculer la participation ou la provision du travailleur selon les prescriptions de l'article 322a, alinéa 2 du code des obligations ou de l'article 322c, alinéa 2 (art. 250, b, 1 CPC). Elle s'applique également pour fixer un délai pour la garantie des prétentions découlant des rapports de travail selon l'article 337a du code des obligations (art. 250, b, 2 CPC).

2160 **Dans certains cas particuliers.** Les actions en interdiction de transmission d'informations à des autorités étrangères (comme par exemple le Department of Justice des États-Unis d'Amérique) ne sont pas de nature patrimoniale. Partant, elles doivent suivre la voie de la procédure **ordinaire**³⁸⁰⁰.

2161 La restitution des documents appartenant à l'employeur peut être obtenue par le biais d'une procédure en **cas clair** si les conditions d'une telle procédure sont remplies : il faut notamment que les documents réclamés soient clairement identifiables pour l'employé ; à défaut, les conclusions sont irrecevables ; en outre, seuls les documents ou informations obtenus en cours de contrat – et non après la fin de celui-ci – peuvent être réclamés ; lorsque l'employeur invoque des faits qui concernent pour certains des documents ou renseignements postérieurs à la fin du contrat et prend des conclusions globales, ni l'état de fait ni la situation juridique ne sont clairs, si bien que la requête est irrecevable³⁸⁰¹.

§ 2 : Le déroulement de la procédure

2162 Une phase de **conciliation** peut être exigée par les règles de procédure.

Cela peut emporter des conséquences lorsque le travailleur a initialement décidé d'agir seul et qu'il a mal rédigé sa demande, ce qui a entraîné une irrecevabilité. S'il voit cette demande être déclarée irrecevable par l'instance supérieure cantonale pour défaut

³⁷⁹⁹ TF, 22 octobre 2013, 4A_346/2013, ATF 139 III 457, cons. 4.4.3.2.

³⁸⁰⁰ TF, 10 février 2016, 4A_328/2015, ATF 142 III 145, com. Bohnet in Droitdu travail.ch mars 2016, com. Heinzmann in RSPC 2016 205.

³⁸⁰¹ TF, 17 décembre 2014, 4A_343/2014, ATF 141 III 23, SJ 2015 I 200, Pra 2015 114 945, cons. 3.3 et 3.4.

de respect des exigences de l'article 221 du code de procédure civile, l'autorisation de procéder – qui avait pourtant été délivrée à l'issue la conciliation initiale – se périmé, et le travailleur ne peut réintroduire sa demande en première instance sans demander une nouvelle conciliation³⁸⁰².

Lorsque la décision litigieuse porte sur la **question préjudicielle** de la date de fin des rapports de travail, un recours au Tribunal fédéral n'est ouvert qu'aux deux conditions de l'article 93, alinéa 1, b de la loi sur le Tribunal fédéral : d'une part, l'admission du recours doit pouvoir conduire immédiatement à une décision finale ; d'autre part, elle doit permettre d'éviter une procédure longue et coûteuse : il appartient au recourant d'exposer de manière détaillée en quoi cette seconde condition est réalisée, c'est-à-dire en quoi la procédure probatoire à venir s'écarterait, par sa durée et son coût, des procès habituels³⁸⁰³.

2163

§ 3 : L'administration des preuves

A. Droit à la preuve

1) Principes généraux

Le droit à la preuve n'existe que s'il permet d'établir un **fait pertinent** qui n'est **pas déjà prouvé** par une mesure probatoire adéquate³⁸⁰⁴. En outre, une réquisition de preuve doit avoir été offerte conformément au droit de procédure, à défaut de quoi il doit être renoncé à effectuer une procédure probatoire³⁸⁰⁵.

2164

Le tribunal peut procéder à une **appréciation anticipée des preuves** et renoncer à administrer des moyens de preuve supplémentaires lorsqu'il s'est forgé une conviction sur la base des éléments de preuve en sa possession et qu'il considère sans arbitraire que cette conviction ne serait pas ébranlée par d'autres mesures d'instructions³⁸⁰⁶.

2165

2) Demande de documents aux mains de l'employeur

a. Dans le cadre procédural

Le travailleur peut se trouver dans la situation de devoir, pour établir ses prétentions, demander des documents qui se trouvent aux mains de l'employeur. Depuis longtemps, le Tribunal fédéral affirme que l'employeur a l'obligation de répondre à l'injonction du juge lui ordonnant de produire les pièces nécessaires à l'établissement des prétentions du travailleur, par exemple, d'une discrimination salariale ou au calcul d'une rémunération variable.

2166

³⁸⁰² TF, 16 juin 2017, 4A_671/2016, cons. 2 et 3.

³⁸⁰³ TF, 9 juin 2015, 4A_288/2015, cons. 2.

³⁸⁰⁴ TF, 6 janvier 2016, 4A_487/2015, cons. 5.

³⁸⁰⁵ TF, 6 janvier 2016, 4A_487/2015, cons. 5.4.

³⁸⁰⁶ TF, 5 février 2015, 4A_548/2014, cons. 4.

2167 Dans le cadre spécifique du calcul d'une rémunération variable, l'article 322a, alinéa 2 du code des obligations oblige l'employeur à laisser le travailleur consulter ses livres de comptabilité dans la mesure nécessaire³⁸⁰⁷. Ainsi, dans une affaire où le travailleur avait intenté une action en paiement non chiffrée, faute de pouvoir calculer le bonus auquel il prétendait en raison du fait que l'employeur n'avait pas appliqué la méthode de calcul du bonus à laquelle il s'était pourtant contractuellement engagé, le Tribunal fédéral a rappelé que, lorsqu'il intente une action en paiement non chiffrée en faisant valoir qu'il lui manque diverses pièces pour déterminer précisément le bonus auquel il prétend sur une base contractuelle, un travailleur est en droit de demander la production de fiches de salaire et de calcul des bonus d'autres employés, dès lors que l'étude de tels documents lui permettrait de mieux comprendre la manière dont les bonus sont calculés au sein de l'entreprise³⁸⁰⁸.

2168 L'argument selon lequel la production des pièces par l'employeur violerait la personnalité des travailleurs concernés³⁸⁰⁹ ou faciliterait un éventuel débauchage de certains de ses salariés par des employeurs tiers est inopérant³⁸¹⁰. De plus, le fait pour un salarié de connaître la rémunération des autres salariés d'une entreprise n'est pas un secret d'affaires au sens de l'article 340, alinéa 2 du code des obligations³⁸¹¹, ni au sens de l'article 321a, alinéa 4 du même code³⁸¹². Plus généralement, il n'existe aucune obligation légale pour un salarié de taire le montant de sa rémunération³⁸¹³.

En outre, la loi sur la protection des données ne s'applique pas aux procédures civiles pendantes (art. 2 al. 2, c LPD)³⁸¹⁴.

b. Dans le cadre du droit d'accès aux données

2169 Aux termes de l'article 8 de la loi sur la protection des données, toute personne peut demander à un maître de fichier la transmission des données qui la concernent. Aussi le travailleur peut-il demander judiciairement la transmission de telles données en main de son employeur.

2170 Une telle action ne peut toutefois être exercée par le travailleur dans un but étranger à la protection des données³⁸¹⁵, par exemple « dans le but exclusif d'espionner une (future) partie adverse et de se procurer des preuves normalement inaccessibles »³⁸¹⁶. Il

³⁸⁰⁷ TF, 10 octobre 2016, 4A_60/2016, cons. 5.3 et 5.4.

³⁸⁰⁸ TF, 10 octobre 2016, 4A_60/2016, cons. 2.3 et 3.2.

³⁸⁰⁹ TF, 10 octobre 2016, 4A_60/2016, cons. 5.3 et 5.4.

³⁸¹⁰ TF, 8 juin 2010, 4A_195/2010, cons. 2.3.

³⁸¹¹ TF, 11 août 2010, 4A_283/2010, cons. 2.3.

³⁸¹² Streiff/von Känel/Rudolph, N 2 *ad* art. 322 CO.

³⁸¹³ TF, 14 décembre 1994, JAR 1995 214.

³⁸¹⁴ TF, 10 octobre 2016, 4A_60/2016, cons. 5.2.2.

³⁸¹⁵ TF, 20 avril 2010, 4A_36/2010, cons. 3.1 ; TF, 12 janvier 2015, 4A_406/2014 / 4A_408/2014, ATF 141 III 119, cons. 7.1.1.

³⁸¹⁶ TF, 17 avril 2012, 4A_688/2011, ATF 138 III 425, cons. 5.5 ; TF, 12 janvier 2015, 4A_406/2014 / 4A_408/2014, ATF 141 III 119, cons. 7.1.1.

n'empêche qu'une requête du travailleur visant à obtenir les données qui le concernent en vue d'une éventuelle action en dommages-intérêts contre le maître du fichier n'est, en soi, pas abusive³⁸¹⁷. Par ailleurs, l'article 8 de la loi sur la protection des données n'exigeant pas que le demandeur apporte la preuve d'un intérêt spécifique à connaître le contenu des données le concernant, le droit d'accès au dossier ne saurait être exercé abusivement que si le demandeur a déjà connaissance du contenu des données le concernant, ou n'a strictement aucun intérêt à le connaître³⁸¹⁸.

B. Maxime inquisitoire sociale

La « maxime inquisitoire sociale » se situe au-delà de la « maxime des débats », mais en-deçà de la « maxime inquisitoire pure »³⁸¹⁹. Son régime est le suivant : le tribunal établit les faits *d'office*, à partir des éléments fournis par les parties³⁸²⁰.

En droit du travail, la maxime inquisitoire sociale trouve application lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 francs suisses (art. 247, al. 2, b, 2 CPC)³⁸²¹, ainsi que dans les litiges relevant de la loi sur l'*égalité* et de la loi sur la *participation*, quelle que soit la valeur litigieuse (art. 247, al. 2, a et art. 243, al. 2 CPC).

La maxime inquisitoire sociale ne dispense pas les parties de recueillir elles-mêmes les éléments du procès ; le tribunal ne se livre à aucune investigation de sa propre initiative ; il ne suffit donc pas pour un recourant de se contenter de soutenir que la cour cantonale aurait dû poser « des questions complémentaires »³⁸²².

C. Appréciation des preuves

1) Témoignages de travailleurs

En matière d'appréciation des preuves, il n'y a pas de raison de discriminer le témoignage d'un employé pour la seule raison qu'il est employé³⁸²³. En revanche, il n'est pas arbitraire de ne retenir un témoignage qu'avec réserve lorsque le témoin a été congédié par l'employeur et qu'il a mal vécu son licenciement³⁸²⁴.

³⁸¹⁷ TF, 17 avril 2012, 4A_688/2011, ATF 138 III 425, cons. 5.6 ; TF, 12 janvier 2015, 4A_406/2014 / 4A_408/2014, ATF 141 III 119, cons. 7.1.1.

³⁸¹⁸ Pour davantage de détails, cf. Aurélien Witzig, « Actions et procédure », in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *La protection des données dans les relations de travail*, Zurich, Schulthess, 2017.

³⁸¹⁹ Cf. François Bohnet/Pascal Jeannin, « La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC », RDS 2015 I 224.

³⁸²⁰ TF, 13 avril 1999, ATF 125 III 231, JT 2000 I 194, cons. 4a.

³⁸²¹ TF, 21 juin 2016, 4A_636/2015, cons. 2.1.

³⁸²² TF, 20 juin 2016, 4A_46/2016, cons. 7.

³⁸²³ CJ/GE, ACJC/1357/045, cons. 2.

³⁸²⁴ TF, 3 février 2015, 4A_381/2014, cons. 4.

N'est pas non plus arbitraire le fait de déduire d'un rapport d'expertise que la perte de son emploi par le travailleur a largement contribué à ses troubles psychiques, sans pour autant qu'un comportement illicite puisse être opposé à l'employeur³⁸²⁵.

2) Témoignages de clients

- 2175 Il n'y a pas d'arbitraire dans l'appréciation des preuves lorsqu'une cour cantonale retient le témoignage de clients « neutres », même si ceux-ci ont été préalablement contactés par le travailleur³⁸²⁶.

3) Incapacité de travail et certificats médicaux

- 2176 Il appartient au travailleur de prouver son incapacité de travail ; un certificat médical n'est pas un moyen de preuve absolu et ne vaut que comme allégation de partie ; il appartient au tribunal d'apprécier la valeur probante du certificat médical produit³⁸²⁷.
- 2177 Il a été jugé que la valeur probante d'un certificat médical attestant d'une incapacité de travail de l'employé, remis à l'employeur plus d'un mois après le début de l'incapacité – alors même que la convention collective applicable imposait un délai de remise d'une semaine seulement – n'était pas mise à mal lorsque l'employeur avait renoncé à demander, comme le lui autorisait la convention collective, l'avis d'un médecin de confiance et lorsqu'aucun autre moyen de preuve n'avait fait douter le tribunal de l'existence de ladite incapacité³⁸²⁸.
- 2178 Une cour cantonale ne peut se voir reprocher une appréciation arbitraire des preuves portant sur des certificats médicaux que le travailleur n'a pas produits devant elle alors que l'article 229, alinéa 3 du code de procédure civile le lui permettait³⁸²⁹.

4) Faits notoires

- 2179 Il a été jugé, de manière sévère, que ni la distance kilométrique entre deux petites localités de Suisse situées dans des cantons différents ni le prix de l'essence ne constituaient des faits notoires³⁸³⁰.

5) Procédure pénale concomitante

- 2180 Le juge civil n'étant pas lié par le jugement pénal, l'existence d'une procédure pénale ne justifie qu'exceptionnellement la suspension de la cause civile³⁸³¹, afin que les faits éclaircis par la procédure pénale puissent être repris dans la procédure civile.

³⁸²⁵ *Ibidem*.

³⁸²⁶ TF, 24 novembre 2014, 4A_398/2014, cons. 2.

³⁸²⁷ TF, 13 avril 2015, 8C_619/2014, cons. 3.

³⁸²⁸ TF, 2 décembre 2014, 4A_427/2014, cons. 4.2.

³⁸²⁹ TF, 14 janvier 2015, 4A_261/2014, cons. 4.

³⁸³⁰ TF, 4 février 2015, 4A_509/2014, cons. 2.

6) Moyens de preuve acquis illicitement

Le Tribunal fédéral rejette, en principe, l'utilisation de moyens de preuve acquis illicitement³⁸³².

2181

Toutefois, il n'exclut pas entièrement l'utilisation de tels moyens. Dans de telles circonstances, le juge doit opérer une balance des intérêts³⁸³³ entre celui des deux parties à la manifestation de la vérité matérielle et celui de la partie concernée à la protection de sa personnalité. Aussi le juge ne doit-il prendre en considération les moyens de preuve obtenus illicitement que si l'intérêt à la manifestation de la vérité l'emporte³⁸³⁴. Néanmoins, l'utilisation de moyens de preuve acquis par suite d'une ingérence illicite dans la sphère privée ne doit être admise qu'avec une grande réserve (cf. art. 152, al. 2 CPC)³⁸³⁵.

§ 4 : Frais judiciaires

Il n'est pas perçu de frais judiciaires :

2182

- pour les litiges relevant de la loi sur l'égalité et de la loi sur la participation, quelle que soit la valeur litigieuse,

- pour les litiges portant sur un contrat de travail ou relevant de la loi sur la location de services, lorsque la valeur litigieuse n'excède pas 30'000 francs (art. 113 et 114 CPC).

Les **cantons** peuvent prévoir des dispenses de frais plus larges (art. 116 CPC), comme c'est le cas par exemple à Genève jusqu'à 75'000 francs devant le Tribunal des prud'hommes et jusqu'à 50'000 francs devant la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice (art. 19, al. 3 LaCC/GE). Par ailleurs, à Genève, il n'est pas alloué de **dépens** ni d'indemnité pour la représentation en justice dans les causes soumises à la juridiction des prud'hommes (art. 22, al. 2 LaCC/GE)³⁸³⁶.

2183

Calcul de la valeur litigieuse. La valeur litigieuse est déterminée par les conclusions principales du demandeur au moment du dépôt de la demande (art. 91, al. 1 CPC). S'agissant de prétentions salariales, la valeur litigieuse se calcule avec les montants

2184

³⁸³¹ TF, 17 février 2015, 4A_683/2014, cons. 2.

³⁸³² TF, 25 janvier 2010, 8C_84/2009, ATF 136 V 117, cons. 4.2.2.

³⁸³³ TF, 3 mai 2005, 1P.570/2004, ATF 131 I 272, cons. 4.

³⁸³⁴ TF, 11 octobre 2013, 4A_294/2013, ATF 140 III 6, cons. 3.1.

³⁸³⁵ TF, 17 janvier 2013, 8C_448/2012, ATF 139 II 7, JdT 2013 II 188, SJ 2013 I 177, Pra 2013 82 633, RDAF 2014 I 480, com. Steimen *in* Push-Service Entscheide 23 juin 2013, com. Affolter Marino *in* ius.focus 2013 3 10, com. Costa *in* RtiD 2013 I 419, cons. 6.4.1 ; TF, 11 octobre 2013, 4A_294/2013, ATF 140 III 6, cons. 3.1.

³⁸³⁶ Dans les cantons où des dépens sont octroyés aux prud'hommes, le défendeur peut, aux conditions légales, demander une sûreté au demandeur pour les garantir. Pour une affaire à ce sujet, cf. TF, 11 août 2017, 4A_383/2017.

bruts. Lorsque l'action ne porte pas sur le paiement d'une somme d'argent déterminée, le tribunal détermine la valeur litigieuse si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur ce point ou si la valeur qu'elles avancent est manifestement erronée (art. 91, al. 2 CPC).

- 2185 Lorsque les prétentions portent à la fois sur une discrimination à raison du sexe et sur d'autres fondements, le Tribunal fédéral a admis *prima facie* que seule la quote-part des prétentions fondées sur la loi sur l'égalité ne bénéficiât de la gratuité³⁸³⁷. Précédemment, le Tribunal fédéral avait jugé qu'il « ne suffisait pas d'élever une prétention liée à un soi-disant harcèlement sexuel pour obtenir la gratuité de toute une procédure visant essentiellement à l'octroi de dommages-intérêts et autres indemnités dans une contestation de droit du travail d'une valeur litigieuse supérieure à 30'000 francs »³⁸³⁸.

Section 4 : La prescription en droit du travail

- 2186 Il se justifie de traiter de la prescription dans cette partie, car la prescription, même si elle est une institution du droit matériel et non du droit procédural, n'atteint pas directement la créance, mais uniquement le droit d'action lié à la créance.

§ 1 : Principes généraux

A. Durée

- 2187 Le droit commun de la prescription d'applique en droit du travail (art. 341, al. 2 CO). Ainsi, les actions se prescrivent par **dix ans** (art. 127 CO), sauf les actions des travailleurs pour leurs services, lesquelles se prescrivent par **cinq ans** (art. 128 CO).

Par exemple, une prétention fondée sur une discrimination salariale au sens des articles 8 de la Constitution et 3 de la loi sur l'égalité se prescrit par cinq ans³⁸³⁹.

- 2188 La prescription n'atteint pas le rapport d'obligations dans son ensemble, de telle sorte que les diverses prétentions d'un même rapport de droit se prescrivent en principe **séparément**³⁸⁴⁰.

Une exception existe toutefois lorsque les divers chefs de réclamation, bien que distincts, ont un rapport étroit entre eux³⁸⁴¹. On est en présence d'un tel rapport lorsqu'il existe une certaine interdépendance entre les prétentions en cause, en

³⁸³⁷ TF, 25 février 2015, 4A_276/2014, 4A_282/2014, cons. 4.1.

³⁸³⁸ TF, 27 février 2006, 4C.321/2005, cons. 10.2.

³⁸³⁹ TF, 24 mars 2016, 8C_376/2015, cons. 5 : le Tribunal fédéral précise que la règle est valable qu'il s'agisse d'un contrat de droit privé ou de droit public.

³⁸⁴⁰ TF, 29 octobre 2007, 4A_206/2007, ATF 133 III 675, cons. 2.2 ; TF, 13 octobre 2015, 5A_331/2015, cons. 3.1.

³⁸⁴¹ TF, 29 octobre 2007, 4A_206/2007, ATF 133 III 675, cons. 2.2.

particulier lorsque les diverses prétentions ne peuvent être exigées qu'alternativement, et non cumulativement³⁸⁴². Les créances de salaire et d'indemnité de fin de rapports contractuels sont des créances **indépendantes**, régies par des critères qui leur sont propres, bien qu'elles aient leur fondement dans le même contrat. Ainsi, le libellé d'un commandement de payer visant explicitement des indemnités de départ n'interrompt pas la prescription à l'encontre des prétentions de salaire³⁸⁴³.

B. Mise en œuvre

Le délai de prescription est **interrompu** (cf. art. 135, 2 CO), et le délai de péremption est respecté (cf. art. 64, al. 2 CPC)³⁸⁴⁴, lorsque le travailleur ouvre action en justice³⁸⁴⁵. Lorsque l'action doit être ouverte par une requête de conciliation (cf. art. 197 et s. CPC), c'est cette requête qui crée la litispendance (cf. art. 62, al. 1 CPC)³⁸⁴⁶ et, dès lors, interrompt la prescription.

Toutefois, l'ouverture d'une action par une organisation en vertu de l'article 7 de la loi sur l'égalité n'interrompt pas la prescription de la créance du travailleur lui-même à une rémunération non discriminatoire³⁸⁴⁷. De même, la prescription de la créance d'un travailleur n'est pas interrompue par l'action des associations dans le cadre de l'exécution commune d'une convention collective (cf. art. 357b CO)³⁸⁴⁸.

Bien qu'elle relève du droit matériel, la prescription doit être soulevée selon les formes et au stade prévus par la **procédure**, notamment par la procédure cantonale applicable³⁸⁴⁹.

§ 2 : Critiques du régime actuel

La Suisse a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans une affaire où un travailleur avait été victime d'une maladie consécutive à une exposition à de l'amiante sur son lieu de travail. En vertu d'une application extrêmement stricte du droit suisse, le travailleur s'était vu opposer la péremption de sa créance alors même qu'il se trouvait dans l'impossibilité de savoir qu'il était malade. Dans de telles conditions, la Cour a condamné la Suisse en jugeant que le délai de péremption ne

³⁸⁴² TF, 5 mai 1970, ATF 96 II 181, cons. 3b ; cf. également : Pascal Pichonnaz, in CR-CO I, N 28 ad art. 135 CO.

³⁸⁴³ TF, 13 octobre 2015, 5A_331/2015.

³⁸⁴⁴ TF, 4 mars 2004, 5C.235/2003, ATF 130 III 515, cons. 3 ; TF, 20 mai 2016, 4A_560/2015 cons. 4.1.2.

³⁸⁴⁵ TF, 16 juin 2017, 4A_671/2016, cons. 2.1.

³⁸⁴⁶ TF, 16 juin 2017, 4A_671/2016, cons. 2.1 ; cf. également TF, 8 novembre 2016, 4A_357/2016, ATF 142 III 782, cons. 3.1.3.

³⁸⁴⁷ TF, 18 octobre 2011, 8C_269/2011, ATF 138 II 1.

³⁸⁴⁸ TF, 17 décembre 1985, ATF 111 II 358, JT 1986 I 492.

³⁸⁴⁹ TF, 25 août 2016, 4A_90/2016, cons. 2.1.3.

pouvait avoir commencé à courir, faute de quoi le travailleur aurait été privé du droit d'accès à un tribunal³⁸⁵⁰.

Le régime de l'article 128 du code des obligations paraît aujourd'hui obsolète à de nombreux observateurs. En particulier, il est considéré comme incohérent que « les créances salariales se prescrivent par cinq ans seulement, sans qu'il en aille de même pour les éventuelles créances de l'employeur contre l'employé »³⁸⁵¹.

Chapitre 2 : La procédure administrative

2193 Le droit du travail présentant des volets tant de droit privé que de droit public, la procédure administrative est également applicable dans ce domaine.

Par exemple, pour obtenir un permis prévu par la loi sur le travail, l'employeur doit présenter à temps une requête motivée et accompagnée des pièces nécessaires (art. 49, al. 1 LTr)³⁸⁵².

2194 Les décisions fondées sur la loi sur le travail ou sur une ordonnance d'application doivent être communiquées par écrit. Lorsqu'il s'agit d'un refus total ou partiel de donner suite à une requête, elles doivent être motivées et mentionner le droit, le délai et l'autorité de recours (art. 50, al. 1 LTr)³⁸⁵³.

En cas d'infraction à la loi, à une ordonnance ou à une décision, l'autorité cantonale, l'inspection fédérale du travail ou le service médical du travail signale l'infraction au contrevenant et l'invite à respecter la prescription ou décision qu'il a enfreinte (art. 51, al. 1 LTr). Si le contrevenant ne donne pas suite à cette intervention, l'autorité cantonale prend la décision voulue, sous menace de la peine prévue à l'art. 292 du code pénal (art. 51, al. 2 LTr)³⁸⁵⁴.

2195 Lorsqu'une décision rendue en vertu de l'article 51, alinéa 2, n'est pas observée, l'autorité cantonale prend les mesures nécessaires pour rétablir l'ordre légal (art. 52, al. 1 LTr) ; si cette inobservation met sérieusement en danger la vie ou la santé de travailleurs ou le voisinage de l'entreprise, l'autorité cantonale peut, après sommation

³⁸⁵⁰ CEDH, 11 mars 2014 *Howald Moor et autres c. Suisse*, n° 52067/10 et 41072/11 ; TF, 25 mars 2015, 4F_15/2014, cons. 2 ; Giuseppe Donatiello, « Prescription des droits du travailleur exposé à l'amiante : entre sécurité du droit et justiciabilité des droits subjectifs », RDS 2014 I 288-289.

³⁸⁵¹ Message du Conseil fédéral, 29 novembre 2013, FF 2014 243.

³⁸⁵² Si, pour cause d'urgence, l'employeur ne peut demander à temps un permis concernant la durée du travail, il doit le faire aussitôt que possible en indiquant la cause du retard. Dans les cas imprévisibles et de minime importance, il peut se dispenser de demander un permis après coup (art. 49, al. 2 LTr).

³⁸⁵³ Les décisions peuvent être modifiées ou rapportées en tout temps si les faits qui les ont motivées viennent à se modifier (art. 50, al. 2 LTr).

³⁸⁵⁴ Lorsqu'une infraction constitue en même temps une violation d'une convention collective de travail, l'autorité cantonale peut tenir compte, d'une manière appropriée, des mesures que les parties contractantes ont prises pour faire respecter la convention (art. 51, al. 3 LTr).

écrite, s'opposer à l'utilisation de locaux ou d'installations, et, dans les cas particulièrement graves, fermer l'entreprise pour une période déterminée (art. 52, al. 2 LTr).

Les décisions de l'autorité désignée par le canton peuvent être attaquées, dans les trente jours dès leur communication, devant l'autorité cantonale de recours (art. 56, al. 1 LTr). La décision doit être motivée et communiquée par écrit, avec indication de la voie et du délai de recours, au recourant et à l'autorité dont le prononcé a été attaqué. Pour le surplus, la procédure est rédigée par le droit cantonal (art. 56, al. 2 LTr).

2196

Les associations des employeurs et des travailleurs intéressés ont également qualité pour recourir contre les décisions des autorités cantonales et fédérales (art. 58 LTr).

Le Tribunal administratif fédéral est la juridiction administrative fédérale de droit commun, statuant avant le Tribunal fédéral sauf exclusion légale (art. 1, al. 1 et 2 LTAF). Il connaît des recours contre les décisions au sens de l'article 5 de la loi sur la procédure administrative (art. 31 LTAF).

2197

Protection des données. En parallèle ou indépendamment d'une action civile ou pénale, le travailleur lésé peut dénoncer la situation au Préposé à la protection des données³⁸⁵⁵. Ce dernier décidera alors d'ouvrir ou non une enquête administrative. Si le juge civil n'est pas lié par les conclusions auxquelles aboutirait le Préposé, celles-ci pourraient jouer un rôle dans le cadre de la procédure pendante³⁸⁵⁶.

2198

Il est légalement prévu qu'en présence d'une méthode de traitement susceptible de porter atteinte à la personnalité d'un nombre important de personnes, le Préposé fédéral puisse établir les faits d'office et, le cas échéant, émettre une **recommandation** contre le maître de fichier en faute (art. 29, al. 1, a et al. 3 LPD)³⁸⁵⁷. Le but d'une telle recommandation est de modifier ou de faire cesser le comportement illicite (art. 29, al. 3 LPD). En soi, la recommandation n'a pas d'effet juridique contraignant. Toutefois, si elle est acceptée par son destinataire, elle déploie alors un effet direct³⁸⁵⁸. En cas de refus, il reste au Préposé la possibilité de porter l'affaire devant le Tribunal administratif fédéral, pour voir la recommandation revêtue de la force obligatoire (art. 29, al. 4 LPD ; art. 35, b LTAF).

2199

Si le préposé constate, à l'issue de l'enquête qu'il a menée en application de ce principe, que la personne concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable, il peut requérir des **mesures provisionnelles** auprès du président de la cour du Tribunal administratif fédéral compétente en matière de protection des données (art. 33, al. 2 LPD).

³⁸⁵⁵ Philippe Meier, *Protection des données*, Berne, Stämpfli, 2011, N 1719 et N 1898.

³⁸⁵⁶ Philippe Meier, *op. cit.*, N 1719 et N 1942.

³⁸⁵⁷ Cf. Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, « Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail », octobre 2014, N 2.1.4, p. 5.

³⁸⁵⁸ Philippe Meier, *Protection des données*, Berne, Stämpfli, 2011, N 1925, p. 618 ; Jean-Philippe Dunand, in Commentaire Dunand/Mahon, N 120 ad art. 328b CO.

2200 Par ailleurs, l'autorité administrative peut **retirer une autorisation** qu'elle avait précédemment conférée à une entreprise. Par exemple, une fondation s'est vu retirer l'autorisation de former des apprentis que lui avait accordée la Direction de la formation professionnelle vaudoise, en raison des conditions illégales que la fondation imposait lors de l'engagement d'apprenties : cette fondation n'embauchait que des personnes de sexe féminin s'engageant notamment à ne pas utiliser de méthode de contraception chimique. Un tel engagement s'accompagnait de demandes de renseignement sur la vie intime des postulantes et des employées³⁸⁵⁹.

Le travailleur peut également se fonder sur les voies de droit prévues dans la loi sur le travail, notamment son article 59³⁸⁶⁰.

2201 **Recours d'une personne publique.** Il a été jugé que le canton de Genève, qui contestait une décision de la Cour de justice ayant admis le recours d'un syndicat contre une décision de l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail, n'avait pas qualité pour former recours en matière de droit public au Tribunal fédéral en tant qu'il revendiquait uniquement l'intérêt général à une correcte application du droit, sans démontrer concomitamment qu'il serait atteint dans ses prérogatives de puissance publique ni établir que ses intérêts publics centraux étaient en jeu³⁸⁶¹.

2202 **Droit de la fonction publique.** Les procédures de première instance relatives à la création initiale des rapports de service, à la promotion, aux prescriptions de service, et la procédure en autorisation d'engager la poursuite pénale d'un agent, ne sont pas régies par la loi fédérale sur la procédure administrative (art. 3, b PA). Le Tribunal administratif fédéral connaît par voie d'action en première instance, sauf si une autorité précédente est compétente (art. 36 LTAF), des contestations qui reposent sur des contrats de droit public signés par la Confédération, ses établissements, ses entreprises ou par des autorités ou organisations extérieures à l'administration fédérale, pour autant qu'elles statuent dans l'accomplissement de tâches de droit public que la Confédération leur a confiées (art. 35, a LTAF). Les rapports du personnel de la Confédération sont soumis à des procédures administratives spéciales (art. 34 et s. LPers).

³⁸⁵⁹ TF, 30 juin 2008, 2C_103/2008.

³⁸⁶⁰ Cf. Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, « Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail », octobre 2014, N 2.1.4, p. 6.

³⁸⁶¹ TF, 5 février 2015, 2C_115/2015.

Titre 2 : Le règlement extrajudiciaire des conflits individuels

Le règlement extrajudiciaire (en tout ou partie) des conflits individuels du travail comprend l'**arbitrage** (Chapitre 1), la **transaction** (Chapitre 2) et la **médiation** (Chapitre 3).

2203

Chapitre 1 : L'arbitrage en droit du travail

Avant d'étudier la **procédure** applicable en matière d'arbitrage (Section 2) se pose la question de son **admissibilité** en matière de droit du travail (Section 1).

2204

Section 1 : Admissibilité

Les critères d'admissibilité de l'arbitrage doivent être remplis tant sur le **fond** (§ 1) que sur la **forme** (§ 2).

2205

§ 1 : Sur le fond

Même si divers cantons ont pu adopter des règles prohibant ou restreignant l'arbitrage en matière de contrat individuel de travail³⁸⁶², le Tribunal fédéral considère qu'un conflit individuel entre employeur et travailleur peut, en principe, être soumis à l'arbitrage³⁸⁶³.

2206

Toutefois, la clause compromissoire insérée dans le contrat individuel de travail n'est pas opposable au travailleur lorsque ce dernier fait valoir **des créances auxquelles il ne peut pas valablement renoncer**. En effet, dès lors que le travailleur ne peut renoncer aux créances issues de dispositions impératives ou semi-impératives (cf. notamment, art. 361 et 362 CO), que dans les limites restrictivement posées par l'article 341, alinéa 1 du code des obligations, il ne saurait en disposer librement³⁸⁶⁴.

2207

³⁸⁶² Cf. Gabriel Aubert, « L'arbitrage en droit du travail », *Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage*, 2000, pp. 3-4.

³⁸⁶³ TF, 23 juin 1989, 4P.69/1989, SJ 1989. 593.

³⁸⁶⁴ TF, 28 juin 2010, 4A_71/2010, ATF 136 III 467, JT 2011 II 224, SJ 2010 I 545, Pra 2011 28 193, com. Wildhaber/Johnson Wilcke in DTAonline 2010 519, com. Pietruszak in CJNI 15 septembre 2010, com. Beffa in PJA 2010 1433, com. Schweizer in RSPC 2010 362, com. Beyeler in Questions de droit 2011 67 6, com. Geiser in PJA 2011 251, com. Jung in ius.full 2011 37, com. Akikol in Jusletter 8 août 2011, com. Berger in RJB 2012 170, cons. 4.6.

Aussi les créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective ne sauraient-elles être soumises à l'arbitrage : une clause compromissoire n'est donc pas valable si elle est insérée dans le contrat de travail pour s'appliquer aux contestations futures qui s'élèveront, le cas échéant, au sujet de telles créances³⁸⁶⁵.

- 2208 Ce nonobstant, commet un ***abus de droit*** la partie qui, ayant saisi un tribunal étatique, souscrit ensuite à un compromis arbitral, puis procède sans protester devant l'arbitre désigné, pour contester ensuite la compétence de ce dernier, après qu'il a rendu sa sentence³⁸⁶⁶. Il en résulte qu'un compromis arbitral peut être valable, même durant l'exécution du rapport de travail ou avant la fin du délai de protection de l'article 341, si le travailleur procède devant l'arbitre sans invoquer la protection qu'il tire du code des obligations – à moins qu'il n'ait été induit en erreur. À l'inverse, un arbitre ne saurait se saisir valablement d'un litige à propos duquel le travailleur invoque l'impossibilité de disposer des créances impératives.

§ 2 : Sur la forme

- 2209 La convention d'arbitrage – soit le contrat par lequel deux ou plusieurs parties décident de soumettre à un tribunal arbitral un ou plusieurs litiges (existants ou potentiels), à l'exclusion des juridictions étatiques ordinairement compétentes³⁸⁶⁷ – doit être passée par écrit ou dans une forme qui en autorise la preuve par écrit (art. 358 CPC), et non par une acceptation orale ou tacite³⁸⁶⁸.

- 2210 Cette prescription de forme est nécessaire non pas seulement *ad probationem* mais *ad validitatem*³⁸⁶⁹.

Il en va de même en matière internationale (art. 178, al. 1 LDIP)³⁸⁷⁰.

La sanction du non-respect de la forme écrite est en principe la nullité de la sentence arbitrale³⁸⁷¹.

³⁸⁶⁵ *Ibidem*.

³⁸⁶⁶ TF, 23 juin 1989, 4P.69/1989, SJ 1989. 593.

³⁸⁶⁷ TF, 21 novembre 2003, 4P.162/2003, ATF 130 III 66, cons. 3.1 ; TF, 27 février 2014, 4A_438/2013, ATF 140 III 134, cons. 3.1.

³⁸⁶⁸ TF, 9 mars 2016, 4A_618/2015, 4A_634/2015, cons. 4.

³⁸⁶⁹ *Ibidem*.

³⁸⁷⁰ TF, 19 mai 2003, 4C.40/2003, cons. 4.1.

³⁸⁷¹ TF, 9 mars 2016, 4A_618/2015, 4A_634/2015, cons. 4.

Section 2 : Procédure

§ 1 : Arbitrage interne

Le recours au Tribunal fédéral contre l'arbitrage interne est possible aux conditions prévues aux articles 389 à 395 du code de procédure civile (art. 77 LTF). Les motifs de recours contre une sentence arbitrale interne sont **limitativement énumérés** à l'article 393 du même code.

2211

Droit d'être entendu. La protection du droit d'être entendu – prévue à la lettre d de l'article 393 du code de procédure civile – a le même contenu que le droit constitutionnel garanti par l'article 29, alinéa 2 de la Constitution³⁸⁷². Il faut toutefois noter que, le droit d'être entendu se rapportant à la constatation des faits, les parties n'ont en principe pas à être interpellées sur des questions juridiques, à moins que le tribunal arbitral n'envisage de fonder sa décision sur une norme ou une considération juridique qui n'a pas été évoquée au cours de la procédure et dont les parties ne pouvaient pas supputer la pertinence³⁸⁷³.

2212

Arbitraire. La notion d'arbitraire – visée à la lettre e de l'article 393 du code de procédure civile – correspond à celle développée en lien avec l'article 9 de la Constitution³⁸⁷⁴. Ainsi, une sentence issue d'un arbitrage interne peut être attaquée, lorsqu'elle est arbitraire dans son résultat, parce qu'elle repose sur des constatations manifestement contraires aux faits résultant du dossier ou parce qu'elle constitue une violation manifeste du droit et de l'équité³⁸⁷⁵.

2213

§ 2 : Arbitrage international

Le recours au Tribunal fédéral contre l'arbitrage international est possible aux conditions prévues aux articles 190 à 192 de la loi sur le droit international privé (art. 77 LTF). En particulier, le recours contre une sentence rendue par le Tribunal arbitral du sport ne peut être formé que pour l'un des motifs figurant à l'article 190, alinéa 2 de la loi sur le droit international privé³⁸⁷⁶.

2214

Toutefois, le Tribunal fédéral n'étant pas une juridiction d'appel, son pouvoir d'examen est restreint en matière d'arbitrage international : le recourant ne saurait, sous couvert de la garantie du droit d'être entendu, obtenir indirectement un examen au fond de la sentence arbitrale litigieuse³⁸⁷⁷.

2215

³⁸⁷² TF, 20 avril 2015, 4A_97/2015, cons. 3.

³⁸⁷³ TF, 3 août 2016, 4A_202/2016, cons. 3.

³⁸⁷⁴ TF, 20 avril 2015, 4A_97/2015, cons. 3.

³⁸⁷⁵ TF, 16 février 2016, 4A_43/2016.

³⁸⁷⁶ TF, 26 janvier 2015, 4A_36/2015, cons. 2.

- 2216 En outre, l'examen d'une sentence arbitrale au regard du droit matériel est limité devant le Tribunal fédéral à la compatibilité de cette sentence avec l'ordre public ; le seul fait qu'une disposition légale soit de nature impérative ne signifie pas obligatoirement que l'ordre public soit violé³⁸⁷⁸. En réalité, une sentence est contraire à l'ordre public matériel lorsqu'elle viole des principes fondamentaux du droit de fond au point de ne plus être conciliable avec l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants³⁸⁷⁹.
- 2217 Le manque d'indépendance du Tribunal arbitral du sport tout comme le manque d'impartialité des arbitres, de même que la question de la validité de la convention d'arbitrage doivent être invoqués en procédure arbitrale déjà, sous peine de péremption du moyen³⁸⁸⁰.

Chapitre 2 : La transaction en droit du travail

- 2218 Près des deux tiers des procès civils se règlent par voie de transaction³⁸⁸¹. Toutefois, seules les transactions **valides** (**Section 1**) ont le pouvoir de produire les **effets** qu'on attend d'elles (**Section 2**).

Section 1 : Validité

- 2219 **Impossibilité de renoncer.** Comme en matière d'arbitrage, le principe pertinent ici est l'impossibilité du 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.

Selon la jurisprudence, la règle de l'article 341, alinéa 1 se fonde sur la constatation que le travailleur se trouve dans une situation de dépendance aiguë qui risque de l'amener à accepter une réduction de ses prétentions, en particulier s'il redoute de perdre son emploi³⁸⁸².

³⁸⁷⁷ TF, 3 août 2016, 4A_202/2016, cons. 4.

³⁸⁷⁸ TF, 30 juin 2016, 4A_132/2016, cons. 3.

³⁸⁷⁹ TF, 29 avril 2015, 4A_70/2015, cons. 4.

³⁸⁸⁰ TF, 30 juin 2016, 4A_132/2016, cons. 2. Sur des questions d'arbitrage international en matière de sport, cf. également : TF, 2 juillet 2015, 4A_684/2014 et 15 juillet 2015, 4A_246/2014.

³⁸⁸¹ Philipp Maier/Judith Knobel, « Konfliktlösungsstrategien im Gerichtssaal », PJA 2015 551.

³⁸⁸² TF, 21 septembre 1976, ATF 102 Ia 417, cons. 3c ; TF, 28 juin 2010, 4A_71/2010, ATF 136 III 467, JT 2011 II 224, SJ 2010 I 545, Pra 2011 28 193, com. Wildhaber/Johnson Wilcke in DTAonline 2010 519, com. Pietruszak in CJN 15 septembre 2010, com. Beffa in PJA 2010 1433, com. Schweizer in RSPC 2010 362, com. Beyeler in Questions de droit 2011 67 6, com. Geiser in PJA 2011 251, com. Jung in ius.full 2011 37, com. Akikol in Jusletter 8 août 2011, com. Berger in RJB 2012 170, cons. 4.5.

Étendue de l'impossibilité de renoncer. L'impossibilité de renoncer paralyse uniquement les remises de dette et les renonciations unilatérales mais non celles que l'employeur obtient moyennant une contrepartie adéquate dans le cadre d'une transaction³⁸⁸³. Ainsi, le travailleur ne peut pas renoncer sans contrepartie correspondante aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective, pendant la durée du contrat et le mois suivant son expiration. Autrement dit, la validité d'une transaction entre les parties est subordonnée à une équivalence appropriée de leurs concessions réciproques³⁸⁸⁴.

2220

Durée de l'impossibilité de renoncer. Le moment qui détermine la fin de l'interdiction, pour le travailleur, de renoncer aux créances impératives de droit du travail s'apprécie au regard du terme effectif des rapports de travail³⁸⁸⁵.

2221

Vices de la volonté. La transaction peut être affectée d'un vice de la volonté. Une transaction ne peut donc être valide que si chacune des parties a exprimé son consentement librement, et en toute connaissance de cause. À moins qu'il ne soit conseillé par un professionnel, il paraît raisonnable de considérer que la liberté du consentement du travailleur n'existe généralement que si un **délai de réflexion suffisant** lui a été octroyé avant qu'il ne signe la transaction rédigée par l'employeur.

2222

Toutefois, si l'erreur concerne un point contesté entre les parties qui devait justement être transigé et réglé de manière définitive selon la volonté des parties, elle ne peut plus être invoquée³⁸⁸⁶; quant au dol, il suppose que le cocontractant ait été induit en erreur intentionnellement et ait été amené à conclure en raison du dol; le fardeau de la preuve de ces conditions appartient à la victime du dol³⁸⁸⁷.

Interprétation. Une transaction s'interprète, lorsque la volonté réelle des parties ne peut être établie, selon le principe de la confiance. Dans une espèce, la convention pour solde de tout compte conclue entre des parties dans le cadre d'un litige fondé sur un contrat d'achat d'actions devait être interprétée comme réglant également les procès parallèles fondés sur les relations de travail; en effet, les parties peuvent renoncer par une transaction à des prétentions contractuelles sans que tous contrats concernés ne soient formellement adaptés en conséquence et, par ailleurs, même des questions litigieuses non concernées par un procès en cours peuvent être incluses dans une transaction³⁸⁸⁸. La volonté des parties quant à l'étendue de la transaction doit toutefois être établie de manière convaincante.

2223

³⁸⁸³ TF, 18 juin 1984, ATF 110 II 168, cons. 3b; TF, 3 mars 1992, ATF 118 II 58, cons. 2b.

³⁸⁸⁴ TF, 28 juin 2010, 4A_71/2010, ATF 136 III 467, JT 2011 II 224, SJ 2010 I 545, Pra 2011 28 193, com. Wildhaber/Johnson Wilcke in DTAonline 2010 519, com. Pietruszak in CJA 15 septembre 2010, com. Beffa in PJA 2010 1433, com. Schweizer in RSPC 2010 362, com. Beyeler in Questions de droit 2011 67 6, com. Geiser in PJA 2011 251, com. Jung in ius.full 2011 37, com. Akikol in Jusletter 8 août 2011, com. Berger in RJB 2012 170, cons. 4.5.

³⁸⁸⁵ TF, 12 février 2015, 4A_523/2014, cons. 3.

³⁸⁸⁶ TF, 12 février 2015, 4A_523/2014, cons. 4.

³⁸⁸⁷ TF, 12 février 2015, 4A_523/2014, cons. 5.

³⁸⁸⁸ TF, 18 mars 2015, 4A_596/2014, cons. 3.

- 2224 **Autres règles à prendre en compte.** Une transaction en droit du travail doit aussi respecter les règles d'autres domaines du droit potentiellement applicables, par exemple du droit des sociétés. Ainsi, pour savoir si deux administrateurs, qui ont signé une convention de départ avec un travailleur, étaient en conflit d'intérêt avec la société, il faut déterminer si cette convention était conforme aux usages du marché et n'avantageait pas unilatéralement le travailleur³⁸⁸⁹. À cet égard, une libération de l'obligation de travailler pendant les six mois du délai de congé n'a pas à être considérée comme insolite³⁸⁹⁰. En revanche, l'accord sur l'octroi au travailleur d'indemnités prévues par un autre contrat pendant la période où il est libéré de l'obligation de travailler peut constituer une faveur injustifiée par rapport aux conditions du marché du point de vue de l'employeur, laquelle serait reconnaissable pour le travailleur³⁸⁹¹.

Section 2 : Effets

- 2225 **En général.** La transaction, qui a pour objet de sceller le sort d'un litige entre les parties, produit les mêmes effets que l'**autorité de chose jugée**. Chacune des parties doit avoir exprimé des revendications ou des contestations, même si l'étendue de leurs prétentions peut encore être incertaine au moment où la transaction est conclue³⁸⁹².
- 2226 **Dans le cadre d'un groupe de sociétés.** Une convention de rupture conclue entre un employé et la société-mère d'un groupe de sociétés peut, selon les circonstances, comporter une forme de **stipulation pour autrui** (ou une reprise de dette externe) déployant ses effets à l'égard d'une filiale³⁸⁹³. Une filiale peut donc se prévaloir, si la convention le prévoit, d'une transaction signée entre l'employé et la société-mère³⁸⁹⁴.

Chapitre 3 : La médiation en droit du travail

- 2227 La médiation n'est encore que peu valorisée par notre ordre juridique. Elle semble toutefois aujourd'hui davantage mise en valeur que par le passé. Il y est fait mention, dans la Constitution fédérale, en matière de relations collectives : « Les conflits sont, autant que possible, réglés par la négociation ou la médiation. » (art. 28, al. 2 Cst.).

³⁸⁸⁹ TF, 16 juin 2017, 4A_55/2017, cons. 5.2.1 à 5.2.3.

³⁸⁹⁰ TF, 16 juin 2017, 4A_55/2017, cons. 5.2.3.1.

³⁸⁹¹ TF, 16 juin 2017, 4A_55/2017, cons. 5.2.3.2.

³⁸⁹² TF, 6 mai 2006, 4C.390/2005, cons. 3.

³⁸⁹³ TF, 13 octobre 2015, 4A_331/2015, cons. 4.3.

³⁸⁹⁴ TF, 13 octobre 2015, 4A_331/2015.

La médiation a vocation à tenter de résoudre divers conflits en matière de droit du travail, notamment ceux qui portent sur la protection de la personnalité des travailleurs.

2228

Table des matières

Avant-propos.....	1
Sommaire	3
Abréviations	7
Introduction.....	13
1) Le droit.....	13
2) Le travail.....	13
3) Le droit du travail	16
<i>Chapitre 1 : Histoire et géographie du droit du travail.....</i>	<i>19</i>
Section 1 : Rome : esclavage et louage	21
Section 2 : Europe médiévale et moderne : louage et corporations	23
Section 3 : La Révolution des Lumières : des contractants présumés libres et égaux	25
Section 4 : La Révolution industrielle : naissance du droit du travail.....	30
Section 5 : Développement du droit du travail	35
Section 6 : Les enjeux du droit du travail dans le monde et en Suisse au XXI ^e siècle	39
<i>Chapitre 2 : L'économie en droit du travail.....</i>	<i>45</i>
Section 1 : Le travail en Suisse	46
Section 2 : L'influence de l'économie sur le droit du travail.....	47
§ 1 : Le droit du travail chez les économistes	47
A. Aperçu des écoles de pensée.....	47
B. Situation actuelle	50
§ 2 : Le droit du travail dans les accords de libre-échange	51
Section 3 : Les fonctions distinctes de l'économie et du droit	51
<i>Chapitre 3 : Sociologie et psychologie du travail.....</i>	<i>55</i>
Section 1 : Les enjeux sociologiques du travail.....	55
Section 2 : Les enjeux psychologiques du travail.....	58
<i>Chapitre 4 : Philosophie du droit du travail.....</i>	<i>60</i>
Section 1 : Philosophie du travail	60
Section 2 : Le droit du travail pris dans ses antinomies	64
Première partie : Le système du droit du travail	71
Titre 1 : Le domaine du droit du travail.....	73
<i>Chapitre 1 : Droit du travail et autres domaines du droit.....</i>	<i>73</i>
Section 1 : Droit du travail et droit social	73
§ 1 : Le droit au travail	74
§ 2 : Le droit du chômage.....	75
§ 3 : Le droit des (autres) assurances sociales	76
§ 4 : Le droit de l'aide sociale.....	78
Section 2 : Droit du travail et droit civil.....	79
§ 1 : Règles communes.....	79
§ 2 : Autonomie du droit du travail ?.....	79
<i>Chapitre 2 : Contrat de travail et autres contrats</i>	<i>81</i>
Section 1 : Les critères du contrat de travail.....	82
§ 1 : Les critères constants.....	83
A. La prestation de travail.....	83

B. La rémunération	83
§ 2 : Les critères variables.....	85
A. L'exécution dans la durée	87
B. La dépendance économique.....	87
C. Le lien de subordination	89
1) Critères.....	89
2) Variations du degré de la subordination	91
a. Cadres dirigeants	91
b. Professions libérales	92
c. Autres formes spécifiques d'emploi.....	93
3) Pertinence temporelle du critère de la subordination	94
4) Pertinence du critère de la subordination en cas de groupe de sociétés.....	94
D. L'intégration dans l'entreprise d'autrui	95
Section 2 : Délimitations	96
§ 1 : Contrat de travail et contrat d'entreprise.....	97
§ 2 : Contrat de travail et contrat de mandat	97
§ 3 : Contrat de travail et contrat d'agence	98
§ 4 : Contrat de travail et contrat de société.....	98
§ 5 : Contrat de travail et contrats innommés	98
Section 3 : Les enjeux de la qualification.....	99
§ 1 : La sanction civile : la requalification judiciaire.....	99
§ 2 : Les sanctions administratives et pénales : le travail au noir et la concurrence déloyale	99
Titre 2 : Sources	101
<i>Chapitre 1 : Sources fédérales</i>	<i>102</i>
Section 1 : Sources constitutionnelles et assimilées.....	102
Section 2 : Sources légales.....	104
§ 1 : Champ d'application des lois spéciales en droit du travail	105
A. Employeurs assujettis à la loi sur le travail	105
B. Travailleurs protégés par la loi sur le travail.....	107
C. Pertinence des exclusions au champ d'application de la loi sur le travail.....	108
§ 2 : Conflits de normes légales en droit du travail.....	109
A. La prééminence du droit public sur le droit privé du travail	109
B. Les effets formateurs du droit public sur le droit privé du travail.....	110
Section 3 : Sources réglementaires.....	111
Section 4 : Sources professionnelles.....	111
§ 1 : Les conventions collectives et les contrats-types de travail.....	111
§ 2 : Les usages professionnels	112
Section 5 : Sources contractuelles	112
Section 6 : Sources jurisprudentielles	113
Section 7 : Sources doctrinales	114
<i>Chapitre 2 : Sources cantonales.....</i>	<i>114</i>
<i>Chapitre 3 : Sources internationales</i>	<i>116</i>
Section 1 : L'Organisation des Nations unies	117
Section 2 : L'Organisation Internationale du Travail	118
§ 1 : Philosophie, fonctionnement, normes.....	118
A. Philosophie	118
1) Constitution de l'OIT	118
2) Déclaration de Philadelphie.....	119
3) Déclaration sur les principes et les droits fondamentaux au travail	119
4) Déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable	120
B. Fonctionnement.....	120
C. Normes	121
§ 2 : La Suisse et l'OIT	122

A. Normes ratifiées par la Suisse	122
B. Stratégie de la Suisse à l'OIT	125
C. Plaintes déposées contre la Suisse	125
D. OIT et marchés publics	127
Section 3 : L'Organisation mondiale du commerce.....	127
Section 4 : L'Organisation de coopération et de développement économiques	128
Section 5 : Le Conseil de l'Europe.....	128
Section 6 : L'Union européenne.....	129
Section 7 : Autres accords internationaux.....	130
Titre 3 : Institutions	131
<i>Chapitre 1 : Le service public de l'emploi</i>	<i>131</i>
<i>Chapitre 2 : Les offices du travail.....</i>	<i>131</i>
<i>Chapitre 3 : Les juridictions du travail.....</i>	<i>132</i>
Section 1 : Les juridictions civiles.....	133
§ 1 : Les tribunaux de prud'hommes.....	133
§ 2 : Les autres tribunaux civils de première instance	133
§ 3 : Les tribunaux d'appel	134
§ 4 : Le Tribunal fédéral	134
Section 2 : Les juridictions administratives.....	134
Section 3 : Les juridictions pénales.....	135
Deuxième partie : Le rapport d'emploi	137
Titre 1 : La création du rapport d'emploi	139
<i>Chapitre 1 : Le recrutement</i>	<i>139</i>
Section 1 : La mise en relation des recruteurs et des candidats	140
Section 2 : La prise de renseignements sur le candidat et l'entretien d'embauche.....	141
Section 3 : Les discriminations à l'embauche	142
§ 1 : Discrimination à raison du sexe	142
§ 2 : Discrimination raciale	142
Section 4 : La responsabilité précontractuelle	144
Section 5 : Les obligations liées à l'embauche et la lutte contre le travail au noir	144
<i>Chapitre 2 : La conclusion du contrat de travail.....</i>	<i>146</i>
Section 1 : Parties	146
§ 1 : La détermination des parties.....	146
A. Catégories de personnes	147
B. Pluralité de parties.....	147
1) Pluralité de travailleurs : le contrat de travail « en cascade ».....	147
2) Pluralité d'employeurs : le contrat de travail au sein d'un groupe de sociétés	148
a. Groupe de sociétés et sociétés-écrans	149
b. Groupe de sociétés et employeur juridique	149
1° Un seul employeur	149
2° Plusieurs employeurs simultanés	150
3° Plusieurs employeurs successifs	151
§ 2 : La capacité des parties	152
A. Droit commun des contrats	152
1) Personnes physiques.....	152
2) Personnes morales.....	152
B. Âge minimum d'admission à l'emploi.....	153
1) Principe.....	153
2) Dérogations : cas où le travail peut être autorisé pour des jeunes âgés de moins de quinze ans.....	153

3) Limitations : secteurs et tâches interdits ou partiellement interdits aux mineurs	154
4) Conditions formelles de l'embauche d'un travailleur jeune	154
§ 3 : La représentation des parties	155
Section 2 : Accord des volontés	155
§ 1 : Échanges des consentements	156
§ 2 : Vices du consentement	156
A. Erreur	156
B. Dol	157
C. Crainte fondée	158
§ 3 : Forme du consentement	158
A. Absence de forme en droit commun du travail	158
B. Obligation d'information de l'employeur	159
C. Langue du contrat de travail	161
Section 3 : Objet	162
Section 4 : Nullité du contrat de travail	164
§ 1 : Les effets de la nullité	164
§ 2 : Le régime de la nullité résultant de la violation d'une disposition impérative de la loi	166
§ 3 : Cas particulier du contrat de travail ne parvenant jamais à l'existence en raison de la non-réalisation d'une condition suspensive	166
<i>Chapitre 3 : L'interprétation du contrat de travail</i>	<i>167</i>
Section 1 : Les règles d'interprétation	167
Section 2 : La simulation	169
<i>Chapitre 4 : Les contrats de travail spéciaux</i>	<i>170</i>
Section 1 : Spécificités relatives au lieu du travail	170
§ 1 : Le travail à domicile	171
A. Contexte	171
B. Champ d'application	171
C. Régime	172
§ 2 : Le télétravail	174
§ 3 : Le contrat de conciergerie	176
§ 4 : Le travail itinérant	177
A. Définition	177
B. Régime	178
1) Forme du contrat de voyageur de commerce	179
2) Mission du voyageur de commerce	179
3) Responsabilité et pouvoirs du voyageur de commerce	180
4) Rémunération du voyageur de commerce	180
a. Rémunération convenable	180
b. Droit à la provision	182
c. Salaire en cas d'empêchement de travailler	182
d. Frais et garanties	182
5) Résiliation du contrat de voyageur de commerce	183
Section 2 : Spécificités relatives au temps de travail	183
§ 1 : Le travail à temps partiel	183
A. Définition	183
B. Travail pour plusieurs employeurs	184
C. Régime	184
§ 2 : Le travail sur appel	185
Section 3 : Spécificités relatives à la personne du travailleur	187
§ 1 : L'apprenti et le stagiaire	187
A. Apprentissage	187
1) Les exigences issues de la réglementation de la formation professionnelle ..	187
2) Définition du contrat d'apprentissage	188

3) Formation du contrat d'apprentissage et temps d'essai.....	188
4) Obligations de l'employeur et de l'apprenti.....	188
5) Résiliation du contrat d'apprentissage.....	190
B. Stage.....	190
§ 2 : Le cadre dirigeant.....	191
A. Statut juridique du dirigeant.....	191
B. Régime	191
§ 3 : Le placé à l'essai	192
Section 4 : Spécificités relatives à la personne de l'employeur	194
§ 1 : La location de services	194
A. Admissibilité de la location de services	196
B. Régime de la location de services	197
1) L'offre d'emploi en régime de location de services	197
2) Le contrat de travail en régime de location de services.....	197
a. Forme du contrat	197
b. Relations entre le travailleur et le locataire de services	198
c. Résiliation du rapport d'emploi.....	199
d. Application du droit collectif.....	199
e. Application du droit commun du travail à titre supplétif	200
3) Le contrat de location de services.....	201
a. Forme et efficacité du contrat de location de services	201
b. Accords entre les parties au contrat de location de services.....	201
c. Obligations du bailleur de services	201
§ 2 : La fonction publique	202
§ 3 : Les entreprises de transport.....	204
A. Par voie terrestre.....	204
B. Par voie maritime.....	205
C. Par voie aérienne	206
<i>Chapitre 5 : Le rapport d'emploi présentant un caractère international</i>	<i>207</i>
Section 1 : Le droit applicable	207
§ 1 : Les droits applicables possibles	207
A. Système légal	207
B. Élection de droit.....	208
§ 2 : L'ordre public suisse	208
§ 3 : Prise en considération de dispositions impératives du droit étranger.....	210
Section 2 : L'autorisation de travail	211
§ 1 : Les sortes d'autorisation.....	211
A. Les étrangers hors UE et AELE	211
B. Les ressortissants d'États membres de l'Union européenne ou de l'Association européenne de libre-échange.....	214
§ 2 : Le régime de l'autorisation	214
Section 3 : Les travailleurs détachés	215
§ 1 : Notion.....	215
A. Principe	215
B. Le cas particulier des faux indépendants	216
C. Le cas particulier de la sous-traitance.....	216
§ 2 : Régime	217
A. Devoir d'annonce.....	217
B. Respect des conditions minimales de travail et de salaire	217
§ 3 : Sanctions.....	218
Titre 2 : La rupture du rapport d'emploi	221
<i>Chapitre 1 : Les modes de rupture du rapport d'emploi</i>	<i>221</i>
Section 1 : La rupture par un fait juridique.....	222
§ 1 : La mort du travailleur	222

§ 2 : L'atteinte de l'âge de la retraite	223
§ 3 : La mort de l'employeur personne physique.....	224
§ 4 : La dissolution de l'employeur personne morale	224
Section 2 : La rupture par un acte juridique.....	225
§ 1 : Distinction entre contrat à durée déterminée et contrat à durée indéterminée.....	225
A. Contours de la distinction	225
1) Définitions	225
a. Contrat à durée déterminée.....	225
b. Contrat à durée indéterminée	227
2) Contrats mixtes (contrat de durée minimale et contrat de durée maximale) et autres particularités.....	227
B. Requalification des contrats en chaîne	228
§ 2 : La fin ordinaire du contrat à durée déterminée	229
§ 3 : La fin ordinaire du contrat à durée indéterminée (avec respect d'un délai de préavis).....	230
A. Exercice de la rupture	230
1) Compétence et consentement.....	230
2) Forme.....	231
3) Notification	232
4) Conditions préalables à la notification	233
a. Le licenciement individuel	233
b. Le licenciement collectif	234
1° Le régime du licenciement collectif.....	234
aa. Notion de licenciement collectif.....	234
bb. Champ d'application du licenciement collectif.....	235
cc. Obligations de l'employeur vis-à-vis des travailleurs.....	236
dd. Obligations de l'employeur vis-à-vis des offices cantonaux du travail	238
ee. Sanction des obligations de l'employeur en matière de licenciement collectif.....	239
2° Le plan social.....	239
aa. Définition du plan social	239
bb. Obligation de négocier un plan social.....	241
cc. Négociation du plan social	242
dd. Contenu du plan social.....	243
5) Retrait.....	244
B. Temps de la rupture	245
1) Délai.....	246
a. Parité du délai.....	246
b. Durée.....	249
1° Pendant le temps d'essai	249
aa. Détermination du temps d'essai	249
bb. Délai de congé pendant le temps d'essai	250
cc. Caractère abusif du congé donné pendant le temps d'essai	251
2° Après le temps d'essai.....	251
c. Terme.....	253
d. Sanction du non-respect du délai de congé applicable.....	253
e. Le déroulement du délai de congé.....	254
1° Principe	254
2° Dispense d'exécution du délai de congé.....	254
3° Solde de vacances durant le délai de congé.....	256
2) Moment.....	258
a. Cas de protection	259
1° En faveur du travailleur	259
aa. La maladie et l'accident non fautifs	259
bb. La grossesse et la maternité	260

cc. Le service obligatoire.....	260
dd. Le service d'aide à l'étranger	260
2° En faveur de l'employeur	261
b. Effets et sanctions de la protection	261
c. Calcul de la période de protection	262
1° Mécanisme de calcul.....	262
aa. Période pertinente pour la protection et période de protection	262
bb. Détermination de la période pertinente pour la protection	262
cc. Calcul du nombre de jours de la période pertinente.....	263
dd. Effet de la période de protection.....	263
ee. Cas particulier de l'empiètement de la période de protection sur plusieurs années de service	263
ff. Échéance du rapport de travail.....	264
2° Cumul des périodes liées à divers cas de protection	264
aa. Principe	264
bb. Empiètement de deux périodes de protection l'une sur l'autre.....	264
cc. Preuve de l'absence de lien entre deux cas de protection	264
C. Motif du congé.....	266
1) Circonstances et motivation du congé.....	266
a. Entretien préalable	266
b. Obligation de motiver le congé.....	267
c. Portée de la motivation du congé.....	267
2) Caractère abusif du congé.....	267
a. Cas d'abus	269
1° La contrariété à certains objectifs à visée constitutionnelle.....	269
aa. Congé donné pour une caractéristique inhérente à la personnalité.....	270
bb. Congé donné en raison de l'exercice d'un droit constitutionnel	274
cc. Accomplissement d'un service ou d'une obligation légale	277
2° La contrariété à des protections issues du droit collectif.....	277
aa. Appartenance ou activité syndicales	277
bb. Représentant élu des travailleurs.....	279
cc. Procédure de consultation en cas de licenciement collectif.....	280
3° Les motifs abusifs contraires à des garanties contractuelles	280
aa. Obstruction à la naissance de prétentions juridiques.....	280
bb. Congé-représailles	281
cc. Congé arbitraire ou de mauvaise foi.....	283
dd. Manquement de l'employeur à son devoir de protection de la personnalité.....	286
ee. Manquement de l'employeur à son devoir d'assistance.....	288
4° Le cas des lanceurs d'alerte.....	288
b. Identification concrète des cas d'abus.....	289
aa. Détermination du motif réel de résiliation	289
bb. Liberté d'appréciation du juge	290
cc. Risque de preuve	291
3) Sanctions de la résiliation abusive	292
a. En général.....	292
1° Indemnité pour résiliation abusive	292
aa. Principe	292
bb. Périmètre de l'indemnité	293
cc. Fixation de l'indemnité.....	294
dd. Nature de l'indemnité.....	296
2° Dommages-intérêts.....	296
b. En cas de licenciement à raison du sexe	297
4) Mise en œuvre de la protection contre le congé abusif	299

§ 4 : La fin extraordinaire du contrat à durée déterminée ou indéterminée (avec effet immédiat)	301
A. Conditions	302
1) Notion de justes motifs de résiliation immédiate	303
a. Principes	303
1° Nature	303
2° Critère	303
3° Évaluation	304
4° Étendue du contrôle sur les actes du travailleur	306
5° Caractère impératif du régime légal	306
b. Casuistique	307
1° Commission d'une infraction pénale	307
2° Menaces et violence	307
3° Violation grave des obligations du travailleur	308
aa. Inexécution de la prestation de travail	308
bb. Non-respect grave du pouvoir de direction	309
cc. Violation grave du devoir de fidélité	310
dd. Violation des obligations de l'employeur	310
4° Le licenciement immédiat en cas de simples soupçons	311
c. Caractère des circonstances susceptibles d'être retenues comme justes motifs	311
d. Motivation du licenciement immédiat	312
2) Exercice de la résiliation immédiate	312
B. Effets de la résiliation immédiate	314
C. Sanctions de la résiliation immédiate injustifiée	315
1) Résiliation par l'employeur	315
a. Indemnité pour la privation de rémunération	315
b. Indemnité punitive et réparatrice	316
1° Principe	316
2° Nature	317
3° Détermination du montant	317
4° Coordination avec d'autres prétentions du travailleur	318
2) Résiliation par le travailleur	318
§ 5 : Résiliation d'un commun accord	319
A. Existence de la résiliation d'un commun accord	319
1) Principes	319
2) Casuistique	320
B. Licéité de la résiliation d'un commun accord	321
C. Sanction de l'inexistence ou de l'illicéité de la résiliation d'un commun accord	323
D. Résiliation d'un commun accord et transaction	324
<i>Chapitre 2 : Les effets de la rupture du rapport d'emploi</i>	325
Section 1 : Les effets pécuniaires	325
§ 1 : L'exigibilité des créances	325
§ 2 : Les indemnités de fin d'emploi	328
A. Les indemnités légales	328
B. Les indemnités contractuelles ou conventionnelles	329
Section 2 : Les obligations de faire ou de ne pas faire	331
§ 1 : La restitution	331
§ 2 : Le certificat de travail	333
A. Formes	333
1) Quant au moment	333
2) Quant au contenu	334
a. Certificat de travail complet	335
b. Certificat de travail simple	336
B. Caractères	336
C. Aspects formels	337

D. Sanctions.....	339
§ 3 : La clause de non-concurrence.....	341
A. Conditions de validité.....	342
1) Capacité et forme	342
2) Objet	343
a. La clientèle	343
b. Les secrets de fabrication ou d'affaires	344
1° Les éléments objectifs.....	345
aa. Le domaine : les questions techniques, organisationnelles ou financières	345
bb. La caractéristique : l'exclusivité	345
2° L'élément subjectif.....	346
3) Caractère : le risque de préjudice sensible	347
B. Conditions de mise en œuvre	347
1) Intérêt réel de l'employeur	347
2) Motif justifié de licenciement ou de démission	347
C. Limites	349
1) Quant au lieu	349
2) Quant à la durée.....	349
3) Quant au genre d'affaires	350
D. Sanctions.....	350
1) Nullité.....	350
2) Réduction.....	350
3) Ineffectivité.....	351
E. Régime de mise en œuvre	351
1) Respect par le travailleur	351
2) Non-respect par le travailleur	351
a. Réparation du dommage.....	351
b. Peine conventionnelle	351
c. Cessation du non-respect.....	352
§ 4 : La confidentialité	353
Titre 3 : Le transfert du rapport d'emploi	355
<i>Chapitre 1 : Le transfert contractuel du rapport d'emploi</i>	<i>355</i>
<i>Chapitre 2 : Le transfert d'entreprise.....</i>	<i>357</i>
Section 1 : Le transfert d'entreprise en droit commun	357
§ 1 : Définition du transfert d'entreprise.....	358
§ 2 : Information et consultation des travailleurs	359
§ 3 : Acceptation et refus du transfert.....	360
§ 4 : Le sort des conventions collectives	362
§ 5 : Solidarité entre l'ancien et le nouvel employeur	363
§ 6 : Le transfert d'entreprise durant un sursis concordataire	363
Section 2 : Les particularités du transfert d'entreprise dans le cadre d'une fusion, d'une scission d'entreprise ou d'un transfert de patrimoine.....	364
§ 1 : L'information et la consultation des travailleurs.....	364
§ 2 : Les garanties des travailleurs.....	365
§ 3 : La sanction du non-respect des droits des travailleurs	365
Troisième partie : Le rapport de travail	367
Titre 1 : Les obligations du travailleur.....	369
<i>Chapitre 1 : La mise à disposition de la force de travail</i>	<i>369</i>
Section 1 : Lieu et temps de la mise à disposition.....	369
§ 1 : Le lieu de travail.....	369
§ 2 : Le temps de travail.....	370

A. Les heures de travail.....	370
1) Heures de travail contractuelles et heures de travail au-delà des heures contractuelles.....	370
a. Détermination des heures de travail contractuelles.....	370
1° Principes.....	371
2° Horaire flexible.....	371
aa. Régime.....	371
bb. Excédent dans le cadre de l'horaire flexible et heures supplémentaires.....	372
cc. Incidence d'un horaire flexible en cas de résiliation du rapport d'emploi.....	372
3° Service de piquet.....	373
aa. Définition.....	373
bb. Limites.....	373
cc. Comptabilisation.....	374
dd. Rémunération.....	374
b. Distinction entre heures supplémentaires et travail supplémentaire.....	375
2) Régime des heures supplémentaires.....	376
a. Obligation d'effectuer des heures supplémentaires.....	376
1° Circonstances exigeant l'accomplissement d'heures supplémentaires.....	376
2° Mesure dans laquelle le travailleur doit effectuer des heures supplémentaires.....	377
b. Preuve des heures supplémentaires.....	377
c. Compensation des heures supplémentaires.....	378
3) Régime du travail supplémentaire.....	380
a. Durée maximale de la semaine de travail.....	380
b. Conditions et limites et dépassement de la durée maximale de la semaine de travail.....	381
c. Compensation du travail supplémentaire.....	381
d. Contrôle du respect des prescriptions sur le travail supplémentaire.....	382
1° Contenu de l'enregistrement du temps de travail.....	382
2° Méthodes d'enregistrement du temps de travail.....	382
3° Exemption d'enregistrement du temps de travail.....	382
4° Enregistrement simplifié du temps de travail.....	383
B. Les temps de repos.....	384
1) Les pauses.....	384
2) Le repos quotidien.....	384
a. Durée du repos quotidien.....	384
b. Moment du repos quotidien.....	384
1° Le travail du soir.....	385
2° Le travail de nuit.....	385
3° Le travail continu.....	386
3) Le repos hebdomadaire.....	387
a. Le dimanche.....	387
b. La demi-journée de repos hebdomadaire.....	388
4) Les jours fériés.....	388
a. Fête nationale.....	388
b. Jours fériés cantonaux.....	389
c. Fêtes religieuses.....	389
5) Les jours de congés usuels.....	389
C. Le congé sans solde.....	390
1) Congé-jeunesse.....	390
2) Congé sans solde contractuel.....	391
D. Les jeunes travailleurs.....	392
E. Les travailleurs ayant des responsabilités familiales.....	393

Section 2 : Caractères de la mise à disposition.....	394
§ 1 : Exécution personnelle.....	395
§ 2 : Exécution diligente	395
§ 3 : Exécution fidèle	396
A. Contenu du devoir de fidélité.....	396
1) Aspect positif.....	396
2) Aspect négatif	397
3) Particularités.....	397
B. Limites au devoir de fidélité.....	398
Section 3 : Le pouvoir de direction de l'employeur	399
§ 1 : Subordination et pouvoir de direction.....	399
A. Définition du pouvoir de direction.....	399
B. Effets du pouvoir de direction.....	400
C. Titulaire du pouvoir de direction	400
§ 2 : Formes du pouvoir de direction.....	401
A. Directives individuelles.....	401
B. Règlement intérieur	401
1) Droit commun.....	401
2) Le règlement d'entreprise	402
a. Adoption.....	402
b. Contenu.....	402
§ 3 : Contours et limites du pouvoir de direction	403
A. Respect du cadre contractuel du rapport de travail.....	403
B. Fonctionnalité des instructions.....	404
C. Respect de la personnalité du travailleur.....	404
D. Illicéité et contrariété aux mœurs des instructions.....	405
E. La mise en œuvre des limites au pouvoir de direction de l'employeur	406
1) Balance des intérêts respectifs de l'employeur et du travailleur	406
2) Sanction des instructions illicites	406
§ 4 : Le contrôle du travailleur par l'employeur.....	407
§ 5 : Sanctions du non-respect du pouvoir de direction.....	407
<i>Chapitre 2 : L'extension du devoir de fidélité au-delà du temps de travail.....</i>	<i>409</i>
<i>Chapitre 3 : La responsabilité du travailleur.....</i>	<i>410</i>
Section 1 : Les conditions de la responsabilité du travailleur	411
§ 1 : Circonstances susceptibles d'engager la responsabilité du travailleur	411
§ 2 : Étendue de la réparation.....	412
Section 2 : La mise en œuvre de la responsabilité du travailleur.....	413
§ 1 : Conditions de mise en œuvre de la responsabilité.....	413
§ 2 : Le régime des sûretés remises par le travailleur	414
Section 3 : Les infractions pénales du travailleur	414
Titre 2 : Les obligations de l'employeur.....	415
<i>Chapitre 1 : Le versement de la contrepartie patrimoniale du travail.....</i>	<i>415</i>
Section 1 : La rémunération	415
§ 1 : Les formes de rémunération.....	416
A. Les rémunérations à tendance contractuelle.....	418
1) Fondées sur le temps	418
a. Le salaire de base.....	418
b. Le salaire différé.....	418
2) Fondées sur la performance	420
a. Performance individuelle.....	420
1° Salaire aux pièces et salaire à la tâche	420
2° Provision / commission	422
aa. Définition.....	422
bb. Régime	423

cc. Provision et résiliation du rapport d'emploi.....	426
3° Rémunération sur objectifs.....	427
aa. Définition.....	428
bb. Régime	430
b. Performance collective.....	438
1° Participation aux résultats.....	438
aa. Définition.....	438
bb. Régime	439
2° Actionnariat salarié.....	443
aa. L'acquisition simple	443
bb. L'acquisition compliquée.....	444
cc. L'acquisition inscrite dans le cadre d'un plan d'intéressement	445
dd. Le salarié investisseur.....	449
B. Les rémunérations à tendance discrétionnaire	452
1) D'origine patronale	452
a. La qualification de gratification bénévole, gratification contractuelle et rémunération variable contractuelle.....	452
1° Interprétation des volontés.....	454
2° Contractualisation en vertu du principe de confiance	458
3° Qualification contractuelle en raison de l'absence de caractère accessoire.....	459
aa. Principe	459
bb. Champ d'application	460
cc. Régime	461
b. Régime de la gratification bénévole.....	462
c. Régime de la gratification contractuelle.....	462
1° Fixation du montant de la gratification contractuelle.....	462
2° Assujettissement de la gratification contractuelle à une condition.....	463
aa. Condition suspensive	463
bb. Condition résolutoire.....	467
2) D'origine tierce.....	471
a. Les pourboires.....	471
b. Les pots-de-vin.....	472
C. Les rémunérations interdites.....	474
D. Les autres formes d'avantages.....	476
§ 2 : Le montant de la rémunération.....	477
A. Le salaire minimum.....	477
1) Salaire minimum légal.....	477
a. a. Salaire minimum général	477
b. Salaire minimum sectoriel.....	477
1° Possibilité d'édicter un salaire minimum sectoriel par contrat-type impératif.....	477
2° Commission tripartite.....	478
3° Action judiciaire.....	479
2) Salaire minimum conventionnel.....	479
3) Assiette du salaire minimum.....	480
4) Les protections en l'absence de salaire minimum	480
a. La rescision du contrat pour lésion.....	481
b. La protection de la personnalité.....	481
c. Le passage d'une rémunération à la performance à une rémunération au temps.....	481
d. La rémunération convenable	482
e. L'infraction pénale d'usure	483
B. Le salaire maximum	484
§ 3 : Le maintien de la rémunération	484
A. Les empêchements non fautifs de travailler	484

1) Champ d'application.....	484
a. Cas de protection	484
1° Empêchements de travailler admis au titre de la protection	485
2° Caractère non fautif de l'empêchement	487
3° Exigence de durée relative au rapport de travail	487
b. Preuve de l'empêchement	488
2) Etendue du maintien de la rémunération	488
a. Régime de droit commun.....	489
1° Sans assurance obligatoire	489
2° Avec assurance obligatoire.....	490
b. Régime complémentaire.....	490
c. Régime dérogatoire	491
1° Condition d'équivalence.....	491
2° Condition de forme.....	491
3° Sanction du non-respect des conditions du régime dérogatoire	492
4° Sanction du non-respect de la mise en œuvre d'un régime dérogatoire convenu.....	492
B. Les vacances.....	493
1) Durée.....	493
2) Dates.....	493
3) Calcul du droit aux vacances	493
a. Détermination de la période de référence.....	493
b. Détermination du nombre de semaines de vacances dues.....	494
1° Prise des vacances durant la période de référence ou postérieurement à celle-ci	494
2° Calcul du nombre de semaines de vacances dues	495
4) Rémunération afférente	496
a. Calcul de la rémunération relative au droit aux vacances	496
b. Paiement de la rémunération relative au droit aux vacances	497
c. Suppression en cas de travail pour un tiers.....	499
d. Prescription du paiement du droit aux vacances	499
5) Preuve.....	500
C. Les autres congés.....	500
1) Congés usuels.....	500
2) Congé-maternité.....	500
3) Allaitement.....	500
§ 4 : La protection de la rémunération.....	501
A. Caractère partiellement inconditionnel	501
1) La libre disposition de la rémunération.....	501
a. Régime.....	502
b. Domaine	503
1° Plans d'intéressement et rémunération en nature	503
2° Indemnités conventionnelles de licenciement	505
3° Acomptes et avances	507
4° Prestations spéciales de l'employeur	507
2) La retenue sur rémunération.....	508
3) La compensation	509
B. Caractère partiellement incessible	509
C. Caractère partiellement insaisissable	510
D. Caractère privilégié	511
§ 5 : Le paiement de la rémunération	513
A. Les modalités du paiement.....	513
1) Lieu du paiement.....	513
2) Temps du paiement	513
3) Moment du paiement.....	513
a. Le principe.....	514

b. Le tempérament : l'acompte	515
c. Les exceptions	515
1° Les exceptions légales : la provision et la participation	516
aa. La provision	516
bb. La participation	517
2° L'exception administrative	518
4) Monnaie du paiement	519
a. Du point de vue international	520
1° Possibilité de conversion en monnaie suisse	520
2° Devise étrangère et règles protectrices du droit du travail	521
b. Du point de vue interne	522
5) Instrument de paiement	522
B. La preuve du paiement	523
1) Le bulletin de paie	523
2) Le certificat de salaire	523
C. L'erreur de paiement	524
§ 6 : Les prélèvements sur la rémunération	524
Section 2 : Les frais	525
§ 1 : Les frais effectifs	525
A. Contenu	525
B. Sanction	527
C. Échéance	527
§ 2 : Les frais forfaitaires	527
§ 3 : Autres prestations remboursées par l'employeur	528
Section 3 : Les droits de propriété intellectuelle	529
§ 1 : Biens matériels	529
§ 2 : Inventions et designs	529
A. Les inventions et designs de service	530
1) Définition	530
2) Régime	530
B. Les inventions et designs liés	531
1) Définition	531
2) Régime	531
C. Inventions et designs libres	532
§ 3 : Logiciels	532
§ 4 : Œuvres salariées	532
Chapitre 2 : La protection du travailleur	533
Section 1 : La protection de la santé et de l'intégrité du travailleur	533
§ 1 : La protection générale	534
A. Principes de protection	534
B. Mise en œuvre formelle de la protection	535
1) Information, consultation, collaboration et formation des travailleurs	535
2) Prévention	536
3) Inspections, contrôles et sanctions	536
C. Mise en œuvre matérielle de la protection	537
1) Lieux de travail	537
2) Équipements	538
3) Entreprises industrielles	539
4) Protection contre l'alcool et le tabac	539
§ 2 : Les protections renforcées	540
A. Les jeunes travailleurs	540
1) Protection de la santé et de la moralité des jeunes	540
2) Information des jeunes et de leurs parents	541
3) Travaux dangereux interdits aux jeunes	541
B. Les femmes enceintes, accouchées et allaitantes	542
Section 2 : La protection de la personnalité du travailleur	543

§ 1 : Domaine de la protection de la personnalité	544
A. Dignité du travailleur	544
B. Liberté du travailleur	547
C. Sphère privée du travailleur	548
1) Domaine de la protection de la sphère privée	548
2) Régime de la collecte de données	549
a. Principes	549
b. Accès du travailleur aux données détenues par l'employeur	549
c. Sanctions	550
1° Sanctions civiles	550
2° Sanctions pénales	550
3) Surveillance des travailleurs par l'employeur	551
a. Admissibilité des systèmes de surveillance	551
b. Information des travailleurs sur les systèmes de surveillance utilisés par l'employeur	553
c. Sanction procédurale	553
D. La protection contre les discriminations	554
1) Protection au niveau civil	554
a. Les discriminations interdites	554
1° Le sexe	554
aa. Domaine de la protection	555
bb. Discrimination salariale	555
cc. Moyens d'action	558
dd. Mise en œuvre des moyens d'action	558
2° La nationalité des ressortissants communautaires	559
3° Le travail à domicile	561
b. Les discriminations douteuses	561
1° L'activité syndicale ou de représentation du personnel	562
2° Le travail à temps partiel	562
3° L'âge	563
4° L'état de santé	563
5° Le handicap	564
6° La situation familiale	565
c. L'inégalité de traitement constitutive d'une violation de la personnalité	565
1° Mécanisme	565
2° Évolution du sens de la protection de la personnalité	566
2) Protection au niveau pénal	568
§ 2 : Mise en œuvre de la protection de la personnalité	570
<i>Chapitre 3 : Les autres obligations</i>	<i>572</i>
Section 1 : L'obligation d'information	572
Section 2 : L'obligation de formation	573
<i>Chapitre 4 : La responsabilité de l'employeur</i>	<i>574</i>
Section 1 : Les remèdes contre les défaillances de l'employeur	574
§ 1 : Prétention en paiement	574
§ 2 : Exception d'inexécution	574
§ 3 : Demeure de l'employeur	574
§ 4 : Démission	575
Section 2 : La responsabilité contractuelle et délictuelle de l'employeur	575
Section 3 : Les infractions pénales de l'employeur	576
Titre 3 : La modification du rapport de travail	579
<i>Chapitre 1 : Distinction entre éléments contractuels du rapport de travail et conditions d'exécution du travail</i>	<i>579</i>
Section 1 : Les éléments contractuels par nature	580

§ 1 : Les parties au contrat	581
§ 2 : La date de début du rapport de travail	581
§ 3 : Les fonctions du travailleur	581
A. Fonctions et tâches liées	581
1) Fonctions et tâches quotidiennes.....	581
2) Tâches constituant le prolongement logique des fonctions.....	582
B. Cas particuliers	582
1) Urgence	582
2) Travailleur malade, accidenté ou courant un risque pour sa santé	583
3) Les tâches confiées pendant le délai de congé.....	584
C. Fonctions, tâches et sanctions	584
1) Absence de tâches confiées	584
2) Rétrogradation	585
§ 4 : La rémunération	586
§ 5 : La durée du travail	587
A. Principe : intangibilité.....	587
B. Exception : les heures supplémentaires.....	587
Section 2 : Les conditions d'exécution du travail par nature	587
§ 1 : Les instructions	588
§ 2 : La gratification bénévole.....	588
§ 3 : Les objectifs déterminants pour la rémunération	589
§ 4 : Les horaires de travail	589
§ 5 : La date des vacances	589
§ 6 : Le lieu de travail	589
A. La mobilité liée à certaines fonctions	590
B. Le rayon d'activité.....	591
Section 3 : Les conditions de travail contractualisées	591
§ 1 : Les sources conférant un caractère contractuel.....	592
A. Le contrat	592
B. L'engagement unilatéral	592
§ 2 : Les autres phénomènes de contractualisation.....	593
A. L'usage	593
B. La protection de la confiance légitime	593
<i>Chapitre 2 : Régime de modification des éléments contractuels du travail</i>	<i>594</i>
Section 1 : Modification par accord mutuel	595
§ 1 : Date d'effet du contrat modificatif.....	595
A. Interdiction d'un accord avec effet rétroactif	596
B. Absence de protection par un délai minimal	597
§ 2 : Moment du contrat modificatif.....	598
A. Les cas d'accord nécessaire du travailleur	599
B. La prohibition des engagements excessifs	600
C. La prohibition des clauses insolites.....	601
D. La nullité de la condition.....	601
E. L'interdiction de l'abus de droit	601
F. Le risque d'entreprise devant peser sur l'employeur.....	603
§ 3 : Forme du contrat modificatif.....	604
A. Absence d'exigence de forme.....	604
B. Preuve de l'acceptation.....	605
1) Le principe : l'absence de présomption d'acceptation.....	606
2) L'exception n° 1 : la présomption d'acceptation automatique en cas de silence à l'égard d'une offre favorable.....	606
3) L'exception n° 2 : la présomption d'acceptation en cas de silence à l'égard d'une offre défavorable lorsque le consentement revêt certains caractères particuliers	607
a. Le tempérament à l'exception n° 2 : la bonne foi imposant au travailleur de réagir dans certaines circonstances face à une offre	

défavorable.....	609
b. Tempéraments au tempérament à l'exception n° 2.....	610
1° Une présomption simple.....	610
2° La preuve d'une offre réelle.....	611
4) Principes généraux applicables en toute hypothèse.....	612
Section 2 : Modification sans l'accord du travailleur.....	614
§ 1 : Définition, modes et formes du congé-modification.....	614
§ 2 : Validité du congé-modification.....	615
A. Licéité de principe du congé-modification.....	615
B. Contrôle de la motivation du congé-modification.....	616
C. Contrôle du contenu du congé-modification.....	618
1) Respect de la loi, des conventions collectives et contrats-types applicables.....	618
2) Caractère approprié et proportionné de la modification.....	618
3) Caractère juste de la modification.....	618
D. Contrôle de la mise en œuvre du congé-modification.....	619
1) Délais à respecter.....	619
a. Délai de réflexion.....	619
b. Délai de préavis.....	620
2) Procédure à respecter.....	620
Chapitre 3 : Régime de modification des conditions d'exécution du travail.....	621
Section 1 : Mise en œuvre de la modification des conditions d'exécution du travail.....	621
Section 2 : Modification de bonne foi des conditions d'exécution du travail.....	622
Section 3 : Cas particulier de la modification du lieu de travail non contractuel.....	623
Quatrième partie : Les relations collectives de travail.....	627
Titre 1 : La participation collective.....	629
Chapitre 1 : Les formes de participation collective.....	629
Chapitre 2 : Les domaines de la participation collective.....	630
Chapitre 3 : Les procédures de la participation collective.....	632
Titre 2 : La représentation collective.....	633
Chapitre 1 : Les représentants du personnel.....	633
Section 1 : Désignation.....	633
§ 1 : Droit à une représentation collective.....	633
§ 2 : Élection de la représentation collective.....	634
Section 2 : Fonctions.....	634
Section 3 : Exercice de la représentation.....	634
§ 1 : Protection des représentants du personnel.....	634
§ 2 : Caractères de l'exercice de la représentation.....	635
A. Bonne foi.....	635
B. Devoir de discrétion.....	636
Chapitre 2 : Les syndicats.....	636
Section 1 : Liberté syndicale.....	636
§ 1 : Contenu de la liberté syndicale.....	636
§ 2 : Adhésion, contribution et soumission forcées.....	637
A. Adhésion et contribution forcées.....	637
B. Soumission forcée.....	638
Section 2 : Structure.....	639
Section 3 : Prérogatives.....	640
§ 1 : Négociation.....	640
A. Contenu de la négociation.....	640

B. Droit à la négociation.....	640
§ 2 : Action.....	642
Titre 3 : Les accords collectifs	645
<i>Chapitre 1 : Les conventions collectives de travail.....</i>	<i>645</i>
Section 1 : Champ d'application	646
§ 1 : Les personnes assujetties.....	646
A. L'application volontaire	646
1) Pour l'employeur.....	646
a. La signature	646
b. L'adhésion	647
c. La soumission	647
d. La contractualisation.....	648
e. L'engagement unilatéral.....	648
2) Pour le travailleur.....	648
a. L'adhésion	649
b. La soumission	649
c. La stipulation pour autrui.....	649
d. La contractualisation.....	650
B. L'application légale ou administrative.....	650
1) Application en vertu de la loi	650
a. Transfert d'entreprise	650
b. Location de services	651
c. Détachement de travailleurs	651
2) Application en vertu d'un acte administratif.....	652
a. La procédure d'extension administrative	652
b. Les conditions de l'extension administrative.....	654
c. Le champ d'application de la convention collective étendue	656
§ 2 : Les conflits entre conventions collectives.....	657
A. Principe d'unité du rapport de travail.....	658
B. Principe d'unité du droit collectif dans l'entreprise	658
C. Conflit entre conventions collectives étendues et conventions collectives non étendues.....	659
Section 2 : Contenu	659
§ 1 : Sortes de clauses.....	659
A. Clauses normatives.....	659
B. Clauses semi-normatives.....	660
C. Clauses obligationnelles.....	660
§ 2 : Interprétation des clauses.....	661
A. Interprétation des clauses normatives et semi-normatives.....	661
B. Interprétation des clauses obligationnelles	662
Section 3 : Effets	662
§ 1 : Entre les parties au contrat de travail	662
A. Effet direct et impératif.....	662
B. Respect du droit impératif.....	663
C. Intervention du juge.....	663
D. Principe de faveur	664
E. Effets de la convention collective étendue	665
§ 2 : Entre les parties à la convention collective.....	666
A. Respect de la convention collective.....	666
1) Application.....	666
2) Exécution commune.....	667
a. En général.....	667
b. Pour les conventions collectives étendues	668
B. Respect de la paix du travail	668
Section 4 : Modification et fin	669

§ 1 : Modalités de modification et de fin.....	669
A. Principes généraux.....	669
B. Départ de l'employeur de l'association patronale signataire.....	669
C. Résiliation avant terme pour justes motifs.....	671
D. Convention collective reprise par transfert d'entreprise.....	672
§ 2 : Conséquences de la fin d'une convention collective.....	672
A. Principes généraux.....	672
B. Effet posthume.....	672
<i>Chapitre 2 : Les contrats-types.....</i>	<i>673</i>
Section 1 : Procédure d'adoption.....	674
Section 2 : Effets.....	675
<i>Chapitre 3 : Les contrats-types impératifs.....</i>	<i>675</i>
Titre 4 : Les conflits collectifs.....	677
<i>Chapitre 1 : La manifestation des conflits collectifs.....</i>	<i>677</i>
Section 1 : La grève.....	677
§ 1 : Définition.....	677
§ 2 : Régime.....	677
A. Conditions de licéité de la grève.....	678
B. Conséquences juridiques de la grève licite.....	680
C. Conséquences juridiques de la grève illicite.....	680
Section 2 : La grève patronale.....	681
<i>Chapitre 2 : La résolution des conflits collectifs.....</i>	<i>681</i>
Section 1 : La conciliation.....	681
Section 2 : L'arbitrage.....	682
Section 3 : La juridiction.....	682
Cinquième partie : Les conflits individuels autour du travail.....	685
Titre 1 : Le règlement judiciaire des conflits individuels.....	687
<i>Chapitre 1 : La procédure civile.....</i>	<i>687</i>
Section 1 : Parties au litige.....	687
§ 1 : Les parties au contrat de travail.....	687
A. La détermination des parties.....	687
B. L'immunité de juridiction.....	689
C. Le cas particulier des institutions religieuses.....	691
§ 2 : Les associations professionnelles.....	691
Section 2 : Compétence.....	692
§ 1 : Compétence à raison du lieu.....	692
A. Nationalement.....	692
1) Les actions relevant du droit du travail.....	692
a. Qualification juridique claire.....	692
b. Qualification juridique douteuse : les faits « doublement pertinents ».....	693
2) Les fors des actions relevant du droit du travail.....	696
a. Fors principaux.....	696
b. Fors particuliers.....	697
B. Internationalement.....	698
1) Convention de Lugano.....	698
2) Loi sur le droit international privé.....	698
§ 2 : Compétence à raison de la matière.....	699
§ 3 : Compétence à raison de la valeur.....	701
Section 3 : Procédure.....	701
§ 1 : Sortes de procédures.....	702
§ 2 : Le déroulement de la procédure.....	702

§ 3 : L'administration des preuves	703
A. Droit à la preuve.....	703
1) Principes généraux.....	703
2) Demande de documents aux mains de l'employeur	703
a. Dans le cadre procédural	703
b. Dans le cadre du droit d'accès aux données	704
B. Maxime inquisitoire sociale.....	705
C. Appréciation des preuves	705
1) Témoignages de travailleurs	705
2) Témoignages de clients.....	706
3) Incapacité de travail et certificats médicaux	706
4) Faits notoires	706
5) Procédure pénale concomitante.....	706
6) Moyens de preuve acquis illicitement	707
§ 4 : Frais judiciaires	707
Section 4 : La prescription en droit du travail	708
§ 1 : Principes généraux	708
A. Durée	708
B. Mise en œuvre.....	709
§ 2 : Critiques du régime actuel	709
<i>Chapitre 2 : La procédure administrative.....</i>	<i>710</i>
Titre 2 : Le règlement extrajudiciaire des conflits individuels.....	713
<i>Chapitre 1 : L'arbitrage en droit du travail.....</i>	<i>713</i>
Section 1 : Admissibilité	713
§ 1 : Sur le fond	713
§ 2 : Sur la forme	714
Section 2 : Procédure.....	715
§ 1 : Arbitrage interne	715
§ 2 : Arbitrage international	715
<i>Chapitre 2 : La transaction en droit du travail.....</i>	<i>716</i>
Section 1 : Validité.....	716
Section 2 : Effets	718
<i>Chapitre 3 : La médiation en droit du travail.....</i>	<i>718</i>
Table des matières.....	721