

Préface

La modification du rapport de travail : voilà une question qui présente la particularité d'être aussi fréquente en pratique que compliquée en théorie. Les parties au rapport de travail souhaitent fréquemment changer les termes de leur relation. Pourtant, elles se trouvent régulièrement confrontées à un manque d'information sur la marche à suivre du point de vue juridique et elles redoutent des conséquences économiques imprévues.

Cet ouvrage a pour ambition de servir de guide aux acteurs du monde du travail, afin de leur présenter synthétiquement les règles juridiques qui président à la modification du rapport de travail. Nous y proposons une classification tripartite des termes de tout rapport de travail : conditions de travail, éléments contractuels du rapport de travail, éléments collectifs du travail. À chacune de ces trois catégories est attaché un régime de modification distinct. Aussi les praticiens sont-ils invités à suivre en la matière l'une des méthodes cardinales du droit occidental : d'abord qualifier juridiquement les faits, ensuite leur appliquer un régime spécifique.

À côtoyer les acteurs du monde du travail, on rencontre parfois à un sentiment de frustration à l'égard des règles juridiques. Il faut dire que le droit suisse du travail se complexifie chaque jour davantage, en proie qu'il est à diverses évolutions de la société. De nouvelles formes d'organisation du rapport de travail émergent (travail intérimaire, détachement, expatriation, travailleurs atypiques, télétravail, individualisation des horaires de travail, individualisation des rémunérations, etc.). La durée des rapports de travail tend à se raccourcir tandis que chaque emploi requiert une adaptation de chaque instant à un environnement technologique en évolution constante.

À l'image de la société, le monde du travail est de plus en plus fréquemment le lieu de revendications sourdes en faveur d'une plus grande individualisation des rapports sociaux. L'image de l'entreprise comme grande machine réglée selon le modèle mécanique de l'horloge, comme on pouvait la voir dans le film *Les Temps modernes* de Charlie Chaplin, est en passe de devenir obsolète. Les employeurs recherchent la flexibilité et la libre adaptation des contrats à un envi-

ronnement qui leur paraît plus concurrentiel que jamais (mondialisation oblige). Quant aux travailleurs, ils tolèrent de moins en moins de ne pouvoir s'épanouir dans leur travail ou de ne réussir à concilier de manière satisfaisante vie professionnelle et vie familiale, amicale, associative, etc. Le droit du travail se trouve alors sommé de répondre à des exigences contradictoires et mouvantes.

Face à ces évolutions, notre matière apparaît comme le lieu où doit se faire la conciliation entre la liberté d'action que cherche sans relâche l'entrepreneur et la sécurité légitime du travailleur. Ceci dans un contexte où les contentieux sont nombreux, contribuant à raffiner les règles en fonction des différents cas particuliers. La part de sécurité juridique paraît donc s'amenuiser. Il n'est pas rare de voir des esprits gestionnaires s'inquiéter des incertitudes qui en découlent.

Nous voudrions les rassurer en leur disant qu'en suivant quelques règles de bon sens, on s'en sort la plupart du temps à bon compte : respect de la parole donnée, cohérence dans ses propos et dans son comportement, ouverture à l'autre, respect de la personne, clarté et honnêteté ; tels sont les primats qu'exige le respect du droit.

Celui qui a compris, et accepté, que le droit du travail vise à « civiliser » les rapports de travail, c'est-à-dire à inciter les acteurs du monde du travail à faire société entre eux en bannissant la tentation de la violence pour la remplacer par le règne du respect, celui-là en sait davantage que le lecteur qui aura simplement reproduit toutes les règles juridiques que nous allons tout de même nous attacher à décrire patiemment dans les pages qui suivent...

Genève, février 2014

Aurélien Witzig

Sommaire

| | |
|----------------------------|-----------|
| Préface..... | V |
| Abréviations | IX |
| Bibliographie | XV |

Introduction :

| | |
|---|----------|
| Les trois sortes de modification du rapport de travail | 1 |
|---|----------|

| | |
|------------------------------------|----------|
| Chapitre préliminaire | 7 |
|------------------------------------|----------|

| | |
|--|----------|
| I. L'ancienneté du salarié | 7 |
| II. La modification du rapport de travail du fait de la loi | 8 |

1^e Partie :

| | |
|---|-----------|
| La modification des conditions de travail | 13 |
|---|-----------|

| | |
|-----------------------------|------------|
| I. Domaine | 13 |
| II. Régime | 95 |
| III. Sanctions | 101 |

| | |
|--|------------|
| IV. Demande de modification des conditions de travail par le salarié..... | 106 |
|--|------------|

2^e Partie :

| | |
|--|------------|
| La modification des éléments contractuels du rapport de travail | 111 |
|--|------------|

| | |
|----------------------------------|------------|
| I. Par accord mutuel..... | 112 |
|----------------------------------|------------|

| | |
|---|------------|
| II. Sans l'accord du salarié | 151 |
|---|------------|

| | |
|---|------------|
| III. Sans l'accord de l'employeur..... | 178 |
|---|------------|

3^e Partie :

| | |
|--|------------|
| La modification des éléments collectifs du rapport de travail | 181 |
|--|------------|

| | |
|---|------------|
| I. La modification du droit collectif du travail | 182 |
|---|------------|

| | |
|--|------------|
| II. La modification de l'horaire collectif de travail : le chômage partiel..... | 192 |
|--|------------|

| | |
|------------------------|------------|
| Conclusion..... | 195 |
|------------------------|------------|

| | |
|--|------------|
| Tableaux synoptiques de la marche à suivre pour modifier le rapport de travail..... | 199 |
|--|------------|

Abréviations

| | |
|---------|---|
| AG | Arbeitsgericht |
| al. | alinéa |
| ALCP | Accord du 21 juin 1999 entre la Suisse et la Communauté européenne et ses Etats-membres sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681) |
| ArbR | Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht |
| art. | article |
| ATF | Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse |
| BaKomm. | Basler Kommentar |
| BKomm. | Berner Kommentar |
| BE | Berne |
| BJM | Basler juristische Mitteilungen |
| BL | Bâle-campagne |
| BOAF | Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale |
| BS | Bâle-Ville |
| CAPH | Cour d'appel des prud'hommes |
| CC | Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210) |
| CCass | Cour de cassation |
| CEDH | Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950) (RS 0.101) |
| cf. | confer |
| CF | Conseil fédéral suisse |

| | |
|-------------|---|
| CJ | Cour de justice |
| CJCE | Cour de justice des Communautés européennes (aujourd'hui CJUE) |
| CO | Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220) |
| comm. | commentaire |
| Comm.Dunand | DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne, Stämpfli, 2013 |
| cons. | considérant |
| CP | Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0) |
| CR-CO | Commentaire romand du Code des obligations I |
| Cst. | Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 décembre 1998 (RS 101) |
| dir. | sous la direction |
| DTA | Revue Droit du travail et assurance-chômage |
| éd. | édition |
| édit. | éditeur |
| et al. | et alii |
| FF | Feuille fédérale |
| FINMA | Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers |
| FR | Fribourg |
| GE | Genève |
| GL | Glaris |
| i.f. | in fine |
| JAR | Jarhbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts |

X

| | |
|----------------|---|
| JOCE | Journal officiel des Communautés européennes (aujourd'hui JOUE) |
| JT | Journal des Tribunaux |
| JU-TRAV | Recueil de jugements du droit du travail |
| KG | Kantonsgericht |
| LAA | Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (RS 832.20) |
| LACI | Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage (RS 837.0) |
| LDIP | Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291) |
| Leg | Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (RS 151.1) |
| LFus | Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion (RS 221.301) |
| LNM | Loi fédérale du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime (RS 747.30) |
| LP | Loi fédérale des 11 avril 1889 et 16 décembre 1994 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1) |
| LParticipation | Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs (RS 822.14) |
| LTr | Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail (RS 822.11) |
| LTrD | Loi fédérale du 20 mars 1981 sur le travail à domicile (RS 822.31) |
| LU | Lucerne |
| N | numéro |
| NE | Neuchâtel |

| | |
|---------------------|---|
| OACI | Ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage (RS 837.02) |
| OG | Obergericht |
| OLT 1 | Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (RS 822.111) |
| ORAb | Ordonnance du 20 novembre 2013 contre les rémunérations abusives (RS 221.331) |
| ORC | Ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (RS 221.411) |
| p(p). | page(s) |
| PJA | Pratique juridique actuelle (AJP) |
| Pra | Die Praxis |
| Quatre cents arrêts | AUBERT, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, Lausanne, Payot, 1984 |
| RDAF | Revue de droit administratif et de droit fiscal |
| RDS | Revue de droit suisse (ZSR) |
| recht | Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis |
| RFJ | Revue fribourgeoise de jurisprudence |
| RJB | Revue de la société des juristes bernois (ZBJV) |
| RJN | Revue de jurisprudence neuchâteloise |
| RO | Recueil officiel des lois fédérales |
| RS | Recueil systématique du droit fédéral |
| RSDA | Revue suisse de droit des affaires (SZW) |
| RSDIE | Revue suisse de droit international et de droit européen |
| RSJ | Revue suisse de jurisprudence |
| RVJ | Revue valaisanne de jurisprudence |
| SARB | Schweizerisches Arbeitsrecht Basel |

| | |
|---------|---|
| SG | Saint-Gall |
| SJ | Semaine judiciaire |
| spéc. | spécialement |
| TA | Tribunal d'appel |
| TAF | Tribunal administratif fédéral |
| TC | Tribunal cantonal |
| TF | Tribunal fédéral |
| t. fin. | titre final |
| TI | Tessin |
| TPH | Tribunal des prud'hommes |
| VD | Vaud |
| VS | Valais |
| ZG | Zoug |
| ZH | Zurich |
| ZKomm. | Zürcher Kommentar |
| ZR | Blätter für Zürcherische Rechtsprechung |

Bibliographie

I. Ouvrages généraux en droit du travail

Les ouvrages répertoriés dans cette section sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom des auteurs.

BRÜHWILER JÜRIG, *Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, Berne/Stuttgart/Vienne, Verlag Paul Haupt, 1996

BRUNNER CHRISTIANE/BÜHLER JEAN-MICHEL/WAEBER JEAN-BERNARD/BRUCHEZ CHRISTIAN, *Commentaire du contrat de travail*, Lausanne, Liaisons sociales, 3^e éd., 2004 (réimpression 2010)

CARRUZZO PHILIPPE, *Le contrat individuel de travail*, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2009

DUC JEAN-LOUIS/SUBILIA OLIVIER, *Droit du travail : éléments de droit suisse*, Lausanne, Bis et Ter, 2^e éd., 2010

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne, Stämpfli, 2013

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/BERTSCHINGER URS *ET AL.* (édit.), *Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*, Zurich, Orell Füssli, 2002 (commentaire des articles 319 à 362 CO par EGLI HANS-PETER)

HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS/GIRSBERGER DANIEL (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2012 (commentaire des articles 319 à 362 CO par EMMEL FRANK)

FAVRE CHRISTIAN/MUNOZ CHARLES/TOBLER ROLF, *Le Contrat de travail, Code annoté*, Lausanne, Éditions Bis et ter, 2^e éd., 2010

FAVRE-MOREILLON MARIANNE, *Droit du travail*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2^e éd., 2006

- GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Berne, Stämpfli, 2^e éd., 2012
- GEISER THOMAS/VON KÄNEL ADRIAN/WYLER REMY (édit.), *Loi sur le travail*, Berne, Stämpfli, 2005
- GUYOT OLIVIA/JACCARD JULIETTE/KERN HANS/ZAPPELLA ROXANE, *Le Contrat de travail*, Genève, Fédération des Entreprises Romandes, 2^e éd., 2010
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (édit.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 5^e éd., 2011 (commentaire du titre X par PORTMANN WOLFGANG)
- PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Zurich/Saint-Gall, Dike, 3^e éd., 2013
- REHBINDER MANFRED, *Kommentar zu den Art. 331-355 OR*, Berne, Stämpfli, « Berner Kommentar », 1992
- REHBINDER MANFRED, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Berne, Stämpfli, 15^e éd., 2002
- REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, *Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR*, Stämpfli, « Berner Kommentar », Berne, 2010
- STAEHELIN ADRIAN, *Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR*, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, « Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht », 2006
- STAEHELIN ADRIAN, *Der Arbeitsvertrag, Art. 330b-335, Art. 361-362 OR*, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, « Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht », 2014 (cité : STAEHELIN 2014)
- STREIFF ULLIN/VON KÄNEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, *Arbeitsvertrag : Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, Zurich, Schulthess, 7^e éd., 2012
- TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL, *Les Contrats spéciaux*, Zurich, Schulthess, 4^e éd., 2009

THEVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), *Code des obligations I*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, « Commentaire romand », 2^e éd., 2012 (commentaire des articles 319 à 362 CO par AUBERT GABRIEL)

VISCHER FRANK, *Der Arbeitsvertrag*, Bâle/Genève/Munich, Helbing & Lichtenhahn, 3^e éd., 2005

WYLER REMY, *Droit du travail*, Berne, Stämpfli, 2^e éd., 2008

II. Ouvrages spécialisés sur la modification du rapport de travail

Les ouvrages répertoriés dans cette section sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom des auteurs.

DOGAN YENISEY KÜBRA, *La modification du contrat de travail*, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2005

JOERIN PATRICK, *Die arbeitsrechtliche Änderungskündigung und deren rechtliche Zulässigkeit*, Bâle/Genève/Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2006

STAMM MARIE-LOUISE, *Das Weisungsrecht des Arbeitsgebers und seine Schranken*, Bâle, Helbling & Lichtenhahn, 1977

WILDHABER ISABELLE, *Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen*, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2011

III. Articles spécialisés sur la modification du rapport de travail

AUBERT DAVID, 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

AUBERT GABRIEL, L'usage en droit du travail, DTA 2001, pp. 95 et s.

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Licenciement abusif et jurisprudence récente, SJ 2007 II 51

BAISCH RAINER, Arbeitnehmerschutz bei M&A Transaktionen und Sanierungen, Jusletter 20 juin 2011

FARNER MARTIN, Der Aufhebungsvertrag, ArbR 2010, pp. 33-53

GEISER THOMAS, Flexibilisierung der Arbeitszeit und des Lohnes, ArbR 1998, pp. 77-113

GEISER THOMAS, Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Flexibilisierung der Arbeit, PJA 1998, pp. 1019-1032

GEISER THOMAS, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, PJA 1999, pp. 61 et s.

GEISER THOMAS, Die Stellung der Arbeitnehmenden nach dem Fusionsgesetz, PJA 2004, pp. 863-868

GLOOR WERNER, Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive, DTA 2008, pp. 249-268

HIRSIGER RENÉ, Ausgewählte Einzelfragen zu vereinbarten Leistungszielen im Einzelarbeitsverhältnis, ArbR 2011, pp. 87 et s.

MEIER KURT, Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis, ArbR 2001, pp. 61 et s.

MÜLLER ROLAND, Übertragung neuer Aufgaben und Zuweisung eines neuen Arbeitsortes ohne Änderung des Arbeitsvertrags, PJA 1999, pp. 454-460

PORTMANN WOLFGANG, Die Informationspflicht des Arbeitsgebers gemäss Art. 330b OR, DTA 2007, pp. 1 et s.

RUDOLPH ROGER, Vertragsänderungen, *in* Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht (édit. Adrian von Känel), Zurich/Genève/Bâle, Schulthess, 2010, pp. 1-31

RUSCH ARNOLD/HUGUENIN CLAIRE, Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag, RSDA 2008, pp. 37-56

SENTI CHRISTOPH, Reglemente als Ergänzung zum Arbeitsvertrag, PJA 2004, pp. 1083-1092

STÖCKLI JEAN-FRITZ, Das Kündigungsrecht als Hindernis für betriebliche Strukturveränderungen, ArbR 2007, pp. 191-206

TSCHUDI HANS-PETER, Flexibilität und Schutzfunktion des Arbeitsrechts, ArbR 1991, pp. 9 et s.

WILDHABER ISABELLE, Die Weitergeltung des GAV bei Umstrukturierungen (asset deals, Fusionen, Spaltungen, Vermögensübertragungen), DTA 2008, pp. 165-180

WILDHABER ISABELLE, Aktienoptionen und deren Verfallsklauseln bei Betriebsübergang, RSDA 2008, pp. 17 et s.

WILDHABER ISABELLE, Die Änderungen von Arbeitsbedingungen bei Umstrukturierungen, Jusletter 21 avril 2008

WILDHABER ISABELLE, Kündigung von Arbeitnehmervertretern aus wirtschaftlichen Gründen, Jusletter 2 juillet 2012

WYLER REMY, Salaire de base et impossibilité d'y renoncer (art. 341 CO), *in* Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc (édit. Bettina Kahil-Wolff/Pierre-Yves Greber/Mirela Caçi), Lausanne, IRAL, 2001, pp. 399 et s.

Introduction :

Les trois sortes de modification du rapport de travail

1. Juridiquement, le rapport de travail est le lieu de l'impossible.

Impossible d'abord, car il commande de faire d'une **personne** une **chose**, puisque le travailleur, pour « louer » sa force de travail, est censé fictivement détacher son corps du reste de son être pour mettre à disposition d'autrui ses facultés physiques et intellectuelles.

Impossible ensuite car, tout autant **contrat** (on s'engage à faire quelque chose) que **communauté** (on travaille ensemble au quotidien), il commande de réconcilier deux traditions européennes antagonistes : la tradition contractuelle romaniste et la tradition communautaire germaniste. Le droit suisse partage d'ailleurs avec d'autres droits la particularité de combiner un caractère contractuel (dans lequel seule compte la volonté exprimée des parties) avec un caractère communautaire (par lequel sont imposés des devoirs qui vont au-delà du simple contrat et qui se rattachent plus directement aux personnes elles-mêmes : devoir de fidélité du travailleur à l'égard de l'employeur, *Fürsorgepflicht* pesant sur l'employeur et lui imposant notamment de tenir compte de certains facteurs de la personnalité, familiale et sociale, du travailleur, etc.).

Impossible enfin, car il commande de conjuguer le **pouvoir unilatéral** de direction reconnu à l'employeur et la **liberté du travailleur**, dont le consentement au travail est requis (l'esclavage ayant été aboli).

La modification du rapport de travail se trouve au cœur de ces contradictions. On ne s'étonnera donc pas qu'elle suscite tant d'interrogations dans la pratique, que son régime soit si mal déterminé par la jurisprudence et sa structure si difficilement systématisée par la doctrine.

2. Il faut d'abord rappeler un principe fondamental : on ne conclut pas un contrat dans le seul but de le modifier ensuite. Même si nous n'employons plus aujourd'hui les formules sacramentelles

qu'utilisaient les premiers Romains pour solenniser leurs pactes, même si nous ne croyons plus qu'un châtement divin privera le parjure de son salut et de la paix de son âme, nous voyons toujours dans le contrat, et surtout dans sa force obligatoire, une forme de « constitution civile », pour reprendre une expression de Kant. Le pacte, du latin *pax* qui désigne la « paix », a vocation à établir, paisiblement et durablement, les droits et les devoirs de chacun.

Pour autant, la vie n'est pas immuable et la vie économique moins que toute autre. Il ne serait donc pas non plus raisonnable de s'arc-bouter sur un dogme d'intangibilité, de faire comme si rien ne devait jamais changer. Les temps changent, les affaires changent, les caractères changent... Et le droit doit aussi le prendre en compte.

Les deux principes sont donc acquis : la ***possibilité de modifier*** le rapport de travail, tout comme le respect d'une certaine ***intangibilité contractuelle***.

3. Il faut déjà concilier ces deux éléments, dans le cadre particulier du travail où les parties passent une grande partie de leur temps ensemble et où la rémunération est à la fois la source essentielle de revenus pour le travailleur et une charge non négligeable pour l'employeur.

Mais les difficultés ne s'arrêtent pas là. Il faut encore tenir compte du fait que le rapport de travail est une relation particulière où il existe une ***asymétrie*** entre les parties. En effet, la philosophie des Lumières nous a légué la fiction selon laquelle les parties à tout contrat sont forcément libres et égales. Or, l'histoire des conditions de travail au cours de l'industrialisation de l'Europe au XIX^e siècle a démontré le caractère illusoire de cette construction intellectuelle. Le droit du travail est né, après quelques balbutiements antérieurs, du refus de laisser sans protection des corps s'abîmer dans des cadences infernales et sous le poids de machines (le canton de Zurich, par son ordonnance de 1815 sur le travail des enfants dans les fabriques en est un des pionniers mondiaux).

Le droit du travail représente donc une enveloppe protectrice, qui vient se superposer aux principes généraux du droit des contrats et des obligations, en vue de protéger le travailleur par des règles qui

s'imposent à tout rapport de travail, indépendamment de la volonté des parties. Elles organisent également le regroupement des travailleurs dans des syndicats. Depuis quelque temps, un niveau constitutionnel est en train de venir compléter cet édifice en imposant le respect de libertés fondamentales et l'exigence d'égalité de traitement.

Du coup, la modification du rapport de travail obéit à des règles spécifiques qui sont censées tenir compte de l'ensemble de ces paramètres, aussi divers soient-ils et aussi intenable que paraisse le défi visant à les concilier.

4. Avant d'entrer plus en détail dans la modification du rapport de travail, n'oublions pas que chaque partie possède également la faculté de **rompre** purement et simplement le rapport de travail, d'un commun accord, ou unilatéralement, par le licenciement pour l'employeur et par la démission pour le travailleur. D'un certain point de vue, la rupture du rapport de travail est la modification suprême, celle qui résout la relation et l'anéantit. Nous ne traiterons dans ce manuel que de la question de la modification d'un rapport de travail *qui est censé continuer entre les parties*, même si la rupture définitive peut être envisagée au cas où la modification ne se ferait pas. La modification ici étudiée vise donc au maintien du rapport de travail et non à son anéantissement.
5. Pour connaître, et 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 : **relation contractuelle**, qui suppose une égalité horizontale (l'employeur et le travailleur donnent leur consentement à égalité dans le contrat), et **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 :

- le **domaine du contrat 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 de 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'exécuter. C'est la manifestation de la supériorité de l'employeur sur le travailleur, qui est le signe de l'existence d'un lien de subordination entre les deux parties.

À ces deux domaines s'ajoute un domaine propre : le **droit collectif**. En effet, le droit collectif apporte des conventions collectives et d'autres instruments qui viennent se superposer aux contrats individuels. Ces sources normatives particulières possèdent des règles spécifiques de modification.

6. L'analyse juridique de la modification du rapport de travail met en jeu des notions antagonistes, tant dans l'ordre contractuel (pour reprendre une formule de Jacques Ghestin : ***pourquoi la parole donnée librement ne peut-elle plus être reprise de la même manière ?***) que dans l'ordre communautaire (***comment concilier l'intérêt de l'entreprise et la vie privée du travailleur ?***). Et de fait, il n'y a pas de contrat possible si la parole donnée librement peut être reprise librement ; il n'y a pas de communauté possible si l'intérêt de l'entreprise n'est pas concilié avec la vie privée du travailleur.

En définitive, la problématique qui sous-tend le régime de la modification du rapport de travail consiste à trouver à un équilibre entre la **liberté de gestion** de l'employeur, caractéristique de l'organisation capitaliste de la création de richesse au sein d'entreprises rationalisées, et la **garantie de stabilité** recherchée par le travailleur, qui organise sa vie en fonction des contraintes et des avantages de son travail.

7. En dehors de la loi, tout élément régissant un rapport de travail donné, c'est-à-dire tout élément permettant de déterminer quelles sont les

règles en vigueur dans un rapport de travail particulier, est soit une *condition de travail*, soit un *élément contractuel*, soit un *élément collectif du travail*.

Chacune de ces trois catégories connaît un régime spécifique. Aussi, le plan que nous adopterons est simple : nous traiterons successivement de chacune des catégories, en délimitant leur domaine et en exposant leur régime.

De manière extrêmement schématique, on peut résumer les règles en disant que :

- les *conditions de travail* peuvent être modifiées ***unilatéralement*** par l'employeur sans procédure particulière (**1^e partie**) ;

- les *éléments contractuels* du rapport de travail peuvent être modifiés soit ***par accord mutuel***, soit ***unilatéralement*** par l'employeur mais en respectant une ***procédure particulière*** (**2^e partie**) ;

- les *éléments collectifs* du travail peuvent être modifiés en respectant une ***procédure particulière*** (**3^e partie**).

La démarche pratique pour procéder à toute modification d'un rapport de travail sera donc la suivante :

1. *déterminer à quelle catégorie* appartient l'élément que l'on souhaite modifier : s'agit-il d'une condition de travail, d'un élément contractuel du rapport de travail ou d'un élément relevant du droit collectif du travail ?
2. *appliquer le régime* correspondant à la catégorie précédemment identifiée.

Avant de commencer à dérouler ce plan, deux règles générales, applicables à toute modification doivent être traitées (**chapitre préliminaire**).

Chapitre préliminaire

I. L'ancienneté du salarié

Quelle que soit la modification envisagée, cette dernière *n'a jamais pour effet de remettre à zéro les compteurs* servant à déterminer l'ancienneté d'un travailleur.

L'ancienneté s'écoule à *partir de la date d'entrée* du travailleur dans l'entreprise, quels que soient les changements qui affectent le rapport de travail, tout au long de son existence.

Tous les éléments du rapport de travail peuvent être affectés par un changement, à un moment ou à un autre, à l'exception d'un seul : *la personne du travailleur*.

L'ancienneté est pertinente notamment pour calculer le *délai de congé* applicable (CO, art. 335c), la durée du droit à la *protection contre le licenciement en temps inopportun* (CO, art. 336c), la durée du versement de l'*indemnité en cas d'incapacité de travail* (CO, art. 324a), le principe et le montant de l'*indemnité à raison de longs rapports de travail* (CO, art. 339b)¹, ainsi que le montant d'une éventuelle *prime d'ancienneté* décidée contractuellement (cf. CO, art. 322).

Aucune *période d'essai*, qui entraînerait, en cas de résiliation², l'application des délais de congé spéciaux de l'article 335b du Code des obligations (en principe sept jours) ne peut être insérée au milieu du rapport de travail du seul fait de sa modification.

¹ Cf. BRÜHWILER, N 10, e *ad* art. 320 CO.

² Un délai équivalent à celui du délai de congé durant la période d'essai est envisageable pour un retour dans une ancienne fonction lorsque le passage dans une nouvelle fonction ne se révèle pas concluant (cf. ci-dessous p. 36).

II. La modification du rapport de travail du fait de la loi

1. Principes³

La modification du rapport de travail peut être la conséquence d'une modification de la loi.

Comme les termes du rapport de travail ne sont pas entièrement laissés à la libre disposition des parties, des *dispositions légales impératives* viennent imposer certains éléments à toute relation de travail soumise au droit suisse⁴. La loi elle-même n'étant pas immuable, le rapport de travail peut se trouver modifié sous l'effet de l'adoption ou de l'abrogation d'une disposition légale impérative.

Selon un auteur, les modifications contractuelles qui répondent à une modification législative seraient *directement opposables* aux travailleurs⁵.

Toutefois, cette solution nous paraît trop brutale. Nous estimons que l'employeur doit d'abord chercher à *obtenir le consentement* des travailleurs à la modification. Selon un autre auteur que nous approuvons, l'acceptation de la modification du rapport de travail répondant à une modification légale ne doit être *présumée acceptée* que si la nouvelle mouture du contrat est, globalement, équivalente à la précédente et qu'elle a été proposée de la même manière à l'ensemble des travailleurs effectuant un travail égal ; en effet, lorsqu'il se contente d'appliquer la nouvelle loi à tous les travailleurs de la même manière,

³ Le régime en matière de contrat de travail de droit public est différent. Cf. par exemple, TF, 26 novembre 2008, 1C_88/2007.

⁴ Voire à toute relation de travail exécutée en Suisse, même soumise à un droit étranger, en vertu du principe d'applicabilité immédiate des dispositions impératives édictées dans l'intérêt public (LDIP, art. 18 ; cf. TF, 16 octobre 2012, 4A_292/2012, ATF 138 III 750, JT 2013 II 199, SJ 2013 I 174, Pra 2013 45 350, RSDIE 2013 448).

⁵ CARRUZZO, N 12 *ad* art. 320 CO.

sans en profiter pour obtenir au passage un avantage au détriment de ses salariés⁶, l'employeur peut être présumé de bonne foi.

À défaut de consentement spontané, l'employeur procédera à la modification par la voie du *congé-modification*⁷. Il aura un motif valable de modification dès lors qu'il ne fait que répercuter la modification législative dans les contrats en cours.

Le cas particulier des cotisations sociales et des impôts

À ce sujet, rappelons que la modification du *droit de la sécurité sociale* et du *droit fiscal* s'impose toujours. L'employeur doit imputer sur le salaire brut le montant correspondant à la part salarié des cotisations sociales⁸. Si les taux de prélèvement des cotisations sociales évoluent, l'employeur doit les répercuter sur le salaire, sauf convention contraire entre les parties (en principe admissible uniquement si elle est plus avantageuse pour le travailleur). Il en va de même pour l'impôt à la source. Dans les deux cas, les prélèvements sur la rémunération doivent être opérés dans la mesure exacte où l'employeur est tenu de le faire par l'obligation légale⁹. Toute modification de l'assujettissement du travailleur à telle ou telle cotisation, ou à tel ou tel impôt, et toute modification de l'assiette ou des taux de cotisation doit donc être répercutée par l'employeur sans autre condition.

Toutefois, le montant des cotisations sociales relatif à la mise à disposition gratuite d'un logement de fonction ne peut être réclamé brusquement et avec effet rétroactif quatre ans après, dès lors que le travailleur pouvait croire de bonne foi que le paiement correspondant à

⁶ WYLER, pp. 88-89.

⁷ Cf. ci-dessous pp. 151 et s.

⁸ Arrêt de principe : TF, 17 novembre 1981, ATF 107 II 430, JT 1982 I 94, SJ 1982. 241, cons. 4 ; cf. STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 11 *ad* art. 322 CO.

⁹ TF, 25 février 2010, 4A_608/2009, DTA 2010, pp. 94-96, cons. 3.2.

cet avantage en nature représentant un salaire net et que l'employeur avait pris à sa charge les cotisations y relatives¹⁰.

2. Nouvelle avec dispositions transitoires

Concrètement, la loi prévoit parfois elle-même le *délai transitoire* dans lequel les contrats de travail doivent être adaptés. Dans une telle hypothèse, les parties doivent procéder à la modification des termes de leur relation visés par la modification législative. Même si elles s'en abstiennent, les nouvelles dispositions légales ne s'en appliqueront pas moins. Les clauses du contrat de travail qui seraient incompatibles avec la nouvelle réglementation seront alors considérées comme nulles (CO, art. 19, 20 et 341).

Ce fut le cas notamment de la loi de 1971, qui a entièrement réécrit le droit suisse du travail dans le Code des obligations. La loi prévoyait que les contrats de travail devaient être adaptés à la nouvelle législation dans un délai d'une année (Loi fédérale du 25 juin 1971 révisant les titres dixième et dixième^{bis} du code des obligations, Section II, art. 7, al. 1). Passé ce délai, elle était directement applicable à tout rapport de travail existant. Les nouveaux rapports de travail étaient soumis directement à l'empire de la nouvelle législation¹¹.

L'ordonnance du 20 novembre 2013 contre les rémunérations abusives prévoit un système similaire. Les contrats de travail doivent être adaptés dans un délai de deux ans (ORAb, art. 28).

3. Nouvelle sans dispositions transitoires

Lorsque la nouvelle ne prévoit pas elle-même les modalités de son

¹⁰ Gewerbegericht-ZH, 28 octobre 1976, JAR 1980, p. 232 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 11 *ad* art. 322 CO.

¹¹ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième^{bis} du code des obligations, 25 août 1967, FF 1967 II 249, spéc. p. 439.

application transitoire, il faut s'en rapporter à l'article 1 du titre final du Code civil, qui établit le principe de *non-rétroactivité* des lois. Toutefois, les règles civiles établies dans l'intérêt de l'ordre public et des mœurs sont applicables, *dès leur entrée en vigueur*, à tous les faits pour lesquels la loi n'a pas prévu d'exception (CC, t. fin., art. 2). Il en va de même pour les cas réglés par la loi indépendamment de la volonté des parties (CC, t. fin., art. 3). Quant aux faits qui se sont produits sous l'empire de la loi ancienne mais dont il n'est encore résulté aucun droit acquis au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle, leurs effets sont soumis à l'empire de cette dernière (CC, t. fin., art. 4).

4. Droit des parties au maintien de l'équilibre contractuel ?

Les modifications introduites par la nouvelle affectent souvent quelques-uns des termes du rapport de travail seulement, mais non celui-ci dans son ensemble. Par exemple, la loi introduit des délais de protection rendant inopportun le licenciement à certains moments (CO, art. 336c introduit par la loi du 18 mars 1988, RO 1988, p. 1472), ou elle interdit l'octroi de certaines formes de rémunérations au travailleur (ORAb, art. 20 et 21).

Dans ces hypothèses, les stipulations initiales des parties se trouvent affectées dans une proportion inégale. Le travailleur comme l'employeur peuvent alors être tentés d'invoquer un droit au maintien de l'équilibre contractuel : respecter, certes, la modification législative, mais en compensation, octroyer un autre avantage à la partie qui en a perdu un à cause de la nouvelle réglementation. Par exemple, le travailleur qui ne peut plus recevoir un élément de rémunération devenu interdit (comme une prime de départ par exemple), peut être incité à demander à l'employeur une augmentation de son salaire fixe en compensation.

Dans tous les cas où la modification législative est considérée comme étant d'ordre public, c'est-à-dire, en droit du travail, dans tous les cas où elle revêt le caractère d'une *disposition impérative visant à protéger le travailleur en raison de sa position de faiblesse* dans la négocia-

tion des termes du rapport de travail, on ne peut reconnaître à aucune des parties un droit à invoquer le maintien de l'équilibre contractuel. En effet, dans ce cas, la modification législative doit être vue comme l'octroi d'un avantage au travailleur dont l'objet est précisément le rétablissement juridique d'un déséquilibre dans les faits (la partie qui est faible dans les faits est aidée par le droit pour rétablir une situation plus égale). L'employeur ne peut donc invoquer le maintien d'un équilibre contractuel qui est précisément rétabli par le législateur. Toute modification des conditions de travail et tout congé-modification qui iraient dans ce sens devraient être considérés comme abusifs¹².

La situation est plus complexe lorsque la loi crée un *désavantage au détriment du travailleur*. En effet, dans une telle hypothèse, le législateur cherche davantage à interdire certains comportements qu'il estime néfastes à l'ordre public, qu'à reconnaître que l'employeur n'était pas en mesure de négocier librement les termes de l'échange contractuel. Dans ce cas, on peut donc admettre que le travailleur réclame des compensations pour maintenir le niveau d'équilibre qu'il avait réussi à atteindre lors de la négociation de son rapport de travail.

L'employeur n'étant toutefois pas obligé d'accepter contre son gré une modification du rapport de travail, le travailleur n'aura d'autre choix, soit de continuer malgré le déséquilibre survenu, soit de démissionner. Démission qui ne pourra pas néanmoins être considérée comme abusive.

On peut d'ailleurs considérer que lorsque la nouvelle prévoit un délai transitoire de mise en œuvre, cela autorise implicitement les parties à négocier la modification du rapport de travail qui en découle.

¹² Pour les conséquences d'une telle qualification, cf. ci-dessous pp. 101 et 173 et s.

1^e Partie :

La modification des conditions de travail

Comme nous l'avons expliqué en introduction, notre méthode consiste à qualifier les éléments du rapport de travail en conditions de travail, éléments contractuels du travail et éléments collectifs du travail, avant de leur appliquer un régime propre de modification¹³.

Nous allons d'abord délimiter le *domaine* de la modification des conditions de travail, c'est-à-dire que nous allons identifier, sous forme de catalogue, les éléments qui constituent des conditions de travail **(I)**, avant d'exposer le *régime* de leur modification **(II)**.

Nous exposerons ensuite les *sanctions* qu'encourt le salarié qui refuse de se soumettre à une modification des conditions de travail correctement effectuée **(III)**.

Enfin, nous étudierons le régime des *modifications des conditions de travail demandées par le salarié* **(IV)**.

I. Domaine

Déterminer le domaine des éléments soumis au régime de la modification des conditions de travail revient à distinguer, au sein du rapport de travail les *conditions de travail* des *éléments contractuels du rapport de travail*.

En effet, dans la relation de travail, tout ne relève pas du domaine contractuel. Admettre le contraire reviendrait à supprimer le *pouvoir de direction* de l'employeur, lequel l'autorise précisément à donner des ordres et à les changer. Or, le pouvoir de direction ne peut

¹³ Les éléments collectifs du travail étant les plus aisés à identifier, nous les traiterons entièrement à part (voir **3^e partie**).

s'épanouir qu'en-dehors du domaine contractuel¹⁴. Si tel n'était pas le cas, il serait figé et perdrait la flexibilité qui le caractérise. C'est pourquoi, il faut séparer ce qui appartient en propre à l'accord des parties (CO, art. 1^{er} et 2) de ce qui relève du pouvoir de direction de l'employeur (CO, art. 321d).

Pour délimiter le domaine des conditions de travail, il convient donc d'abord de définir celui des éléments contractuels du travail. Or ces derniers *ne sont pas définis par la loi*.

Certes, l'article 330b du Code des obligations mentionne un certain nombre d'éléments dont le travailleur doit être *informé* au début du contrat. Il s'agit des parties, de la date du début du rapport de travail, de la fonction du travailleur, de sa rémunération et de la durée hebdomadaire du travail. Cet article transpose en partie la directive communautaire européenne 91/533 du 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail¹⁵, laquelle ajoute, de manière non limitative¹⁶, le lieu de travail, la description sommaire du travail, la durée des congés payés ou au moins leurs modalités d'attribution et de détermination, la durée des délais de préavis à observer en cas de cessation du contrat, la périodicité de la rémunération et les conventions et accords collectifs régissant les conditions de travail.

Cet article peut donc représenter un indice pour identifier les éléments qui sont déterminants du consentement des parties au contrat de travail.

Certains auteurs de doctrine ramènent la distinction entre conditions de travail et éléments contractuels du rapport de travail à *la distinction des éléments essentiels et des éléments accessoires* du rapport de travail.

Nous rejetons cette solution comme trop radicale, même si nous admettons qu'elle peut également servir d'indice. Mais retenir seulement le critère de différenciation entre éléments essentiels et accessoires reviendrait selon nous à méconnaître le principe de *force obligatoire*

¹⁴ Cf. TF, 5 septembre 2006, 4C.186/2005, cons. 2.3.

¹⁵ JOCE L 288 du 18 octobre 1991.

¹⁶ CJCE, 8 février 2001, aff. C-350/99, cons. 22.

des contrats, qui résulte de la combinaison des articles 1 et 97 du Code des obligations. En effet, un élément du rapport de travail peut être un élément contractuel, même s'il est accessoire.

La distinction entre conditions de travail et éléments contractuels du rapport de travail est une *question de droit*. Comme telle, elle peut donc être revue librement par le Tribunal fédéral.

La classification que nous proposons se divise en *deux branches*.

Certains éléments sont contractuels *par nature (1)*: cela signifie qu'ils seront toujours considérés comme des éléments contractuels, dans tout rapport de travail. Cette qualification est impérative. Les stipulations des parties ne peuvent donc rien y changer.

D'autres éléments ne sont pas contractuels par nature : ils appartiennent, par nature, aux conditions de travail.

Cependant, ils peuvent devenir contractuels *par la source* dans laquelle ils se logent : en effet, certaines sources font acquérir un caractère contractuel à des éléments qui en étaient pourtant dépourvus par leur nature (2).

Concrètement, il faudrait donc toujours commencer par se demander si un élément est contractuel ou non par nature. Si tel n'est pas le cas, il faudra encore vérifier si l'élément en question n'a pas acquis un caractère contractuel en raison de la source qui le prévoit¹⁷.

1. Par nature

Les éléments du rapport de travail contractuels par nature sont exclus du domaine de la modification des conditions de travail.

Peu importe la source qui les contient (contrat, avenant, règlement d'entreprise, règlement du personnel, conditions générales d'emploi,

¹⁷ Cf. tableau ci-dessous.

aucune source formelle, etc.), ces éléments obéiront toujours au régime de modification des éléments contractuels du rapport de travail¹⁸.

En effet, il y aurait fraude à la loi s'il suffisait à l'employeur de loger ces éléments dans une autre source que le contrat lui-même pour leur ôter unilatéralement leur nature contractuelle.

A. Les éléments contractuels par nature

Les éléments contractuels par nature sont de deux sortes.

Premièrement, ils regroupent cinq éléments qui sont les préalables indispensables à l'existence de tout contrat de travail : ils sont le minimum requis pour qu'un contrat de travail existe¹⁹, car ils correspondent à la définition même du contrat de travail comme prestation effectuée dans la durée par une personne contre rémunération et sous la subordination d'une autre personne (cf. CO, art. 319).

Il s'agit :

- des *parties au contrat* (a),
- de la *date de début du rapport de travail* (b),
- des *fonctions du travailleur* (c),
- de la *rémunération* (d),
- de la *durée du travail* (e).

En second lieu, sont également contractuels par nature tous les éléments qui résultent d'un accord des parties sur un point faisant l'objet d'une règle légale relativement impérative ou dispositive.

¹⁸ Cf. GEISER/MÜLLER, p. 98.

¹⁹ 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.

Il faut rappeler que la loi distingue les règles *absolument impératives*, auxquelles les parties ne peuvent déroger (cf. notamment CO, art. 361), les règles *relativement impératives*, auxquelles il ne peut pas être dérogé au détriment du travailleur (cf. notamment CO, art. 362)²⁰ et les règles *dispositives*, applicables en l'absence de dispositions contractuelles des parties.

Ainsi, tous les éléments par lesquels les parties prétendent régler leur relation de manière différente du régime légal de droit commun doivent être prévus de manière contractuelle.

On peut penser notamment :

- à la *durée déterminée ou indéterminée* du contrat (f),
- à la *durée des vacances et des congés* (g),
- à la *durée du délai de préavis* (h),
- aux *prestations en cas d'empêchement de travailler* (i),
- à *l'indemnisation des heures supplémentaires* (j),
- au *remboursement forfaitaire des frais* (k),
- au *droit sur les inventions* (l),
- au *montant et à l'échéance de l'indemnité à raison des longs rapports de travail* (m).

a) Les parties au contrat

Les parties au contrat sont un élément contractuel par nature.

Le contrat de travail est un contrat toujours conclu *intuitu personae*, en considération de la personne. Ceci implique que le travailleur, qui ne peut être qu'une *personne physique*, est tenu de fournir son travail

²⁰ Les catalogues proposés par ces articles ne sont pas exhaustifs : d'autres normes peuvent revêtir un caractère impératif, en raison de leur texte (cf. Message du Conseil fédéral du 9 mai 1984, FF 1984 II 574, spéc. p. 639 ; TF, 2 septembre 1998, ATF 124 III 469, JT 1999 I 354, Pra 1999 37 221, cons. 2a ; CR-CO-AUBERT, N 2 ad art. 361-362 CO).

en personne, à moins que le contraire ne résulte d'un accord ou des circonstances (CO, art. 321)²¹.

Cette spécificité explique également que le travailleur ne puisse se voir imposer contre son gré un changement de la qualité juridique de l'employeur²². Le consentement du travailleur est toujours nécessaire pour opérer un tel changement²³.

Trois hypothèses sont à envisager : le transfert d'entreprise, le transfert du rapport de travail à un tiers et la transformation de la forme juridique de l'employeur sans changement des personnes physiques titulaires du pouvoir de direction.

Transfert d'entreprise

Dans le cadre d'un transfert d'entreprise, le *consentement* du travailleur est indispensable (CO, art. 333, al. 1^{er}).

Toutefois, le Tribunal fédéral estime que le travailleur qui ne réagit pas après le transfert d'entreprise et les premières manifestations de dispositions prises par le nouvel employeur est *présumé* l'avoir accepté tacitement²⁴. Une telle acceptation tacite est selon nous admissible dès lors que le transfert d'entreprise n'entraîne pas de désavantage pour le travailleur.

Lorsque le travailleur *refuse* le transfert d'entreprise, le rapport de travail se termine à l'expiration du délai de congé légal applicable en fonction de l'ancienneté du travailleur (CO, art. 333, al. 2). Un délai de congé contractuel qui divergerait éventuellement du délai de congé

²¹ Cf. GEISER, Die Stellung der Arbeitnehmenden nach dem Fusionsgesetz, PJA 2004, pp. 863-868, spéc. p. 864.

²² Cf. REHBINDER, p. 141.

²³ Cf. Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 20 mars 2006, JAR 2007, p. 387 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 5 *ad* art. 320 CO.

²⁴ TF, 28 novembre 2011, 9C_540/2010, cons. 4.4 ; Comm.Dunand-CHENAUX/MARTIN, N 14 *ad* art. 333a CO. Cf. ci-dessous pp. 134 et s. (acceptation tacite de la modification d'un élément contractuel).

légal n'est plus applicable²⁵. Le travailleur doit néanmoins accepter de travailler, jusqu'à la fin de son rapport de travail, sous la direction de la société qui a repris l'entreprise.

Un *délai de réflexion* suffisant, à déterminer de bonne foi en fonction des circonstances²⁶, par exemple d'un mois (par application par analogie de l'article 335b, alinéa 1, sur le temps d'essai)²⁷, doit être octroyé au travailleur après le transfert d'entreprise, pour qu'il puisse décider s'il souhaite rester dans la nouvelle société. Passé ce délai, on doit considérer que le travailleur a renoncé à se prévaloir de la rupture du rapport de travail selon l'article 333, alinéa 2, et il n'est plus recevable à rompre le contrat que par la voie de la démission de droit commun (CO, art. 335), le cas échéant avec effet immédiat (CO, art. 337).

Tous les droits et obligations passent avec le transfert ; l'*ancienneté* du salarié dans l'entreprise demeure acquise²⁸ et aucune nouvelle *période d'essai* ne peut être imposée²⁹. Par exemple, lorsqu'un *plan social* a été conclu avec la société transférante, la société reprenante en devient le débiteur solidaire (CO, art. 333, al. 3)³⁰.

Le repreneur ne peut donc modifier les éléments contractuels du rapport de travail transféré sans respecter le régime de modification propre à ces éléments.

Aucun accord contraire entre le transférant et le repreneur n'est possible³¹, ni entre le repreneur et les travailleurs³², quel que soit le niveau hiérarchique des travailleurs concernés³³.

²⁵ Cf. REHBINDER, p. 143.

²⁶ Cf. GEISER, Die Stellung der Arbeitnehmenden nach dem Fusionsgesetz, PJA 2004, pp. 863-868, spéc. p. 864.

²⁷ REHBINDER, p. 143.

²⁸ BaKomm.-PORTMANN, N 15 *ad* art. 333 CO.

²⁹ AG-ZH, 15 août 1997, ZR 2000, p. 211.

³⁰ TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, ATF 132 III 32, cons. 6.2.2 ; BaKomm.-PORTMANN, N 17 *ad* art. 333 CO.

³¹ TF, 20 août 1997, ATF 123 III 466, JT 1998 I 613, Pra 1998 55 361, recht 1998, p. 66, comm. DENZLER, RJB 1998, p. 706, comm. WIEGAND, RDS 2007 I 468, comm. WILDHABER ; TF, 8 octobre 2010, 4A_348/2010, ATF 136 III 552 ; BaKomm.-PORTMANN, N 13 *ad* art. 333 CO.

Le travailleur, *représentant élu* des travailleurs et membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise, est protégé contre un licenciement sans motif justifié au sens de l'article 336, alinéa 2, b jusqu'au moment où son mandat aurait expiré si le transfert d'entreprise au sens de l'article 333 n'avait pas lieu (CO, art. 336, al. 3)³⁴.

L'employeur qui n'a pas respecté la *procédure de consultation* préalable au transfert (CO, art. 333a, al. 2) ne peut en tout cas introduire des modifications qu'en sollicitant expressément l'accord des travailleurs ou en procédant par la voie du congé-modification, le cas échéant, en appliquant par analogie la procédure d'information-consultation du licenciement collectif³⁵. Les sanctions de l'article 336, alinéa 2, c et de l'article 336a, alinéa 3, du Code des obligations ne sont toutefois pas applicables³⁶ dès lors qu'aucun licenciement collectif n'est effectivement prononcé.

Transfert du rapport de travail à un tiers

Dans la même veine, 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 (CO, art. 333, al. 4).

Ainsi, la mise d'un travailleur à disposition d'une autre entreprise, notamment dans le cadre d'un *prêt de salarié*, nécessite une modifica-

³² TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, ATF 132 III 32, cons. 4.2.2.2.

³³ TF, 23 octobre 2006, 4C.155/2006, JAR 2007, p. 329, cons. 3.

³⁴ Cf. BAISCH RAINER, Arbeitnehmerschutz bei M&A Transaktionen und Sanierungen, Jusletter 20 juin 2011, N 22.

³⁵ Cf. ci-dessous pp. 165-166.

³⁶ AG-ZH, 27 janvier 1999, ZR 2001, p. 237 ; Comm.Dunand-CHENAUX/MARTIN, N 14 *ad* art. 333a CO.

tion de la personne de l'employeur mettant en œuvre le régime des éléments contractuels du rapport de travail³⁷.

Il en va de même du déplacement d'un travailleur d'une société à une autre, *y compris à l'intérieur d'un même groupe*³⁸.

La loi réserve la possibilité de transfert à un tiers sans accord du travailleur dans certaines « *circonstances* ». C'est le cas lorsque le travailleur est prévenu, même du fait d'un simple usage, qu'il pourra être muté entre les différentes sociétés d'un même groupe. Néanmoins, une telle circonstance ne devra être reconnue qu'avec circonspection, notamment dans le cas où toutes les sociétés du groupe auquel appartient la société qui a embauché le travailleur ne présentent pas le même degré de solvabilité (la société pour laquelle travaillait régulièrement le travailleur est en pleine expansion économique alors que celle dans laquelle on cherche à l'affecter est au bord de la faillite). Par ailleurs, si le changement de société au sein du groupe entraîne un changement de certains éléments contractuels ou des conditions de travail, chaque élément particulier ne pourra être modifié que suivant son propre régime de modification.

Dans ce genre d'hypothèse, le premier employeur a tout intérêt à clarifier sa relation avec le travailleur transféré dans une autre société ; si le premier contrat n'est pas formellement rompu, il peut subsister en parallèle d'un nouveau contrat de travail qui serait conclu avec le second employeur. À l'inverse, le fait que le contrat avec le premier employeur soit maintenu n'exclut pas qu'un second contrat soit conclu par actes concluants avec le second employeur (CO, art. 320).

³⁷ AG-SG, 3 avril 1998, JAR 1999, p. 112 ; ZKomm.-STAEHELIN, N 14 *ad art.* 321d CO ; BaKomm.-PORTMANN, N 6 *ad art.* 321 CO ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 3 *ad art.* 321d CO. Pour la délégation du pouvoir de résilier le contrat, cf. AG-ZH, 21 juin 2007, JAR 2008, p. 531.

³⁸ TF, 7 avril 1989, JAR 1991, p. 114 ; cf. BaKomm.-PORTMANN, N 6 *ad art.* 321 CO. Sur le rapport de travail dans les groupes de sociétés, cf. HEIZ ROMAN, *Das Arbeitsverhältnis im Konzern*, Berne, Stämpfli, 2005.

*Transformation de la forme juridique de l'employeur sans
changement des personnes physiques titulaires du pouvoir
de direction*

Lorsque la personne juridique de l'employeur change sans que les personnes physiques titulaires du pouvoir de direction ne changent (par exemple, lorsqu'une société continue à fonctionner de la même manière mais que sa raison sociale passe de société anonyme à société à responsabilité limitée), on peut considérer que cette modification entre dans les « circonstances » acceptables selon l'article 333, alinéa 4, du Code des obligations³⁹ et qu'il est possible de *se passer d'un accord exprès* du travailleur. De même, les juges estiment que la vente des actions d'une société anonyme n'entraîne pas le transfert des rapports de travail de son personnel au sens de l'article 333 du Code des obligations⁴⁰. Bien entendu, une telle présomption n'est possible que s'il n'en résulte *aucun désavantage* pour le travailleur. Si cette condition est remplie, le travailleur, qui n'a pas de droit de principe au maintien de la forme juridique de la société qui l'emploie, sera contraint de démissionner s'il refuse le changement dans la forme juridique de l'employeur.

La modification de la personne de l'employeur entraîne la *transmission du pouvoir de direction* de l'un à l'autre.

b) La date de début du rapport de travail

La date de début du rapport de travail est par nature un élément contractuel. Cette caractérisation emporte notamment comme conséquence l'application du régime de modification des éléments contrac-

³⁹ Cf. REHBINDER, p. 141.

⁴⁰ TF, 2 avril 2012, 4A_37/2012, JU-TRAV 2012, p. 78.

tuels du rapport de travail⁴¹. Encore faut-il que la volonté des parties de se lier par un contrat soit établie⁴².

Le caractère contractuel de la date de début du rapport de travail implique que cette dernière puisse être *identifiée*. Si elle n'est pas consignée dans l'accord des parties, l'employeur ne peut se prévaloir de cette carence pour prétendre la fixer unilatéralement. Il s'agira plutôt d'*interpréter* la volonté des parties pour déterminer la date sur laquelle elles se sont accordées, effectivement ou en augurant de leur volonté hypothétique (CO, art. 18, al. 1)⁴³.

Lorsque l'employeur ne souhaite plus voir entrer à son service un travailleur dont il a d'ores et déjà signé le contrat de travail ou à qui il a formulé une promesse d'embauche ferme (CO, art. 22), il peut invoquer un *vice du consentement*, s'il a été victime d'une erreur, d'un dol ou d'une crainte fondée lors de la conclusion du contrat (CO, art. 23 et s.). À défaut de vice du consentement, l'employeur pourra licencier le travailleur en ne faisant bénéficier ce dernier que du *délai de congé* applicable durant la période d'essai (CO, art. 335b). La protection contre le licenciement en temps inopportun n'est pas applicable (CO, art. 336c)⁴⁴. Cependant, le licenciement ne doit pas être *abusif* (CO, art. 336 ; CC, art. 2)⁴⁵. Si le licenciement est abusif, le travailleur peut réclamer des dommages-intérêts (CO, art. 336a, al. 2)⁴⁶.

⁴¹ Cf. ci-dessous 2^e partie.

⁴² Cf. TF, 30 juillet 2013, 4A_80/2013, cons. 5.

⁴³ Sur les règles d'interprétation en droit du travail, cf. ci-dessous pp. 80-83.

⁴⁴ De même que l'interdiction de la démission en tant inopportun (CO, art. 336d) si c'est le travailleur qui ne souhaite plus entrer en service.

⁴⁵ Le caractère éventuellement abusif du licenciement est à apprécier avec davantage de retenue pendant la période d'essai qu'après la fin de cette dernière : TF, 28 novembre 2007, 4A_385/2007, cons. 7.1.

⁴⁶ À noter que l'employeur qui décide un refus d'embauche en raison du sexe du travailleur (LEg, art. 8) pourra être condamné à verser jusqu'à trois mois de salaire, montant à partager entre toutes les personnes ayant été discriminées pour un même poste (LEg, art. 5, al. 2 et 4).

c) **Les fonctions du travailleur**

Les fonctions du travailleur sont un élément important à plus d'un titre :

- elles vont déterminer les **tâches quotidiennes qui peuvent être exigées** du travailleur, parce qu'elles y sont liées ou parce qu'elles en constituent le prolongement logique (1°) ;
- des **cas particuliers** (urgence, salarié absent, maladie, etc.) peuvent venir modifier les tâches quotidiennes (2°) ;
- les fonctions et les tâches quotidiennes peuvent aussi être l'objet sur lequel vont se concentrer des **sanctions** (3°) ;
- un **changement de fonctions**, même quand il est décidé d'un commun accord, pose des problèmes spécifiques (4°)⁴⁷.

1° *Fonctions et tâches quotidiennes*

À certaines fonctions, sont **automatiquement liées** certaines tâches quotidiennes.

D'autre part, certaines tâches, sans être automatiquement liées à certaines fonctions, en constituent néanmoins le **prolongement logique**.

⁴⁷ Les contrats de travail de droit public connaissent un régime très spécifique de changement de fonctions, notamment dans certaines professions comme la police ; cf. par exemple : TF, 16 août 2010, 8D_8/2009, ATF 136 I 323, SJ 2011 I 8 (la mutation d'un fonctionnaire de police sur le fondement de la loi cantonale sur la police doit être considérée comme une mesure disciplinaire et non comme un simple acte d'administration interne : cf. STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 321d CO).

- *Fonctions et tâches quotidiennes liées*

Un travailleur est toujours embauché en vue d'accomplir des **fonctions spécifiques**.

Aucun employeur ne prend à son service quelqu'un sans avoir la moindre idée des raisons pour lesquelles il a besoin de ses compétences. Par ailleurs, toute personne désire savoir, au moins dans les grandes lignes, ce que l'on va exiger d'elle, avant de signer un contrat de travail. Aussi les fonctions du travailleur font-elles nécessairement partie de l'accord des parties. À ce titre, elles représentent un élément contractuel par nature⁴⁸.

En revanche, le travail que l'employeur va confier concrètement au travailleur au quotidien variera généralement en fonction des circonstances et de l'évolution de l'entreprise. Les **tâches quotidiennes** font donc partie des conditions de travail et relèvent du pouvoir de direction dès lors qu'elles demeurent dans le périmètre relatif aux fonctions assignées⁴⁹.

Il faut donc d'abord déterminer quelles sont les fonctions du travailleur avant de pouvoir identifier les tâches qui y correspondent.

Il arrive qu'en plus des fonctions, le contrat indique, de manière plus ou moins précise, quelles seront les différentes tâches du travailleur. Dans cette hypothèse, les parties doivent s'y tenir, car les tâches ont alors été contractualisées⁵⁰.

Même si les tâches quotidiennes n'ont pas été formellement contractualisées, mais qu'il est tout de même possible de découvrir un accord

⁴⁸ Cf. TF, 5 septembre 2003, 4C.129/2003, JAR 2004, p. 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-Gösigen, 16 juin 1982, JAR 1984, p. 99, JU-TRAV 1983, p. 5 ; CAPH-GE, 21 février 2007, JAR 2008, p. 376, cons. 4 ; TC-FR, 12 septembre 2008, RFJ 2008, p. 368, cons. 5 ; cf. Comm.Dunand-BONARD, N 7 ad art. 335 CO.

⁴⁹ Cf. PORTMANN/STÖCKLI, p. 53.

⁵⁰ Cf. ci-dessous pp. 79 et s.

tacite des parties sur ce point, les tâches confiées ne pourront être modifiées sans que la procédure propre aux modifications contractuelles ne soit respectée⁵¹. Ce principe est valable même si la rémunération n'est pas modifiée à la suite du changement dans les tâches confiées⁵².

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 fonctions⁵³. 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, etc⁵⁴.

- Tâches constituant le prolongement logique des fonctions

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 logique⁵⁵.

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.)⁵⁶. On doit également prendre en compte l'usage général d'un métier ou d'une profession pour déterminer ces éléments⁵⁷.

Mais la réponse est souvent affaire de casuistique.

⁵¹ Cf. AG-Olten-Gösgen, 16 juin 1982, JAR 1984, p. 99, JU-TRAV 1983, p. 5 ; CAPH-GE, 28 février 1995, JAR 1996, p. 244, cons. 2a ; cf. VISCHER, p. 145 ; cf. DUC/SUBILIA, N 7 *ad* art. 321d CO ; cf. ZKomm.-STAEHELIN, N 14 *ad* art. 321d CO.

⁵² TF, 6 juillet 2005, 4C.155/2005, JAR 2006, p. 282, cons. 3.2.1.

⁵³ Cf. CR-CO-AUBERT, N 4 *ad* art. 321d CO.

⁵⁴ Cf. CR-CO-AUBERT, N 4 *ad* art. 321d CO.

⁵⁵ Cf. OG-BL, 8 novembre 1988, JAR 1990, p. 356.

⁵⁶ TF, 30 avril 2007, 4C.38/2007, cons. 3.6 ; CARRUZZO, N 2 *ad* art. 321d CO.

⁵⁷ BaKomm.-PORTMANN, N 5 *ad* art. 321 CO.

Par exemple, une *vendeuse* a le droit de refuser d'être affectée à d'autres tâches que les siennes, notamment celle de responsable d'hygiène⁵⁸. De la même manière, sauf cas particulier⁵⁹, un *mécanicien* n'a pas à être obligé de nettoyer les toilettes⁶⁰.

En revanche, on peut exiger de tout travailleur qui se voit prêter une *véhicule* de l'entreprise qu'il procède à son entretien courant (vérification des niveaux, pression des pneus).

2° *Cas particuliers*

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**,
- de **remplacement d'un salarié absent**,
- du **travailleur lui-même malade, accidenté ou courant un risque pour sa santé**.

D'autre part, le **délai de préavis** peut entraîner certaines particularités dans les tâches confiées.

⁵⁸ TF, 6 juillet 2005, 4C.155/2005, JAR 2006, p. 182, cons. 3.2.

⁵⁹ Cf. ci-dessous : 2° cas particuliers.

⁶⁰ TA-TI, 13 janvier 1999, JAR 2000, p. 135 ; cf. RUDOLPH/VON KÄNEL, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Eine rechtliche Auslegeordnung zu einem um sich greifenden Phänomen, RSJ 2010, pp. 361-366, spéc. p. 362.

- Urgence

En cas d'urgence, il est possible d'exiger du travailleur qu'il l'exécute des tâches autres que celles correspondant à ses fonctions spécifiques ou à leur prolongement logique⁶¹.

On peut considérer qu'en vertu de l'obligation qui pèse sur lui de réduire son dommage (CO, art. 324, al. 2), le travailleur doit accepter une modification dans ces cas d'urgence, pour autant que cette modification soit temporaire, raisonnable, proportionnée et pertinente.

Ainsi, 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**⁶².

Lorsque ces conditions sont remplies, le travailleur ne peut se prévaloir de ses fonctions initiales pour refuser une tâche, même subalterne. Toutefois, en dehors des cas d'urgence, l'attribution de fonctions subalternes ou de tâches correspondant à des fonctions subalternes à celles qui ont déterminé le consentement du travailleur lors de son embauche ne peut intervenir que conformément à la procédure de modification des éléments contractuels du rapport de travail. Il convient donc de s'y reporter⁶³.

L'urgence est donc toujours temporaire⁶⁴ : elle suppose le **caractère exceptionnel** de la tâche en question. Par ailleurs, pour être fondée sur

⁶¹ TA-TI, 13 janvier 1999, JAR 2000, p. 135 ; CAPH-GE, 21 février 2007, JAR 2008, p. 376, cons. 4 ; ZKomm.-STAEHELIN, N 14 ad art. 321d CO ; RUDOLPH/VON KÄNEL, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Eine rechtliche Auslegung zu einem um sich greifenden Phänomen, RSJ 2010, pp. 361-366, spéc. p. 362.

⁶² Cf. DUC/SUBILIA, N 9 ad art. 321d CO.

⁶³ Cf. ci-dessous 2^e partie.

⁶⁴ Cf. RUDOLPH/VON KÄNEL, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Eine rechtliche Auslegung zu einem um sich greifenden Phänomen, RSJ 2010, pp. 361-366, spéc. p. 362.

un impératif objectif de l'entreprise et n'être pas chicanière, elle doit être *raisonnable, proportionnée et pertinente*.

Par exemple, s'il y a un *risque d'inondation* dans l'entreprise, le travailleur ne pourra pas se prévaloir de son titre de directeur des ressources humaines pour refuser de tout mettre en œuvre afin d'écartier ce danger. De la même manière, si les nettoyeurs habituels sont absents ou qu'ils ne se présenteront dans l'entreprise qu'après sa fermeture, on peut exiger d'une vendeuse qu'elle procède au nettoyage de rayons qui ont été par hypothèse salis par des clients⁶⁵.

Dans tous ces cas, il s'agit d'appliquer le principe de *bonne foi*. Le travailleur qui se prévaudrait, dans ces cas d'urgence, de la lettre de son contrat pour refuser la tâche confiée commettrait un abus de droit. Bien entendu, la *rémunération* du travailleur doit rester inchangée malgré l'exécution de tâches subalternes⁶⁶.

Des *difficultés économiques* peuvent-elles être considérées comme un cas d'urgence ? Il faut être prudent en la matière, de peur de faire basculer le *risque d'entreprise* sur le travailleur. Un cas de difficulté économique extrême, c'est-à-dire lorsqu'il en va clairement de la survie de l'entreprise, peut autoriser une adaptation temporaire de la fonction et des tâches contractuelles⁶⁷.

Mais les difficultés économiques telles que pénurie de matières premières, panne d'électricité ou d'équipement, chute brutale des commandes, retard dans la livraison de matériaux à transformer⁶⁸ relèvent typiquement du risque d'entreprise que supporte l'employeur. Le travailleur n'est pas obligé d'accepter une modification de ses fonctions ou des tâches normalement liées à ses fonctions dans ces cas.

Dans les cas de *restructuration d'entreprise*, notamment après un *transfert d'entreprise*, on peut concevoir que certaines tâches soient attribuées en dehors des fonctions initiales, le temps de la mise en

⁶⁵ Cf. REHBINDER, p. 58.

⁶⁶ Cf. ZKomm.-STAEHELIN, N 14 ad art. 321d CO.

⁶⁷ Voir un cas admis par des juges : Zivilgerichtspräsident-GL, 19 juin 1979, JU-TRAV 1981, p. 26 ; RUDOLPH, *Vertragsänderungen in Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht* (édit. Adrian von Känel), Zurich/Genève/Bâle, Schulthess, 2010, spéc. p. 5.

⁶⁸ Cf. CARRUZZO, N 2 ad art. 321d CO.

place de la nouvelle structure⁶⁹. Là aussi la modification doit être temporaire, raisonnable, proportionnée et pertinente.

- Remplacement d'un salarié absent

Une autre situation particulière est le remplacement d'un travailleur absent⁷⁰.

La *garantie d'emploi* des travailleurs malades, accidentés, effectuant un service civil ou d'aide à l'étranger, et des travailleuses enceintes ou accouchées (cf. CO, art. 336c), ne peut se concevoir que si les autres travailleurs sont prêts à faire l'effort de remplacer leur collègue absent, le cas échéant en acceptant des aménagements dans les tâches qui leur sont confiées.

Dans de telles hypothèses, il revient à l'employeur d'organiser la répartition des tâches en fonction des compétences et de la durée du travail de chaque travailleur. Plus un travailleur est haut placé dans la hiérarchie, et notamment plus sa rémunération est élevée, plus l'on pourra exiger de lui qu'il fasse preuve d'une fidélité importante (cf. par analogie : CO, art. 321e, al. 2) ; ainsi, il pourra lui être demandé d'être d'autant plus polyvalent en cas de difficultés liées au manque temporaire de personnel.

L'employeur devra toutefois veiller à répartir les tâches du travailleur absent de manière équilibrée entre différents travailleurs. Bien entendu, la nouvelle répartition des tâches tenant compte de l'absence d'un salarié ne saurait devenir le prétexte à des directives chicanières de l'employeur⁷¹.

⁶⁹ CARRUZZO, N 2 *ad* art. 321d CO.

⁷⁰ Cf. TF, 6 juillet 2005, 4C.155/2005, JAR 2006, p. 282, cons. 3.2.1.

⁷¹ Cf. ci-dessous pp. 99 et s.

- *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 embauché⁷².

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 changement⁷³.

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 (CO, art. 324). Un éventuel licenciement serait abusif car le travailleur n'aurait que fait valoir de bonne foi des prétentions résultant de son contrat de travail (CO, art. 336, al. 1, d, en lien avec CO art. 328 et LTr, art. 6). En revanche,

⁷² Cf. RUDOLPH/VON KÄNEL, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Eine rechtliche Auslegeordnung zu einem um sich greifenden Phänomen, RSJ 2010, pp. 361-366, spéc. p. 362.

⁷³ Cf. VON KÄNEL/WYLER, Effets de la LPG sur le droit du travail, DTA 2005, pp. 153-166, spéc. p. 157 ; cf. MÜLLER, Übertragung neuer Aufgaben und Zuweisung eines neuen Arbeitsortes ohne Änderung des Arbeitsvertrages, PJA 1999, pp. 454-460 ; CARRUZZO, N 2 ad art. 321d CO ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 321d CO.

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.

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 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.

- Les tâches confiées pendant le délai de préavis

Pendant la durée du délai de préavis, l'employeur n'est pas davantage autorisé à modifier unilatéralement les fonctions du travailleur⁷⁴. Ainsi un machiniste-grutier ne peut-il être contraint d'exécuter les tâches d'un aide-magasinier pendant la durée de son délai de préavis⁷⁵.

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'entreprise⁷⁶.

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

⁷⁴ CARRUZZO, N 2 *ad art.* 321d CO.

⁷⁵ TF, (non daté), SJ 1993, p. 370 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 3 *ad art.* 321d CO.

⁷⁶ OG-BL, 8 novembre 1988, JAR 1990, p. 356, cons. 4.

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. En contrepartie, le travailleur devra bien entendu continuer à exécuter les tâches confiées avec la même diligence et le même soin que précédemment, sauf à engager sa responsabilité (CO, art. 321e).

3° Fonctions, tâches et sanctions

- Absence de tâches confiées

Le fait de ne plus attribuer de tâches en rapport avec les fonctions du travailleur est une autre forme de modification du rapport de travail.

En soi, elle est *admissible*⁷⁷ 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 salariés⁷⁸.

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 lesquels 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 *violer 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* (CO, art. 324), avant

⁷⁷ BaKomm.-PORTMANN, N 5 *ad* art. 321 CO.

⁷⁸ Cf. REHBINDER, p. 58. Cf. ci-dessous p. 39.

d'éventuellement mettre en jeu la responsabilité contractuelle de ce dernier (CO, art. 328 en relation avec l'art. 97).

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 jouer⁷⁹.

Il faut donc opérer une pesée des intérêts entre l'intérêt de l'entreprise à diminuer les tâches du travailleur et l'intérêt de ce dernier à pouvoir exercer des tâches pendant toute la durée contractuelle prévue. Si l'absence de tâches confiées est due à une baisse de commandes passagère et que la diminution de compétence est faible pour le travailleur, une diminution de la durée du travail sans diminution de la rémunération est clairement admissible. À l'inverse, si la période de la diminution de la durée de travail s'allonge au point que les compétences du travailleur s'en trouvent affectées (par exemple, un avocat qui ne recevrait plus de nouveaux dossiers, un ouvrier spécialisé qui ne pourrait plus exercer certains gestes) ou si les compétences du salarié se trouvent affectées dès une diminution même brève (sportif d'élite, musicien d'orchestre, médecin spécialisé dans des actes spécifiques, etc.), alors la diminution de la durée du travail autorisera une démission de sa part ; elle constituera une violation du contrat si elle est arbitraire.

Le droit des sociétés autorise la *révocation d'un pouvoir de direction* en tout temps (CO, art. 716a, al. 1er, c. 4)⁸⁰. Du point de vue du droit du travail, ceci ne signifie pas automatiquement que le travailleur ne puisse pas revendiquer l'exécution du contrat conformément aux fonctions qui ont déterminé son engagement auprès de l'employeur. Si le pouvoir de direction au sens du droit des sociétés est révoqué injustement au sens du droit du travail, le salarié peut engager la responsabilité de l'employeur.

⁷⁹ TF, 28 avril 2011, 4A_53/2011, ATF 137 III 303, JT 2011 II 390, SJ 2011 I 453, JAR 2012, p. 205, cons. 2.1.2.

⁸⁰ VISCHER, p. 145.

Lorsque l'employeur *n'a plus aucune tâche à confier* au travailleur, il peut le licencier, en respectant les délais et termes applicables (CO, art. 335c) et les dispositions protectrices (CO, art. 336c)⁸¹. En aucun cas, l'employeur ne peut imposer le travail à un poste non équivalent ou pour un tiers⁸².

- *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 :

- lorsque l'entreprise est objectivement **mal dirigée**, risque la faillite ou la mise en cause de la responsabilité du gérant (CO, art. 717 et 754 et s.) ;
- lorsque le travailleur **viole la personnalité** des employés qu'il a sous ses ordres (CO, art. 328).

Dans ces hypothèses, l'employeur peut imposer la rétrogradation à tout moment.

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 avaient été reprochées à plusieurs reprises et que la possibilité de s'améliorer lui avait été offerte de bonne foi⁸³. 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 rétrogradation⁸⁴.

⁸¹ TF, 6 juillet 2005, 4C.155/2005, JAR 2006, p. 182, cons. 3.2.2.

⁸² CARRUZZO, N 2 *ad* art. 321d CO.

⁸³ TF, 4 août 2006, 4C.189/2006, DTA 2006, pp. 269-271, cons. 4 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 3 *ad* art. 321d CO.

⁸⁴ Cf. CARRUZZO, N 2 *ad* art. 321d CO.

Même s'il ne s'agit pas d'une obligation légale, l'employeur aura intérêt à *documenter* ses critiques et, généralement, à *impartir un délai formel* au travailleur pour qu'il s'améliore ou respecte ses devoirs, sauf s'il est clair que le travailleur ne changera pas malgré le délai d'amélioration qui lui serait octroyé.

L'*ajout d'un échelon hiérarchique intermédiaire* entre la fonction d'un travailleur et la fonction du travailleur qui se trouvait précédemment directement au-dessus de lui ne constitue pas en soi une modification de la fonction du travailleur si ses responsabilités ne sont pas modifiées.

En cas de *restructuration* par exemple, un travailleur ne peut considérer comme une rétrogradation le fait de ne pouvoir diriger un service plus important que celui qu'il gérait précédemment dès lors qu'un autre employé était à ce poste depuis plus longtemps que lui⁸⁵.

4° *Le changement de fonctions*

Une *nouvelle fonction* peut être proposée au travailleur après quelque temps dans sa fonction initiale. En effet, un travailleur prometteur peut se voir proposer une progression au sein de l'entreprise.

Dans cette hypothèse, il est conseillé de prévoir une *période d'essai dans la nouvelle fonction*, par analogie avec la période d'essai du contrat de travail (CO, art. 335b). Cette période d'essai n'autorisera pas en soi la rupture du rapport de travail mais permettra à l'employeur de replacer le travailleur dans ses fonctions précédentes si l'essai n'est pas concluant.

Le temps d'essai dans la nouvelle fonction durera généralement entre un et trois mois, mais on peut prévoir un temps d'essai plus court. Le délai de retour dans la fonction précédente sera généralement de sept jours, mais il est également possible de prévoir un retour plus rapide dès lors qu'il ne s'agit pas de violer la personnalité du travailleur mais de répondre à une situation objectivement insatisfaisante.

⁸⁵ TF, 3 juin 2013, 4A_748/2012, cons. 2.3.

Avant le terme du temps d'essai, l'employeur doit décider soit de remettre le travailleur dans sa fonction précédente, soit de reconnaître la modification contractuelle, y compris par actes concluants, lorsque le travailleur continue à exercer ses tâches dans la nouvelle fonction après la fin du temps d'essai. Un retour dans l'ancienne fonction ne serait alors plus possible qu'en respectant le régime de modification des éléments contractuels du rapport de travail. Si l'employeur désire mettre fin au rapport de travail parce que l'essai dans la nouvelle fonction n'a pas été concluant et qu'il n'a plus de place pour le travailleur dans ses fonctions précédentes, l'ancienneté du travailleur doit être prise en compte depuis le début du rapport de travail⁸⁶.

Lorsque les parties n'ont pas prévu formellement de temps d'essai pour les nouvelles fonctions, il faut *interpréter leur volonté*. Était-il clair que la nouvelle fonction était acquise dès le commencement de son exercice ou les parties s'étaient-elles implicitement réservé un temps d'essai ? La seconde solution n'est pas forcément plus défavorable au travailleur qui pourrait avoir intérêt à retrouver ses anciennes fonctions plutôt qu'à se voir licencier pour insuffisance professionnelle dans ses nouvelles fonctions. En effet, l'employeur sera légitimé à *licencier* un travailleur incapable d'exercer ses nouvelles fonctions. En revanche, il y aurait *abus de droit* de la part de l'employeur qui obligerait un travailleur à exercer des fonctions au-dessus de ses compétences, dans le seul but de le mettre en difficulté et d'obtenir un prétexte pour le licencier, alors que ce travailleur avait toujours donné satisfaction dans l'exercice des fonctions pour lesquelles il avait été embauché et qu'il avait accepté d'occuper les nouvelles fonctions en vertu de son devoir de fidélité.

La même logique vaut à l'égard des *heures supplémentaires* : selon les termes de la loi, l'employeur ne peut demander au travailleur d'effectuer des heures supplémentaires que « *dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander* » (CO, art. 321c, al. 1). Il faut comprendre cette expression non seulement du point de vue d'une possibilité temporelle, mais également du point de vue des compétences professionnelles du tra-

⁸⁶ Cf. Comm.Dunand-HEINZER, N 16 *ad* art. 335b CO ; BaKomm.-PORTMANN, N 5 *ad* 335b CO ; cf. de manière nuancée : CR-CO-AUBERT, N 5 *ad* art. 335b CO.

vaille. Ainsi, un travailleur ne doit effectuer des heures supplémentaires que pour des tâches pour lesquelles il est compétent. Dans la même veine, le code indique que ce n'est que pour les fonctions qu'il est capable d'assumer que le travailleur ne peut pas démissionner lorsque son supérieur est empêché (CO, art. 336d, al. 1). Cette règle particulière, en ce qu'elle concrétise le principe de bonne foi, doit trouver une application générale en droit du travail : ainsi, un travailleur ne saurait être mis artificiellement en difficulté du seul fait qu'on lui a attribué des tâches dépassant ses capacités et qu'il les a acceptées pour respecter son obligation de fidélité.

d) La rémunération

Principes

La rémunération appartient aux *essentialia negotii* du contrat de travail⁸⁷. Certes, le salarié, pour des considérations de protection sociale, a droit à une rémunération même si rien n'est prévu au contrat (CO, art. 320, al. 2 et 322, al. 1)⁸⁸. La rémunération n'en constitue pas moins le *socle du rapport de travail* du point de vue contractuel⁸⁹. Elle ne peut donc être modifiée que par la voie de la modification des éléments contractuels du rapport de travail⁹⁰, quelles que soient les circonstances⁹¹.

⁸⁷ Cf. TF, 5 mars 2012, 4A_380/2011, cons. 5.1.2 : « *Der Lohn ist ein wesentliches Element eines Arbeitsvertrages.* »

⁸⁸ Cf. les arrêts de principes : TF, 17 novembre 1964, ATF 90 II 443 ; TF, 13 mai 1969, ATF 95 II 126.

⁸⁹ L'expression « socle contractuel » est de WAQUET PHILIPPE, *in* : Le renouveau du contrat de travail, Revue de jurisprudence sociale, mai 1999, pp. 383 et s., spéc. p. 386.

⁹⁰ GLOOR, Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive, DTA 2008, pp. 249-268, spéc. p. 254 ; AUBERT DAVID, 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 :

Il en va de même des *fonctions, attributions et responsabilités* du salarié lorsque leur modification entraîne un impact sur la rémunération⁹².

Toutefois, une prime liée à une *tâche spécifique de nature temporaire* disparaît dès lors que la tâche n'a plus à être effectuée, à l'image de la rémunération relative aux heures supplémentaires laquelle n'est due que lorsque des heures supplémentaires sont effectivement réalisées.

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 (CO, art. 321e) ou ce dernier peut être licencié (CO, art. 335). 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 (CO, art. 323b, al. 2). Mais la rémunération sera due pour la seule mise à disposition de son temps par le travailleur.

De la même manière, l'employeur ne peut réduire la rémunération du seul fait qu'il *n'a pas assez de travail* pour occuper le travailleur durant tout le temps où celui-ci se tient à disposition⁹³.

En revanche, si le travailleur *n'a pas travaillé*, l'employeur ne doit la rémunération que si un fondement propre permet au travailleur de bénéficier du maintien de sa rémunération malgré son absence de prestation (cf. CO, art. 324a et 324b)⁹⁴.

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.

⁹¹ ZKomm.-STAEHELIN, N 44 ad art. 322 CO.

⁹² Cf. ci-dessus pp. 33 et s. ; TF, 14 juillet 1964, Quatre cents arrêts, N 276 ; TF, 5 septembre 2003, 4C.129/2003, JAR 2004, p. 308 ; Gewerbliches Schiedsgericht-BS, RSJ 1989, p. 83.

⁹³ Cf. DUC/SUBILIA, N 14 ad art. 322 CO.

⁹⁴ Cf. AG-ZH, 16 mai 2001, ZR 2002, p. 225.

La rémunération ne peut donc être modifiée unilatéralement *même si le nouveau système est censé être plus avantageux*⁹⁵. Il n'appartient pas à l'employeur d'imposer une modification de la rémunération en décrétant que le nouveau mode de rémunération est plus avantageux pour le salarié. Par exemple, l'inclusion d'un remboursement de frais dans le salaire de base peut donner l'apparence d'être plus avantageuse pour le salarié, notamment si le montant finalement octroyé est plus élevé que la somme des deux montants précédents. Toutefois, le salarié pouvait avoir intérêt à bénéficier d'un remboursement de frais séparé, notamment dans l'hypothèse où ce remboursement n'était pas soumis à cotisations sociales et à l'impôt.

Domaine

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, actionnariat salarié* lorsqu'il est convenu et ne revêt pas la forme d'un plan d'investissement⁹⁶.

Les accessoires du salaire comprennent également les *avantages en nature* (mise à disposition d'un logement ou d'un véhicule à titre privé)⁹⁷. Les *autres avantages* sont également concernés : ainsi, lorsque l'employeur continue à retenir un montant au titre de l'impôt à la

⁹⁵ Pour les cas de présomption d'acceptation tacite dans ce genre de cas, cf. ci-dessous pp. 134 et s.

⁹⁶ Nous distinguons les plans d'intéressement, qui représentent un avantage financier pour le travailleur, des plans d'investissement qui sont un accord aux termes duquel le travailleur investit de l'argent chez son employeur ou à travers son employeur à des conditions équivalentes à celles du marché. Dans ce dernier cas, le placement financier est soustrait aux règles protectrices du droit du travail. Voir TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, cons. 4 ; WITZIG AURELIEN, *Le Renouveau des rémunérations variables*, thèse à paraître.

⁹⁷ Cf. Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 18 avril 1978, JAR 1980, p. 259.

source alors qu'il en est désormais dispensé, il y a inexécution partielle de son obligation de payer le salaire⁹⁸.

En particulier, constituent notamment une modification d'un élément contractuel :

- la transformation d'un treizième mois convenu contractuellement en rémunération discrétionnaire⁹⁹ ;
- le changement de proportion et des paramètres entre la partie fixe et la partie variable de la rémunération¹⁰⁰ ;
- la transformation d'une rémunération en espèces en une rémunération par l'attribution d'options sur actions ;
- un système de commissionnement différent de celui prévu au contrat ;
- la réduction du taux de commission, etc.

La modification de la rémunération variable

La part variable de la rémunération appartient également au socle contractuel. Ainsi, toute rémunération variable prenant la forme d'un *salaires aux pièces*, d'un *salaires à la tâche*, d'une *participation au résultat*, d'une *provision* (parfois appelée commission), 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'employeur¹⁰¹.

⁹⁸ TF, 25 février 2010, 4A_608/2009, DTA 2010, pp. 94-96, cons. 3.2.

⁹⁹ TF, 6 décembre 1995, JAR 1997, p. 124 ; Appellationshof-BE, 8 mars 1995, JAR 1996, p. 150, cons. 3 ; Tribunal de la ville de Locarno, 14 mars 1998, Employeur suisse 1999, p. 204.

¹⁰⁰ DOGAN YENISEY, p. 117.

La gratification bénévole, entièrement discrétionnaire, doit être distinguée de la **gratification contractuelle** dont le principe d'octroi est acquis pour le travailleur, mais dont l'employeur peut faire varier le montant.

Toutefois, l'employeur n'est pas entièrement libre de faire varier le montant de la gratification contractuelle à sa guise. Cette variation doit être effectuée de manière raisonnable (*nach billigem Ermessen*)¹⁰² et sans abus de droit (CC, art. 2). Il en découle au profit du travailleur le droit de *faire contrôler par le juge* le montant versé au titre de la gratification contractuelle et de le faire corriger à la hausse si l'employeur a fait preuve d'iniquité manifeste¹⁰³.

La justiciabilité de la gratification contractuelle est justifiée également par la systématique du Code des obligations, notamment de l'alinéa 2 de l'article 2 qui dispose : « *À défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire.* »

Les deux éléments que le salarié peut mettre en œuvre afin d'obtenir la révision du montant de la gratification contractuelle sont la **protection de la confiance** et la **garantie de l'équité**.

Selon notre analyse, ces deux éléments regroupent quatre composantes :

- **La cohérence du comportement.** L'application de ce principe commande que l'employeur qui s'est réservé la possibilité de faire varier le montant de la gratification contractuelle à certaines conditions se voie lié par cette déclaration, qu'il doit dès lors respecter. Il s'agit là d'une application particulière du principe général d'interdiction des

¹⁰¹ Cf. ci-dessous pp. 61-63.

¹⁰² TF, 9 mars 1967, ATF 93 II 185, cons. 4 ; TF, 26 mars 1992, ATF 118 II 157, JT 1993 I 648, cons. 4b/bb.

¹⁰³ Cf. GEISER, *Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn*, PJA 2001, p. 382, spéc. p. 391 ; cf. VON TUHR/PETER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Zurich, Schulthess, 3^e éd., 1979, tome I, p. 190.

comportements contradictoires : il y a violation de la bonne foi (prise sous son aspect de protection de la confiance : *Treu und Glauben*), lorsqu'une personne agit en contradiction avec son comportement précédent dès lors que ce comportement avait fondé une attente légitime¹⁰⁴. *A contrario*, si le comportement n'a pu fonder aucune attente légitime, ce qui est à déterminer au cas par cas en fonction des circonstances, n'agit pas de manière contraire à la bonne foi celui qui exploite une situation peu claire pour faire valoir au mieux ses droits¹⁰⁵.

Les critères de détermination du montant de la gratification contractuelle sont parfois explicités par la *convention* des parties. Le cas échéant, cette dernière sera *interprétée* par le juge selon le principe de confiance¹⁰⁶.

Une formulation générale indiquant qu'une gratification sera réduite « si justifié » (*bei begründeten Ausnahmefällen*) implique par exemple que l'employeur rapporte la preuve qu'il existe réellement des motifs objectifs de réduction¹⁰⁷. Une cour cantonale, après avoir procédé à une interprétation de la convention des parties selon le principe de confiance, a admis qu'aucune somme ne fût versée au titre de la gratification contractuelle dès lors que l'entreprise avait connu des *pertes* durant la période de référence, car ce critère avait été retenu par les parties pour la fixation du montant de la gratification¹⁰⁸. En revanche, le Tribunal fédéral a jugé qu'une Cour cantonale n'encourait pas le reproche d'arbitraire pour avoir jugé que l'employeur qui s'était réservé le droit de faire varier le montant de la gratification pour des raisons de stratégie d'entreprise (*aus kaufmännischer Vorsicht*), ne

¹⁰⁴ Arrêt de principe : TF, 9 novembre 1989, ATF 115 II 331, cons. 5a ; HIRSIGER, note sous TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, PJA 2010, p. 1336, 2a.

¹⁰⁵ TF, 9 novembre 1989, ATF 115 II 331, cons. 5a ; HIRSIGER, note sous TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, PJA 2010, p. 1336, 2c.

¹⁰⁶ Pour les principes d'interprétation, cf. ci-dessous pp. 80-83.

¹⁰⁷ TF, 21 juin 2007, 4C.69/2007, cons. 3.1.

¹⁰⁸ TF, 26 février 2010, 4A_549/2009 : le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur la validité du raisonnement mené par la cour cantonale, le recours du salarié ayant été jugé irrecevable pour une question procédurale.

s'était réservé ce droit que pour des *motifs objectifs* et non « à sa guise » (*aus reinem Gutdünken*)¹⁰⁹.

La confiance du salarié dans le montant d'une gratification contractuelle peut aussi naître du fait que l'employeur ait inscrit sur le *certificat de salaire* une somme annuelle d'un montant plus élevé que la somme des rémunérations mensuelles déjà versées. De ce fait, la confiance peut légitimement naître dans l'esprit du salarié qu'une gratification d'un montant déterminé lui sera versée¹¹⁰. En effet, lorsque l'employeur indique par des actes concluants quel sera le montant de la gratification, le salarié est légitimé à croire que ce montant lui sera bel et bien versé¹¹¹.

- **La transparence des critères.** De plus, le Tribunal fédéral a précisé récemment que les critères convenus ne pouvaient servir à fonder une variation de la gratification contractuelle qu'à la condition d'être connus du salarié ou tout au moins admissibles par ce dernier au titre de la bonne foi¹¹². Ainsi, une variation de la gratification contractuelle, fondée sur la mauvaise qualité de la prestation de travail ou la mauvaise marche des affaires de l'entreprise ne sera possible que si le salarié connaissait — ou ne pouvait ignorer sur le fondement de la bonne foi (hypothèse à vérifier *in concreto*) — que ces éléments étaient des critères de variation de sa gratification contractuelle¹¹³.

- **La réalité et la pertinence des motifs de variation de la gratification contractuelle.** Mener la logique de la jurisprudence à son terme viendrait à obliger l'employeur à démontrer l'existence d'un motif de

¹⁰⁹ TF, 19 août 2009, 4A_325/2009, cons. 1.1 ; cf. inaugurant cette idée il y a plusieurs décennies : Bericht 1974 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, BJM 1975, p. 228.

¹¹⁰ TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, ATF 136 III 313, JT 2011 II 206, PJA 2010, p. 1336, note HIRSIGER et 1609, RJB 2012. 408, note KOLLER et SENNHAUSER, cons. 2.2 et 2.3.3.

¹¹¹ HIRSIGER, note sous TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, PJA 2010, p. 1336, 2a.

¹¹² TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, ATF 136 III 313, JT 2011 II 206, PJA 2010, p. 1336, note HIRSIGER et 1609, RJB 2012. 408, note KOLLER et SENNHAUSER, cons. 2.3.1.

¹¹³ TF, 7 octobre 1997, 4P.284/1996, cons. 2a ; TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, ATF 136 III 313, JT 2011 II 206, PJA 2010, p. 1336, note HIRSIGER et 1609, RJB 2012. 408, note KOLLER et SENNHAUSER, cons. 2.

variation du montant de la gratification contractuelle¹¹⁴. Une juridiction cantonale estime ainsi qu'il appartient à l'employeur qui réduit la gratification de démontrer le sérieux et la réalité des motifs de réduction qu'il invoque : c'est donc à *lui de prouver* les mauvais résultats de l'entreprise¹¹⁵. D'autres juges décident que c'est également à l'employeur de rapporter la *preuve objective* des mauvaises prestations du salarié¹¹⁶. Cette preuve n'est pas rapportée lorsque le salarié peut se prévaloir d'un certificat de travail ne faisant aucune mention de prestations insuffisantes¹¹⁷. En outre, quand un montant sensiblement identique est versé plusieurs années de suite, l'employeur ne peut valablement le réduire, pour un exercice donné, que s'il est en mesure d'établir un changement significatif de circonstances¹¹⁸. À notre avis, on peut laisser au juge la même liberté d'appréciation que dans le cadre de l'analyse du caractère abusif ou non d'un licenciement¹¹⁹.

La gratification contractuelle peut en principe varier de manière à tenir compte d'un *empêchement de travailler*, même non fautif¹²⁰, puisqu'il s'agit d'un élément extérieur à l'action de l'employeur. Il faut cependant admettre que l'employeur ne peut pas prendre prétexte d'une absence de prestation de travail *dont il est lui-même responsable* pour réduire la gratification contractuelle¹²¹. Il en va de même lorsque la prestation du salarié est certes inférieure aux attentes, mais du fait de

¹¹⁴ TF, 7 octobre 1997, 4P.284/1996, cons. 2a ; TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, ATF 136 III 313, JT 2011 II 206, PJA 2010, p. 1336, note HIRSIGER et 1609, RJB 2012. 408, note KOLLER et SENNHAUSER, cons. 2.2.

¹¹⁵ Bericht 1976 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, BJM 1977, p. 282, spéc. p. 283 ; ZKomm.-STAHELIN, N 21 *ad* art. 322d CO.

¹¹⁶ CAPH-GE, 13 avril 2000, JAR 2001, p. 208 ; la Cour utilise la formule suivante : « *Les bons résultats se présument.* »

¹¹⁷ Bericht 1976 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, BJM 1977, p. 282, spéc. p. 284.

¹¹⁸ TC-VD, 3 septembre 2010, JAR 2011, p. 607, cons. I.b.bb ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 7 *ad* art. 322d CO.

¹¹⁹ Cf. TF, 6 mars 2001, 4P.205/2000, JAR 2002, p. 238, cons. 3a ; TF, 15 novembre 2010, 4A_430/2010, DTA 2011. 31-35, cons. 2.1.3

¹²⁰ Cf. TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, cons. 2.2 (indirectement) ; CARRUZZO, La Rémunération du travailleur et le remboursement des frais, Genève, Fédération des Entreprises Romandes, 2007, p. 78.

¹²¹ TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, ATF 136 III 313, JT 2011 II 206, PJA 2010, p. 1336, note HIRSIGER et 1609, RJB 2012. 408, note KOLLER et SENNHAUSER, cons. 2.3.1.

l'employeur qui, par exemple, ne l'a pas mis en mesure de donner sa pleine puissance de travail.

Le fait pour le salarié de préparer une *activité concurrente* à celle de son employeur, mais dans le respect des règles posées par la loi et la jurisprudence sur le devoir de fidélité et les clauses de non-concurrence, n'est pas un motif justifié autorisant l'employeur à faire varier défavorablement le montant de la gratification contractuelle ou à la supprimer¹²².

- **L'équité.** L'employeur ne peut se soustraire à l'obligation de verser une gratification contractuelle en déterminant sa quotité de manière volontairement basse ou quasiment minimale : il doit déterminer le montant de la gratification contractuelle *de manière équitable (nach billigem Ermessen)*¹²³. Certes, le Tribunal fédéral se contente parfois de dire qu'en cas de gratification contractuelle, l'employeur est tenu de procéder à un versement, en jouissant d'une « certaine liberté » dans la fixation du montant à allouer¹²⁴, mais la solution retenue en droit positif, qui s'inspire expressément de REHBINDER/STÖCKLI et de PORTMANN¹²⁵, est le tempérament de la liberté de l'employeur en matière de détermination du montant de la gratification contractuelle par l'« équité »¹²⁶.

¹²² TF, 21 juin 2007, 4C.69/2007, cons. 3.1.

¹²³ TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, ATF 136 III 313, JT 2011 II 206, PJA 2010, p. 1336, note HIRSIGER et 1609, RJB 2012. 408, note KOLLER et SENNHAUSER, cons. 2.3. Cf. de manière générale : VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zurich, Schulthess, 3^e éd., 1979, tome I, p. 191 ; invoquant le standard de l'*arbitrium boni viri* : BIRCHMEIER, Der Lohnanspruch aus Dienstvertrag im schweizerischen Obligationenrecht, Baar, Buchdruckerei J. Dossenbach, 1926, p. 25.

¹²⁴ Par exemple : TF, 1^{er} décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.1.2.

¹²⁵ REHBINDER/STÖCKLI, N 10 et 17 *ad* art. 322d CO ; BaKomm.-PORTMANN, N 13 *ad* art. 322d CO.

¹²⁶ Un auteur avait proposé un autre fondement juridique, non retenu par la jurisprudence : la protection de la personnalité du salarié (CO, art. 328) : MEIER KURT, Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis, ArbR 2001, p. 61 et s., spéc. pp. 76-77. Dans un premier temps, le Tribunal se référerait à la notion de « condition purement potestative » (TF, 6 mars 1897, ATF 23 I 265, cons. 2).

La « liberté d'appréciation » laissée à l'employeur (*freies Ermessen*) est donc devenue « une certaine liberté d'appréciation » (*ein gewisses Mass von freiem Ermessen*)¹²⁷, tempérée par la protection du salarié **contre l'arbitraire** (*willkürlich*)¹²⁸. Le choix d'attribuer ou non la gratification contractuelle et la détermination de son montant ne sauraient donc être arbitraires. Ce régime présente le même objectif que la protection générale contre toute discrimination arbitraire¹²⁹.

Clause de variation unilatérale

En dehors du cas de la gratification contractuelle, qui varie par nature, une clause de variation peut-elle autoriser l'employeur à faire varier unilatéralement un élément de rémunération, qu'il soit fixe ou variable ?

Selon nous, il faut envisager en principe un *régime unifié* : le régime juridique de la clause de modification unilatérale doit globalement être le même qu'il s'applique à la rémunération ou aux autres éléments contractuels du rapport de travail¹³⁰.

Toutefois, certains éléments de rémunération variable entraînent par nature une variation : de telles variations ne posent pas de problèmes dès lors qu'elles sont **objectives**, c'est-à-dire qu'elles correspondent mathématiquement au résultat de l'entreprise (*participation*), au produit de l'activité du travailleur (*provision*) ou à l'atteinte de certains objectifs fixés d'avance (*rémunération sur objectifs*).

¹²⁷ Cf. GEISER, *Arbeitsrechtliche Rechtsprechung* 2010, PJA 2011, p. 245. Dans une décision récente, le Tribunal fédéral a utilisé l'expression « *ein gewisses Ermessen* », abandonnant jusqu'à la notion de liberté (TF, 9 novembre 2011, 4A_356/2011, JAR 2012, p. 339, cons. 9.6).

¹²⁸ Cf. TC-FR, 4 janvier 2008, JAR 2009, p. 484.

¹²⁹ Cf. MEIER KURT, *Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis*, ArbR 2001, pp. 61 et s., spéc. p. 73. Le Tribunal fédéral lie parfois les deux éléments : « *Dabei darf [der Arbeitgeber] jedoch nicht willkürlich, d. h. aus sachfremden Gründen, einen Arbeitnehmer schlechter stellen als die übrigen.* » (TF, 9 novembre 2011, 4A_356/2011, JAR 2012, p. 339, cons. 9.6)

¹³⁰ Cf. ci-dessous pp. 121 et s.

La *participation*, la *provision* et la *rémunération sur objectifs* peuvent donc être prévues contractuellement en vertu de la liberté contractuelle. Il existe toutefois trois limites :

- le travailleur doit en toute hypothèse percevoir au moins le **salaire minimum** applicable, si une convention collective ou un contrat-type en prévoient un dans sa situation (CO, art. 322, al. 1) ;

- le travailleur ne doit pas subir de **discrimination** illicite (fondée sur le *sexe* – cf. Cst., art. 8, al. 3 ; LEg, art. 3 –, l'appartenance à un Etat-membre de la *Communauté européenne* – cf. ALCP, art. 2 et Annexe I, art. 9, al. 1 –, le fait qu'il s'agisse d'un *travailleur à domicile* – cf. LTrD –, son rôle *de représentant élu des travailleurs* – cf. LParticipation, art. 12, al. 2 –, etc.) ou constitutive d'une violation de sa *personnalité* (CO, art. 328) ;

- par ailleurs, le travailleur doit toujours percevoir une « **rémunération convenable** » par rapport au travail qu'il fournit (CO, art. 349a, al. 2, applicable par analogie à tout rapport de travail)¹³¹.

La notion de « *rémunération convenable* » n'est pas évidente à cerner. Elle sera déterminée par le juge (CC, art. 4)¹³². Le caractère « convenable » d'une provision est une notion de droit — donc susceptible d'être revue par le Tribunal fédéral¹³³ — qui doit être appréciée *in concreto*¹³⁴. Le fardeau de la preuve que la rémunération convenue n'est pas convenable incombe au travailleur¹³⁵. 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 sociales¹³⁶. Le juge n'hésite pas à recalculer le

¹³¹ TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, cons. 5.1 ; AG-ZH, 5 décembre 2008, JU-TRAV 2010, p. 49.

¹³² TF, 12 novembre 1986, JAR 1987, p. 307 ; TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, cons. 5.2.

¹³³ 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, cons.3.3.

¹³⁴ 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.

¹³⁵ TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, cons. 3.3.

¹³⁶ 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, cons. 5.2 ; cf. CRAMER

montant qu'il estime convenable¹³⁷. Il peut utilement s'appuyer sur les statistiques de l'office fédéral de la statistique¹³⁸.

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 familiales¹³⁹. Ce faisant, on s'écarte d'une conception purement objective du salarié qui vend sa force de travail sur un marché pour prendre en compte la dimension subjective de la personne du salarié dans toutes ses composantes.

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 2¹⁴⁰. En définitive, la rémunération dépend très étroitement des conditions que l'employeur fixe au travailleur pour qu'il puisse négocier ou conclure des affaires¹⁴¹. Un tel raisonnement conduirait globalement l'employeur à procéder à une estima-

CONRADIN, *Der Bonus als Malus*, PJA 2008, pp. 535-541, spéc. p. 540 ; AMSTUTZ THERESE, *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, pp. 45 et s., spéc. p. 49 ; cf. REINERT PETER, *Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht*, PJA 2009, pp. 3 et s., spéc. p. 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. AUBERT DAVID, *Le contrat de travail des voyageurs de commerce*, Lausanne, Éditions Bis et Ter, 2010, pp. 207 et s.

¹³⁷ Par exemple : CAPH-GE, 12 octobre 1982, Quatre cents arrêts, n° 325.

¹³⁸ 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, cons. 5.2.

¹³⁹ S'opposant à cette prise en compte de l'aspect familial : VISCHER, p. 97.

¹⁴⁰ TF, 2 novembre 2005, 4C.265/2005, DTA 2006, pp. 110-111, cons. 3.1 et 3.2 ; déjà précédemment : Obergericht-ZH, 14 avril 1986, JAR 1987, p. 301 ; CAPH-GE, 22 septembre 1993, X/600/91, cons. 2c.

¹⁴¹ 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.

tion des besoins du salarié compte tenu de critères principalement subjectifs. Aussi le Tribunal fédéral a-t-il avec raison approuvé l'Obergericht de Zurich¹⁴² qui a tempéré cette approche en soulignant qu'on doit aussi tenir compte, comme ligne directrice, des *usages de la branche* (cf. CC, art. 4)¹⁴³.

En outre, si la part variable de sa rémunération excède la moitié de sa rémunération totale, le salarié doit donner son accord spécifiquement et *par écrit* (CO, art. 349a, al. 2).

Il faut encore préciser que le régime légal de la *provision* prévoit qu'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 (CO, art. 322b, al. 2). En outre, 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 (CO, art. 323, al. 2). Par ailleurs, 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 en être différée dans une certaine mesure (CO, art. 339, al. 2). Tout accord des parties sur ces éléments relève du régime des éléments contractuels du rapport de travail.

La *rémunération sur objectifs* pose des problèmes de délimitation spécifiques. Lorsque les objectifs sont évalués de manière mathématique, elle suit le régime de la rémunération variable contractuelle comme la participation ou la provision. En revanche, il est souvent prévu que la rémunération sur objectifs ajoute une appréciation subjective sur le comportement du travailleur. Cet aspect particulier doit suivre le régime de la gratification contractuelle. En particulier,

¹⁴² Obergericht-ZH, 14 avril 1986, JAR 1987, p. 301, cons. 5.

¹⁴³ TF, 12 novembre 1986, JAR 1987, p. 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.

l'employeur doit respecter la personnalité du travailleur dans son évaluation et porter un jugement qui soit exempt d'arbitraire.

e) La durée du travail

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 travail¹⁴⁴. 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 (CO, art. 321a)¹⁴⁵.

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 foi.

¹⁴⁴ Cf. STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 4 *ad* art. 320 CO ; cf. Comm.Dunand-BONARD, N 7 *ad* art. 335 CO.

¹⁴⁵ AG-ZH, 7 octobre 1996, JAR 1999, p. 111 ; REHBINDER, p. 59.

Diminution de la durée du travail avec maintien de la rémunération

Lorsqu'il effectue un nombre d'heures inférieur à celui qui est prévu dans le contrat, le travailleur ne peut généralement prétendre à la rémunération que des heures *effectivement travaillées* et non au paiement de la totalité de la durée contractuelle prévue¹⁴⁶. En effet, il n'y a en principe pas de rémunération si aucun travail n'est accompli (CO, art. 82 et art. 119, al. 2). Toutefois, le travailleur a droit au paiement de la rémunération correspondant à la totalité de la durée prévue au contrat si l'employeur se trouve en demeure selon l'article 324 du Code des obligations ou que le travailleur bénéficie du maintien de sa rémunération en vertu des articles 324a et 324b du même code¹⁴⁷.

Dans le cas d'un travailleur ayant obtenu un passage d'un plein temps à un 80 %, mais ayant continué à percevoir l'entier de sa rémunération, les juges n'ont ordonné le remboursement que d'une partie des 20 % versés sans prestation correspondante, car n'était pas clairement établi le point de savoir si l'employeur avait voulu renoncer à la réduction de rémunération corrélative à la réduction de la durée du travail¹⁴⁸. Selon les juges zurichois, lorsque l'employeur paie sans réserve et pendant plusieurs années une rémunération correspondant à un temps complet alors même que le travailleur a réduit son temps de travail, il ne peut prétendre compenser l'excédent versé avec la rémunération due pendant le délai de congé, car il est présumé avoir renoncé à reprocher au travailleur l'exécution incomplète de son contrat de travail¹⁴⁹.

¹⁴⁶ AG-ZH, 16 mai 2001, ZR 2002, p. 225.

¹⁴⁷ TF, 2 décembre 2008, 4A_291/2008, DTA 2009, p. 42, comm. PIETRUSZAK, DTA 2009, p. 124, cons. 3.3.

¹⁴⁸ Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 13 juin 1984, JAR 1985, p. 131 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 11 *ad* art. 322 CO.

¹⁴⁹ AG-ZH, 16 mai 2001, ZR 2002, p. 225 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 11 *ad* art. 322 CO.

Autre question : l'employeur est-il toujours légitimé à réduire unilatéralement la durée du travail dès lors qu'il maintient la rémunération totale ? Par exemple, en cas de baisse passagère de commandes, l'employeur peut-il se conserver la pleine disponibilité d'un salarié en le gardant à leur taux horaire contractuel mais sans travail confié tant que le carnet de commandes ne se remplit pas ? Cette hypothèse présente des similitudes avec deux autres situations : l'absence de tâches confiées¹⁵⁰ et la modification de l'horaire collectif¹⁵¹.

Ici, nous envisageons le cas spécifique où l'absence de tâches confiées n'est pas une sanction et ne concerne qu'un travailleur et non un groupe de travailleurs. Par exemple, seul le comptable ou seul le responsable informatique de l'entreprise ne reçoit pas de travail.

La diminution de la durée du travail sans diminution de la rémunération est admissible. Cependant, si la baisse de la durée du travail est préjudiciable au travailleur (notamment s'il perd des compétences en n'exerçant pas son métier), ce dernier peut démissionner sans abus en respectant son délai de préavis, voire avec effet immédiat moyennant mise en demeure préalable d'être employé selon les termes de son contrat.

f) La durée déterminée ou indéterminée du contrat

Le caractère déterminé ou indéterminé de la durée du contrat est un élément contractuel par nature.

Plus précisément, le contrat de travail est *présumé conclu pour une durée indéterminée*. Cela signifie que les parties qui ne prévoient pas le caractère déterminé ou indéterminé de la durée de leur contrat, sont réputées l'avoir conclu pour une durée indéterminée. Le caractère déterminé du contrat de travail doit donc toujours être prévu expressément (CO, art. 334, al. 2). En particulier, une rupture du contrat qui n'est pas contestée par l'autre partie ne peut avoir pour effet de trans-

¹⁵⁰ Cf. ci-dessus pp. 33-34.

¹⁵¹ Cf. ci-dessous pp. 192 et s.

former un rapport de travail en contrat de durée déterminée dont le terme serait le jour de la rupture non contestée.

g) La durée des vacances et des congés

La durée des vacances est fixée de manière relativement impérative par les articles 329a et suivants du Code des obligations. Le minimum légal, pour les travailleurs ayant vingt ans révolus est de quatre semaines par année (cinq semaines pour les travailleurs ayant moins de vingt ans). La loi prévoit d'autres règles, comme la fixation proportionnelle des vacances en cas d'année de service incomplète (CO, art. 329a, al. 2), des réductions en cas d'empêchement de travailler (CO, art. 329b), etc.

Si les parties ne précisent rien, le travailleur bénéficie du régime légal. En revanche, si les parties souhaitent s'écarter du régime légal (elles ne peuvent le faire qu'en faveur du travailleur), elles devront nécessairement *contractualiser* ce régime plus favorable, par accord spécifique ou par un autre phénomène de contractualisation¹⁵².

La même réflexion vaut pour le *congé hebdomadaire* (la loi ne prévoit qu'un minimum d'un jour de congé hebdomadaire, mais réserve le cas des *jours de congé usuels* : cf. CO, art. 329), pour le *congé pour les activités de jeunesse extra-scolaires* (CO, art. 329e) et pour le *congé maternité* (dont le minimum en droit fédéral est de quatorze semaines : CO, art. 329f).

h) La durée du délai de congé

La loi détermine la durée du délai de congé en fonction de l'*ancienneté* du travailleur : *sept jours* durant le temps d'essai (CO, art. 335b), *un mois* pendant la première année de service, *deux mois* de

¹⁵² Cf. ci-dessous pp. 79 et s.

la deuxième à la neuvième année de service, *trois mois* à partir de la dixième année de service (CO, art. 335c).

Les parties qui souhaitent s'écarter de ce régime de droit commun, de manière plus favorable au travailleur (par exemple, trois mois dès la fin de la période d'essai) ou, au contraire, de manière défavorable au travailleur (par exemple, un mois net, c'est-à-dire du quantième au quantième), doivent le faire *par accord écrit* (CO, art. 335c, al. 2), la réglementation collective étant réservée.

La même logique vaut pour la *durée du temps d'essai*, qui ne peut être prolongé d'un à trois mois que par accord écrit, contrat-type ou convention collective (CO, art. 335, al. 2).

i) Les prestations en cas d'empêchement de travailler

Le code prévoit un régime d'indemnisation du travailleur en cas d'empêchement de travailler qui varie en fonction de l'ancienneté (CO, art. 324a)¹⁵³. Tout écart par rapport au régime de droit commun ne peut intervenir que par accord écrit, contrat-type ou convention collective. Il en résulte que le choix de ne pas appliquer le droit commun des prestations en cas d'empêchement de travailler fait de cet élément un élément contractuel du rapport de travail.

j) L'indemnisation des heures supplémentaires

Le droit du travail prévoit en principe le *paiement majoré* des heures effectuées, sans repos compensateur, en sus de l'horaire de travail habituel (CO, art. 321c, al. 3). Il autorise toutefois la prise en compte

¹⁵³ Des règles particulières valent pour les risques obligatoirement assurés (CO, art. 324b).

forfaitaire de ces heures supplémentaires dans l'économie générale du contrat de travail¹⁵⁴.

Cette possibilité est soumise :

- à une *condition formelle* — clause écrite spécifique du contrat, d'une convention collective ou d'un contrat-type¹⁵⁵ — ;

- à une *condition matérielle* : une rémunération globale en elle-même « *suffisamment élevée* » pour être en mesure d'inclure forfaitairement une rémunération équitable des heures supplémentaires¹⁵⁶, c'est-à-dire une rémunération en tout cas supérieure au salaire minimum horaire éventuellement applicable¹⁵⁷ et au-dessus du montant usuel des rémunérations au sein de la branche concernée.

La rémunération forfaitaire des heures supplémentaires, comme toute clause contractuelle, peut être battue en brèche par la *théorie de l'imprévision*¹⁵⁸.

k) Le remboursement forfaitaire des frais

L'employeur *rembourse* au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du travail (CO, art. 327a, al. 1). Le remboursement des frais doit donc correspondre aux frais exposés par le travailleur. Pour autant que les frais réels engagés par le travailleur soient au minimum couverts, l'employeur peut procéder à un *remboursement forfaitaire*, sous d'une forme d'une indemnité fixe, journalière, hebdomadaire ou mensuelle (CO, art. 327a, al. 2). Le remboursement forfaitaire des

¹⁵⁴ TF, 2 septembre 1998, ATF 124 III 469, cons. 3a ; TF, 2 mai 2011, 4A_73/2011, JAR 2012, p. 211, cons. 4 ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, cons. 4.1 et 6.1 ; TF, 19 février 2013, 4A_611/2012 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 5 *ad* art. 321c CO.

¹⁵⁵ TF, 2 mai 2011, 4A_73/2011, JAR 2012, p. 211, cons. 4 ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, cons. 4.3.3.

¹⁵⁶ TF, 2 mai 2011, 4A_73/2011, JAR 2012, p. 211, cons. 4 ; WYLER, pp. 129-130.

¹⁵⁷ TF, 2 mai 2011, 4A_73/2011, JAR 2012, p. 211, cons. 4 ; GEISER/MÜLLER, pp. 121-124.

¹⁵⁸ Cf. ci-dessous pp. 167 et s.

frais fait donc toujours l'objet d'un accord entre les parties et entre ainsi dans la catégorie des éléments contractuels par nature.

l) Le droit sur les inventions

Le droit du travail distingue trois sortes d'inventions :

- les *inventions de service* (qui sont créées par le travailleur dans l'exercice de son activité au service de l'employeur et conformément à ses obligations contractuelles) ;

- les *inventions occasionnelles liées* (qui sont créées par le travailleur dans l'exercice de son activité au service de l'employeur mais en dehors de ses obligations contractuelles) ;

- les *inventions libres* (qui sont créées par le travailleur hors de l'exercice de son activité au service de l'employeur et en dehors de ses obligations contractuelles et appartiennent dès lors toujours au travailleur)¹⁵⁹.

Le code prévoit que les inventions de service appartiennent à l'employeur (CO, art. 332, al. 1) et que ce dernier peut en outre se réserver un droit sur les inventions occasionnelles liées (CO, art. 332, al. 2), après information du travailleur (CO, art. 332, al. 3) et contre rétribution (CO, art. 332, al. 4). Le droit que se réserve l'employeur sur les inventions occasionnelles liées doit obligatoirement intervenir par accord écrit, ce qui en fait un élément contractuel par nature.

m) Le montant et l'échéance de l'indemnité à raison des longs rapports de travail

Une indemnité légale à raison des longs rapports de travail est due au travailleur dans certains cas très particuliers (CO, art. 339b et 339d).

¹⁵⁹ CR-CO-AUBERT, N 3 *ad* art. 332 CO.

Son montant et son échéance peuvent faire l'objet d'un accord des parties (CO, art. 339c, al. 1 et 4).

Par ailleurs, les parties peuvent toujours prévoir une indemnité de départ conventionnelle, selon des modalités qu'elles sont libres de déterminer. Si tel est le cas, l'indemnité de départ en question revêtira le caractère d'élément contractuel du rapport de travail.

B. Les éléments non contractuels par nature

Les éléments du rapport de travail non contractuels par nature sont :

- les *instructions* (a),
- la *gratification bénévole* (b),
- les *objectifs fixés au travailleur* (c),
- les *horaires de travail* (d),
- la *date des vacances* (e),
- le *lieu de travail* (f).

a) Les instructions

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. Cependant, comme les autres conditions de travail, elles peuvent être *contractualisées*¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Pour le principe : Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 15 septembre 1988, JAR 1990 p. 132 ; ZKomm.-STAHELIN, N 14 *ad* art. 321d CO. Pour le régime de contractualisation, cf. ci-dessous pp. 79 et s.

Domaine

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.

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'entreprise¹⁶¹.

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 salariés¹⁶² 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 tâches¹⁶³. 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.

Dans le cas particulier des **entreprises de tendance** (*Tendenzbetriebe*), le travailleur est réputé avoir accepté dès son engagement de se soumettre à un certain code de conduite. Pour que le consentement du

¹⁶¹ TF, 5 septembre 2006, 4C.186/2005, cons. 2.4.

¹⁶² Cf. ZKomm.-STAEHELIN, N 16 *ad* art. 321d CO.

¹⁶³ Pour le principe, cf. DUC/SUBILIA, N 10 *ad* art. 321d CO.

travailleur soit réel, il faut que le caractère de tendance de l'entreprise soit clairement énoncé dès les pourparlers précédant l'embauche. Il est conseillé de détailler – par exemple dans une clause du contrat ou dans un règlement d'entreprise – le contenu exact de ce qu'implique le caractère de tendance de l'entreprise et ses implications sur la façon d'exécuter le travail et le comportement du travailleur (tenue vestimentaire, abstention de critique, promotion de certaines valeurs, etc.).

D'autres entreprises, sans pouvoir être qualifiées d'entreprises de tendance au sens strict, n'en évoluent pas moins dans un cadre particulier qui les incite à exiger certaines *particularités de comportement* de leurs salariés (banque, finance, assurance, etc.). Tant que les directives correspondent à des motifs objectifs liés à l'intérêt raisonnable de l'entreprise, le travailleur est tenu de les suivre dans leurs diverses modifications.

Le travailleur peut toujours *refuser d'exécuter une directive* qui constituerait une *infraction* à la loi ou à la déontologie de sa profession¹⁶⁴. De la même manière, dans les professions où une part d'appréciation *esthétique* entre en ligne de compte (coiffeur, artisan, etc.), le travailleur doit pouvoir confronter – raisonnablement – son point de vue à celui de l'employeur, qui devra trancher en toute bonne foi. Il convient également de laisser une liberté d'organisation suffisante aux *dirigeants* de filiales ou aux *gérants*, de manière à ce qu'ils puissent correctement s'acquitter de leur tâche¹⁶⁵.

L'employeur a l'obligation d'imposer des directives de comportement pour assurer la *protection de la santé* des travailleurs, notamment pour éviter tout *accident* (LTr, art. 6, LAA, art. 82) et toute *violation de la personnalité* d'un travailleur par un autre travailleur (CO, art. 328). L'employeur peut et doit, si nécessaire, obliger ses salariés à porter un casque, leur interdire de fumer dans les locaux de

¹⁶⁴ Cf. ci-dessous p. 98.

¹⁶⁵ Appellationsgericht-BS, 4 janvier 1988, JAR 1989, p. 128 ; ZKomm.-STAEHELIN, N 16 ad art. 321d CO. La mesure de leur diligence et leur responsabilité sont également déterminées selon les règles propres au droit des sociétés (CO, art. 717 et 754 et s.).

l'entreprise, leur imposer de se protéger les cheveux dans les cuisines, etc¹⁶⁶. Une obligation de signalement en cas d'atteinte à la personnalité, notamment en cas de harcèlement, peut (et devrait) également être prévue.

Modalités

Les instructions n'ont pas à être inconditionnelles comme l'exige le régime des actes formatifs. 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)¹⁶⁷.

Instructions et fonctions

Lorsque la fonction du travailleur est énoncée *de manière générale*, par exemple « vendeur », l'employeur peut placer le travailleur dans n'importe quel secteur de vente du magasin¹⁶⁸. L'employeur peut ensuite déplacer le travailleur, au titre des instructions, pour autant que le secteur dans lequel le travailleur a commencé à travailler ne soit pas devenu un élément contractuel, expressément ou tacitement.

b) La gratification bénévole

La gratification bénévole est par nature non contractuelle.

La *dénomination* retenue par les parties (bonus, prime, etc.) importe peu. En effet, la qualification d'un élément de rémunération est soustraite à la libre disposition des parties. Cela signifie que le juge peut

¹⁶⁶ Cf. DUC/SUBILIA, N 12 *ad* art. 321d CO.

¹⁶⁷ Cf. REHBINDER/STÖCKLI, N 13 *ad* art. 321d CO.

¹⁶⁸ Cf. ci-dessus pp. 25-27.

toujours *requalifier* un élément de rémunération lorsque les parties n'ont pas respecté les critères juridiques pertinents.

Un élément de rémunération ne peut être qualifié de gratification bénévole qu'à la *double condition* de représenter une partie accessoire de la rémunération totale du travailleur et de n'avoir jamais fait l'objet d'une contractualisation :

- Le **caractère accessoire** d'un élément de rémunération se mesure en rapportant la proportion de cet élément au montant total de la rémunération du salarié¹⁶⁹. Dans le cas des rémunérations qui se situent *grasso modo* en dessous du salaire médian suisse (environ 72'000 francs par an), la part discrétionnaire doit pouvoir atteindre selon nous entre le cinquième et le quart de la rémunération totale. Jusqu'à dix fois le montant du salaire médian suisse (720'000 francs), la part discrétionnaire devrait pouvoir osciller entre le quart et la moitié de la rémunération totale tout en conservant un caractère accessoire. Au-delà de 720'000 francs de salaire de base annuel, on peut estimer que la part

¹⁶⁹ TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, ATF 129 III 276, JT 2003 I 346, JAR 2003, p. 221, cons. 2.1 ; TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, DTA 2003, pp. 154-156, JAR 2004, p. 248, cons. 2.2 ; TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004, DTA 2005, pp. 241-245, comm. SCHNEITER, cons. 1.2.3 ; TF, 1^{er} juillet 2005, 4C.364/2004, DTA 2005, pp. 241-245, comm. SCHNEITER, cons. 2.2 ; TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, cons. 5.2 ; TF, 24 janvier 2006, 4C.340/2005, DTA 2006, pp. 186-188, JAR 2007, p. 160, cons. 2.1 ; TF, 8 mai 2007, 4A_23/2007, DTA 2007, pp. 160-163, cons. 4.1 ; TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, DTA 2009, p. 120, comm. AUBERT, cons. 4.1 ; TF, 1^{er} décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.1.2 ; TF, 20 décembre 2011, 4A_705/2011, DTA 2012, p. 161, JAR 2012, p. 402, JU-TRAV 2012, p. 49, cons. 3 ; TF, 20 mars 2012, 4D_98/2011, cons. 2.4 ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, cons. 8.2 ; TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, ATF 139 III 155, cons. 3.2 et 5.3 ; TF, 16 mai 2013, 4A_721/2012, cons. 3 ; TF, 17 mai 2013, 4A_447/2012, cons. 2.2 ; cf. déjà dans une ancienne décision cantonale : Appellationskammer-ZH, 11 novembre 1912, ZR 1912, p. 226. Cf. dans la doctrine : ZKomm.-STAEHELIN, N 3 ad art. 322d CO ; STAEHELIN MATTHIAS, Gesperrte Optionen — als Lohn unzulässig ?, RSJ 2005, p. 181 ; SCHNEITER, DTA 2005, p. 242, comm. sous TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004 et TF, 1^{er} juillet 2005, 4C.364/2004 ; ABEGG ANDREAS, Neues und Bewährtes vom Bundesgericht zur Abgrenzung von Lohn und Gratifikation und dem entsprechenden Anspruch pro rata temporis, Jusletter 12 octobre 2009 ; EMMEL, in Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, (HUGUENIN/MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER édit.), Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2012, N 1 ad art. 322d CO ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 322d CO.

discrétionnaire peut dépasser le montant de la rémunération de base tout en conservant un caractère accessoire¹⁷⁰.

Cette analyse en termes de proportion ne vaut pas lorsque la gratification n'est versée qu'une seule fois. Dans une telle hypothèse, peu importe le montant de la gratification, elle conservera toujours un caractère accessoire¹⁷¹.

Lorsque la gratification initialement conçue comme bénévole perd son caractère accessoire, elle se transforme en rémunération contractuelle, au moins pour la partie ayant contribué à lui faire perdre son caractère accessoire eu égard à la proportion à respecter par rapport à la rémunération de base.

- La **non contractualisation** de la gratification est également nécessaire pour garantir son caractère bénévole. Une gratification peut être contractualisée, soit uniquement dans le principe de son octroi (elle prend ainsi la forme d'une *gratification contractuelle*), soit à la fois dans le principe de son octroi et dans la façon de calculer son montant (elle prend alors la forme d'un *élément de rémunération variable* entièrement contractuel)¹⁷².

c) Les objectifs déterminants pour la rémunération

Ne constituent pas selon nous un élément contractuel par nature les objectifs fixés par l'employeur et pertinents notamment pour la détermination d'une rémunération sur objectifs. Ainsi, de tels objectifs, à

¹⁷⁰ Cf. WITZIG, Le Renouveau des rémunérations variables, thèse à paraître.

¹⁷¹ TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, ATF 129 III 276, JT 2003 I 346, JAR 2003, p. 221, cons. 2.1 ; TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, DTA 2003, pp. 154-156, JAR 2004, p. 248, cons. 2.2 ; TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004, DTA 2005, pp. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 1.2.3 ; TF, 1^{er} juillet 2005, 4C.364/2004, DTA 2005, pp. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 2.2 ; TF, 24 janvier 2006, 4C.340/2005, DTA 2006, pp. 186-188, JAR 2007, p. 160, cons. 2.1 ; TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, ATF 139 III 155, cons. 3.2 ; TF, 17 mai 2013, 4A_447/2012, cons. 2.2 ; OG-ZH, 14 septembre 2011, LA100002, cons. 3.3 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 322d CO ; STAHELIN, N 3 ad art. 322d CO.

¹⁷² Sur la contractualisation d'un élément du rapport de travail, cf. ci-dessous pp. 79 et s.

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 travail¹⁷³.

Par ailleurs, les objectifs ne sauraient avoir pour effet de reporter le *risque d'entreprise* sur le salarié. Pour éviter ce phénomène, les objectifs doivent être fixés de manière *raisonnable* et, surtout, *compatible avec le marché*.

d) 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 30¹⁷⁴.

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 (LTr, art. 17, al. 6 et art. 19, al. 5).

Un *horaire de travail flexible* peut être prévu contractuellement (par exemple avec tranches horaires fixes et tranches horaires libres, le total de la durée convenue devant bien entendu être effectué)¹⁷⁵. Dans ce cas, l'employeur ne peut imposer des horaires fixes sans passer par

¹⁷³ Cf. ci-dessous pp. 95 et s.

¹⁷⁴ Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 2 mai 1988, JAR 1990, p. 131 ; ZKomm.-STAEHELIN, N 14 *ad* art. 321d CO.

¹⁷⁵ Cf. GEISER, Flexibilisierung der Arbeitszeit und des Lohnes, ArbR 1998, pp. 77-113, spéc. p. 87.

le régime de modification des éléments contractuels du rapport de travail¹⁷⁶. En revanche, l'employeur peut exiger que les heures manquantes soient effectuées dans un certain délai ou que les heures supplémentaires soient compensées par un temps de repos à prendre le plus rapidement possible¹⁷⁷.

Lorsque le travailleur est employé à *temps partiel*, il faut considérer qu'il a pu prendre des engagements pour le temps où il n'est pas au service de l'employeur (cumul de temps partiels, obligations familiales ou associatives, etc.). Aussi la modification des horaires de travail n'est-elle possible que de manière extrêmement limitée pour ces travailleurs. La bonne foi exige donc de l'employeur qu'il sollicite le consentement des travailleurs à temps partiel avant de modifier leur horaire de travail¹⁷⁸. Dans la même logique, les heures supplémentaires ne peuvent être demandées que de manière limitée à ce genre de travailleurs¹⁷⁹.

En cas de *travail en temps partagé* (*job sharing, Arbeitsplatzteilung*), deux ou plusieurs travailleurs se répartissent librement le temps de travail correspondant à l'emploi qu'ils occupent en commun. Il est conseillé aux travailleurs d'établir la répartition du temps de travail par écrit. Dans l'hypothèse d'une mésentente entre les travailleurs, l'employeur retrouve son pouvoir de direction relatif aux horaires de travail qu'il avait provisoirement aliéné¹⁸⁰.

Le *travail sur appel* ne peut être exercé que dans le cadre du régime qui l'encadre¹⁸¹. Le Tribunal fédéral a notamment jugé que, lorsqu'il

¹⁷⁶ Cf. ZKomm.-STAEHELIN, N 14 *ad* art. 321d CO ; BaKomm.-PORTMANN, N 11 *ad* art. 321 CO.

¹⁷⁷ TF, 18 novembre 1997, ATF 123 III 469, JT 1999 I 23.

¹⁷⁸ Cf. BaKomm.-PORTMANN, N 7 *ad* art. 321 CO.

¹⁷⁹ Cf. BaKomm.-PORTMANN, N 17 *ad* art. 321 CO.

¹⁸⁰ BaKomm.-PORTMANN, N 18 *ad* art. 321 CO.

¹⁸¹ Cf. notamment TF, 6 mai 1998, ATF 124 III 249, JT 1999 I 275, PJA 1998, p. 1241 ; BaKomm.-PORTMANN, N 19 *ad* art. 321 CO.

permet une diminution brutale du volume mensuel de travail, le contrat de travail sur appel vide de sa substance la protection impérative liée au délai de congé fixé à l'article 335c du Code des obligations¹⁸².

De manière générale, les horaires de travail ne peuvent être déterminés par l'employeur que dans le respect de la *réglementation applicable* (LTr, art. 9 et s.)¹⁸³.

e) 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 (CO, art. 329c, al. 2). Il faut préciser que les vacances doivent normalement être prises pendant l'année de service correspondante et qu'elles doivent chaque année comprendre au moins deux semaines consécutives (CO, art. 329c, al. 2).

La date des vacances appartient donc aux conditions de travail. Toutefois, la prise des vacances suppose toujours que les parties se soient mises d'accord à un moment donné sur leurs dates (au plus tard la veille du départ en vacances).

Doit-on considérer que cet accord spécifique sur la date des vacances revêt le caractère d'un accord contractuel, dont la modification est dès lors soumise au régime de la modification des éléments contractuels du rapport de travail, ou peut-on considérer que l'employeur reste libre de modifier la date des vacances conformément au régime de modification des conditions de travail ?

Plaide en faveur de la seconde solution la nécessité pour l'employeur de retenir un travailleur dont la présence se révèle tout à coup indispensable pour l'entreprise. Par ailleurs, on pourrait raisonner par analogie avec le régime des heures supplémentaires qui peuvent être

¹⁸² TF, 14 décembre 1998, ATF 125 III 65, JT 2000 I 355, SJ 1999 I 293, Pra 1999 111 605, cons. 4.

¹⁸³ BaKomm.-PORTMANN, N 7 ad art. 321 CO.

demandées, de bonne foi, au salarié au-delà de la durée de travail contractuelle (CO, art. 321c, al. 1), ou avec la démission qui est abusive lorsqu'un supérieur est empêché (CO, art. 336d).

Cependant, une telle solution, outre qu'elle est extrêmement défavorable pour le travailleur qui, par hypothèse, a déjà pris des dispositions (souvent coûteuses) pour organiser ses vacances, pose divers problèmes juridiques :

- tout d'abord, le *risque d'entreprise* doit peser sur l'employeur. C'est à lui qu'il revient d'assumer les difficultés potentielles engendrées par la prise de vacances de ses salariés.

- ensuite, la théorie générale du droit des obligations *ne prévoit pas de degré dans la force du lien contractuel*. Le lien contractuel crée une obligation qui a toujours des effets de contrainte identiques. On ne peut pas créer une obligation dont les effets seraient différents, dont la force de contrainte serait tantôt existante tantôt inexistante.

- enfin, il est toujours possible pour l'employeur, si un accord avec le travailleur est impossible, de *modifier unilatéralement* un élément contractuel du rapport de travail.

S'il en est encore temps, c'est-à-dire si le délai de congé applicable tient encore dans la durée restant à courir jusqu'au départ en vacances, l'employeur pourra faire usage du *congé-modification*.

D'autre part, l'employeur peut invoquer la *théorie de l'imprévision*¹⁸⁴. L'idée est que le travailleur commettrait un abus de droit à se prévaloir de l'accord sur la date des vacances si un fait nouveau, extraordinaire et imprévisible ou exclu par les prévisions des parties venait compromettre irrémédiablement l'avenir de l'entreprise, et que sa présence dans l'entreprise soit nécessaire pour l'éviter. Une telle hypothèse n'est envisageable que pour un travailleur extrêmement spécialisé, qu'il s'agisse d'un directeur ou d'un travailleur exerçant dans un domaine de compétences qu'il est le seul à posséder au sein de l'entreprise (informaticien, juriste, comptable, etc.).

¹⁸⁴ Cf. ci-dessous pp. 167 et s.

Pour invoquer la théorie de l'imprévision, l'employeur doit démontrer les caractères nouveau, extraordinaire et imprévisible des faits, ainsi que le lien de causalité entre le départ en vacances du travailleur et la non-survie de l'entreprise. Les faits nouveaux devront donc ne pas avoir existé au moment où la date des vacances a été fixée et ne pouvoir absolument pas être gérés d'une autre manière que par la présence du travailleur en question.

En pratique, l'employeur aura bien entendu intérêt à chercher à obtenir l'accord du travailleur, en lui présentant objectivement les difficultés que son départ en vacances occasionneraient, en lui proposant éventuellement un avantage en contrepartie. On doit considérer que l'employeur peut librement (mais avec les égards nécessaires au respect de la personnalité) rappeler au travailleur les conséquences juridiques d'un départ en vacances qui serait pris en dépit du fait que l'employeur invoque, de manière légitime, la théorie de l'imprévision. Le dommage subi par le travailleur du fait de l'annulation de ses vacances devra être pris en charge par l'employeur et les vacances pourront bien entendu être prises par la suite.

f) Le lieu de travail

Par nature, le lieu de travail n'est pas un élément contractuel du rapport de travail¹⁸⁵. Il appartient au pouvoir de direction de l'employeur¹⁸⁶. Toutefois, sa modification ne peut se faire de manière purement arbitraire. Le rapport de travail en droit suisse mettant en jeu aussi bien des aspects contractuels (tradition romaniste) que des aspects communautaires (tradition germaniste), l'employeur doit prendre en compte le travailleur dans tous les aspects de sa personne, avant de lui imposer une modification du lieu de travail.

¹⁸⁵ AG-Berne, 11 février 1987, JAR 1989, p. 210 ; CAPH-GE, 21 février 2007, JAR 2008, p. 376, cons. 4.

¹⁸⁶ CAPH-GE, 22 avril 1998, JAR 1999, p. 163, JU-TRAV 1999, p. 63, cons. 7.

La mobilité liée à certains emplois et à certaines tâches

Certains emplois impliquent par nature une mobilité géographique du travailleur : voyageurs de commerce, transporteurs, chauffeurs, réparateurs à domicile, cadres surveillant les filiales d'un groupe, etc.)¹⁸⁷. Dans tous ces cas, le lieu où le travail est effectué varie. Dès lors que le *temps de déplacement* entre les différents lieux d'intervention est rémunéré et compris dans les limites hebdomadaires légales (cf. notamment LTr, art. 9) 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 entendu¹⁸⁸. 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 supplémentaires¹⁸⁹.

D'autre part, certains travailleurs peuvent être amenés à se déplacer *ponctuellement* pour effectuer certaines tâches confiées par l'employeur¹⁹⁰. 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

¹⁸⁷ Cf. DUC/SUBILIA, N 8 *ad* art. 321d CO.

¹⁸⁸ Cf. Message du 25 août 1967, FF 1967 II 318 ; CARRUZZO, N 2 *ad* art. 321d CO.

¹⁸⁹ C'est-à-dire moyennant généralement compensation en repos ou en argent (CO, art. 321c) et dans certaines limites (LTr, art. 9, 12 et 13).

¹⁹⁰ Cf. REHBINDER, p. 58.

qualité des parties qui équivaut à une modification d'un élément contractuel du rapport de travail¹⁹¹.

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)¹⁹². 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 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'employeur¹⁹³.

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

¹⁹¹ Cf. ci-dessus pp. 20 et s. et AG-SG, 3 avril 1998, JAR 1999, p. 112 ; REHBINDER, p. 59.

¹⁹² CARRUZZO, N 2 *ad* art. 321d CO.

¹⁹³ CCass-NE, 24 avril 1978, JAR 1981. 124 ; CARRUZZO, N 2 *ad* art. 321d CO.

son embauche, ce temps ne sera pas décompté comme temps de travail effectif.

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* ».

Cette disposition concerne le droit des voyageurs de commerce. Elle affecte non pas tant le lieu de travail que la *clientèle* que le travailleur peut viser. Elle a donc un effet indirect sur la rémunération du voyageur de commerce qui est généralement une rémunération variable en fonction des contrats conclus au profit de l'entreprise qui l'emploie. L'idée sous-jacente à cette disposition est que l'employeur est censé réserver un rayon d'activité ou un cercle de clients au voyageur de commerce, sauf accord écrit contraire (CO, art. 349, al. 1)¹⁹⁴.

Les termes de la loi ne sont pas très heureux. Plutôt que d'autoriser une modification unilatérale d'éléments contractuels du rapport de travail, le législateur aurait pu indiquer que le rayon d'activité et le cercle de clients ne doivent pas être considérés comme des éléments contractuels, mais comme des instructions. Toutefois, le régime de modification de ces conditions de travail est ici plus sévère que dans le cas ordinaire, car il autorise deux ripostes pour le travailleur :

- la **démission avec effet immédiat**, laquelle est automatiquement justifiée par la modification préalable de l'employeur ;

¹⁹⁴ Cf. BaKomm.-PORTMANN, N 1 *ad* art. 349 CO.

- le **droit à une indemnité**. La mesure de cette indemnité n'est pas indiquée par le législateur. Le juge devra faire appel à son sens de l'équité en exerçant son pouvoir d'appréciation (CC, art. 4).

Un autre optique consiste à voir dans cette réglementation un cas d'application de congé-modification pour justes motifs. Ainsi, la modification d'un élément contractuel du rapport de travail pourrait intervenir de manière unilatérale et sans respect du délai de congé normalement applicable, dès lors que l'employeur pourrait se prévaloir d'un « motif justifié ». L'usage du concept de « motif justifié » est ambigu. En effet, la résiliation immédiate du contrat de travail est soumise à l'exigence d'un « juste motif » (CO, art. 337), le « motif justifié » étant une exigence pour le licenciement d'un représentant élu des travailleurs (CO, art. 336, al. 2, b) ou pour l'efficacité d'une clause de non-concurrence (CO, 340c, al. 2). Le motif justifié est moins difficile à prouver que le juste motif. Il est donc surprenant de voir autorisée une modification avec effet immédiat pour un simple motif justifié et non pour un juste motif. Il y a donc lieu de se demander s'il ne faudrait pas appliquer le régime du « juste motif » et non celui du « motif justifié ». En toute hypothèse, la justification devra porter tant sur la nécessité de modifier le rayon d'activité ou le cercle de clients que sur la nécessité de le faire avec un effet immédiat et non pas au terme du délai de congé normalement applicable.

Si ces deux aspects ne sont pas démontrés, le travailleur devrait selon nous avoir *droit à la rémunération correspondant à ce qu'il aurait gagné* si le rayon d'activité ou le cercle de clients n'avaient pas été modifiés, revenu hypothétique à calculer en fonction de la moyenne de ce que le travailleur a gagné sur ce rayon pendant une période représentative (en général une année, mais en tenant compte des variations saisonnières si elles sont pertinentes pour le genre d'activité exercée).

L'adresse de l'entreprise

Le lieu de travail est un élément très particulier. Bien évidemment, il est lié à l'entreprise¹⁹⁵. Il n'est pas contractuel par nature¹⁹⁶. Cela signifie que si le contrat ne prévoit pas expressément un lieu de travail défini, l'employeur est autorisé à en changer¹⁹⁷. Le lieu de travail peut également être contractualisé notamment par l'usage¹⁹⁸.

D'un point de vue logique, il faut d'abord déterminer si le lieu de travail a été ou non **contractualisé**¹⁹⁹. Faisait-il clairement partie des éléments déterminant du consentement du travailleur au moment de son embauche ou était-il objectivement raisonnable de considérer qu'il n'était indiqué qu'à titre informatif, sans engagement de la part de l'employeur de le maintenir de façon indéterminée ?

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.)²⁰⁰. De toute façon, le travailleur ne peut valablement s'engager, même contractuellement, au-delà d'une

¹⁹⁵ Cf. PORTMANN/STÖCKLI, p. 51.

¹⁹⁶ CAPH-GE, 22 avril 1998, JAR 1999, p. 163, JU-TRAV 1999, p. 63, cons. 7 ; CAPH-GE, 21 février 2007, JAR 2008, p. 376, cons. 4. *Contra* : VISCHER, p. 145 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 7 *ad* art. 321d CO.

¹⁹⁷ TF, 13 février 2009, 4A_474/2008, JAR 2010, p. 196, cons. 4 ; CAPH-GE, 22 avril 1998, JAR 1999, p. 163, JU-TRAV 1999, p. 63, cons. 7 ; CAPH-GE, 21 février 2007, JAR 2008, p. 376, cons. 4 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 3 *ad* art. 321d CO ; BaKomm.-PORTMANN, N 6 *ad* art. 321 CO. Admettant que le lieu de travail, même contractuellement prévu, puisse être modifié unilatéralement : AG-ZH, 18 août 2000, JAR 2002, p. 165, ZR 2001, p. 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, cf. ci-dessous pp. 151 et s. et 167 et s.).

¹⁹⁸ STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 3 *ad* art. 321d CO ; cf. ci-dessous pp. 88 et s.

¹⁹⁹ Cf. TF, 7 avril 1989, JAR 1991, 114 ; CAPH-GE, 22 avril 1998, JAR 1999, p. 163, JU-TRAV 1999, p. 63, cons. 7.

²⁰⁰ Cf. AG-ZH, 18 août 2000, JAR 2002, p. 165, ZR 2001, p. 246.

mesure compatible avec la loi et les mœurs (CC, art. 27)²⁰¹. Aussi, le travailleur n'est obligé d'accepter un changement du lieu de travail que si ce changement peut raisonnablement lui être imposé.

Le caractère raisonnable du changement de lieu de travail se détermine à notre avis selon deux éléments :

1° les nouveaux locaux doivent présenter un niveau de confort sensiblement équivalent à celui qui existait dans les locaux précédents. Par hypothèse, les locaux lui ont été présentés lors de son entretien d'embauche ou il a pu les tester durant la période d'essai ; ils font donc partie intégrante de son consentement au contrat.

2° 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 doit être raisonnable²⁰².

On pourrait se demander en quoi cette durée est pertinente : pourquoi ne pas se fonder uniquement sur la distance entre l'ancien lieu de travail et le nouveau lieu de travail²⁰³ ? C'est qu'on tient ici clairement compte des obligations familiales du travailleur²⁰⁴ et du temps que ce dernier mettra pour retrouver ses proches ou ses amis après la fin de son travail quotidien.

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 son domicile et le lieu où se situait préalablement l'entreprise. L'analyse doit donc se faire *au cas par*

²⁰¹ TF, 7 avril 1989, JAR 1991, p. 114 ; CAPH-GE, 22 avril 1998, JAR 1999, p. 163, JU-TRAV 1999, p. 63, cons. 7 ; STREIFF/VON KANEL/RUDOLPH, N 3 *ad art.* 321d CO.

²⁰² Cf. CAPH-GE, 16 juin 1983, JU-TRAV 1985, p. 12 ; CAPH-GE, 13 septembre 1984, JAR 1985, p. 122 ; AG-Berne, 11 février 1987, JAR 1989, p. 210 ; CAPH-GE, 22 avril 1998, JAR 1999, p. 163, JU-TRAV 1999, p. 63, cons. 7 ; CAPH-GE, 21 février 2007, JAR 2008, p. 376, cons. 4.

²⁰³ Comme le changement du lieu d'implantation de l'entreprise concerne généralement un grand nombre de travailleurs, certains auteurs estiment que seul un déplacement entraînant une durée de trajet de quelques minutes est acceptable au titre du changement des conditions de travail : Cf. DUC/SUBILIA, N 8 *ad art.* 321d CO.

²⁰⁴ Cf. VISCHER, p. 145 ; ZKomm.-STAEHELIN, N 15 *ad art.* 321d CO.

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.

Par exemple, les juges ont accepté une augmentation d'un quart d'heure de la durée de trajet²⁰⁵. Mais, ils ont considéré qu'un déplacement du lieu de travail de 50 kilomètres entraîne une modification substantielle du rapport de travail²⁰⁶, car cela entraîne généralement, selon les usages en Suisse, un déménagement²⁰⁷. Un travailleur habitant à Annemasse ne peut être contraint à aller travailler sur un chantier à côté d'Aigle²⁰⁸. 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 équivalent²⁰⁹.

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)²¹⁰. 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 travailleur²¹¹.

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

²⁰⁵ AG-ZH, 21 juin 2007, JAR 2008, p. 529 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 3 *ad art.* 321d CO.

²⁰⁶ Comm. Dunand-BONARD, N 7 *ad art.* 335 CO ; CARRUZZO, N 2 *ad art.* 321d CO.

²⁰⁷ TF, 2 juillet 2002, 4C.115/2002, cons. 2.3 ; TC-FR, 12 septembre 2008, RFJ 2008, p. 368, cons. 5.

²⁰⁸ CAPH-GE, 13 septembre 1984, JAR 1985, p. 122 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 3 *ad art.* 321d CO.

²⁰⁹ TF, 3 juin 2013, 4A_748/2012, cons. 2.3.

²¹⁰ PORTMANN/STÖCKLI, p. 52.

²¹¹ CAPH-GE, 22 avril 1998, JAR 1999, p. 163, JU-TRAV 1999, p. 63, cons. 7.

se faire arrêter en produisant un certificat médical²¹². 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 (CO, art. 324a et 324b). 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.

Toutefois, lorsque la modification du lieu de travail implique que le travailleur doive travailler dans un *pays voisin*, même si le temps de trajet n'est pas modifié, on doit lui reconnaître premièrement un droit à l'information précis (notamment sur l'autorisation de travail et les modalités relatives aux charges sociales et fiscales) et également un droit de refuser ce qui apparaît comme une modification substantielle du rapport de travail. En effet, le droit applicable au rapport de travail est un élément essentiel et déterminant du consentement des parties.

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 travail* sans diminution de la rémunération²¹³, 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)²¹⁴. 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.

²¹² CAPH-GE, 22 avril 1998, JAR 1999, p. 163, JU-TRAV 1999, p. 63, cons. 7 ; CARRUZZO, N 2 *ad* art. 321d CO.

²¹³ Exemple : AG-ZH, 18 août 2000, JAR 2002, p. 165, ZR 2001, p. 246.

²¹⁴ Cf. PORTMANN/STÖCKLI, p. 52.

La clause de mobilité

Une clause de mobilité, prévue dans le contrat, autorise-t-elle l'employeur à se soustraire à ces analyses ? Le travailleur ayant donné son consentement à une telle clause il serait censé avoir accepté par avance toute modification du lieu de travail, quelle qu'elle soit. Un droit unilatéral qu'une partie se réserve doit être mis en œuvre sans abus²¹⁵. Par ailleurs, en droit du travail, la personnalité du travailleur doit être protégée²¹⁶ et le risque d'entreprise ne doit pas être transféré sur le travailleur²¹⁷. Par exemple, les mauvaises relations entretenues entre un supérieur et son subordonné n'autorisent pas le déplacement unilatéral de ce dernier dans une autre ville, sans égard aux autres circonstances.

Dès lors, le régime juridique est le même qu'il existe ou non une clause de mobilité, puisque les règles exposées précédemment sont précisément une explicitation de la bonne foi en matière de changement du lieu de travail. La clause de mobilité est utile selon nous en matière d'interprétation de la volonté des parties. Elle indique que le lieu de travail n'est pas contractuellement déterminé à un lieu donné.

Les juges ont considéré qu'un accord contractuel aux termes duquel le lieu de travail devait toujours se situer à l'endroit où la prestation de clientèle devait être effectuée constituait une fraude à la protection garantie par l'article 13 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail, disposition qui prescrit que lorsque le travailleur doit exercer sa prestation hors de son lieu de travail habituel, et que la durée ordinaire du trajet s'en trouve rallongée, le surplus de temps ainsi occasionné par rapport au temps de travail ordinaire est réputé temps de travail²¹⁸.

²¹⁵ Une clause de mobilité peut réserver le droit de modification unilatérale du lieu de travail, dans la limite admissible de bonne foi pour le travailleur (cf. RUDOLPH ROGER, *Vertragsänderungen, in Unternehmensanierung und Arbeitsrecht* (édit. Adrian von Känel), Zurich/Genève/Bâle, Schulthess, 2010, spéc. p. 5). Cf. ci-dessous pp. 121 et s.

²¹⁶ CAPH-GE, 21 février 2007, JAR 2008, p. 376, cons. 4 ; ZKomm.-STAEHELIN, N 18 *ad* art. 321d CO.

²¹⁷ Cf. AG-ZH, 18 août 2000, JAR 2002, p. 165, ZR 2001, p. 246.

²¹⁸ AG-ZH, 21 août 2007, JAR 2008, p. 535 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 3 *ad* art. 321d CO.

La place de travail

À la frontière entre les instructions et le lieu de travail se situe la place de travail, soit l'atelier ou le bureau occupé au quotidien par le travailleur. L'aménagement du bureau, de même que son caractère isolé ou partagé, font partie des conditions de travail que l'employeur peut modifier unilatéralement²¹⁹.

En toute hypothèse, l'employeur reste tenu de fournir les *instruments de travail* (CO, art. 327), ce qui comprend un bureau *adapté* aux tâches confiées (CO, art. 324), respectant les règles de *sécurité* (LTr, art. 6 ; LAA, art. 82) et à même de garantir la *protection de la personnalité* du travailleur (CO, art. 328).

2. Par source

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 contractualiser*²²⁰. 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.

Nous allons donc présenter les *sources conférant un caractère contractuel* (A). Cette dénomination signifie que tout élément contenu dans l'une de ces sources revêtira un caractère contractuel.

²¹⁹ TF, 29 octobre 2002, 4C.229/2002, JAR 2003, p. 184 ; ZKomm.-STAEHELIN, N 14 *ad* art. 321d CO ; PORTMANN/STÖCKLI, p. 52 ; BaKomm.-PORTMANN, N 6 *ad* art. 321 CO.

²²⁰ Cf. ZKomm.-STAEHELIN, N 14 *ad* art. 321d CO.

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 (**B**).

A. Les sources conférant un caractère contractuel

Les sources conférant un caractère contractuel sont le *contrat* (a) et l'*engagement unilatéral* (b).

Nous traiterons ensuite deux sources particulières, qui ne confèrent pas directement un caractère contractuel mais dont les effets sont parfois semblables : le *règlement (d'entreprise, du personnel, etc.)* (c) et le *droit collectif* (d).

a) Le contrat

Le contrat peut prévoir un lieu de travail précis²²¹, des horaires précis²²², des instructions que l'employeur s'engage à donner ou à ne pas donner, un délai de congé particulier, une clause de non-concurrence, une gratification dont le principe est acquis, etc. Dans toutes ces hypothèses, l'élément en question revêt en principe un caractère contractuel²²³.

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,

²²¹ Voir un exemple dans AG-ZH, 18 août 2000, JAR 2002, p. 165, ZR 2001, p. 246.

²²² Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 15 septembre 1988, JAR 1990, p. 132, JU-TRAV 1989, p. 16.

²²³ Cf. Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 2 mai 1988, JAR 1990, p. 131 ; cf. STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 3 *ad* art. 321d CO.

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 directives²²⁴. Il est toutefois loisible à l'employeur de se réserver un droit de modification unilatérale sur les éléments qu'il contractualise²²⁵.

La difficulté consiste généralement à déterminer si le contrat mentionne un élément *à titre d'information* ou *à titre d'obligation*. En effet, l'employeur a un devoir général d'information à propos des conditions d'emploi et de travail (CO 330b). Il devra donc mentionner en toute hypothèse certains éléments au contrat de travail pour satisfaire à ce devoir d'information. Par ailleurs, il est admis que l'employeur présente certains éléments (une gratification bénévole par exemple), sans pour autant s'engager à les verser. Tout ce qui se trouve écrit dans le contrat (dans son *instrumentum*) n'est pas forcément contractuel.

Par exemple, le lieu de travail qui est mentionné dans le contrat l'est-il à titre d'engagement contractuel ou à titre purement informatif ?

Pour répondre à ce genre d'interrogation, il faut *interpréter* le contrat²²⁶. L'interprétation des stipulations contractuelles suit une méthode propre, que nous synthétisons en trois étapes :

— La première étape consiste à *identifier* toutes les sources de l'accord : contrat formel, échanges de lettres, de courriels, enregistrement ou reconstitution de conversations, notamment par témoins, etc. Bien entendu, le principal problème pratique est ici un problème de *preuve*.

— La deuxième étape consiste à déterminer si les termes²²⁷ de l'accord sont *clairs* et ne peuvent se comprendre que d'une seule manière. Cependant, il ne suffit pas de s'en tenir systématiquement à ce critère car l'interprétation purement littérale des conventions est prohibée par la loi (cf. CO, art. 18, al. 1^{er}) : même si la teneur d'une

²²⁴ Comm.Dunand-DUNAND, N 22 *ad* 321d CO.

²²⁵ Pour les conditions d'exercice du droit de modification unilatérale, cf. ci-dessous pp. 121 et s.

²²⁶ Cf. CAPH-GE, 21 février 2007, JAR 2008, p. 376, cons. 4.

²²⁷ Qu'il s'agisse d'un discours ou d'un texte.

clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu²²⁸. Par exemple, les dispositions des parties sur le paiement de la gratification en cas de suspension du contrat de travail ou de résiliation en cours d'année sont moins pertinentes, pour déterminer son caractère entièrement discrétionnaire ou convenu, que de chercher à savoir si les parties ont lié le paiement de la gratification à l'atteinte de certains objectifs²²⁹.

Le juge commencera donc par opérer une *interprétation subjective* : il s'efforcera de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (CO, art. 18, al. 1^{er})²³⁰. Déterminer ce qu'un cocontractant savait et voulait au moment de conclure un contrat relève du pouvoir d'appréciation des faits par les juges cantonaux²³¹. Chacune des parties supporte la charge de la preuve de la volonté qu'elle prétend avoir eue ou qu'elle prête à l'autre partie²³².

On ne s'écartera pas, cependant, du sens littéral du texte adopté par les parties lorsqu'il n'existe aucune raison sérieuse de penser qu'il ne

²²⁸ En général : TF, 5 juillet 2001, ATF 127 III 444, cons. 1b ; TF, 24 avril 2004, 4C.20/2004, ATF 130 III 417, cons. 3.2 ; en droit du travail : TF, 14 octobre 2002, 4C.247/2002, ATF 129 III 118, JT 2003 I 144, JAR 2003 p. 210, cons. 2.5 ; TF, 5 août 2005, 4C.448/2004, ATF 131 III 606, cons. 4.2 ; TF, 4 août 2006, 4C.112/2006, cons. 4.2.

²²⁹ TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, DTA 2003, pp. 154-156, JAR 2004, p. 248 ; TC-VS, 5 avril 2005, RVJ 2006, p. 179, cons. 3b.

²³⁰ Synthétisant la jurisprudence antérieure : TF, 19 août 2002, 4C.145/2002, ATF 128 III 419, cons. 2.2 ; TF, 12 décembre 2003, 4C.283/2003 ; TF, 5 août 2005, 4C.448/2004, ATF 131 III 606, cons. 4.1 ; TF, 30 juillet 2004, 4C.189/2004, cons. 1 ; TF, 24 janvier 2006, 4C.340/2005, DTA 2006, pp. 186-188, JAR 2007, p. 160, cons. 2.4 ; TF, 1^{er} décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.1.1 ; TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, ATF 139 III 155, cons. 6.4. Pour un exemple sous l'empire du droit du travail antérieur à la réforme de 1971, voir *Gewerbegericht-ZH*, 6 novembre 1958, DTA 1960, n° 63.

²³¹ TF, 19 août 2002, 4C.145/2002, ATF 128 III 419, cons. 2.2 ; TF, 5 août 2005, 4C.448/2004, ATF 131 III 606, cons. 4.1 ; TF, 24 janvier 2006, 4C.340/2005, DTA 2006, pp. 186-188, JAR 2007, p. 160, cons. 2.4.

²³² TF, 20 juin 2006, 4C.330/2005, ATF 132 III 626, cons. 3.1 ; TF, 21 décembre 2009, 4A_526/2009, cons. 1.2.3.

correspond pas à leur volonté²³³. Une interprétation selon la lettre s'impose également lorsque les parties sont expérimentées en affaires et familières des termes techniques utilisés²³⁴. En revanche, lorsque le salarié écrit à l'employeur pour lui indiquer ses attentes par exemple en matière de montants et de structure de sa rémunération variable, de son lieu de travail ou de ses fonctions et tâches, mais qu'il signe ensuite une clause différente, il se voit lié par sa signature, sans pouvoir invoquer sa propre lettre en vue d'interpréter différemment la clause : dès lors que les parties ont signé une autre clause que celle proposée par le salarié, il n'est pas arbitraire de juger qu'il n'y avait pas de volonté commune sur la proposition du salarié²³⁵.

— Subsidiairement, si la volonté réelle des parties ne peut être établie ou si les volontés intimes divergent, le juge procédera à une *interprétation objective*, c'est-à-dire qu'il interprétera les déclarations et le comportement des parties selon le *principe de confiance*²³⁶, ce qui revient à rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise, de bonne foi, en fonction de l'ensemble des circonstances²³⁷. Ce faisant, le juge imagine ce qu'il aurait compris de la déclaration de chacune des parties : « *L'interprétation selon le principe de [...] confiance consiste à rechercher comment les parties, lorsque leur accord s'est formé, pouvaient comprendre de bonne foi les clauses adoptées par elles, en fonction du contexte dans lequel*

²³³ En matière de gratification : TF, 4 août 2006, 4C.112/2006, cons. 4.2 ; en matière de provision : TF, 14 octobre 2002, 4C.247/2002, ATF 129 III 118, JT 2003 I 144, JAR 2003, p. 210, cons. 2.5 ; en général : TF, 17 mai 2002, 5C.228/2001, ATF 128 III 265, cons. 3a ; TF, 24 avril 2004, 4C.20/2004, ATF 130 III 417, cons. 3.2.

²³⁴ En matière de gratification : TF, 4 août 2006, 4C.112/2006, cons. 4.2 ; en droit du travail : TF, 5 août 2005, 4C.448/2004, ATF 131 III 606, cons. 4.2 ; en général : TF, 23 septembre 2003, 4C.136/2003, ATF 129 III 702, cons. 2.4.1.

²³⁵ TF, 11 février 2009, 4A_506/2008, cons. 4.

²³⁶ Cf. Comm.Dunand-DANTHE, N 13 *ad* art. 322d CO.

²³⁷ TF, 15 janvier 1997, ATF 123 III 16, cons. 4b (posant clairement le principe de confiance) ; TF, 7 décembre 1999, ATF 126 III 59, cons. 5b (synthétisant la jurisprudence antérieure) ; TF, 8 juillet 2002, 4C.160/2002, cons. 2a ; TF, 24 janvier 2003, 4C.325/2002, cons. 2.1 ; TF, 5 août 2005, 4C.448/2004, ATF 131 III 606, cons. 4.1 ; TF, 24 janvier 2006, 4C.340/2005, DTA 2006, pp. 186-188, JAR 2007, p. 160, cons. 2.4 ; TF, 1^{er} décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.1.1 ; TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, ATF 139 III 155, cons. 6.4.

elles ont traité. »²³⁸ Ce principe permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement et ce, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime²³⁹. Les circonstances déterminantes sont celles qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté, à l'exclusion des événements postérieurs²⁴⁰. Lorsque l'auteur de la clause ou de l'avenant peut être clairement identifié, le juge ne manquera pas d'appliquer le principe général de droit des obligations de l'interprétation *contra stipulatorem*²⁴¹. Enfin, lorsque l'une des parties connaît le sens que l'autre partie attribue à une clause spécifique, elle ne peut pas faire valoir de bonne foi qu'objectivement, un sens différent devrait être préféré²⁴² : sa proposition d'interprétation sera donc rejetée. L'application du principe de confiance est une question de droit que le Tribunal fédéral revoit librement²⁴³.

²³⁸ Arrêts de principe publiés récemment : TF, 20 mars 2009, 4A_595/2008, ATF 135 III 295, cons. 5.2 ; TF, 6 avril 2010, 4A_47/2010, ATF 136 III 186, cons. 3.2.1 (contrat de bail) ; TF, 24 septembre 2010, 4A_357/2010, cons. 4.

²³⁹ TF, 14 octobre 2002, 4C.247/2002, ATF 129 III 118, JT 2003 I 144, JAR 2003, p. 210, cons. 2.5 ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, ATF 129 III 664, JT 2004 I 60, cons. 3.1 ; TF, 27 avril 2004, 4C.20/2004, ATF 130 III 417, cons. 3.2 ; TF, 5 août 2005, 4C.448/2004, ATF 131 III 606, cons. 4.1 ; TF, 4 août 2006, 4C.112/2006, cons. 4.2 ; TF, 11 février 2009, 4A_506/2008, cons. 3.2 ; TF, 8 octobre 2009, 4A_311/2009, DTA 2010, p. 33, cons. 3.1.

²⁴⁰ En général et reprenant la jurisprudence antérieure : TF, 4 novembre 1986, ATF 112 II 337, cons. 4a ; TF, 14 juillet 1992, ATF 118 II 365, cons. 1 ; en matière de gratification : TF, 4 août 2006, 4C.112/2006, cons. 4.2.

²⁴¹ TF, 1^{er} novembre 1983, Quatre cents arrêts, N 101 ; TF, 14 décembre 1994, JAR 1995, p. 214 ; TF, 6 décembre 1995, JAR 1997, p. 124, cons. 2b ; TF, 26 juin 2009, 4A_200/2009, cons. 3 et 5.2 ; Appellationshof-BE, 8 mars 1995, JAR 1996, p. 150, cons. 2b ; BRUNNER/BUHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 *ad* art. 322d CO ; cf. REHBINDER/STÖCKLI, N 4 *ad* art. 322d CO.

²⁴² TF, 1^{er} avril 2005, 4C.467/2004, cons. 3.

²⁴³ TF, 5 août 2005, 4C.448/2004, ATF 131 III 606, cons. 4.1 ; TF, 24 janvier 2006, 4C.340/2005, DTA 2006, pp. 186-188, JAR 2007, p. 160, cons. 2.4 ; TF, 26 mars 2009, 4A_28/2009, cons. 2.2 ; TF, 1^{er} décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.1.1 ; TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, ATF 139 III 155, cons. 6.4.

La contractualisation d'un élément non contractuel par nature peut également intervenir *de manière tacite*²⁴⁴. Cette hypothèse peut être rapprochée du régime de l'usage qui en représente une variante²⁴⁵.

Toutefois, lorsque l'employeur se contente de tolérer un certain comportement du travailleur, il ne faut pas automatiquement en conclure qu'un processus de contractualisation est advenu²⁴⁶. Par exemple, si l'employeur tolère que le travailleur décale son horaire de travail par rapport à ce qu'il exigeait précédemment, le travailleur ne peut pas automatiquement en tirer un droit acquis à travailler selon ces nouvelles modalités. Ici comme à chaque fois en matière de contrat, il convient de déterminer et d'interpréter la volonté des parties. Si cette volonté est établie, alors un engagement contractuel pourra être reconnu. Dans le doute, on optera généralement pour un maintien de la situation d'origine, sauf si l'employeur a toléré les nouvelles conditions de manière flagrante et sur une durée telle que la confiance du salarié pouvait légitimement naître en faveur d'une contractualisation de la nouvelle situation.

Lorsqu'un élément du rapport de travail reçoit son caractère contractuel par contractualisation subséquente, il n'y a pas de raison de le soumettre à un régime différent de modification que celui qui s'applique aux éléments contractuels dès l'origine²⁴⁷.

b) L'engagement unilatéral

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. CO, art. 8). Il fait partie des droits et obligations qui passent à l'acquéreur en cas de transfert d'entreprise (cf. CO, art. 333, al. 1er).

²⁴⁴ Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 15 septembre 1988, JAR 1990, p. 132, JU-TRAV 1989, p. 16 ; cf. ZKomm.-STAEHELIN, N 14 *ad* art. 321d CO.

²⁴⁵ Cf. ci-dessous pp. 88 et s.

²⁴⁶ ZKomm.-STAEHELIN, N 14 *ad* art. 321d CO.

²⁴⁷ Cf. ci-dessous 2^e partie.

Tout comme un engagement contractuel, un engagement unilatéral n'est pas figé dans le temps et peut être modifié (cf. CO, art. 12). Il peut également être soumis à condition suspensive (cf. CO, art. 151), ou à condition résolutoire (cf. CO, art. 154), tant que cette dernière n'implique aucun remboursement des sommes éventuellement déjà perçues par les salariés (cf. CO, art. 323b, al. 3)²⁴⁸.

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.

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'entreprise²⁴⁹. La procédure spéciale de dénonciation, connue notamment en droit français, n'appartient pas non plus au droit suisse du travail.

Quant à un engagement unilatéral à *exécution unique ou à durée déterminée* (au moins jusqu'à dix ans, durée maximale d'un contrat de travail de durée déterminée : CO, art. 334, al. 3), il ne peut être modifié, sauf cas d'application de la théorie de l'imprévision (la demande d'exécution relèverait alors d'un abus de droit de la part du travailleur)²⁵⁰. Un engagement unilatéral à durée déterminée cesse de produire effet au terme fixé, sans même que l'employeur ne soit tenu de le rappeler.

Lorsqu'un engagement unilatéral est *contractualisé*, il cesse de produire des effets en tant qu'engagement unilatéral, et est remplacé par la clause contractuelle y relative.

²⁴⁸ Les cas où une condition résolutoire peut valablement peser sur un élément de rémunération impliquent toujours un accord préalable ; il ne peut donc s'agir d'un engagement unilatéral, par essence entièrement volontaire de l'employeur, et non assimilable à une donation avec charge en raison des spécificités de la relation de travail et de la position particulière qu'y occupe contractuellement le travailleur.

²⁴⁹ TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.4.

²⁵⁰ Cf. ci-dessous pp. 167 et s. (théorie de l'imprévision)

Un engagement unilatéral subordonné à une *condition* particulière est suspendu dès lors que la condition n'est plus remplie (condition suspensive) ou cesse lorsque la condition survient (condition résolutoire), sans que l'employeur n'ait rien à faire, sous réserve que la condition ait été clairement prévue en même temps que l'engagement lui-même. L'ajout d'une condition au cours de la durée de vie de l'engagement unilatéral nécessite une modification de celui-ci dans le respect du régime des éléments contractuels du rapport de travail.

Quant au non-respect d'un éventuel engagement unilatéral du travailleur, il sera sanctionné sur le plan de la responsabilité contractuelle de ce dernier (CO, art. 321e).

c) Le cas particulier du règlement d'entreprise ou du personnel

Quelle est la nature du règlement d'entreprise ou du personnel ? Cette question est fondamentale pour déterminer son régime de modification.

Globalement, on peut envisager deux solutions principales à cette question :

1° Considérer le règlement d'entreprise ou du personnel comme une sorte d'« *annexe contractuelle* » à laquelle les salariés seraient censés avoir tacitement consenti lors de l'embauchage. Dans cette logique, le règlement d'entreprise ou du personnel pourrait être établi par l'employeur sans qu'il n'ait à solliciter l'accord du salarié sur son contenu. Il deviendrait une sorte de contrat parallèle pour lequel le consentement du salarié n'est plus nécessaire. Il pourrait donc être modifié ou révoqué à la guise de l'employeur.

2° Considérer le règlement d'entreprise comme un *élément contractuel*. Cette nature contractuelle du règlement d'entreprise aurait pour conséquence qu'il ne pourrait plus être modifié qu'en conformité avec

les règles de modification des éléments contractuels du rapport de travail²⁵¹.

À notre sens, on doit reconnaître la nature contractuelle du règlement d'entreprise à propos de toutes les clauses portant sur des éléments relevant des éléments contractuels par nature du rapport de travail. Ces éléments conserveront un caractère contractuel même s'ils sont contenus uniquement dans le règlement d'entreprise. Il y aurait tentative de *fraus legis* de la part de l'employeur qui choisirait de placer des éléments contractuels par nature dans un règlement d'entreprise ou dans des directives unilatérales dans le seul but de les soustraire au régime de modification des éléments contractuels du rapport de travail. En effet, les dispositions impératives du droit du travail demeurent applicables quelle que soit la source qui contient l'élément en question²⁵².

En bref, lorsque l'employeur ne s'est pas réservé de droit de modification unilatérale des éléments contractuels contenus dans le règlement d'entreprise, il ne peut les modifier que conformément au régime de modification des éléments contractuels du rapport de travail, principalement par contrat modificatif ou par la procédure du congé-modification, le cas échéant en suivant les règles du licenciement collectif²⁵³.

En revanche, les conditions de travail conservent leur nature même si elles sont mises par écrit dans un règlement d'entreprise ou du personnel. Elles pourront toujours être modifiées selon le régime de modification des conditions de travail.

²⁵¹ Cf. TPH-GE, 8 mars 1993, JAR 1994, p. 123 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 320 CO. Cf. ci-dessous 2^e partie.

²⁵² Cf. SENTI, *Reglemente als Ergänzung zum Arbeitsvertrag*, PJA 2004, pp. 1083-1092, spéc. p. 1084.

²⁵³ Cf. SENTI, *Reglemente als Ergänzung zum Arbeitsvertrag*, PJA 2004, pp. 1083-1092, spéc. p. 1086. Voir ci-dessous.

d) Le cas particulier du droit collectif

Le droit collectif, sous la forme de la convention collective ou du contrat-type de travail, peut également conférer un caractère obligatoire à des éléments revêtant par nature le caractère de condition de travail. En vertu du principe de faveur, l'élément en question devra être octroyé au salarié dès lors qu'il est plus favorable que ce que prévoit le contrat individuel. Toutefois, il n'y a pas véritable contractualisation de l'avantage qui peut être modifié si la source de droit collectif qui le prévoit est elle-même modifiée²⁵⁴.

Par ailleurs, le droit collectif peut être à l'origine d'avantages liés à l'ancienneté du salarié. Ainsi, lorsque la convention collective prévoit, sauf opposition de l'employeur pour des raisons objectives, le passage dans une classe supérieure de rémunération après un certain nombre d'années le travailleur peut se prévaloir de sa nouvelle classe de rémunération dès que l'ancienneté nécessaire est acquise²⁵⁵. Le cas échéant, il revient à l'employeur de prouver qu'il a fait usage du droit de veto que la convention collective lui octroyait²⁵⁶.

B. 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 initial²⁵⁷.

²⁵⁴ Cf. ci-dessous 3^e partie.

²⁵⁵ TF, 20 juillet 2001, 4C.129/2001, JAR 2002, p. 183. Pour un cas en droit public, cf. Commission de recours en matière de personnel fédéral, 7 septembre 2006, DTA 2007, p. 240.

²⁵⁶ TC-FR, 7 mars 2001, JAR 2002, p. 194.

²⁵⁷ Comm.Dunand-DUNAND, N 21 *ad* 321d CO.

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 années²⁵⁸.

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 un caractère contractuel²⁵⁹. Même si elle est versée avec la réserve systématique de son caractère bénévole, elle peut acquérir un caractère contractuel lorsqu'en vertu du principe de confiance, le travailleur est légitimé à considérer que l'employeur a le sentiment d'être lié par une obligation de verser cet élément de rémunération (*Verpflichtungsbewusstsein*). La réserve risque en effet de devenir une clause de style, qui n'est pas véritablement voulue, du moins lorsque l'employeur a continué à verser la gratification alors que les circonstances étaient telles qu'il aurait eu une raison objective de cesser le versement de cet élément de rémunération (par exemple, mauvaises affaires pour l'entreprise, mauvais résultats du travailleur)²⁶⁰.

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.

²⁵⁸ BaKomm.-PORTMANN, N 7 ad art. 321 CO.

²⁵⁹ 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, p. 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, p. 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, cons. 5.2 ; TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, DTA 2009, p. 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, p. 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, p. 179, cons. 3a ; MORF, Gratifikation und Freiwilligkeitsvorbehalt, ArbR 2012, pp. 67 et s., spéc. p. 83.

²⁶⁰ TF, 25 octobre 2004, 4C.244/2004, DTA 2005, pp. 27-30, cons. 2.1 ; TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004, DTA 2005, pp. 241-245, comm. SCHNEITER, cons. 1.2.4 ; TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, cons. 5.2 ; TF, 15 mai 2012, 4A_26/2012, cons. 5.2.1 ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, cons. 8.4.

De manière générale, la pratique constante de l'entreprise est un élément d'accord tacite sur le principe d'octroi de la gratification²⁶¹ ou d'autres avantages. La confiance que le travailleur peut légitimement avoir dans le fait que l'employeur s'engage à maintenir un avantage au titre de l'usage ne peut être battue en brèche que si l'employeur informe clairement et précisément les travailleurs qu'il renonce à l'octroi de cet élément pour l'avenir²⁶². Toutefois, l'employeur qui chercherait à modifier un usage du jour au lendemain risque, ce faisant, de violer l'égalité de traitement, comme le montre la section suivante.

b) L'égalité de traitement

Dispositions légales

Un certain nombre de **discriminations** sont considérées comme illicites par la loi : discriminations fondées sur le *sexe* (Cst., art. 8, al. 3 ; LEg, art. 3), l'appartenance à un Etat-membre de la *Communauté européenne* (ALCP, art. 2 et Annexe I, art. 9, al. 1), le fait qu'il s'agisse d'un *travailleur à domicile* (LTrD), le rôle de *représentant élu des travailleurs* (LParticipation, art. 12, al. 2).

De manière générale, un avantage dont le refus constituerait une discrimination illicite peut être revendiqué par le travailleur auquel il a été refusé.

²⁶¹ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis du Code des obligations 1967 (Du contrat de travail), 25 août 1967, Feuille fédérale 1967, volume II, pp. 249-479, spéc. p. 328.

²⁶² TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.5.

Violation de la personnalité du salarié

Le salarié peut 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 préalable de prouver que ce refus est constitutif d'une violation de sa personnalité.

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 dernier²⁶³.

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 (« *deutlich ungünstiger* ») qu'un grand nombre d'autres salariés de l'employeur²⁶⁴. 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 occasion²⁶⁵. 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 gratification²⁶⁶. En définitive, c'est dans l'importance du nombre de salariés concernés que réside la violation

²⁶³ TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, ATF 129 III 276, JT 2003 I 346, cons. 3.1 ; TF, 1^{er} juillet 2005, 4C.364/2004, DTA 2005, pp. 241-245, comm. SCHNEITER, cons. 3.1 ; TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.2 ; ZKomm.-STAEHELIN, N 11 *ad* art. 322d CO ; BKomm.-REHBINDER/STÖCKLI, N 9 *ad* art. 322d CO ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, p. 73. Cf. également : SAILLEN ANNE-LISE, La Protection de la personnalité du travailleur au sens de l'article 328 al. 1 CO, Lausanne, Imprimerie Graphus, 1981, pp. 80 et s.

²⁶⁴ TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, ATF 129 III 276, JT 2003 I 346, cons. 3.1 ; TF, 1^{er} juillet 2005, 4C.364/2004, DTA 2005, pp. 241-245, comm. SCHNEITER, cons. 3.1 ; TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.2 ; TF, 9 novembre 2011, 4A_356/2011, cons. 7.4 ; CAPH-GE, 3 mars 2009, JAR 2010, p. 498, cons. 3.1.

²⁶⁵ TF, 1^{er} juillet 2005, 4C.364/2004, DTA 2005, pp. 241-245, comm. SCHNEITER, cons. 3.1.

²⁶⁶ AG-ZH, 15 décembre 2009, JAR 2010, p. 681 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 5 *ad* art. 322d CO.

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 salarié²⁶⁷. Autrement dit, si l'employeur peut avoir ses *chouchous*, il ne peut pas avoir de *bouc émissaire*²⁶⁸.

Cependant, l'employeur peut toujours se fonder sur des *critères objectifs* pour établir des différences de traitement entre salariés²⁶⁹. Ces critères sont par exemple, la nature de l'activité exercée, la fonction exercée, l'ancienneté, le rendement du salarié²⁷⁰ 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 dernier²⁷¹. 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 atteinte²⁷². Ces critères, puisqu'ils sont objectifs, sont exclusifs de toute violation de la personnalité des salariés.

Protection de la confiance légitime

Alternativement ou conjointement au principe de protection de la personnalité, le Tribunal fédéral admet qu'un salarié puisse réclamer le bénéfice d'une égalité salariale sur le fondement de la bonne foi et de la protection de la confiance légitime. Une étude historique de la

²⁶⁷ 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 VOGELI GALLI/HIDBER, RSJ 2001, p. 448 : « *Es ist nur eine Schlechterstellung gegenüber der Mehrheit verboten, nicht eine Besserstellung Einzelner* ».

²⁶⁸ Rappelons que nous nous en tenons ici au droit privé, la règle étant différente dans le secteur public où les privilèges n'ont pas lieu d'être.

²⁶⁹ STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 5 *ad* art. 322d CO.

²⁷⁰ Cf. TF, 28 février 2013, 4A_610/2012, cons. 2.4 ; CARRUZZO, La Rémunération du travailleur et le remboursement des frais, *Fédération des entreprises romandes*, « Etudes et documents », Genève, 2007, p. 75.

²⁷¹ TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, cons. 8.4.

²⁷² CAPH-GE, 5 décembre 2000, JAR 2001, p. 206, cons. 71.

pratique et de la jurisprudence, principalement cantonale, nous enseigne d'ailleurs que le fondement de l'égalité et celui de la confiance légitime ont presque toujours été liés²⁷³. En termes juridiques, cela revient à dire, en quelque sorte, que l'usage fait présumer le droit à l'égalité de traitement.

Autrement dit, la délimitation que l'employeur opère entre les *happy few*, auxquels il réserve un élément de rémunération dans certaines circonstances, et les autres doit être **objectivement reconnaissable**. Dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire lorsque le salarié peut croire, de bonne foi, qu'il a droit aux mêmes avantages que les autres, alors les juges considéreront qu'il y a engagement tacite sur l'octroi d'une gratification, laquelle sera due par l'employeur²⁷⁴. 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* »²⁷⁵.

Le critère à l'aune duquel se mesure cette condition est celui de la **bonne foi objective** (*Treu und Glauben*)²⁷⁶. Le Tribunal fédéral aménage aux juges cantonaux un pouvoir d'appréciation²⁷⁷ : c'est au juge, au vu de l'ensemble des circonstances, de déterminer si l'employeur a fait penser qu'il traiterait ses salariés sur un pied d'égalité²⁷⁸. Le Tri-

²⁷³ Cf. notamment : Bericht 1956-1958 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, BJM 1960, p. 177, spéc. p. 178; cf. implicitement TC-VD, 11 mars 2009, JAR 2010, p. 637 : « *Dans la mesure où aucun élément ne devait conduire le [travailleur] à considérer que cette pratique allait changer ou ne le concernait pas, il y a lieu d'admettre qu'il était en principe fondé à penser qu'il toucherait [...] une telle indemnité.* »

²⁷⁴ TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, ATF 129 III 276, JT 2003 I 346, cons. 3.1 ; TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.2 ; CAPH-GE, 3 mars 2009, JAR 2010, p. 498, cons. 3.1.

²⁷⁵ TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.2.

²⁷⁶ BRÜHWILER, N 4 ad art. 322d CO.

²⁷⁷ Pour un exemple : Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 29 mars 1984, BJM 1985, p. 289.

²⁷⁸ Pour un exemple de refus par les juges bâlois : Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 2 décembre 2010, JAR 2011, p. 428, cons. 2b.

bunal fédéral donne une prescription de comportement à l'employeur :
« *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.* »²⁷⁹

En résumé, l'employeur conserve sa liberté à l'égard de certains salariés tant qu'il reste objectivement clair que les bénéficiaires sont des privilégiés ; dès lors que les salariés bénéficiaires ne forment plus un cercle clairement reconnaissable, l'employeur ne pourra pas refuser l'octroi d'un élément de rémunération variable aux autres salariés se trouvant dans les mêmes conditions d'emploi, sauf pour lui à démontrer qu'il existe des motifs de refus pertinents.

Cela dit, 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 droit à percevoir de gratification²⁸⁰. 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 lui²⁸¹. 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 avantage²⁸².

²⁷⁹ TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.2 ; WYLER, p. 744.

²⁸⁰ Cf. TF, 1^{er} décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.2.

²⁸¹ 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.

²⁸² CAPH-GE, 3 mars 2009, JAR 2010, p. 498, cons. 3.2.

II. Régime

Le régime de la modification des conditions de travail connaît un *principe* (1), lui-même précisé par des règles spécifiques de *mise en œuvre* (2), et une *exception* (3).

1. Principe

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.

2. Mise en œuvre

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 travail. Le texte du règlement d'entreprise doit être convenu avec une délégation librement élue par les travailleurs ou établi par l'employeur seul après avoir entendu les travailleurs (LTr, art. 37, al. 4). Il est précisé que lorsque l'employeur établit lui-même le règlement d'entreprise, il en affiche le projet dans l'entreprise, à un endroit bien en vue, ou le distribue aux travailleurs. Il est tenu d'entendre les travailleurs dans les quatre semaines, à moins qu'ils ne lui aient communiqué leur avis par écrit (OLT 1, art. 67, al. 2). Une fois le règlement adopté, il doit être affiché à un endroit bien en vue ou être distribué aux travailleurs (OLT 1, art. 68, al. 1) et remis à l'autorité cantonale (LTr, art. 39, OLT 1, art. 68, al. 2).

De manière générale, les travailleurs ou leurs représentants dans l'entreprise doivent être *informés* et *consultés* sur les affaires concer-

nant notamment l'organisation du temps de travail et l'aménagement des horaires de travail (LTr, art. 48, al. 1). La loi précise expressément que 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 (LTr, art. 48, al. 2).

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 simplement *ad probationem* (*zum Beweiszweck*). À défaut, la modification sera nulle. Les parties peuvent toutefois s'entendre ultérieurement pour supprimer la forme qu'elles avaient initialement réservée²⁸³.

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 modification²⁸⁴, même si un tel délai n'était pas prévu contractuellement. 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 de-

²⁸³ Cf. ci-dessous pp. 131 et s.

²⁸⁴ Cf. également : BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 7 ad art. 321d CO.

mander au travailleur de changer sa façon d'effectuer sa tâche au milieu de sa réalisation)²⁸⁵.

L'employeur aura tout intérêt à **documenter la modification** (lettre adressée aux salariés, procès-verbal de réunion interne, affichage dans la salle du personnel ou sur l'intranet, etc.), afin de se préconstituer une preuve de sa date d'entrée en vigueur et de sa nouvelle teneur.

Cette documentation devra revêtir un simple caractère **informatif**. Si l'employeur sollicite formellement l'accord du salarié pour modifier un élément relevant du domaine des conditions de travail, il crée une présomption que cet élément a été contractualisé²⁸⁶. Cette présomption étant simple, elle peut être renversée par la démonstration de la preuve contraire. Néanmoins, l'accord du salarié ayant été sollicité, l'élément en question risque d'être de ce fait contractualisé pour l'avenir.

3. Exceptions

Si le principe de liberté de la modification des conditions de travail ne doit pas aboutir à un abus dans la mise en œuvre de cette modification, il ne doit pas non plus conduire ni à une **illicéité ou contrariété aux mœurs (A)**, ni à un **abus de droit (B)** dans le contenu de la modification.

²⁸⁵ REHBINDER/STÖCKLI, N 13 *ad* art. 321d CO.

²⁸⁶ Cf. ci-dessus pp. 79 et s.

A. Illicéité ou contrariété aux mœurs

La modification des conditions de travail ne peut avoir pour effet de faire entrer en vigueur des normes qui seraient illicites ou contraires aux mœurs²⁸⁷. De telles modifications sont *nulles* (CO, art. 19 et 20).

La détermination de la licéité et de la contrariété aux mœurs se fait de la même manière que dans le reste du droit du travail : sont illicites toutes les conditions de travail qui contreviennent aux dispositions impératives du code des obligations et des autres lois relatives au travail, de même que les conditions de travail ayant pour effet — direct ou indirect — de mettre en danger la *santé* ou la *sécurité* du travailleur salarié, notamment celles qui ont pour effet d'inciter le salarié à enfreindre les règles de sécurité (LTr, art. 6), ou qui violent sa personnalité (CO, art. 328)²⁸⁸. Ces conditions doivent être considérées comme *nulles* (CO, art. 20).

En vertu du principe de protection de la personnalité du travailleur, on doit considérer que l'employeur ne peut donner des instructions différentes à des travailleurs exécutant le même travail, sauf si la contradiction dans les ordres peut se justifier objectivement²⁸⁹. Ainsi, une modification des conditions de travail qui n'affecterait qu'un seul travailleur, sans raison objective, peut être présumée comme étant une inégalité de traitement violant sa personnalité²⁹⁰.

La clause modifiée doit être conforme non seulement aux dispositions légales, mais encore aux dispositions des *conventions collectives* et des *contrats-types* applicables²⁹¹.

²⁸⁷ TF, 25 janvier 2011, 4A_613/2010, JU-TRAV 2011, p. 64, cons. 3 ; Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 4 janvier 1987, RSJ 1989, p. 83.

²⁸⁸ TF, 25 janvier 2011, 4A_613/2010, JU-TRAV 2011, p. 64, cons. 3 ; CAPH-GE, 21 février 2007, JAR 2008, p. 376, cons. 4 ; CARRUZZO, N 2 *ad* art. 321d CO ; RUDOLPH ROGER, Vertragsänderungen, in Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht (édit. Adrian von Känel), Zurich/Genève/Bâle, Schulthess, 2010, spéc. p. 4 ; cf. AG-Olten-Gösgen, 16 juin 1982, JAR 1984, p. 99, JU-TRAV 1983, p. 5.

²⁸⁹ Cf. ZKomm.-STAEHELIN, N 20 *ad* art. 321d CO.

²⁹⁰ Cf. ci-dessus p. 91.

²⁹¹ CAPH-GE, 21 février 2007, JAR 2008, p. 376, cons. 4.

B. Abus de droit

L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé (CC, art. 2, al. 2). Ainsi, l'employeur ne peut pas faire un usage manifestement abusif de son pouvoir de direction.

Nous avons vu que l'abus pouvait résider dans une modification intempestive, alors qu'aucune considération objective ne justifiait qu'un délai de prévenance ne soit pas respecté²⁹².

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 travailleur²⁹³. 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 (CO, art. 321d, al. 2)²⁹⁴. 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 (CO, art. 324). Il peut en outre mettre en œuvre la responsabilité contractuelle de l'employeur (CO, art. 328).

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, sauf à être sanctionné²⁹⁵.

D'ailleurs, dès lors que la mise en œuvre a été effectuée sans abus, l'employeur est présumé ne pas avoir commis d'abus de droit sur le

²⁹² Cf. ci-dessus p. 96.

²⁹³ Cf. par rapport à la résiliation en général : TF, 6 juillet 2005, ATF 131 III 535, cons. 4.2. Cf. 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, pp. 454-460, spéc. p. 459 ; cf. WILDHABER ISABELLE, *Die Änderungen von Arbeitsbedingungen bei Umstrukturierungen*, Jusletter 21 avril 2008, N 9.

²⁹⁴ Cf. PORTMANN/STÖCKLI, p. 53 ; BaKomm.-PORTMANN, N 7 ad art. 321 CO.

²⁹⁵ Cf. ci-dessous pp. 101 et s.

fond de la modification. C'est le travailleur qui supporte la charge de la preuve d'un éventuel abus. Cette preuve sera considérée comme rapportée si la volonté de nuire de l'employeur est établie, notamment lorsque la modification imposée ne présente absolument aucun intérêt objectif pour l'entreprise.

Faut-il inclure la *situation personnelle, familiale ou sociale* du travailleur dans les facteurs à prendre en compte par l'employeur pour éviter l'abus dans la modification unilatérale des conditions de travail ? La règle selon laquelle le travailleur doit respecter de bonne foi les directives de l'employeur (CO, art. 321d, al. 2) lui permet-elle de se prévaloir de sa vie en dehors du travail pour refuser d'obéir à une modification des conditions de travail ?

Certains auteurs choisissent d'emprunter cette direction²⁹⁶. On peut les approuver en raison du caractère statutaire que la tradition germaniste a légué au droit du travail suisse. Cependant, de telles préoccupations sont plus difficiles à exiger de l'employeur lorsque la modification des conditions de travail concerne l'ensemble des travailleurs. Dans une telle hypothèse, on considérera que l'employeur s'est soumis à l'exigence de bonne foi, notamment dès lors qu'il a régulièrement informé la représentation du personnel ou les travailleurs exerçant directement les droits d'information (LParticipation, art. 9 et 10 ; LTr, art. 48).

Dans le cas spécifique du *lieu de travail*, il paraît clair que l'employeur doit particulièrement tenir compte de la vie personnelle, familiale et sociale du travailleur : en effet, si le lieu de travail appartient à la catégorie des conditions de travail, il se voit tout de même conférer un statut particulier²⁹⁷.

²⁹⁶ Cf. VISCHER, p. 145 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 7 ad art. 321d CO.

²⁹⁷ Cf. ci-dessus pp. 68 et s.

III. Sanctions

L'étendue du devoir d'obéissance du travailleur est égale au pouvoir de direction de l'employeur lorsqu'il est exercé de manière légitime²⁹⁸ : dès que l'employeur *outrépasse la limite légitime de son pouvoir de direction*, le travailleur n'est plus tenu par son devoir d'obéissance. Il ne peut faire l'objet d'aucune sanction ; un éventuel licenciement, s'il n'est motivé que par cette seule raison, sera abusif²⁹⁹. Le travailleur est fondé à suspendre son travail, sans perte du droit au salaire, dans l'attente du rétablissement par l'employeur d'une situation conforme au contrat (CO, art. 82 et 324)³⁰⁰.

En revanche, en cas de refus du travailleur d'exécuter le travail selon les conditions valablement modifiées par l'employeur, ce dernier dispose de plusieurs options pour sanctionner le travailleur : **sanction disciplinaire (1)**, mise en jeu de la **responsabilité** du travailleur (2), **licenciement (3)**³⁰¹.

1. Sanction disciplinaire

Comme un principe d'égalité contractuelle préside à la réglementation des relations entre les parties au contrat de travail, aucune des deux parties ne jouit en théorie d'une suprématie sur l'autre ou d'un pouvoir punitif à l'égard de l'autre³⁰². Cependant, le salarié étant soumis à

²⁹⁸ Cf. DUC/SUBILIA, N 5 *ad* art. 321d CO.

²⁹⁹ TA-TI, 13 janvier 1999, JAR 2000, p. 135 ; cf. Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 2 mai 1988, JAR 1990, p. 131 ; Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 15 septembre 1988, JAR 1990, p. 132, JU-TRAV 1989, p. 16. Un licenciement avec effet immédiat prononcé pour cette seule raison ne sera pas justifié : TF, 7 avril 1989, JAR 1991, p. 114.

³⁰⁰ CAPH-GE, 21 février 2007, JAR 2008, p. 376, cons. 4.

³⁰¹ TF, 5 septembre 2006, 4C.186/2005, cons. 2.3.

³⁰² TF, 20 avril 1993, ATF 119 II 162, cons. 2 : « *In un rapporto contrattuale di diritto privato le parti sono poste di massima su un piano di parità. Nessuna parte gode di una posizione di autorità o di supremazia o è titolare di una potestà e/o di un potere punitivo.* »

une obligation de diligence et de fidélité à l'égard de son employeur (CO, art. 321a) et ce dernier disposant d'un pouvoir de direction (CO, art. 321d), le droit suisse autorise les sanctions disciplinaires, y compris à caractère pécuniaire, en sus de la possibilité qu'a l'employeur de licencier et de poursuivre en responsabilité contractuelle le salarié qui refuse d'obéir à une directive légitime.

La jurisprudence pose cependant des conditions à l'application des sanctions pécuniaires. Ainsi, 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 et de quelques exigences propres au droit du travail³⁰³.

Nous synthétisons les conditions cumulatives d'effectivité de la sanction disciplinaire en droit du travail de la manière suivante :

- 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 : LTr, art. 38) ou un accord collectif³⁰⁴, voire la loi³⁰⁵. Doivent être précisés selon nous tant le montant que la nature de la sanction envisagée (montant déterminé, voire clairement déterminable, éventuelle rétrogradation, etc.)³⁰⁶ ;

- la **proportionnalité** de la sanction : la sanction ne doit punir que les manquements du salarié à ses obligations contractuelles (CO, art. 321a et s.) ; elle peut être réduite judiciairement en cas de caractère excessif (CO, art. 163, al. 3)³⁰⁷. Les conditions de validité des peines conventionnelles (CO, art. 160) doivent donc être respectées³⁰⁸ ;

³⁰³ Pour une étude générale de la question en droit suisse, cf. SANTORO DIMITRI, *Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag*, Berne, Stämpfli, 2001.

³⁰⁴ Se prononçant pour la nécessaire inscription des sanctions disciplinaires dans le règlement d'entreprise, cf. VISCHER/GUËX, *Loi sur le travail*, (édit. GEISER/VON KANEL/WYLER), Berne, Stämpfli, 2005, pp. 487-488.

³⁰⁵ La loi prévoit expressément que lorsqu'un marin est aux arrêts, sa rémunération est suspendue (LNM, art. 74, al. 3).

³⁰⁶ WYLER, p. 148.

³⁰⁷ TF, 6 juillet 1954, ATF 80 II 123, cons. 3b.

³⁰⁸ Cf. TF, 6 juillet 1954, ATF 80 II 123, cons. 3b.

- l'absence d'*illicéité* ou de *contrariété aux mœurs* de la sanction (CO, art. 19 & 20, art. 163, al. 2), ce qui sera déterminé selon les règles habituelles ;

- la mise en œuvre de la sanction de manière conforme à la *bonne foi* (CC, art. 2) et en respectant la *personnalité du salarié* (CO, art. 328). Selon nous, cette exigence signifie que l'employeur doit justifier d'un *motif objectif* pour mettre en œuvre la sanction disciplinaire. Il ne saurait être autorisé à sanctionner un salarié de manière purement arbitraire.

Du point de vue formel, l'employeur devrait 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. 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'épreuve³⁰⁹.

Si l'employeur supprime une partie de la rémunération obligatoire sans respecter ces conditions, il commet une inexécution contractuelle (CO, art. 97). En effet, peut-on considérer que l'employeur ait toute latitude pour instaurer des sanctions pécuniaires sans mettre en péril l'édifice jurisprudentiel construit en matière de distinction entre rémunération discrétionnaire et rémunération obligatoire ? Il est vrai que la sanction pécuniaire ne pouvant être mise en œuvre que si le salarié a commis une faute contractuelle (cf. CO, art. 160), elle présuppose l'identification d'une telle faute et sa sanction sur le plan civil. Certes, dans l'hypothèse où l'employeur oppose la sanction pécuniaire en compensation de la rémunération due, le résultat économique est identique. Cependant, deux étapes préalables auront dû être franchies : celle de la mise en œuvre de la sanction pécuniaire et celle de la mise en œuvre de la compensation (CO, art. 323b, al. 2).

³⁰⁹ TF, 4 août 2006, 4C.189/2006, DTA 2006, pp. 269-271, cons. 2.

2. Responsabilité contractuelle

La responsabilité contractuelle du travailleur est engagée lorsque ce dernier refuse de se conformer à des conditions de travail valablement modifiées par l'employeur³¹⁰. En effet, le devoir de fidélité du travailleur (CO, art. 321a) lui impose de respecter les directives valablement ordonnées par l'employeur³¹¹. Ainsi, en cas de dommage subi par l'employeur du fait du refus d'obéir à une modification des conditions de travail, le travailleur peut être amené à devoir en répondre.

3. Licenciement

En cas de désobéissance à une directive valablement modifiée, l'employeur peut licencier le travailleur sans abus³¹², à condition qu'il ne le fasse pas en temps inopportun (CO, art. 336c) et que le refus d'obéissance soit le motif réel et prépondérant du licenciement et ne serve pas à masquer un motif abusif (CO, art. 336 ; LEg, art. 3).

Le licenciement pourra être prononcé *avec effet immédiat* si la désobéissance du travailleur porte un préjudice grave à l'entreprise, si elle s'est renouvelée après un avertissement solennel³¹³ ou si le travailleur refuse d'exécuter ses fonctions durant le délai de préavis³¹⁴. C'est au juge qu'il revient d'apprécier si les circonstances sont telles que la bonne foi ne permettrait pas d'exiger de l'employeur de poursuivre le rapport de travail en raison de la désobéissance grave et/ou répétée du travailleur (CO, art. 337, al. 2). Si le licenciement avec effet immédiat est justifié, il faut considérer que le motif de la rupture réside dans l'inobservation du contrat par le travailleur (plus précisément dans le

³¹⁰ Cf. AG-ZH, 7 octobre 1996, JAR 1999, p. 111.

³¹¹ CAPH-GE, 21 février 2007, JAR 2008, p. 376, cons. 4.

³¹² TF, 25 janvier 2011, 4A_613/2010, JU-TRAV 2011, p. 64.

³¹³ Cf. OG-LU, 23 novembre 1998, JAR 1999, p. 113.

³¹⁴ OG-BL, 8 novembre 1988, JAR 1990, p. 356, cons. 4.

non-respect du pouvoir de direction régulièrement exercé par l'employeur : CO, art. 321d). Le travailleur devra alors réparer intégralement le dommage causé à l'employeur du fait de son non-respect des directives (CO, art. 337b, al. 1). Le dommage sera évalué selon les règles générales (CO, art. 99). Ce régime est applicable que le rapport de travail prenne la forme d'un contrat à durée indéterminée ou d'un contrat à durée déterminée.

Parfois, le travailleur ne respecte pas les directives concernant l'horaire ou le lieu de travail tout en continuant à travailler selon son horaire précédent ou en continuant à se rendre à son précédent lieu de travail. Lorsque la situation est équivoque, c'est-à-dire lorsqu'on ne sait pas si le travailleur a abandonné son emploi ou s'il prétend continuer à respecter les conditions de travail précédentes parce qu'il considère qu'elles n'ont pas été valablement modifiées, l'employeur a intérêt à ne pas considérer que le travailleur a démissionné et à procéder, si nécessaire, par la voie du licenciement. En effet, le travailleur qui refuse de rejoindre un nouveau lieu de travail ou de respecter son nouvel horaire ne considère pas forcément pour autant qu'il a démissionné : son analyse juridique de la situation a pu le porter à considérer que c'est l'employeur qui n'avait pas le droit de modifier unilatéralement ces éléments et qu'il était en demeure³¹⁵. Dans une telle hypothèse, l'employeur a intérêt soit à s'assurer de la démission du travailleur, et à la documenter (confirmation par écrit), soit à procéder à un licenciement en bonne et due forme.

Quant au travailleur, il a intérêt à mettre l'employeur formellement en demeure de l'employer dans des conditions conformes au contrat et à la loi. En cas de désaccord avec son employeur sur la portée du pouvoir de direction, le travailleur peut saisir le juge³¹⁶.

³¹⁵ Cf. Tribunal-Locarno, 8 février 2007, JU-TRAV 2009, p. 10.

³¹⁶ CAPH-GE, 21 février 2007, JAR 2008, p. 376, cons. 4.

IV. Demande de modification des conditions de travail par le salarié

1. Principe

Le salarié peut proposer une modification des conditions de travail (par exemple, proposer de travailler en télétravail, proposer de modifier ses horaires de travail ou ses objectifs). Même si ces éléments n'ont pas été contractualisés, le travailleur *ne peut imposer* leur modification si l'employeur ne l'approuve pas. En effet, l'employeur est seul maître des conditions de travail. C'est la manifestation de l'inégalité verticale de la relation de travail.

2. Mise en œuvre

Toutefois, l'employeur doit *examiner de bonne foi* la demande faite par le salarié, c'est-à-dire qu'il doit prendre la peine de la considérer avec soin, en mettant en balance l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt du salarié. S'il en arrive à la conclusion que la demande du salarié peut lui être accordée, il est conseillé de formaliser les nouvelles conditions de travail dans un cadre contractuel, quitte à se réserver une période d'observation ou un droit de modification unilatérale permettant d'en revenir à la situation initiale en cas de difficultés non prévisibles.

Si l'employeur refuse la modification proposée, le principe de bonne foi lui impose d'*expliquer* son refus, si le salarié lui en fait la demande. Toutefois, l'employeur n'a pas à *justifier* le refus, puisque l'on se situe dans le cadre du pouvoir de direction, lequel est par essence discrétionnaire. Le travailleur ne peut donc pas attaquer la motivation du refus en tant que telle. En revanche, s'il s'avère que cette dernière procède d'une *volonté de nuire* de la part de l'employeur, le travailleur pourra invoquer la responsabilité contractuelle de ce dernier (CO, art. 328), dans le délai de prescription de cette action (CO, art. 127) et

pour autant qu'il établisse l'existence d'un dommage (CO, art. 99, al. 3), par exemple frais de transport, prolongation de la garde des enfants pendant le temps de trajet entre le domicile et le lieu de travail, frais de repas pris en extérieur, ou tort moral.

3. Protections particulières

Certaines catégories de travailleurs bénéficient d'une protection particulière et peuvent légitimement demander une modification de leurs conditions de travail :

- les *jeunes travailleurs* (A),
- les *femmes enceintes et les mères qui allaitent* (B),
- les *travailleurs ayant des responsabilités familiales* (C).

A. Les jeunes travailleurs

Les jeunes travailleurs, c'est-à-dire ceux qui ont moins de 18 ans (LTr, art. 29, al. 1er) ne doivent pas être *surmenés* ni exposés à de « *mauvaises influences* » dans l'entreprise (LTr, art. 29, al. 2). Lorsqu'ils sont *malades*, *accidentés*, ou *menacés* dans leur santé physique ou morale, l'employeur doit prendre les mesures qui s'imposent en attendant les instructions des détenteurs de l'autorité parentale (LTr, art. 32, al. 1^{er}).

Dans toutes ces hypothèses (surmenage, mauvaises influences, maladie, accident, menaces pour la santé physique ou morale), l'employeur devra donc accéder à une demande de modification des conditions de travail émanant de la part du jeune travailleur, dès lors qu'elle est pertinente pour empêcher la survenance de ces difficultés. Vu l'intérêt public majeur à la protection des jeunes travailleurs, ces derniers devraient pouvoir, dans ces hypothèses, s'abstenir de venir travailler tout en continuant de prétendre à leur salaire (CO, art. 324). En outre, l'employeur qui refuserait de prendre en compte la demande légitime

du jeune travailleur engage sa responsabilité civile (CO, art. 328), administrative (LTr, art. 51-54) et pénale (LTr, art. 59).

B. Les femmes enceintes et les mères qui allaitent

Les femmes enceintes et les mères qui allaitent peuvent prétendre à un aménagement de leurs conditions de travail de telle sorte à ce que ni leur *santé*, ni la *santé de leur enfant* ne soient compromises (LTr, art. 35). Dès le premier jour de grossesse et jusqu'à la fin de l'allaitement, les travailleuses peuvent, *sur simple avis*, se dispenser d'aller au travail ou le quitter ; en particulier, les mères qui allaitent doivent disposer du temps nécessaire à l'allaitement (LTr, art. 35a, al. 1 et 2). Les femmes accouchées ne peuvent être occupées durant les huit semaines qui suivent l'accouchement et qu'avec leur consentement de la neuvième à la seizième semaine après l'accouchement (LTr, art. 35a, al. 3). En outre, durant les huit semaines qui précèdent l'accouchement, les femmes enceintes ne peuvent être occupées entre 20 heures et 6 heures (LTr, art. 35a, al. 4). La loi prévoit encore que chaque fois que cela est réalisable, l'employeur est tenu de proposer aux femmes enceintes qui accomplissent un travail entre 20 heures et 6 heures un travail équivalent entre 6 heures et 20 heures, obligation qui vaut également pour la période entre la huitième et la seizième semaine après l'accouchement (LTr, art. 35b, al. 1er).

La loi instaure donc elle-même une obligation à charge de l'employeur de modifier les conditions de travail des femmes enceintes et des mères qui allaitent, « chaque fois que cela est réalisable ». Il faut donc considérer ici que, contrairement à la situation générale dans laquelle l'employeur peut se contenter d'examiner de bonne foi la demande de modification des conditions de travail et d'expliquer son éventuel refus, il doit ici *justifier* d'un éventuel refus. Ainsi, le juge contrôlera si le refus est justifié objectivement (généralement, par des considérations techniques ou économiques importantes). À défaut, la travailleuse aura droit à l'intégralité de sa rémunération correspondant aux périodes durant lesquelles elle n'a pas été mise en mesure de travailler dans des conditions adaptées à son état (CO, art. 324). Comme pour les jeunes travailleurs, l'employeur qui

refuserait de mettre en place une solution possible et viable pour l'entreprise engage sa responsabilité civile (CO, art. 328), administrative (LTr, art. 51-54) et pénale (LTr, art. 59).

C. Les travailleurs ayant des responsabilités familiales

Les travailleurs ayant des responsabilités familiales, c'est-à-dire ceux qui ont à leur charge l'éducation d'enfants jusqu'à l'âge de quinze ans ou s'occupent de membres de leur parenté ou de proches exigeant des soins, ont le droit de bénéficier d'heures de travail et de repos qui tiennent compte de ces responsabilités (LTr, art. 36, al. 1er), notamment d'une pause de midi d'au moins une heure et demi (LTr, art. 36, al. 2).

Dans cette hypothèse également, le régime spécial prévu par la loi sur le travail n'aurait aucune effectivité s'il ne signifiait que l'employeur doive *justifier d'un motif objectif* pour refuser une proposition de modification des conditions de travail émanant d'un travailleur ayant des responsabilités familiales, du moins sur la question des heures de travail et de repos et pour autant que la demande du travailleur soit elle-même légitime et ne relève pas du simple confort personnel. Ici aussi la balance devra être effectuée de telle manière que, sauf mise en péril flagrante de l'entreprise, l'aménagement sera accordé au travailleur qui en fait légitimement la demande.

2^e Partie :

La modification des éléments contractuels du rapport de travail

Dans ce chapitre, nous nous concentrerons sur la modification des éléments contractuels du rapport de travail, par opposition aux conditions de travail. Il convient donc de se reporter à la *délimitation du domaine* du régime de la modification des conditions de travail³¹⁷, pour identifier le domaine du régime de la modification des éléments contractuels du rapport de travail : un élément du rapport de travail étant soit une condition de travail, soit un élément contractuel (en dehors des éléments relevant du droit collectif du travail)³¹⁸, tout élément qui n'est pas une condition de travail est un élément contractuel du rapport, et inversement.

Une fois acquis le fait que tel élément est un élément contractuel du rapport de travail, on peut se concentrer sur le régime de sa modification. Trois options sont possibles :

- 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 **(I)** ;
- la modification intervient *sans l'accord du salarié* : elle est imposée unilatéralement par l'employeur **(II)** ;
- la modification intervient *sans l'accord de l'employeur* : elle est imposée unilatéralement par le salarié **(III)**.

³¹⁷ Cf. ci-dessus, 1^e Partie.

³¹⁸ Cf. ci-dessus, 3^e Partie.

I. Par accord mutuel

La modification 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 travail³¹⁹. En vertu du principe de *liberté contractuelle* (CO, art. 19), les parties peuvent se mettre d'accord sur la modification du contrat de la même manière que sur sa conclusion (CO, art. 1^{er})³²⁰. L'offre de modification peut venir de l'employeur ou du travailleur, être spontanée ou avoir fait l'objet de négociations préalables³²¹.

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 applicables³²².

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 déterminée*³²³. 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* (CO, art. 23 et s.)³²⁴.

³¹⁹ L'accord des parties porte sur l'ensemble de la relation de travail. Bien évidemment, cela ne signifie pas que chacun des points de la relation de travail ait fait l'objet d'une négociation particulière. Le contrat de travail étant largement un contrat d'adhésion, il arrive fréquemment qu'il soit à prendre ou à laisser pour le salarié, dont le consentement est dès lors uniquement global.

³²⁰ TPH-Locarno, 27 août 2001, JU-TRAV 2002, p. 12 ; cf. BaKomm.-PORTMANN, N 27 *ad* art. 335 CO ; cf. STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 4 *ad* art. 320 CO.

³²¹ Cf. TF, 31 octobre 2007, 4C.409/2006, cons. 4 ; TF, 31 juillet 2008, 4A_209/2008, DTA 2008, p. 288, cons. 3.

³²² Cf. Comm.Dunand-WYLER, N 36 *ad* art. 320 CO.

³²³ Cf. CARRUZZO, N 16 *ad* art. 320 CO.

³²⁴ Sur le principe : TF, 30 mai 2007, 2A.650/2006, JAR 2008, p. 204, cons. 2.2.1 (en l'occurrence pour un contrat de droit public) ; plus explicitement : TF, 12 janvier 2009,

Le principe de la modification du contrat de travail par accord mutuel étant acquis, il faut en étudier les modalités de mise en œuvre :

- **domaine** du contrat modificatif (1),
- **date d'effet** du contrat modificatif (2),
- **moment** du contrat modificatif (3),
- **forme** du contrat modificatif (4).

1. **Domaine du contrat modificatif**

Le contrat modificatif ne peut porter que sur des éléments qui sont *à la libre disposition des parties*. Un contrat modificatif ne saurait avoir pour effet de contrevenir à des dispositions impératives de la loi, d'une convention collective (CO, art. 341)³²⁵, ou à celles d'un règlement d'entreprise soumis à l'autorité administrative (LTr, art. 39, al. 2)³²⁶, sauf modification préalable de ce règlement en bonne et due forme³²⁷.

Un contrat modificatif ne peut notamment pas avoir pour effet de priver par avance le travailleur du maintien de son salaire en cas d'incapacité de travail (CO, art. 324a), de la protection contre le licenciement en temps inopportun (CO, art. 336c), du régime du licenciement immédiat injustifié (CO, art. 337c), etc³²⁸. Les clauses contraires

4A_495/2007 et 4A_497/2007 et 4A_415/2008 et 4A_431/2008, DTA 2009, p. 134, cons. 4.3.1.

³²⁵ BaKomm.-PORTMANN, N 29 *ad* art. 335 CO ; cf. WILDHABER ISABELLE, Die Änderungen von Arbeitsbedingungen bei Umstrukturierungen, Jusletter 21 avril 2008, N 4.

³²⁶ BaKomm.-PORTMANN, N 1 *ad* art. 341 CO.

³²⁷ Cf. ci-dessus p. 95.

³²⁸ TF, 3 mars 1992, ATF 118 II 58, cons. 2a ; TF, 17 juin 2005, 4C.37/2005, cons. 2.2 ; TF, 30 mai 2007, 2A.650/2006, JAR 2008, p. 204 ; Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 8 septembre 1988, BJM 1990, p. 125 ; TC-VD, 14 novembre 2011, JAR 2012, p. 553, cons. b ; cf. de manière nuancée : Appellationshof-BE, 10 juin 1992, JAR 1994, p. 181 ; KG-GR, 30 juin 2003, JAR 2004, p. 513 ; AG-ZH, 17 octobre 2003, JAR 2004, p. 604.

au droit impératif sont *nulles* et doivent être remplacées par le régime légal.

En revanche, les parties sont libres d'insérer dans leur accord tous les éléments sur lesquels une stipulation contractuelle peut valablement intervenir en droit du travail.

Si le contrat modificatif doit conduire à une résiliation du rapport de travail d'un commun accord, la *clause de non-concurrence* qui aurait été, par hypothèse, prévue dans le contrat d'origine, ne tombera pas automatiquement par le jeu de l'article 340c, alinéa 2, du Code des obligations : le régime de cette disposition est inapplicable dans ce cas³²⁹. Les parties ont donc intérêt à régler spécifiquement le sort de la clause de non-concurrence dans leur nouveau contrat.

Accord modificatif et transaction

Un contrat modificatif *n'est pas* une transaction.

Le régime selon lequel des concessions réciproques des deux parties peuvent autoriser l'employeur à ne pas appliquer des dispositions impératives protectrices des intérêts du travailleur n'est possible que dans le cadre d'une transaction faisant suite à des contestations *et non pas dans le cadre d'un simple contrat modificatif*. L'invalidité d'un contrat modificatif qui contreviendrait à des dispositions impératives *ne peut donc être directement réparée par l'application du régime de la transaction*. Le Tribunal fédéral n'a pas toujours exprimé fermement cette logique, à tort selon nous³³⁰.

En effet, le contrat modificatif ne vise pas à renoncer à des prétentions existantes mais à empêcher la naissance de nouvelles prétentions³³¹ ; ces prétentions sont censées résulter de l'exécution subséquente de la relation contractuelle. À l'inverse, une transaction a pour objet de sceller le sort d'un litige entre les parties. Il faut d'abord que chacune

³²⁹ TF, 31 juillet 2008, 4A_209/2008, DTA 2008, p. 288, cons. 3.

³³⁰ TF, 30 mai 2007, 2A.650/2006, JAR 2008, p. 204, cons. 2.2.1.

³³¹ BaKomm.-PORTMANN, N 30 *ad* art. 335 CO et N 6 *ad* art. 341 CO.

des parties ait exprimé des revendications ou des contestations, même si l'étendue de leurs prétentions peut encore être incertaine au moment où la transaction est conclue³³².

La situation est certes délicate lorsque le contrat modificatif a pour objet la résiliation du rapport de travail d'un commun accord (*Aufhebungsvertrag*). Dans un louable effort de protection, le Tribunal fédéral recourt au paradigme de la transaction pour justifier que le travailleur ne puisse invoquer la protection de l'article 341 du Code des obligations dans le cas d'un contrat modificatif conclu durant une période de protection au sens de l'article 336c, s'il a obtenu des concessions de la part de l'employeur en l'échange de la renonciation à cette protection³³³.

À notre sens, ce régime jurisprudentiel ne correspond pas à une analyse systématique correcte. En effet, la transaction n'est pas l'instrument adéquat pour mettre fin à un rapport de travail. Si l'on devait retenir que le travailleur pût, en dehors de tout litige, renoncer à des avantages que la loi lui octroie à titre impératif, alors on viderait de son sens l'article 341 du Code des obligations, article qui n'est rien d'autre que l'ancrage légal du principe connu dans tous les droits européens selon lequel le droit du travail est la résultante d'une base contractuelle à laquelle vient s'adosser un statut protecteur. Selon nous, il faut d'abord déterminer si le contrat a été rompu ou non. Ensuite, on peut envisager que les prétentions du travailleur, nées de la rupture du contrat, soient réglées par transaction. Le travailleur peut donc conclure un contrat modificatif (y compris une résiliation d'un commun accord) durant une période de protection dès lors que son consentement n'est pas vicié. Mais il ne peut s'agir d'une transaction destinée à mettre fin à un litige. À ce stade, le travailleur ne peut donc pas encore renoncer aux dispositions impératives du droit du travail. Ce n'est que dans un second temps, une fois qu'il aura pu mesurer l'étendue de ses propres prétentions nées de la rupture du contrat qu'il pourra transiger, le cas échéant par des concessions réciproques. Le régime que nous décrivons n'est pas plus favorable au travailleur que le régime que nous critiquons. Il n'empêche pas l'employeur de pro-

³³² TF, 6 mai 2006, 4C.390/2005, cons. 3.

³³³ TF, 13 février 2009, 4A_474/2008, JAR 2010, p. 196, cons. 3.1.

poser une prime en échange de la rupture du contrat d'un commun accord. Toutefois, cette prime ne pourra pas revêtir *a priori* le caractère d'indemnité transactionnelle. Ce n'est que si le travailleur a encore des prétentions issues de son contrat après sa rupture qu'une clause de solde de tous comptes pourra être valablement stipulée en échange d'une véritable indemnité transactionnelle. En toute hypothèse, si la transaction est conclue plus d'un mois après la fin des rapports de travail, sans vice du consentement, elle sera pleinement valable.

2. Date d'effet du contrat modificatif

À quelle échéance la modification d'un élément contractuel du rapport de travail peut-elle être effective ?

L'alternative à trois branches est la suivante :

- soit la modification entre en vigueur *immédiatement* (dès la conclusion de l'accord modificatif) ;
- soit elle entre en vigueur *retroactivement* (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).

La jurisprudence a d'abord hésité entre les trois branches de l'alternative³³⁴. Le Tribunal fédéral s'est orienté très progressivement vers la première solution : *l'entrée en vigueur immédiate* de la modification est possible³³⁵.

³³⁴ 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).

³³⁵ 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. BaKomm.-

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

La modification ne peut porter que sur un élément contractuel correspondant à des *prestations à venir* et non à des prestations déjà effectuées³³⁶.

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 rémunération³³⁷.

- 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 travail ») préférablement à la version française (« durée du

PORTMANN, 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.

³³⁶ 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, p. 120, comm. G. Aubert, cons. 5.1.

³³⁷ Arbeitsgericht-ZH, 3 mars 2004, DTA 2004, pp. 170-173, cons. 5.2c.

contrat de travail »)³³⁸. L'impossibilité de renoncer ne concerne donc que les prétentions existantes³³⁹.

Ainsi, une modification, même acceptée contractuellement par le salarié ne pourra jamais porter que sur des prestations qui n'ont pas encore été effectuées³⁴⁰. 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 rétroactif³⁴¹.

Avec ce régime, peut-on considérer qu'il existe encore une place pour le régime de la *remise conventionnelle de dette* ou cette institution de la partie générale est-elle inenvisageable en droit du travail ? Il est vrai que l'article 115 du Code des obligations prévoit un régime très souple : « *Il n'est besoin d'aucune forme spéciale pour annuler ou réduire conventionnellement une créance, lors même que, d'après la loi ou la volonté des parties, l'obligation n'a pu prendre naissance que sous certaines conditions de forme.* » Une telle souplesse paraît difficile à admettre dans le cadre particulier de la relation de travail où le travailleur se trouve généralement dans une position moins armée que l'employeur pour résister à des pressions et prendre sa décision en toute liberté. La question de la remise de dette pose toutefois davantage de problèmes en lien avec la forme du contrat modificatif. Nous réglerons donc cette question en lien avec ce dernier aspect³⁴².

³³⁸ WYLER, p. 252.

³³⁹ BaKomm.-PORTMANN, N 3 *ad art.* 341 CO ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 4 *ad art.* 320 CO.

³⁴⁰ Cf. Comm.Dunand-DANTHE, N 4-5 *ad art.* 322 CO.

³⁴¹ Cf. SENTI CHRISTOPH, *Reglemente als Ergänzung zum Arbeitsvertrag*, PJA 2004, pp. 1083-1092, spéc. p. 1087. Cf. ci-dessus pp. 86 et s.

³⁴² Cf. ci-dessous pp. 149 et s.

B. Absence de protection par un délai minimal

L'histoire de cette matière est mouvementée. Les juges s'étaient trouvés confrontés à la question suivante : le salarié peut-il valablement renoncer, *avec effet immédiat*, à certains avantages contractuels, en dehors de toute résiliation³⁴³ ? En 1976, le Tribunal fédéral avait jugé que l'employeur qui entendait modifier le contrat pour réduire ses prestations devait respecter le délai légal minimum de résiliation³⁴⁴ ; un accord contraire, autorisant l'employeur à faire entrer en vigueur immédiatement une modification de rémunération par exemple, ne liait pas le juge. En 1982, le Tribunal fédéral opéra un revirement de jurisprudence, admettant qu'une réduction de salaire convenue entre les parties pouvait prendre effet avant l'échéance du délai légal minimum de résiliation³⁴⁵.

Il fut objecté par la doctrine que le salarié est protégé de toute renonciation aux créances découlant de son contrat par l'article 341 du Code des obligations. Cet article s'oppose à ce que le travailleur renonce à certaines créances pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci³⁴⁶. Selon cette théorie, l'entrée en vigueur ne devrait avoir lieu qu'après l'écoulement du délai de congé normalement applicable (y compris en cas de contrat de durée déterminée – dans ce cas en calculant le délai compte tenu de l'ancienneté du salarié)³⁴⁷. Pour le Tribunal fédéral toutefois, l'article 322 du Code des obligations, qui fixe le principe du paiement du salaire, ne revêt pas un caractère impératif³⁴⁸ 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

³⁴³ AUBERT GABRIEL, La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1986, SJ 1987, p. 551.

³⁴⁴ TF, 29 septembre 1976, ATF 102 Ia 417, JT 1977 I 276 (délai alors prévu à l'ancien article 336b du Code des obligations).

³⁴⁵ TF, 18 mai 1982, SJ 1983, p. 94, JU-TRAV 1983, p. 11.

³⁴⁶ Cf. AG-ZH, 10 juin 1981, JAR 1983, p. 165, ZR 1983, p. 269 ; AUBERT GABRIEL, La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1986, SJ 1987, p. 551.

³⁴⁷ Cf. CR-CO-AUBERT, N 5 ad art. 341 CO ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 11 ad art. 320 CO.

³⁴⁸ TF, 18 mai 1982, SJ 1983, p. 94, cons. 2, JU-TRAV 1983, p. 11.

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 congé³⁴⁹.

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 ici³⁵⁰.

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 obligations³⁵¹, dès lors que son consentement n'est pas vicié³⁵². Le consentement du travailleur doit donc être libre.

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 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 emploi³⁵³. Cela signifie que si le travailleur devait ensuite être licencié, il pourrait à

³⁴⁹ TF, 18 mai 1982, SJ 1983, p. 94, JU-TRAV 1983, p. 11, cons. 2 ; cf. BRÜHWILER, 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. »).

³⁵⁰ Pour l'hypothèse où le salarié refuse la modification, cf. ci-dessous pp. 151 et s.

³⁵¹ 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, p. 134, cons. 4.3.1.1 ; TF, 13 février 2009, 4A_474/2008, JAR 2010, p. 196, cons. 3.1 ; TC-VD, 14 novembre 2011, JAR 2012, p. 553, cons. b.

³⁵² TF, 3 mars 1992, ATF 118 II 61, cons. 3.

³⁵³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 11 *ad* art. 320 CO.

juste titre revendiquer les prestations auxquelles il a renoncé³⁵⁴. Il y aurait abus de droit de la part de l'employeur qui se prévaut 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.

3. Moment du contrat modificatif

Il est clair qu'un accord modificatif peut toujours intervenir en cours d'exécution du contrat³⁵⁵. Mais cet accord doit-il *nécessairement* intervenir en cours d'exécution du contrat de travail, ou le **contrat initial**³⁵⁶ peut-il prévoir un droit de modification unilatérale à exercer discrétionnairement par une des parties en cours d'exécution du contrat ? Autrement dit, le salarié 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 ?

Dans la pratique, on voit coexister des clauses permettant la suppression unilatérale d'un terme du contrat (*Widerrufvorbehalt*) et des

³⁵⁴ AG-Berne, 3 mai 1993, JAR 1994, p. 125 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 11 *ad art.* 320 CO.

³⁵⁵ La règle découle implicitement de l'article 12 du Code des obligations.

³⁵⁶ Voir une clause subséquente.

clauses permettant le remplacement d'un terme du contrat par un autre (*Versetzungsklausel*)³⁵⁷.

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 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*³⁵⁸.

Cependant, le Code des obligations n'érige pas en principe la nécessité du caractère déterminé ou déterminable de l'objet du contrat (cf. CO, art. 19 et 20) 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. CO, art. 322, al. 1^{er})³⁵⁹ ou ne sera déterminée que par l'une des parties³⁶⁰.

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 principe*³⁶¹, mais différentes limites y sont posées.

³⁵⁷ WILDHABER ISABELLE, Die Änderungen von Arbeitsbedingungen bei Umstrukturierungen, Jusletter 21 avril 2008, N 6.

³⁵⁸ TF, 6 mars 1897, ATF 23 I 265, cons. 2.

³⁵⁹ Le cas échéant, c'est au *juge* qu'il appartiendra d'établir le montant de la rémunération, par « complètement » du contrat.

³⁶⁰ 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.

³⁶¹ TF, 25 février 2010, 4A_608/2009, DTA 2010, p. 94, cons. 3.1 ; TPH-GE, 8 mars 1993, JAR 1994, p. 123 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 4 *ad* art. 320 CO.

Ces limites sont variées. On peut les recenser de la manière suivante :

- les *cas d'accord nécessaire* du travailleur (A),
- le *contrat à durée déterminée* (B),
- la prohibition des *engagements excessifs* (C),
- la prohibition des *clauses insolites* (D),
- le régime de la *nullité de la condition* (E),
- l'interdiction de *l'abus de droit* (F),
- le *risque d'entreprise* devant peser sur l'employeur (G).

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.

C'est le cas par exemple du *changement d'employeur* (CO, art. 333, al. 4), de l'affectation à un *travail de nuit ou du dimanche* (LTr, art. 17, al. 6 et art. 19, al. 5)³⁶² ou de l'occupation durant la *maternité* (LTr, art. 35a).

B. Le cas particulier du contrat à durée déterminée

Il y a tout lieu de considérer qu'une clause de révision anticipée ne devrait guère pouvoir être logée dans un contrat à durée déterminée. En effet, la logique de ce type de contrat de travail consiste à garantir un *rapport stable* pendant une période donnée. Si l'on considère qu'un congé-modification n'est concevable qu'à l'égard d'un contrat à durée indéterminée, on doit *a fortiori* considérer qu'un droit de modification

³⁶² Ces articles ne sont pas applicables à toutes les entreprises, cf. OLT 2.

unilatérale, qui présente beaucoup moins de garanties qu'un congé-modification, n'est pas admissible dans le cas d'un contrat à durée déterminée.

C. La prohibition des engagements excessifs

L'article 27 du Code civil prohibe les engagements excessifs, lesquels sont frappés de *nullité* (CO, art. 19 et 20). La révision anticipée dont l'employeur se réserverait l'exercice unilatéral est soumise à ce régime³⁶³. 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'activité³⁶⁴. 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 excessif³⁶⁵, en tout cas lorsqu'elle est combinée à une clause de non-concurrence³⁶⁶.

On devrait considérer en outre, par analogie avec le régime de l'engagement excessif relatif à la condition suspensive affectant une gratification contractuelle³⁶⁷, que le travailleur ne peut jamais accepter une clause de révision unilatérale dont la durée d'exercice serait supé-

³⁶³ TF, 7 avril 1989, 4C.110/1988, cons. 1a ; TF, 6 juillet 2005, 4C.155/2005, JAR 2006, p. 282, cons. 3.2.1 ; BaKomm.-PORTMANN, N 9 *ad* art. 322 CO ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 4 *ad* art. 320 CO.

³⁶⁴ TF, 7 avril 1989, JAR 1991, p. 114.

³⁶⁵ CAPH-GE, 16 juin 1983, JU-TRAV 1985, p. 12.

³⁶⁶ TC-VD, 18 septembre 1987, JU-TRAV 1990, p. 33 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 3 *ad* art. 321d CO.

³⁶⁷ TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, cons. 3.

rière 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.

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 (CO, art. 328)³⁶⁸. 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.

D. 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*³⁶⁹.

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 »)³⁷⁰.

Aussi, ce genre de clauses ne devraient être admissibles que si le travailleur y a été *expressément rendu attentif*³⁷¹. Une signature du

³⁶⁸ TF, 7 avril 1989, JAR 1991, p. 114 ; TF, 6 juillet 2005, 4C.155/2005, JAR 2006, p. 282, cons. 3.2.1.

³⁶⁹ En droit des assurances : TF, 28 octobre 2008, 4A_299/2008, ATF 135 III 1, JT 2011 II 516, recht 2011, p. 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, p. 250 ; Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 2 avril 2007, JAR 2008, p. 347 ; KOLLER, Einmal mehr : das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, PJA 2008, p. 943.

³⁷⁰ STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 320 CO.

³⁷¹ STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 320 CO.

travailleur à côté de la clause en question paraît remplir cette exigence.

E. 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* » (CO, art. 152, al. 1^{er} et 3).

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 en faire usage 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 prévu³⁷².

F. 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 accordé³⁷³.

³⁷² TPH-GE, 27 août 2002, JAR 2003, p. 150, cons. 4b.

³⁷³ Selon la jurisprudence, l'interdiction de l'abus de droit est une « *mesure protectrice* », qui impose une « *limite éthique matérielle au droit formel* » : « *Le droit réel l'emporte sur le droit fictif dans les cas où la mise en œuvre d'un droit prétendu crée une injustice flagrante et ferme la voie à la reconnaissance du droit effectif.* » (arrêt de principe : TF, 24 juin 1999, ATF 125 III 257, JT 1999 II 163, SJ 2000 I 33). La règle prohibant l'abus de droit permet au juge de « *corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice d'un droit allégué créerait une injustice manifeste* », étant observé que « *l'existence d'un abus de droit se détermine selon les circonstances concrètes de l'espèce* » et que « *les cas typiques en sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique contrairement à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence,*

Consacrée par la jurisprudence initialement en matière de servitude puis de contrat de franchise, l'interdiction de la modification unilatérale abusive s'inspire de la doctrine la plus autorisée³⁷⁴. Elle revient à ***prohiber l'arbitraire***³⁷⁵ et à garantir une forme d'équité.

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)³⁷⁶.

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* »³⁷⁷. Dans cette espèce, la nullité de cette modification unilatérale fut constatée³⁷⁸.

l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire » (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, cons. 3.3.1).

³⁷⁴ 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, pp. 37-56, spéc. p. 48.

³⁷⁵ Cf. WYLER, 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.

³⁷⁶ Cet alinéa dispose : « *À défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire.* »

³⁷⁷ TPH-GE, 27 août 2002, JAR 2003, p. 150, cons. 4a.

³⁷⁸ TPH-GE, 27 août 2002, JAR 2003, p. 150, cons. 4d.

De plus, la *mise en œuvre* de la clause de modification unilatérale ne doit pas provoquer une *violation de la personnalité du travailleur* (CO, art. 328). 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 œuvre³⁷⁹.

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 inacceptable³⁸⁰.

À cet égard, devront être pris en considération la situation personnelle, familiale et sociale du travailleur³⁸¹. Ainsi, l'employeur devra privilégier les travailleurs qui se 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

³⁷⁹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 7 ad art. 321d CO.

³⁸⁰ Tribunal-Locarno, 8 février 2007, JU-TRAV 2009, p. 10.

³⁸¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 7 ad art. 321d CO.

Code civil que l'article 97 du Code des obligations qui seraient violés³⁸².

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 (CO, art. 336, al. 1, d). 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)³⁸³.

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.

³⁸² Cf. GEISER, Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Flexibilisierung der Arbeit, PJA 1998, p. 1019 et s., spéc. p. 1027.

³⁸³ Voir ci-dessus.

G. 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 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.

H. Synthèse

En bref, une clause de modification unilatérale prévue dans un contrat de travail ou un règlement n'est admissible 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 intervient dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, 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 objectifs.

Ces conditions correspondent au régime actuel du droit du travail, dont toute l'évolution historique a précisément consisté à venir intégrer un statut au sein du contrat, c'est-à-dire à venir limiter l'autonomie de la volonté pour tenir compte de la position globale d'infériorité du travailleur, posture que le travailleur adopte d'ailleurs souvent volontairement pour préserver son emploi ou parce qu'il n'a

pas un tempérament belliqueux. Il faut bien comprendre que nous ne parlons pas ici des conditions de travail, dont la possibilité de modification unilatérale par l'employeur est une des caractéristiques du contrat de travail, mais des éléments contractuels du rapport de travail, à savoir ceux qui ont été déterminants du consentement du travailleur. Il est donc normal que le consentement, une fois donné, soit dûment protégé.

4. Forme du contrat modificatif

S'il est acquis que le salarié peut renoncer, en tout temps³⁸⁴, à un avantage pour une échéance à venir³⁸⁵, la question se pose néanmoins de la forme — et donc de la *preuve* — de cette renonciation.

A. Absence d'exigence de forme

En principe, le contrat modificatif n'est soumis à *aucune exigence de forme*. Le salarié peut donc renoncer sans qu'aucune forme particulière ne doive être respectée (CO, art. 11, al. 1 et art. 115 par analogie)³⁸⁶. Cependant, si une *forme spéciale* est requise pour la formation du contrat initial, par la loi (par exemple : CO, art. 344a, al. 1^{er}, art. 347a, al. 1^{er}, art. 360, al. 2)³⁸⁷, une convention collective, un contrat-

³⁸⁴ Cf. ci-dessus pp. 119 et s.

³⁸⁵ Et non pour des prestations déjà effectuées : 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, p. 120, comm. G. Aubert, cons. 5.1 ; cf. ci-dessus pp. 117 et s.

³⁸⁶ 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, p. 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, p. 196, cons. 3.1 ; AG-ZH, 19 mai 1994, ZR 1997, p. 164 ; BaKomm.-PORTMANN, N 28 *ad* art. 335 CO ; cf. FARNER MARTIN, *Der Aufhebungsvertrag*, ArbR 2010, pp. 33-53, spéc. 36.

³⁸⁷ 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).

type ou le contrat lui-même (CO, art. 16), elle doit en principe être respectée pour toute modification subséquente (CO, art. 12)³⁸⁸. 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 ultérieures³⁸⁹.

Ainsi, lorsque le contrat de travail lui-même prévoit la forme écrite pour sa modification, une modification n'est en principe pas valable si elle intervient par oral ou par actes concluants³⁹⁰. Toutefois, les parties peuvent renoncer par accord mutuel à la clause instaurant une forme obligatoire pour toute modification subséquente³⁹¹. Cela signifie que les parties peuvent en tout temps supprimer la forme réservée, sans que cette modification ne doive elle-même respecter la forme convenue³⁹². Cette renonciation doit être établie ou ressortir clairement des circonstances³⁹³.

Dans une affaire où les parties étaient convenues par écrit d'une rémunération sur objectifs, les juges lucernois se sont demandé si cette clause pouvait être *modifiée ultérieurement par simple accord verbal*. Une telle modification a été considérée comme acceptable, pour autant que la partie qui prétendait déduire des droits de cette modification en eût établi le caractère certain. Le raisonnement des juges s'est fondé sur le raisonnement suivant : le caractère écrit des éléments de fixation de la rémunération vise principalement à en faciliter la preuve, mais n'empêche pas que le travailleur puisse prétendre à un élément de

³⁸⁸ Cf. GLOOR, Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive, DTA 2008, pp. 249-268, spéc. p. 252. *Contra* : BRÜHWILER, N 10, f ad art. 320 CO. 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, p. 100 ; REHBINDER/STÖCKLI, N 11 ad art. 321c CO ; GEISER, Rechtsprechung zum Arbeitsrecht 2012, PJA 2013, p. 437, spéc. 439.

³⁸⁹ CR-CO-XOUDIS, N 30 ad art. 16 CO.

³⁹⁰ REHBINDER, pp. 140-141.

³⁹¹ Cf. OG-LU, 30 mai 2003, JU-TRAV 2004, p. 14 ; BRÜHWILER, N 10, d ad art. 320 CO.

³⁹² TF, 26 novembre 2010, 4A_443/2010, cons. 10 ; OG-ZH, (non daté), JU-TRAV 1984, p. 5 ; CR-CO-XOUDIS, 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.

³⁹³ KG-SG, 15 août 1989, JAR 1991, p. 103 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 322 CO.

rémunération non prévu par écrit (CO, art. 320, al. 2)³⁹⁴. En conséquence, le versement d'un élément de rémunération ne peut pas dépendre de l'observation d'une forme. Le fait que les parties aient prévu que les modifications dussent intervenir par écrit ne change rien à ce résultat³⁹⁵. Chaque partie est donc autorisée à rapporter la preuve de la modification des critères d'octroi de l'élément de rémunération³⁹⁶. En effet, il ressort de la logique du système que, dans ce domaine particulier, le recours à la forme écrite vise uniquement la protection de la rémunération sans pouvoir remettre son existence en question. En définitive, un élément de rémunération ne peut être refusé au salarié qui rapporte la preuve d'un accord sur ce point, quelle que soit la forme prise par cet accord.

B. Preuve de l'acceptation

Selon la loi, *la novation ne se présume point* (CO, art. 116, al. 1^{er}). Encore qu'il soit douteux que l'on puisse considérer qu'une modification du contrat de travail doive être qualifiée de novation, le principe général exprimé par notre ordre juridique est bien celui du maintien des situations juridiques ; de manière générale, c'est donc le refus de changement par les parties qui est présumé.

Ce principe implique que l'employeur qui se prévaut d'un contrat modificatif *doit prouver que le salarié l'a accepté* (cf. CC, art. 8)³⁹⁷. On applique ici les règles générales du droit des obligations en matière d'échanges des volontés. La volonté des parties est interprétée selon les règles habituelles³⁹⁸, mais de manière restrictive lorsque l'accord

³⁹⁴ Sur la délimitation entre forme réservée *ad probationem* ou *ad validitatem*, cf. AG-ZH, 15 septembre 1981, ZR 1983, p. 260 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 5 *ad* art. 322 CO.

³⁹⁵ Obergericht-LU, 14 mars 2011, JAR 2012, p. 503, cons. 5.

³⁹⁶ Obergericht-LU, 14 mars 2011, JAR 2012, p. 503, cons. 7.

³⁹⁷ TF, 1^{er} mars 2006, 4C.395/2005, cons. 3.2 ; cf. Appellationshof-BE, 8 mars 1995, JAR 1996, p. 150, cons. 3b.

³⁹⁸ TF, 12 janvier 2009, 4A_495/2007 et 4A_497/2007 et 4A_415/2008 et 4A_431/2008, DTA 2009, p. 134, cons. 4.3.1. Cf. ci-dessus pp. 80-83.

est censé avoir pour objet de mettre fin au rapport de travail³⁹⁹. Lorsque l'accord des parties ne peut être prouvé, on fait comme si ce dernier n'était jamais intervenu⁴⁰⁰.

Lorsque la volonté du salarié est claire, le nouveau système est accepté ou refusé⁴⁰¹. Lorsque la volonté n'est pas expressément exprimée, il faut recourir au *mécanisme de la présomption d'acceptation (a)*. Ce mécanisme pose toutefois des problèmes propres en droit du travail ; il faudra donc en apprécier les *conséquences pratiques*, et le *critiquer (b)*.

a) Le mécanisme de la présomption d'acceptation

Le principe : qui ne dit mot ne consent pas

Lorsque le salarié n'exprime pas sa volonté, il faut appliquer le régime de l'acceptation tacite⁴⁰². Le principe général en la matière est résumé

³⁹⁹ TF, 2 novembre 2005, 4C.127/2005, cons. 4.1 ; TF, 13 février 2009, 4A_474/2008, JAR 2010, p. 196, cons. 3.1.

⁴⁰⁰ TF, 12 janvier 2009, 4A_495/2007 et 4A_497/2007 et 4A_415/2008 et 4A_431/2008, DTA 2009, p. 134, cons. 4.3.1.2.

⁴⁰¹ Cf. KG-ZG, 26 janvier 1987, JAR 1988, p. 178. Notez que 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 augmentation de ce même pourcentage en cas de diminution du nombre de directeurs (TF, 17 juillet 2012, 4A_130/2012, cons. 5). 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 ».

⁴⁰² Lorsque l'offre est faite par courrier et sans délai pour accepter, on applique le régime de l'*offre entre absents* (CO, art. 5).

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 refuser⁴⁰³.

L'exception n° 1 : la présomption d'acceptation automatique en cas de silence face à une offre favorable

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* » (CO, art. 6). Cette présomption d'acceptation a été précisée par la jurisprudence : en règle générale, il y a présomption d'acceptation ***lorsque l'offre est favorable au destinataire***⁴⁰⁴.

À l'égard d'une *augmentation de salaire*, un tribunal tessinois a considéré que dans le cas où un salaire supérieur à celui qui a été fixé dans le contrat de travail a été payé durant une longue période, il faut prendre le salaire effectif payé comme nouvelle référence, une telle adaptation du contrat pouvant être faite tacitement⁴⁰⁵.

De même, lorsque des montants sont versés *mensuellement et sans réserve* dans le cadre d'une rémunération habituelle, ils sont présumés

⁴⁰³ 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. REHBINDER, p. 141 ; BaKomm.-PORTMANN, N 28 ad art. 335 CO.

⁴⁰⁴ Voir notamment : TF, 25 novembre 1986, ATF 112 II 500, JT 1987 I 94, SJ 1987, p. 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 ; AUBERT DAVID, *La modification du contrat de travail et plus spécifiquement du règlement d'entreprise*, Panorama du droit du travail (édit. Rémy Wyler), Berne, Stämpfli, 2009, pp. 21-35, spéc. p. 22 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 320 CO.

⁴⁰⁵ Tribunal du travail de la ville de Locarno, 26 mai 2008, JU-TRAV 2010, p. 10, *Employeur suisse* 20 mai 2010, n°10 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 320 CO.

avoir été tacitement convenus. S'il ne s'agissait que d'acomptes, cette caractéristique aurait dû être spécifiée⁴⁰⁶.

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 obligatoire⁴⁰⁷.

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 exemple⁴⁰⁸.

L'exception n° 2 : les caractères particuliers que doit revêtir le consentement pour qu'une acceptation soit présumée en cas d'offre défavorable

Lorsque la modification *entraîne une baisse d'avantages pour le salarié*, 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 retenue⁴⁰⁹.

Une synthèse de la jurisprudence nous apprend qu'il faut que le consentement du salarié revête trois caractères :

⁴⁰⁶ KG-SG, 31 mars 2009, JAR 2010, p. 565, cons. 2.5.

⁴⁰⁷ TF, 8 mai 2007, 4A_23/2007, DTA 2007, pp. 160-163, cons. 4.3.

⁴⁰⁸ Cf. OG-LU, 30 mai 2003, JU-TRAV 2004, p. 14.

⁴⁰⁹ TF, 5 juillet 1983, ATF 109 II 327, JT 1984 I 158, SJ 1984, p. 350, JAR 1985, p. 126, cons. 2b ; TF, 21 mai 2003, 4C.62/2003, cons. 3.2 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 15 ad art. 322 CO.

— un consentement **direct** : l'acceptation étant « l'acte par lequel le destinataire de l'offre manifeste la volonté de conclure un contrat conforme à l'offre »⁴¹⁰, 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 distincte⁴¹¹. Ici comme ailleurs, la volonté des parties sera interprétée selon les règles classiques⁴¹².

— un consentement **éclairé** : « Une acceptation tacite du travailleur ne peut être admise que s'il a été dûment renseigné sur les nouvelles conditions proposées. »⁴¹³ 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 rémunération⁴¹⁴, 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'employeur⁴¹⁵.

Le consentement du travailleur peut également être **vicié** selon le régime général des vices du consentement (CO, art. 23 et s.). 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

⁴¹⁰ Voir notamment : TF, 18 mai 1987, C 28/87, cons. 2a.

⁴¹¹ TF, 18 mai 1987, C 28/87, cons. 2b.

⁴¹² Cf. ci-dessus pp. 80-83.

⁴¹³ TF, 18 mai 1982, SJ 1983. 94, JU-TRAV 1983, p. 11, cons. 3 ; cf. STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 320 CO.

⁴¹⁴ TF, 5 juillet 1983, ATF 109 II 327, JT 1984 I 158, SJ 1984, p. 350, JAR 1985, p. 126, cons. 2b ; BRÜHWILER, N 10 ad art. 320 CO ; REHBINDER/STÖCKLI, N 44 ad art. 322 CO.

⁴¹⁵ TF, 12 janvier 2009, 4A_495/2007 et 4A_497/2007 et 4A_415/2008 et 4A_431/2008, DTA 2009, p. 134, cons. 4.3.1 ; BaKomm.-PORTMANN, N 28 ad art. 335 CO.

pression et dans un état de fatigue physique en raison d'une restructuration de l'entreprise, est nul⁴¹⁶.

— un consentement *clair* : l'acceptation doit être dûment établie⁴¹⁷, c'est-à-dire « *tout à fait claire* »⁴¹⁸ 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 travail⁴¹⁹. 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 principe⁴²⁰.

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 acceptation⁴²¹.

Le fait d'*accepter une résiliation* ne signifie pas que le travailleur ait donné son assentiment à une modification de son contrat⁴²².

⁴¹⁶ TF, 30 septembre 2010, 4A_376/2010, DTA 2011, p. 28 ; BaKomm.-PORTMANN, N 28 *ad* art. 335 CO.

⁴¹⁷ 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, p. 64 ; cf. Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 3 janvier 1980, JAR 1981, p. 220. Pour une modification par une formule d'augmentation de salaire, cf. Appellationshof-BE, 17 octobre 1974, RJB 1976, p. 457, cons. 4.

⁴¹⁸ TF, 6 décembre 1995, 4C.359/1995, JAR 1997, p. 124, cons. 3b ; TF, 13 février 2009, 4A_474/2008, JAR 2010, p. 196 ; Arbeitsgericht-ZH, 19 octobre 2009, JU-TRAV 2012, p. 6.

⁴¹⁹ TF, 18 mai 1982, SJ 1983, p. 94, JU-TRAV 1983, p. 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, p. 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, p. 96 ; Cour de cassation civile-NE, 19 décembre 2000, RJN 2000. 103, cons. c ; BaKomm.-PORTMANN, N 9 *ad* art. 322 CO.

⁴²⁰ 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, p. 360, cons. 4.3.1 ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, cons. 6.1.

⁴²¹ TF, 6 décembre 1995, 4C.359/1995, JAR 1997, p. 124, cons. 3b.

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 parties⁴²³.

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 salaire⁴²⁴.

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 désaccord⁴²⁵.

C'est le cas 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

⁴²² 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, p. 359 ; TC-FR, 27 décembre 2007, JAR 2008, p. 364 ; BaKomm.-PORTMANN, N 28 *ad art.* 335 CO.

⁴²³ TF, 25 octobre 2004, 4C.244/2004, *DTA* 2005. 27-30, cons. 3.1.

⁴²⁴ OG-ZH, 25 novembre 1988, JAR 1989, p. 132 ; cf. STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 11 *ad art.* 322 CO.

⁴²⁵ TF, 5 juillet 1983, ATF 109 II 327, JT 1984 I 158, SJ 1984, p. 350, JAR 1985, p. 126, cons. 2b ; TF, 26 novembre 2010, 4A_443/2010, cons. 10 ; II Camera civile-TI, 12 avril 2000, Repertorio di giurisprudenza patria 2000, p. 205 ; KG-ZG, 26 janvier 1987, JAR 1988, p. 178 ; OG-LU, 30 mai 2003, JU-TRAV 2004, p. 14 ; KG-VS, 3 mai 2005, RVJ 2005, p. 284, cons. 3b ; STEINER PAUL, Das Schweigen des Arbeitnehmers, Festgabe für den Schweizerischen Juristentag 1944 in St. Gallen, pp. 273 et s., spéc. p. 279 ; cf. STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 4 *ad art.* 320 CO et N 11 *ad art.* 322 CO.

son emploi puisqu'il est embauché en contrat à durée déterminée, il doit protester en cas de désaccord⁴²⁶.

Dans ce système, l'employeur peut 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 contractuelles⁴²⁷.

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 rémunération⁴²⁸. Ce raisonnement est valable quel que soit l'élément sur lequel porte la modification : montant ou sorte de rémunération⁴²⁹.

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 inférieure⁴³⁰.

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 renoncé⁴³¹.

⁴²⁶ TF, 9 novembre 2005, 4C.242/2005, DTA 2006, pp. 29-31, cons. 4.3 et 4.4 ; WYLER, pp. 88-89.

⁴²⁷ TF, 16 décembre 2009, 4A_478/2009, DTA 2010, p. 23, JU-TRAV 2012, p. 46, cons. 3 (pour un cas de salaire aux pièces) ; OG-ZH, 4 février 1998, JAR 1999, p. 135 ; AG-ZH, 28 octobre 1997, ZR 2000, p. 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, p. 472, cons. 3 ; ZKomm.-STAEHELIN, N 44 *ad art.* 322 CO ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 4 *ad art.* 320 CO et N 15 *ad art.* 322 CO.

⁴²⁸ TF, 17 juillet 2012, 4A_130/2012, cons. 3.3.

⁴²⁹ TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004, DTA 2005, pp. 241-245, comm. P. Schneider, cons. 4.2.

⁴³⁰ TF, 25 février 2004, 4C.226/2003, cons. 5.2.

⁴³¹ TF, 17 octobre 2008, 4A_40/2008, cons. 4.3.

Tempéraments au tempérament à l'exception n° 2

- Une présomption simple

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 réaction de sa part, même supérieure à trois mois, ne devait pas conclure à une acceptation tacite de la modification proposée⁴³².

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 contrat⁴³³. 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.

- 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.

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 dette⁴³⁴. 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

⁴³² TF, 12 juillet 2010, 4A_223/2010, DTA 2010, p. 258, JU-TRAV 2010, p. 8, cons. 2.1.2 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 5 *ad* art. 320 CO et N 15 *ad* art. 322 CO.

⁴³³ CARRUZZO, N 14 *ad* art. 320 CO.

⁴³⁴ TF, 26 mars 2001, 4C.14/2001, DTA 2001, p. 117, cons. 1b ; BaKomm.-PORTMANN, N 9a *ad* art. 322 CO et N 28 *ad* art. 335 CO.

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 éléments*⁴³⁵.

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 ajourné⁴³⁶.

L'exigence de l'existence d'une offre de l'employeur peut toutefois se retourner contre le salarié. 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 sens⁴³⁷.

Principes généraux applicables en toute hypothèse

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 procédera ainsi à une appréciation globale pour déterminer si les modifications sont, dans leur ensemble, avantageuses ou non⁴³⁸.

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

⁴³⁵ 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).

⁴³⁶ Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 12 avril 2011, JAR 2012, p. 439.

⁴³⁷ TF, 25 septembre 2007, 4A_114/2007, cons. 3.2.

⁴³⁸ WYLER, pp. 88-89.

légitimé à considérer que la modification ne sera pas limitée temporellement⁴³⁹.

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 salarié⁴⁴⁰.

b) Conséquences pratiques et critique

Certains juges refusent d'appliquer le régime de l'acceptation tacite d'une modification défavorable au salarié tel que nous venons de l'exposer⁴⁴¹ ou s'y montrent très réticents⁴⁴². La doctrine est également divisée à cet égard. Par exemple, BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ le rejettent entièrement⁴⁴³. GLOOR qualifie la modification unilatérale du contrat d'oxymore juridique, puisqu'elle fait échec à la théorie de l'offre et de l'acceptation⁴⁴⁴. PORTMANN rappelle que le fait de ne pas payer une rémunération due n'est ni plus ni moins qu'une inexécution contractuelle⁴⁴⁵. WYLER l'admet mais dans certaines circonstances particulières : quand le travailleur est en contrat à durée déterminée ou qu'il est en contrat à durée indéterminée avec un long délai de résiliation, quand il se trouve à une fonction hiérarchique qui l'autorise à faire valoir son point de vue ou à retrouver aisément un nouvel emploi ; cet auteur se prononce

⁴³⁹ CARRUZZO, N 13 *ad* art. 320 CO.

⁴⁴⁰ TF, 19 novembre 1987, SJ 1988, p. 562.

⁴⁴¹ CAPH-GE, 22 octobre 2002, JAR 2003, p. 201.

⁴⁴² CAPH-GE, 20 janvier 1997, JAR 1998, p. 134.

⁴⁴³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 11 *ad* art. 320 CO ; note AUBERT, sous TF, 19 novembre 1987, SJ 1988, pp. 562-565, spéc. p. 565.

⁴⁴⁴ GLOOR, Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive, DTA 2008, pp. 249-268, spéc. p. 252 ; *cf.* également : HIGI, Einseitige Vertragsänderungen – eine normale Anomalie?, FS Gauch, 2004, pp. 439 et s. ; *cf.* également : Comm.Dunant-DANTHE, N 7 *ad* art. 322 CO.

⁴⁴⁵ BaKomm.-PORTMANN, N 9a *ad* art. 322 CO.

également en faveur d'une protection particulière des travailleurs âgés et de ceux qui n'ont pas formation professionnelle⁴⁴⁶.

Ces critiques sont compréhensibles. En effet, la logique de certaines décisions du Tribunal fédéral revient à imposer, sans ambages, une règle de conduite au salarié : si ce dernier refuse de consentir à une réduction de sa rémunération, il doit protester et refuser de continuer le travail à des conditions et selon des modalités différentes de celles qui sont prévues dans son contrat⁴⁴⁷. À défaut, le Tribunal fédéral considère qu'une réclamation ultérieure du salarié serait constitutive d'un abus de droit⁴⁴⁸, voire tout simplement dépourvue de fondement contractuel⁴⁴⁹.

Ce régime pose selon nous divers problèmes juridiques :

1° Le 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 défaillant⁴⁵⁰. Certes, cette justification n'est pas aberrante. Mais elle implique que dans la pratique, l'employeur aura toujours intérêt à essayer de *passer en force* : si le salarié ne proteste pas, l'employeur aura pu modifier le contrat selon son bon vouloir ; si le salarié proteste, l'employeur n'aura qu'à le licencier⁴⁵¹. Pour les contrats à durée déterminée, on invoque généralement comme explication le fait le salarié ne risque pas la perte de son emploi. Le Tribunal fédéral va encore plus loin : selon sa jurisprudence, rien n'empêche l'employeur de passer en force à l'égard de certains salariés (les « dociles »), alors qu'il prendrait des égards pour d'autres en les invitant formellement à prendre position

⁴⁴⁶ WYLER, pp. 88-89.

⁴⁴⁷ TF, 16 décembre 2009, 4A_478/2009, DTA 2010, p. 23, JU-TRAV 2012, p. 46, cons. 3 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 4 *ad* art. 320 CO.

⁴⁴⁸ TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004, DTA 2005, pp. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 4.2.

⁴⁴⁹ TF, 16 décembre 2009, 4A_478/2009, DTA 2010, p. 23, JU-TRAV 2012, p. 46, cons. 3.

⁴⁵⁰ GLOOR, Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive, DTA 2008, pp. 249-268, spéc. p. 252.

⁴⁵¹ 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 dont l'issue est toujours incertaine.

sur la réduction de salaire, à la condition toutefois de laisser passer un certain laps de temps entre ces deux attitudes. En effet, le principe d'égalité de traitement fondé sur l'article 328 du Code des obligations ne peut être invoqué s'il y a « *décalage dans le temps* »⁴⁵².

Or, dans un système contractuel, la *volonté des parties* doit être respectée et ce, d'autant plus que le Tribunal fédéral estime que le salarié doit bénéficier ou subir les conséquences de sa plus ou moins grande capacité de négociation au moment de la conclusion du contrat⁴⁵³. Est-ce à dire que le salarié doit être incité à adopter une attitude de *lutte* tant lors de la négociation de sa rémunération que lors de chaque versement de sa paie ? À cet égard, le travailleur en contrat à durée déterminée n'est pas tellement plus protégé car il risque le non-renouvellement de son contrat et l'étiquette désagréable de « revendeur », lors même qu'il ne demande rien d'autre que le maintien du contrat aux conditions de sa conclusion. Une fois la négociation initiale passée, la relation entre employeur et salarié doit être apaisée, avant une éventuelle période de renégociation. Sinon, c'est l'idéal de *paix*, mot dont dérive celui de « pacte », qui cesserait d'être attaché au principe de force obligatoire des contrats.

Il faut tout simplement en revenir au sens des mots : ***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 pas⁴⁵⁴. 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

⁴⁵² TF, 16 décembre 2009, 4A_478/2009, DTA 2010, p. 23, JU-TRAV 2012, p. 46, cons. 3.

⁴⁵³ TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, ATF 129 III 276, JT 2003 I 346, JAR 2003, p. 221, cons. 3.1 (le salarié qui négocie de manière moins habile qu'un autre doit se contenter de conditions de travail moins intéressantes).

⁴⁵⁴ Il y aurait de plus un paradoxe intellectuel à considérer que ce qui choque en matière de vente serait normal en matière de travail, alors que le contrat de travail a précisément été conçu juridiquement sur le modèle de la vente.

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.**

2° 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 (CO, art. 330b, al. 1, d). Si cet article ne se voit pas reconnaître de 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 travailleur⁴⁵⁵.

3° Plus juridiquement, le Tribunal fédéral tente une autre explication : l'article 322 n'étant pas de nature impérative⁴⁵⁶, les parties peuvent se mettre d'accord sur une diminution de la rémunération en cours de contrat⁴⁵⁷, 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 (CO, art. 12), 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 salarié⁴⁵⁸. **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 (CO, art. 330b). Il serait donc parfaitement logique d'exiger que l'acceptation d'une modification défavorable au salarié soit toujours formulée par écrit.

⁴⁵⁵ BaKomm.-PORTMANN, N 9a ad art. 322 CO.

⁴⁵⁶ 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.

⁴⁵⁷ TF, 18 février 1997, 4C.474/1996, cons. 1.

⁴⁵⁸ 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.

4° 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 rétroactif⁴⁵⁹, 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 (CO, art. 115), nécessite néanmoins un accord spécifique des volontés du débiteur et du créancier⁴⁶⁰, que ne réalise précisément pas la signature d'une quittance de salaire d'un montant inférieur au salaire contractuel⁴⁶¹. 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 une⁴⁶². Il faut donc, au minimum, considérer que les éléments non octroyés durant le délai nécessaire pour reconnaître une acceptation tacite sont dus.

5° 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 salarié.

⁴⁵⁹ Cf. ci-dessus pp. 117 et s.

⁴⁶⁰ Arrêt historique : TF, 15 octobre 1943, ATF 69 II 373, JT 1944 I 202.

⁴⁶¹ TF, 5 juillet 1983, ATF 109 II 327, JT 1984 I 158, SJ 1984, p. 350, JAR 1985, p. 126, cons. 2b.

⁴⁶² TF, 5 juillet 1983, ATF 109 II 327, JT 1984 I 158, SJ 1984, p. 350, JAR 1985, p. 126, cons. 2b ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 320 CO.

6° La solution du Tribunal fédéral revient à faire comme si toute clause de rémunération du contrat de travail était assortie d'une *clausula rebus sic stantibus*. Le problème est que le fait permettant l'invocation – qui serait tacite en l'occurrence – de la théorie de l'imprévision est ici la pure et simple volonté unilatérale de l'employeur, son arbitraire. Or, la *clausula* trouve son fondement dans le principe de bonne foi (CC, art. 2), c'est-à-dire qu'elle doit permettre de rétablir l'équilibre contractuel qui aurait été gravement rompu par des circonstances imprévisibles et inévitables⁴⁶³. On ne voit pas que ce soit le cas lorsque l'employeur choisit de passer en force en réduisant un avantage du salarié.

7° D'autres arguments ont encore été avancés :

- le travailleur ayant impérativement droit au salaire convenu dans les hypothèses où il n'a pas travaillé (CO 324 I, CO 324a et 324b), il mérite *a fortiori* la même protection lorsqu'il a fourni sa prestation⁴⁶⁴.

- cette jurisprudence favorise une discrimination des nationaux à l'encontre des étrangers, ces derniers étant protégés contre toute diminution insidieuse de leur rémunération par l'article 22 de la loi sur les étrangers et l'ALCP⁴⁶⁵.

Synthèse

Se soumettre ou se démettre, voilà l'alternative devant laquelle le Tribunal fédéral place le travailleur.

Parce que ce serait violer le régime de la remise de dette, parce que ce serait méconnaître les fondements de la *clausula rebus sic stantibus*, parce que ce serait confondre confiance légitime et passage en force,

⁴⁶³ TF, 9 mars 1967, ATF 93 II 185 ; TF, 7 décembre 1971, ATF 97 II 390, JT 1973 I 80 ; TF, 26 septembre 1974, ATF 100 II 345, JT 1975 I 614 ; TF, 13 janvier 1975, ATF 101 II 17, JT 1976 I 63 ; TF, 18 septembre 1981, ATF 107 II 343, JT 1982 I 272 ; TF, 24 avril 2001, ATF 127 III 300, JT 2001 I 239 ; cf. ci-dessous pp. 167 et s.

⁴⁶⁴ Cf. CR-CO-AUBERT, N 4 *ad* art. 341 CO.

⁴⁶⁵ STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 15 *ad* art. 322 CO.

proposer et imposer, parce que ce serait oublier que la forme normale du contrat de travail est l'écrit, parce que ce serait consacrer juridiquement l'absence de sanction de celui qui ne respecte pas ses obligations contractuelles, parce que ce serait intervertir la liberté de celui qui donne volontairement et l'absence de liberté de celui qui ne reçoit pas involontairement, parce que ce serait valoriser les revendicateurs au détriment des plus paisibles, parce que ce serait obliger le salarié à adopter une attitude de suspicion et de lutte tout au long de l'exécution du contrat, parce que ce serait rompre l'idéal de paix attaché au principe de force obligatoire des contrats, parce que nous croyons que le droit du travail ne doit pas favoriser l'arbitraire mais au contraire civiliser les relations de travail, nous rejetons pour notre part la modification contractuelle par accord tacite lorsqu'elle est défavorable au salarié.

C. Inexécution contractuelle et remise de dette

La jurisprudence s'est intéressée plus spécifiquement à un second aspect de la question : la remise de dette (CO, art. 115). Cette institution revient pour le créancier à accepter la modification unilatérale du contrat par le débiteur. En effet, en présence d'une inexécution contractuelle, le créancier a le choix de poursuivre l'exécution du contrat en engageant au besoin la responsabilité du débiteur ou de renoncer à poursuivre en remettant la dette. Aussi avait-on pu se demander si l'employeur qui cessait de verser une gratification bénévole devenue gratification contractuelle ou rémunération obligatoire pouvait prétendre à se voir appliquer non pas le régime de la modification unilatérale du contrat mais celui de la remise de dette par le salarié. Dans cette logique, PORTMANN admet la possibilité d'une remise conventionnelle, même par actes conclusifs, y compris lorsque la loi exigeait le respect d'une forme pour sa conclusion, mais de manière très restrictive⁴⁶⁶. De même, il a été jugé que lorsqu'une salariée accepte de travailler moins d'heures et que sa rémunération est diminuée en

⁴⁶⁶ BaKomm.-PORTMANN, N 5 *ad* art. 341 CO.

proportion (en l'espèce durant le délai de congé), elle ne peut contester la validité de l'accord ainsi intervenu⁴⁶⁷.

Mais comme la remise de dette ne se présume point⁴⁶⁸, il y a lieu de considérer qu'en principe, on se trouve en présence d'une modification unilatérale, par l'employeur, d'un élément contractuel⁴⁶⁹. De plus, l'article 341 du Code des obligations représente une règle spéciale dérogeant à la possibilité d'admettre une remise de dette conventionnelle portant sur des créances impératives⁴⁷⁰. En résumé, si la modification n'est pas acceptée par le salarié et que l'employeur l'applique tout de même, il y a soit modification sans l'accord du salarié (selon nous inadmissible) soit inexécution contractuelle.

⁴⁶⁷ TF, 17 juillet 2000, 4C.122/2000, cons. 2b ; CARRUZZO, N 14 *ad art.* 320 CO.

⁴⁶⁸ TF, 5 juillet 1983, ATF 109 II 327, JT 1984 I 158, SJ 1984, p. 350, JAR 1985, p. 126 : la signature d'une quittance de salaire d'un montant inférieur au salaire contractuel n'est pas une remise de dette.

⁴⁶⁹ TF, 6 décembre 1995, 4C.359/1995, JAR 1997, p. 124, cons. 3b ; DELBRÜCK GOTTlieb, *Die Gratifikation im schweizerischen Einzelarbeitsvertrag*, Zurich, Schulthess, 1981, pp. 102 et 103.

⁴⁷⁰ WYLER, pp. 252.

II. Sans l'accord du salarié

En principe, si l'employeur modifie un élément contractuel du rapport de travail sans l'accord du salarié, 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 salaire⁴⁷¹.

Trois fondements juridiques autorise toutefois l'employeur à modifier la rémunération variable sans accord du salarié :

- le *congé-modification* (1),
- les *sanctions disciplinaires* (2),
- la *théorie de l'imprévision* (3).

Comme il emporte des conséquences similaires, il faudra également faire une place au régime des *lacunes contractuelles* (4).

On exposera ensuite les *conséquences* d'une modification des éléments contractuels du rapport de travail sans l'accord du salarié *hors des cas admissibles* (5).

1. Le congé-modification

A. Définition

Selon le Tribunal fédéral, il y a congé-modification (*Änderungskündigung*) lorsqu'une partie se voit signifier une résiliation du contrat de travail accompagnée d'une 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

⁴⁷¹ Cf. Comm.Dunand-DANTHE, N 6 ad art. 322 CO.

congé est destiné à exercer une forme d'incitation à accepter le nouveau contrat⁴⁷².

Il existe au moins trois variantes du congé-modification :

- une *résiliation conditionnée* au refus des modifications contractuelles envisagées ;

- une résiliation inconditionnelle, *accompagnée immédiatement* d'une proposition d'un nouveau rapport contractuel ;

- une résiliation prononcée *après un refus* d'accepter les modifications contractuelles proposées⁴⁷³.

Ces trois variantes sont soumises au *même régime juridique*.

Ainsi, 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)⁴⁷⁴ et le 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).

B. Domaine

Le domaine du congé-modification est *le même que celui de l'accord modificatif*. Il concerne donc les éléments contractuels du rapport de travail et exclut le simple changement des conditions de travail⁴⁷⁵.

⁴⁷² 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, p. 187, PJA 1997, p. 1565, note KOLLER ; cf. TF, 23 février 2012, 4A_555/2011, cons. 2.2 ; WYLER, pp. 537-539 ; Comm.Dunand-BONARD, N 7 *ad art.* 335 CO ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 4 *ad art.* 320 CO.

⁴⁷³ STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 3 *ad art.* 335 CO.

⁴⁷⁴ TF, 21 octobre 2003, 4C.177/2003, cons. 3.1 ; CARRUZZO, N 15 *ad art.* 320 CO.

⁴⁷⁵ Cf. ci-dessus pp. 13 et s.

C. Modalités

Le congé-modification a un effet *sur l'ensemble* du rapport de travail. Une résiliation partielle (*Teilkündigung*) n'est pas envisageable⁴⁷⁶. 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.

Le congé-modification doit être *explicitement formulé*. Il ne peut intervenir par actes concludants⁴⁷⁷. Une présomption d'acceptation du congé-modification en cas d'absence de réaction du travailleur ne peut être valablement stipulée au contrat⁴⁷⁸ : une telle entorse au régime de l'article 6 du Code des obligations est illicite et, partant, nulle (CO, art. 20). De plus, le congé-modification doit être *univoque* : il doit indiquer clairement que le contrat prendra fin si la modification est refusée⁴⁷⁹.

Le congé-modification peut avoir lieu dans le cadre d'un *transfert d'entreprise*⁴⁸⁰.

D. Validité

Le congé-modification est *en principe admis (a)*.

Toutefois, cette licéité de principe ne doit pas entraîner une *illicéité* ou dégénérer en *abus*. Un auteur cerne 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-modification :

⁴⁷⁶ DUC/SUBILIA, N 15 *ad art.* 335 CO.

⁴⁷⁷ REHBINDER/STÖCKLI, N 47 *ad art.* 321d CO.

⁴⁷⁸ RUSCH ARNOLD/HUGUENIN CLAIRE, *Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag*, RSDA 2008, pp. 37-56, spéc. p. 40.

⁴⁷⁹ TF, 17 décembre 1996, SARB 3/97, N 38, p. 236 ; JAR 2001, p. 270 ; WYLER, p. 442.

⁴⁸⁰ TF, 17 décembre 1996, SARB 3/97, N 38, p. 236, cons. 4c ; CAPH-GE, 3 mars 2009, JAR 2010, p. 498, cons. 4 ; BaKomm.-PORTMANN, N 15 *ad art.* 333 CO ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 3 *ad art.* 335 CO. Cf. ci-dessous pp. 157-158.

- un examen de la *motivation* (*Motivprüfung*) (b),
- un examen du *contenu* (*Inhaltsprüfung*) (c),
- un examen de la *mise en œuvre* de la modification (*Vorgehensprüfung*)⁴⁸¹ (d).

a) Licéité de principe

Il existe une licéité de principe du congé-modification⁴⁸².

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*⁴⁸³. 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 salarié⁴⁸⁴. 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 imposer⁴⁸⁵.

⁴⁸¹ GLOOR, Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive, DTA 2008, pp. 249-268, spéc. p. 259.

⁴⁸² 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, p. 187, PJA 1997, p. 1565, note KOLLER, cons. 3b ; TF, 6 mars 2000, JAR 2001, p. 270 ; TF, 4 janvier 2007, 4C.317/2006, DTA 2008, p. 133, cons. 3.3 ; TF, 5 juillet 2011, 4A_194/2011, cons. 6 ; TF, 3 juin 2013, 4A_748/2012, cons. 2.3 ; Comm.Dunand-DUNAND, N 48 *ad* 336 CO ; STÖCKLI JEAN-FRITZ, Das Kündigungsrecht als Hindernis für betriebliche Strukturveränderungen, ArbR 2007, pp. 191-206, spéc. p. 199 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 3 *ad* art. 335 CO.

⁴⁸³ TF, 7 mai 2002, 4C.297/2001, ATF 129 III 35, JT 2003 I 127, PJA 2003, p. 583, PJA 2003, p. 690, recht 2003, p. 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.

⁴⁸⁴ TF, 15 avril 2011, 4A_84/2011 & 4A_94/2011, cons. 5.

⁴⁸⁵ TF, 23 février 2012, 4A_555/2011, cons. 2.3.3 ; Comm.Dunand-BONARD, N 20 *ad* art. 335 CO.

b) Contrôle de la motivation

Principe : la possibilité de faire contrôler la motivation du congé-modification

Le salarié 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.

La modification ne peut servir à valider des motifs qui ne méritent pas d'être protégés⁴⁸⁶. En particulier, le congé-modification ne doit pas être utilisé comme un moyen de **représailles** à l'encontre d'un travailleur⁴⁸⁷.

La motivation admissible : des justifications économiques

Les juges considèrent donc que le congé-modification peut être qualifié d'abusif lorsque la modification du contrat est clairement **dépourvue de justification matérielle**⁴⁸⁸. 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 congé⁴⁸⁹. Les motifs économiques doivent être **matériellement justifiés** (*sachlich gerechtfertigt*)

⁴⁸⁶ Comm.Dunand-WYLER, N 36 *ad art.* 320 CO.

⁴⁸⁷ TC-FR, 2 septembre 2008, RFJ 2008, p. 361, cons. 3.

⁴⁸⁸ TF, 22 avril 1997, ATF 123 III 246, JT 1998 I 300, JAR 1998, p. 187, PJA 1997, p. 1565, note KOLLER, cons. 3 ; TF, 3 juin 2013, 4A_748/2012, cons. 2.3.

⁴⁸⁹ TF, 4 janvier 2007, 4C.317/2006, DTA 2008, p. 133, cons. 3.5 ; TA-TI, 6 avril 2006, JAR 2008, p. 467 ; CAPH-GE, 3 mars 2009, JAR 2010, p. 498, cons. 4.1 ; VISCHER, *Das schweizerische Arbeitsrecht : Rechtspolitische Weichenstellung*, PJA 2013, pp. 349 et s., spéc. 350-351.

et suffisants pour rendre *nécessaire* la modification en fonction de la place de l'entreprise dans son marché (*betriebliche Notwendigkeit*)⁴⁹⁰.

Le fondement de cette exigence peut être clairement trouvé dans l'*interdiction de l'abus de droit* (CC, art. 2, al. 2)⁴⁹¹. 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. CO, art. 336, al. 1, c)⁴⁹². L'idée est également de vérifier que le motif économique invoqué pour imposer la modification ne soit pas qu'un simple *prétexte*⁴⁹³ ou un moyen pour l'employeur d'agir de manière *arbitraire*⁴⁹⁴.

On en arrive à se demander s'il ne faudrait renverser la logique et dire que le congé-modification est interdit en principe, sauf s'il est justifié⁴⁹⁵. C'est en effet, l'employeur qui supporte la *charge de la preuve* d'un motif admissible à l'origine du congé-modification.

Les justifications économiques possibles sont les changements rendus nécessaires dans l'*exploitation* ou la *gestion* de l'entreprise,

⁴⁹⁰ TF, 22 avril 1997, ATF 123 III 246, JT 1998 I 300, JAR 1998, p. 187, PJA 1997, p. 1565, note KOLLER, cons. 3 ; TF, 6 mars 2000, JAR 2001, p. 270 ; TF, 1^{er} mars 2007, 4C.282/2006, cons. 4.2 ; Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 9 septembre 2004, JAR 2005, p. 331, cons. 1.9 ; TC-FR, 2 septembre 2008, RFJ 2008, p. 361, cons. 3 ; cf. antérieurement mais pour un contrat de franchise : TF, 26 mars 1992, ATF 118 II 157, JT 1993 I 648 ; GLOOR, Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive, DTA 2008, pp. 249-268, spéc. p. 257 ; STREIFF/VON KANEL/RUDOLPH, N 3 *ad* art. 335 CO.

⁴⁹¹ TF, 2 octobre 2003, 4C.74/2003, ATF 130 III 19, JAR 2004, p. 319, cons. 3.1.2.2 ; CARRUZZO, N 15 *ad* art. 320 CO.

⁴⁹² TF, 22 avril 1997, ATF 123 III 246, JT 1998 I 300, JAR 1998, p. 187, PJA 1997, p. 1565, note KOLLER, cons. 3b.

⁴⁹³ CAPH-GE, 9 août 2010, JAR 2011, p. 475, cons. 2.3.4.

⁴⁹⁴ JOERIN, p. 116 (« à sa guise »).

⁴⁹⁵ Cf. STÖCKLI JEAN-FRITZ, Das Kündigungsrecht als Hindernis für betriebliche Strukturveränderungen, ArbR 2007, pp. 191-206, spéc. p. 199.

l'évolution des conditions du *marché*, etc⁴⁹⁶. 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 diminuent⁴⁹⁷.

Il n'est pas nécessaire d'attendre que la *survie* de l'entreprise dépende de la modification⁴⁹⁸. L'employeur peut prendre des mesures d'optimisation sans devoir attendre que les affaires ne se dégradent⁴⁹⁹. En tant que chef d'entreprise, il doit savoir prendre des décisions stratégiques à temps, y compris pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise.

La limite devrait être selon nous celle où la modification contractuelle ne vise qu'à augmenter la rentabilité 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.

Dans le cadre d'un *transfert d'entreprise*, sauf à réduire à néant le sens de l'obligation de reprise de l'ensemble des droits et obligations des rapports de travail transférés, il faudra que le repreneur démontre clairement une justification matérielle fondée sur de véritables difficultés économiques pour admettre la validité du congé-modification. Or, il apparaît bien souvent qu'en pratique, le transfert d'entreprise a été précédé d'un licenciement collectif. Le repreneur a choisi de re-

⁴⁹⁶ 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 ; Comm.Dunand-DUNAND, N 50 *ad* art. 336 CO ; CARRUZZO, N 15 *ad* art. 320 CO.

⁴⁹⁷ Cf. TF, 23 février 2012, 4A_555/2011, cons. 2.2.

⁴⁹⁸ 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) ; AUBERT DAVID, 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.

⁴⁹⁹ TF, 26 juin 2007, 4C.77/2007, cons. 6.3 ; CAPH-GE, 9 août 2010, JAR 2011, p. 475, cons. 2.3.4 ; STÖCKLI JEAN-FRITZ, Das Kündigungsrecht als Hindernis für betriebliche Strukturveränderungen, ArbR 2007, pp. 191-206, spéc. p. 200.

prendre certains travailleurs et il a fait un calcul économique précis (il sait exactement ce que vont lui coûter les travailleurs repris). Aussi paraît-il peu vraisemblable qu'il puisse se prévaloir d'une justification matérielle juste après le transfert d'entreprise, sauf bien évidemment si l'environnement économique a changé entre temps rapidement et substantiellement.

Le contrôle de la justification économique du congé-modification est une *particularité jurisprudentielle*⁵⁰⁰.

En effet, le contrat de travail est *en principe librement résiliable*. L'employeur n'a pas besoin de prouver un motif économique pour justifier un licenciement, sauf pour licencier un représentant élu du personnel (CO, art. 336, al. 2, b). Cette exigence est pourtant imposée au congé-modification, même lorsque la modification n'intervient qu'au terme du délai de congé. Ainsi, à un moment où l'employeur pourrait licencier le salarié sans avoir à donner de justification, il ne peut *modifier* le contrat sans donner de justification. Une incohérence paraît se manifester⁵⁰¹. Certains juges ou auteurs estiment qu'il ne relève pas de l'office du juge de se prononcer sur de telles questions⁵⁰². Eux et d'autres craignent que l'employeur ne soit incité à licencier purement et simplement le travailleur et à embaucher un travailleur aux conditions qu'il souhaitait faire advenir⁵⁰³.

Toutefois, dans le cadre d'un congé-modification, le travailleur peut invoquer l'abus dans les motifs principalement sur le plan de la justification économique ; en effet, le contrat se poursuivant, l'employeur n'a manifestement *pas de reproche d'ordre personnel* à faire valoir. La jurisprudence, en imposant la règle selon laquelle le congé-modification doit être justifié économiquement, prévient la principale

⁵⁰⁰ Cf. GEISER THOMAS, Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Flexibilisierung der Arbeit, PJA 1998, pp. 1019-1032, spéc. p. 1031 ; WILDHABER ISABELLE, Die Änderungen von Arbeitsbedingungen bei Umstrukturierungen, Jusletter 21 avril 2008, N 14.

⁵⁰¹ Cf. CR-CO-AUBERT, N 12 *ad* art. 336 CO.

⁵⁰² TC-FR, 2 juillet 1996, JAR 1998, p. 194, RFJ 1996, p. 262 ; BaKomm.-PORTMANN, N 30b *ad* art. 336 CO ; VISCHER, p. 232 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 4 *ad* art. 336 CO.

⁵⁰³ BaKomm.-PORTMANN, N 30b *ad* art. 336 CO.

objection qui pourrait être formulée de ce point de vue. Et de fait, rompre un contrat relève d'un autre ordre que modifier unilatéralement son contenu. Une certaine garantie de stabilité doit être préservée au sein de la relation contractuelle. Dire que sous prétexte que le contrat peut être rompu à tout moment, il peut également être modifié à tout moment est une analogie selon nous excessive. En effet, dans le cas où le contrat est rompu, le travailleur est dans la situation de reprendre sa liberté et de redonner son consentement à un nouveau contrat de travail. Dans le cas où le contrat de travail continue tout en étant modifié, le travailleur voit les termes de l'échange modifiés par rapport à ce à quoi il avait donné son consentement, sans pouvoir à nouveau faire un libre usage de son consentement dans le cadre d'une nouvelle relation, sauf à s'exposer à un risque de chômage. Par ailleurs, l'employeur n'a pas franchement intérêt à se séparer d'un travailleur dont il est satisfait sous le seul prétexte de modifier certains éléments du rapport de travail.

En outre, le contrôle du motif économique du congé-modification permet d'*assurer l'effectivité du régime des sanctions disciplinaires* en droit du travail. En effet, si l'employeur est autorisé à modifier le contrat unilatéralement à tout moment sans raison objective, comment ne serait-il pas tenté d'y procéder en vue de sanctionner un salarié, dans des conditions qui ne répondent pas à celles qui prévalent dans le cas où il s'agit, pour un motif personnel, d'offrir des termes contractuels moins avantageux. Ce serait ouvrir la porte à l'arbitraire et, en réaction, courir le risque de multiplier les contentieux par lesquels les travailleurs invoqueraient la violation de leur personnalité. Un principe de sécurité juridique commande donc de reconnaître l'abus de tout congé-modification non justifié matériellement.

Le congé-modification reposant sur plusieurs motivations

De manière générale, lorsqu'une résiliation repose sur plusieurs motifs, dont certains sont abusifs et d'autres ne le sont pas, le juge doit fonder sa décision sur le motif qui, chez l'auteur de la résiliation, est vraisemblablement *prépondérant* et *déterminant*. En présence d'un

motif abusif et d'un autre motif non abusif, l'employeur supporte le fardeau de la preuve que la résiliation aurait aussi été notifiée en l'absence du motif qui doit être considéré comme abusif⁵⁰⁴.

Il en va de même en matière de congé-modification. Lorsque ce dernier repose sur plusieurs motifs, par exemple une volonté de représailles à l'encontre d'un travailleur et une baisse de commandes de la part des clients de l'entreprise, il faut identifier lequel des deux motifs est prépondérant. Si c'est celui de la baisse de commandes, alors le congé-modification sera admissible et le licenciement qui aurait succéder à éventuel refus du travailleur serait licite. En revanche, si la volonté de représailles à l'encontre du travailleur a déterminé l'employeur à procéder au congé-modification et que la baisse de commandes n'est qu'un prétexte, alors le travailleur qui serait ensuite licencié aura le droit de réclamer une indemnité pour licenciement abusif.

Le Tribunal fédéral a rappelé que l'interdiction de l'abus de droit sanctionnée par l'article 2, alinéa 2, du Code civil suppose une certaine gravité ; il peut y avoir abus de droit lorsque la norme applicable a pour but de mettre en place une certaine balance des intérêts, ce qui est le cas de l'article 336 du Code des obligations. L'idée est d'offrir une protection sociale au salarié licencié abusivement, dès lors que la protection du congé n'a pas de portée pratique pour l'employeur ; l'intérêt légitime du salarié au maintien du contrat doit être prise en compte lors de l'examen du caractère abusif du congé donné par l'employeur. Un licenciement pour un simple motif de convenance personnelle de l'employeur sera donc qualifié d'abusif⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ TF, 15 novembre 2010, 4A_430/2010, DTA 2011, pp. 31-35, cons. 2.1.3.

⁵⁰⁵ 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 ; cf. STÖCKLI JEAN-FRITZ, Das Kündigungsrecht als Hindernis für betriebliche Strukturveränderungen, ArbR 2007, pp. 191-206, spéc. p. 201.

c) **Contrôle du contenu**

Respect de la loi, des conventions collectives et contrats-types applicables

La modification visée par le congé-modification ne doit pas avoir pour effet d'éluider la loi ou les dispositions d'une convention collective ou d'un contrat-type applicable aux parties⁵⁰⁶. 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 360a⁵⁰⁷.

Caractère approprié et proportionné de la modification

Même si la modification respecte la loi et est matériellement justifiée, elle ne doit pas être inappropriée par rapport au but recherché⁵⁰⁸. La modification doit donc être *adéquate pour atteindre le but visé (Billigkeit)*⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ TF, 13 juin 2000, 4C.7/1999, SJ 2001 I 49, JAR 2003, p. 407, cons. 4c ; TF, 21 octobre 2003, 4C.177/2003, cons. 3.4 ; TF, 4 janvier 2007, 4C.317/2006, DTA 2008, p. 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 ; JOERIN, p. 91.

⁵⁰⁷ STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 3 *ad art.* 335 CO.

⁵⁰⁸ Comm.Dunand-BONARD, N 20 *ad art.* 335 CO.

⁵⁰⁹ TF, 22 avril 1997, ATF 123 III 246, JT 1998 I 300, JAR 1998, p. 187, PJA 1997, p. 1565, note KOLLER, cons. 3 ; TF, 6 mars 2000, JAR 2001, p. 270 ; TF, 1^{er} mars 2007, 4C.282/2006, cons. 4.2 ; Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 9 septembre 2004, JAR 2005, p. 331, cons. 1.9 ; cf. antérieurement mais pour un contrat de franchise : TF, 26 mars 1992, ATF 118 II 157, JT 1993. 648 ; GLOOR, Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive, DTA 2008, pp. 249-268, spéc. p. 257 ; JOERIN, p. 98.

Selon le principe général d'interdiction de l'abus de droit (CC, art. 2, al. 2), elle ne doit pas non plus créer de *disproportion évidente entre les intérêts en présence*⁵¹⁰.

Caractère juste de la modification

Les juges vont parfois plus loin en considérant que la modification ne doit pas être *injuste*⁵¹¹ ou faire entrer en vigueur des conditions *clairement moins favorables* que les conditions précédentes⁵¹². 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 modification⁵¹³. Prenant leur rôle plus à cœur, 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 justifier⁵¹⁴. 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 pertinentes⁵¹⁵.

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

⁵¹⁰ TF, 6 juillet 2005, ATF 131 III 535, cons. 4.2 ; TF, 4 janvier 2007, 4C.317/2006, DTA 2008, p. 133 ; BaKomm.-PORTMANN, N 30b *ad* art. 336 CO.

⁵¹¹ TF, 4 janvier 2007, 4C.317/2006, DTA 2008, p. 133, cons. 3.5 ; TA-TI, 6 avril 2006, JAR 2008, p. 467.

⁵¹² TF, 4 janvier 2007, 4C.317/2006, DTA 2008, p. 133, cons. 3.5.

⁵¹³ TC-FR, 2 juillet 1996, RFJ 1996, p. 262.

⁵¹⁴ AG-ZH, 25 janvier 2011, JAR 2012, p. 574.

⁵¹⁵ TA-TI, 6 avril 2006, JAR 2008, p. 467, cons. 11.2.

« *jouer un mauvais tour* » au travailleur⁵¹⁶, le congé-modification ne sera pas abusif.

d) Contrôle de la mise en œuvre

1° Délais à respecter

- 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 donne⁵¹⁷. Le congé-modification ne doit pas être l'occasion pour l'employeur d'adopter une attitude brutale.

Pour se prémunir d'une telle accusation, l'employeur doit octroyer au travailleur un délai de réflexion *suffisant*, soit au moins dix à quinze jours⁵¹⁸.

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 travail⁵¹⁹.

⁵¹⁶ Expression utilisée dans TF, 3 juin 2013, 4A_748/2012, cons. 2.3.

⁵¹⁷ TF, 4 janvier 2007, 4C.317/2006, DTA 2008, p. 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 (CO, art. 328), pour le salarié, dans son obligation de diligence et de fidélité (CO, art. 321a) (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).

⁵¹⁸ 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, p. 133, cons. 3.4.

⁵¹⁹ Cf. TF, 30 mars 1981, ATF 107 IV 35, JT 1982 IV 111, cons. 3a ; Comm.Dunand-BONARD, N 20 *ad* art. 335 CO.

- Délai de préavis

Le **délai de congé applicable** (légal, conventionnel ou contractuel) doit donc être respecté avant que la modification n'entre en vigueur⁵²⁰.

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 abusif⁵²¹.

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 (CO, art. 336, al. 1, d)⁵²². 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 337 et non dans l'article 336, alinéa 1er, d⁵²³.

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. (CO, art. 336c)⁵²⁴.

⁵²⁰ TC-FR, 30 août 1999, JAR 2001, p. 277 ; OG-LU, 11 juin 1996, RJB 1997, p. 582.

⁵²¹ TF, 13 juin 2000, 4C.7/1999, SJ 2001 I 49, JAR 2003, p. 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 ; Comm.Dunand-DUNAND, N 49 ad 336 CO ; Comm.Dunand-BONARD, N 20 ad art. 335 CO ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 335 CO.

⁵²² Cf. TF, 5 octobre 2004, 4C.246/2004, cons. 2.3 ; TA-TI, 6 avril 2006, JAR 2008, p. 467 ; Comm.Dunand-DUNAND, N 49 ad 336 CO.

⁵²³ Cf. CR-CO-AUBERT, N 11 ad art. 336 CO.

⁵²⁴ GEISER/MÜLLER, p. 98 ; JOERIN, p. 129 ; cf. SENTI CHRISTOPH, Reglemente als Ergänzung zum Arbeitsvertrag, PJA 2004, pp. 1083-1092, spéc. p. 1087. Indirectement dans TF, 4 janvier 2007, 4C.317/2006, DTA 2008, p. 133, cons. 3.4.

2° Procédure à respecter

Dès lors que le congé-modification concerne un nombre de travailleur égal aux seuils déterminant pour le champ d'application du **licenciement collectif** (CO, art. 335d et 335e), ce régime particulier est applicable⁵²⁵. En effet, dans cette hypothèse, l'effet juridique est le même que celui d'un licenciement collectif à proprement parler puisqu'il consiste à mettre un terme à plusieurs rapports de travail dans un but économique et non pas inhérent à la personne des travailleurs concernés⁵²⁶.

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 semaines⁵²⁷.

C'est alors que WYLER reprend la distinction entre congé-modification au sens large (lorsque l'employeur propose la modification mais sans exprimer son intention de licencier si le travailleur la refuse) et congé-modification au sens étroit (lorsque l'employeur attache directement à l'éventuel refus de la modification la conséquence d'un licenciement)⁵²⁸ : pour cet auteur, ce n'est que dans le cadre du congé-modification au sens étroit que l'employeur devrait respecter les exigences du licenciement collectif et notamment procéder à une information et à une consultation des travailleurs (CO, art. 335f)⁵²⁹. Ainsi, l'employeur pourrait d'abord se contenter de proposer la modification du contrat de travail ; il ne serait tenu de respecter la procédure du licenciement collectif que si le nombre de travailleurs ayant exprimé un refus est supérieur aux seuils de déclenchement du régime du licenciement collectif.

⁵²⁵ GEISER/MÜLLER, p. 98 ; AUBERT DAVID, 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. 24.

⁵²⁶ Comm.Dunand-BRUCHEZ, N 20 *ad* art. 335d CO.

⁵²⁷ Cf. Comm.Dunand-BRUCHEZ/DONATIELLO, N 40 *ad* art. 335f CO.

⁵²⁸ Cf. Comm.Dunand-WYLER, N 36 *ad* art. 320 CO.

⁵²⁹ WYLER, p. 442.

Au contraire, BRUCHEZ estime qu'en initiant une procédure de congé-modification au sens large, l'employeur envisage d'emblée la possibilité de licencier tous les travailleurs qui refuseraient la modification. Aussi, la procédure de licenciement collectif serait applicable pour l'ensemble des travailleurs concernés et non seulement pour ceux qui perdraient effectivement leur emploi du fait de leur refus⁵³⁰.

On se doute que le choix entre l'une ou l'autre de ces solutions est un choix politique, en faveur des travailleurs ou en faveur de l'employeur. On penchera donc pour l'une ou l'autre de ces deux solutions en fonction du camp que l'on cherche à défendre.

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 à la concurrence, sauf s'il parvient à donner, pour chaque licenciement, un motif justifié (CO, art. 340c, al. 2)⁵³¹.

2. Les sanctions disciplinaires

Modification ou sanction ? La distinction entre les deux notions est délicate car la modification d'un élément contractuel du rapport de travail, par exemple une diminution de salaire ou une rétrogradation, peut viser à sanctionner le salarié. Certes, le jeu « naturel » de la rémunération variable aboutit généralement à une variation de la rémunération en fonction des performances du travailleur ou de celles de l'entreprise. Il s'agit déjà, en fin de compte, d'une sanction indi-

⁵³⁰ Comm.Dunand-BRUCHEZ, N 20 *ad* art. 335d CO.

⁵³¹ 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.

recte. Cependant, l'employeur peut-il modifier un élément contractuel du rapport de travail à titre de sanction ?

Une telle possibilité ne peut être admise que de manière restrictive. Le régime est le même que lorsque l'employeur cherche à imposer une sanction disciplinaire en cas de non-respect des conditions de travail. Il convient donc de s'y référer⁵³².

3. La théorie de l'imprévision

A. Principes

La théorie de l'imprévision, autrement appelée *clausula rebus sic stantibus*, est une institution particulière du droit des obligations : littéralement, elle signifie que tout contrat de durée est censé n'être conclu que sous la condition selon laquelle son maintien est subordonné à la persistance de la situation factuelle qui existait au moment de sa conclusion, de telle sorte que l'altération grave de cet état de faits justifie la caducité ou l'adaptation de l'accord originaires⁵³³.

Le droit suisse la consacre expressément à l'article 373, alinéa 2, du Code des obligations, dans le cadre du contrat d'entreprise. La jurisprudence a vu dans cette consécration particulière l'expression d'un principe général contenu dans l'interdiction de l'*abus de droit*, lui-même consacré à l'article 2, alinéa 2, du Code civil, selon lequel le juge peut modifier ou anéantir un contrat lorsque, du fait de circonstances *postérieures* à la conclusion du contrat et *imprévisibles*, se produit une *disproportion manifeste* (*Missverhältnis*) entre prestation et contre-prestation qui rend *abusive* la prétention de l'autre partie⁵³⁴.

⁵³² Cf. ci-dessus pp. 101 et s.

⁵³³ CORNU GERARD (dir.), Vocabulaire juridique, Paris, Presses Universitaires de France, « Quadriges », 9^e éd., 2011, p. 845.

⁵³⁴ TF, 7 décembre 1971, ATF 97 II 390, cons. 6 (arrêt inaugural) ; cf. également TF, 26 septembre 1974, ATF 100 II 345, JT 1975 I 614, cons. 2b ; TF, 24 avril 2001, ATF 127 III 300, cons. 5 ; TF, 20 mars 2009, 4A_595/2008.

La disproportion ne doit pas être le résultat d'une faute imputable à celui qui s'en prévaut⁵³⁵.

L'adaptation du contrat par le juge en vertu de la théorie de l'imprévision n'est donc possible que si l'on se trouve en principe dans le cas d'un contrat de durée déterminée *de longue durée*, que la durée du contrat restant à courir soit longue et que l'employeur se prévale de circonstances tout à fait *extraordinaires*, face auxquelles il n'a *aucun moyen de résister* et qui étaient *impossibles à prévoir* lors de la conclusion du rapport de travail⁵³⁶. Le Tribunal fédéral a refusé d'appliquer la théorie de l'imprévision à un contrat conclu pour dix-huit mois, cette durée n'étant pas assez longue⁵³⁷.

La théorie de l'imprévision n'autorise pas l'employeur à demander une modification unilatérale d'une clause contractuelle *simplement lorsque l'on peut considérer que cette modification peut être raisonnablement imposée au salarié*. Une telle possibilité ne paraît pas rigoureuse juridiquement. Pourtant, cette voie est empruntée par un certain nombre de juges⁵³⁸. Or, les conditions de mise en œuvre de la théorie de l'imprévision sont strictes et doivent être respectées sous peine de réduire une nouvelle fois à néant le principe de force obligatoire des contrats.

B. Application

Un cas d'application est le régime des *heures supplémentaires* : 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 sup-

⁵³⁵ Cf. TF, 15 septembre 1987, ATF 113 II 513, JT 1989 I 10, SJ 1989, p. 13, cons. 3b ; CR-CO-CHAIX, N 25 *ad* art. 373 CO.

⁵³⁶ Cf. CARRUZZO, N 16 *ad* art. 320 CO.

⁵³⁷ TF, 24 mai 2006, 4C.61/2006, cons. 3.3.

⁵³⁸ AG-ZH, 18 août 2000, JAR 2002, p. 165, ZR 2001, p. 246.

plémentaires, une disproportion grave ayant affecté les prestations des parties au contrat⁵³⁹.

Selon un auteur, la *crise financière et économique* en cours depuis 2008 serait un cas typique d'application de la théorie de l'imprévision, rendant possible une modification de la rémunération. Le bouleversement des circonstances économiques serait tel que l'employeur pourrait s'en prévaloir pour refuser le versement d'éléments de rémunération contractuellement prévus⁵⁴⁰.

Nous estimons que cette analyse va trop loin. Tout d'abord, la théorie de l'imprévision doit être appliquée *de manière restrictive*⁵⁴¹. En effet, cette théorie doit viser un intérêt général du commerce et des transactions et non le simple intérêt particulier de l'une des parties au contrat. Se servir de la *clausula* pour permettre à une partie de s'exonérer de ses propres responsabilités nous paraît contraire à l'esprit de cette institution. Certes, on envisage aujourd'hui de supprimer certains éléments de rémunération variable parce qu'on leur prête un rôle majeur dans la survenance de la crise économique, par la prolifération des comportements risqués et égoïstes qu'elles sont supposées avoir favorisé. Cependant, on voit mal pourquoi il faudrait aujourd'hui donner la possibilité exorbitante de se défaire de leurs engagements à des entreprises qui, hier, ont volontairement octroyés ces rémunérations. L'ensemble du système des incitations financières et ses fondements conceptuels ont certainement vocation à être revus. Mais la mise à l'écart du principe *pacta sunt servanda* représente à nos yeux une atteinte trop incisive à l'ordre juridique pour servir uniquement à corriger les erreurs d'une partie à son propre avantage⁵⁴².

⁵³⁹ La clause dite *clausula rebus sic stantibus* (cf. CC, art. 2) ; 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, p. 211, cons. 4.

⁵⁴⁰ WIEGAND, Die Finanzmarktkrise und die *clausula rebus sic stantibus* dargestellt am Beispiel der Bonuszahlungen, Jusletter 9 février 2009 (également dans DTA 2009, p. 63).

⁵⁴¹ Récemment : CJ-GE, 30 mai 2012, CAPH/117/2012, cons. 6.5 ; CRAMER CONRADIN, Der Bonus im Arbeitsvertrag, Berne, Stämpfli, 2007, pp. 150-151.

⁵⁴² Pour une application également restrictive de la *clausula* en matière de rémunération sur objectifs, voir HIRSIGER RENE, Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis — Gleichzeitig ein Beitrag zu erfolgs- und leistungsabhängigen Vergütungssystemen und Bonuszahlungen im schweizerischen Arbeitsrecht, Berne, Stämpfli, 2011, pp. 298 et s.

C. Mise en œuvre

En pratique, la théorie de l'imprévision suppose de *saisir le juge*. Lorsque la modification souhaitée porte sur un engagement précis, par exemple la date des vacances convenue d'un commun accord entre le travailleur et l'employeur, ce dernier devra introduire une demande de mesures superprovisionnelles ou provisionnelles en réfaction de l'accord sur la date des vacances s'il craint un dommage grave pour son entreprise au cas où le travailleur s'absenterait à la date prévue.

Lorsque le juge accepte d'appliquer la théorie de l'imprévision, il *décide du nouveau contenu contractuel* qui doit venir remplacer l'ancien. Il prescrit également le *moment de l'entrée en vigueur* des nouveaux termes, en laissant généralement s'écouler une durée équivalente au délai de congé qui aurait normalement été applicable à la résiliation d'un contrat de durée indéterminée ayant la même ancienneté⁵⁴³, sauf cas d'urgence.

Si l'employeur n'a pas saisi le juge, il peut toujours *licencier* le travailleur. Dans le cas où les conditions de la théorie de l'imprévision étaient remplies, il existe peu de chances que le travailleur parvienne à faire reconnaître le caractère abusif de son licenciement puisque c'est précisément le fait de s'en être tenu aux termes contractuels qui pourrait être abusif. Le travailleur n'aurait donc pas fait valoir *de bonne foi* une prétention résultant du contrat de travail (cf. CO, art. 336, al. 1, d). Cette analyse suppose que les conditions de la théorie de l'imprévision soient remplies, notamment que l'entreprise ait effectivement subi de graves dommages économiques à cause du non-respect par le travailleur du terme contractuel modifié unilatéralement par l'employeur.

⁵⁴³ CARRUZZO, N 16 ad art. 320 CO.

4. Les lacunes contractuelles

Les lacunes contractuelles ne représentent pas à proprement parler une technique de modification des éléments contractuels du rapport de travail. Néanmoins, elles produisent un effet similaire.

Dans deux hypothèses, les parties ne sont pas en mesure d'établir quels seront les termes de leur relation :

— lorsque le contrat se borne à invoquer comme circonstance justifiant la modification d'un élément contractuel des mentions vagues comme les « circonstances du moment » ;

— lorsque les parties se sont mises d'accord sur une rémunération variable en fonction d'objectifs devant évoluer chaque année d'un commun accord mais ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les objectifs d'une année donnée.

Une solution consisterait à considérer que, à défaut d'accord, l'élément envisagé *tombe*. Mais on peut aussi considérer que le juge doit **prendre la place des parties défaillantes** et fixer lui-même la rémunération variable ou les éléments nécessaires à son calcul par exemple en fixant lui-même les objectifs à atteindre en s'inspirant notamment des accords passés les années précédentes. Recourir à la construction de la « lacune contractuelle » (*Vertragslücke*) autorise donc le juge à « compléter » le contrat, selon la « volonté hypothétique » (*nach dem hypothetischen Willen*) des parties : en l'absence de réglementation légale dispositive, le juge, en se fondant sur le principe de la bonne foi (*Treu und Glauben*), détermine ce que les parties auraient décidé si elles avaient pris en compte le point qu'elles ont délaissé. Le principe de bonne foi doit être compris en ce sens que le juge prend appui, d'une part, sur le standard d'un partenaire contractuel raisonnable et, d'autre part, sur l'essence et le but de la convention des parties⁵⁴⁴. Le complètement du contrat ressortit principalement du pouvoir d'appréciation du juge cantonal⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ Pour la théorie du complètement du contrat selon le principe de *bonne foi*, voir notamment TF, 31 mars 1982, ATF 108 II 112 et TF, 9 novembre 2011, 4A_356/2011, JAR 2012, p. 339, cons. 7.1, ou grâce à la *volonté hypothétique des parties*, voir TF, 18 juin

Par exemple, lorsqu'une participation, accordée à un cadre supérieur, est soumise à une révision en fonction des « impératifs du moment », on doit raisonnablement comprendre la clause de révision en ce sens que, l'employeur et le cadre supérieur étant intéressés au maintien de l'entreprise, ils sont tous deux disposés dans une certaine mesure à adapter le montant de la rétribution aux possibilités financières de l'employeur. Cependant, si la révision n'est réservée que pour le taux de la participation, on doit inférer que les parties n'ont pas envisagé une suppression totale de cet élément⁵⁴⁶.

Lorsque l'employeur choisit une formule ouverte comme celle des « impératifs du moment », il doit ensuite apporter la preuve de motifs objectifs justifiant la survenance de tels impératifs. Cette preuve peut être rapportée par le fait que le salarié se déclare conscient de la lourdeur de la charge qu'implique le paiement de sa participation selon le schéma initialement prévu. Dans une telle hypothèse, c'est au tribunal qu'il appartiendra de fixer, *ex aequo et bono*, le nouveau taux de participation.

Le Tribunal fédéral précise que le complètement de la lacune contractuelle en matière de gratification, lorsque le principe d'égalité de traitement est invoqué, doit se faire eu égard à l'usage *au sein de l'entreprise* et non eu égard à une éventuelle pratique au sein de la branche professionnelle⁵⁴⁷. Cette précision est discutable car on ne

1985, ATF 111 II 260, cons. 2a (« *Lorsqu'en cours d'exécution un contrat se révèle lacunaire, parce que les parties se trouvent confrontées à un problème nouveau qui appelle une solution pour l'exécution régulière du contrat, il y a lieu de combler la lacune comme l'auraient fait des partenaires raisonnables.* »); TF, 21 novembre 1989, ATF 115 II 484, cons. 4b ; TF, 24 avril 2001, ATF 127 III 300, cons. 6a et 6b ; TF, 30 mai 2007, 4A_28/2007, ATF 133 III 421, cons. 4.1 (« *En l'occurrence, ce problème doit être résolu d'après ce que les parties à la donation auraient probablement convenu, raisonnablement et de bonne foi, si elles avaient envisagé le cas non réglé ; il faut ici s'inspirer de l'économie et du but de leur contrat.* »). Pour des exemples d'application de cette théorie en matière de salaire variable, voir TF, 30 juillet 2004, 4C.189/2004, cons. 2.5 ; TF, 28 mars 2007, 4C.41/2007, cons. 4.2 ; TF, 9 novembre 2011, 4A_356/2011, JAR 2012, p. 339, cons. 4 ; TF, 5 mars 2012, 4A_380/2011, cons. 5.1.3.

⁵⁴⁵ Notez que les juges se contentent parfois d'une simple interprétation de la volonté des parties selon le principe de confiance, sans toujours passer par la théorie de la lacune contractuelle : TF, 17 mai 2013, 4A_447/2012, cons. 2.3.

⁵⁴⁶ TF, 1^{er} novembre 1983, Quatre cents arrêts, N 101.

⁵⁴⁷ TF, 9 novembre 2011, 4A_356/2011, JAR 2012, p. 339, cons. 8.3.

voit pas pourquoi, dans tel cas précis, le salarié n'aurait pas le droit d'envisager que l'usage de la branche lui soit applicable. Selon nous, cette décision doit être prise au cas par cas, en fonction des circonstances.

En cas de *transfert d'entreprise* également, il peut arriver que le juge doive compléter l'accord des parties⁵⁴⁸. En effet, les parties ont pu prévoir dans le contrat des termes qui se réfèrent à l'entreprise telle qu'elle existait avant le transfert. Ainsi, certaines clauses peuvent se trouver dépourvues de sens après le transfert. Par exemple, un élément de rémunération liée à une activité de l'entreprise qui n'existe plus devra être redéfini par le juge, en tenant compte avec équité de la nouvelle situation. Il n'y a pas de raison *a priori* pour que l'élément de rémunération tombe purement et simplement. En revanche, son domaine devra vraisemblablement être modifié pour tenir compte de la nouvelle organisation consécutive au transfert.

5. Les conséquences d'une modification des éléments contractuels du rapport de travail sans l'accord du salarié hors des cas admissibles

Lorsqu'il modifie les éléments contractuels du rapport de travail sans l'accord du salarié hors des cas admissibles, l'employeur commet une *inexécution contractuelle*.

Sa responsabilité est donc engagée à ce titre (CO, art. 97). Sa faute est présumée, l'illicéité consiste dans l'inexécution contractuelle, le dommage du travailleur correspond à ce qu'il n'a pas perçu alors qu'il était en droit de le percevoir, le lien de causalité entre le fait fautif et illicite et le dommage étant établi.

⁵⁴⁸ Cf. WILDHABER ISABELLE, Die Änderungen von Arbeitsbedingungen bei Umstrukturierungen, Jusletter 21 avril 2008, N 5.

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.

Cette prétention est soumise à la *prescription quinquennale* (CO, art. 128), ce qui signifie que le travailleur ne peut plus rien exiger au-delà de cinq ans.

Le *dies a quo* du délai de prescription est le moment de l'exigibilité de la rémunération due, généralement la fin du mois (CO, art. 323), voire la fin de l'année dans le cadre d'une gratification contractuelle, d'une participation ou d'une rémunération sur objectifs.

Le *treizième salaire*, lorsqu'il est contractuel, est également exigible à la fin de l'année (parfois également pour moitié au mois de juin), même si la créance correspondante existe déjà à la fin de chaque mois d'exécution du travail. Cette précision est importante dans l'hypothèse où l'employeur tomberait en faillite (LP, art. 219). La formulation légale actuelle résulte d'une réforme législative de 2003⁵⁴⁹, réforme consécutive à un arrêt du Tribunal fédéral qui avait mis en évidence l'incohérence du droit de la poursuite et de la faillite en matière de gratification⁵⁵⁰. 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 compte⁵⁵¹. 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

⁵⁴⁹ Loi fédérale du 19 décembre 2003 sur les créances salariales, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005 (RO 2004. 4031-4032).

⁵⁵⁰ TF, 31 août 2000, 5C.155/2000, cons. 4c.

⁵⁵¹ MEIER KURT, Lohnforderungen im Arbeitgeber-Konkurs, Plädoyer 1998, p. 38.

premier semestre de l'année que durant le second semestre⁵⁵². 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'année⁵⁵³.

Même prescrite, la créance du travailleur peut être opposée en *compensation* et, si elle est payée volontairement par l'employeur, elle ne correspond pas à un *paiement de l'indu*.

L'employeur en demeure doit un *intérêt* à un taux de 5 % l'an (CO, art. 104), ainsi que la réparation du dommage supplémentaire (CO, art. 106).

Pour les autres questions (tâches confiées, lieu de travail, etc.), l'employeur se trouve *en demeure* (CO, art. 324).

Le 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 peut également *démissionner* en respectant le délai de préavis applicable ou *avec effet immédiat*, si l'atteinte est grave. Si l'atteinte est moins grave, le travailleur doit préalablement envoyer un avertissement à l'employeur et lui laisser un délai raisonnable pour

⁵⁵² 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.

⁵⁵³ LORANDI FRANCO, Arbeitsverträge in der Insolvenz des Arbeitgebers, Jusletter 25 octobre 2004, N 33. Pour davantage de détails, voir également LORANDI FRANCO, Dauer-schuldverhältnisse im Nachlassverfahren, PJA 2004, pp. 1209-1224.

s'exécuter, compte tenu des circonstances et de sa prétention. Si, malgré cet avertissement, l'employeur persiste à ne pas vouloir rétablir la situation qu'il a illicitement modifiée, le travailleur peut alors rompre le contrat avec effet immédiat.

À quoi pourra prétendre le travailleur qui démissionne ? 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. Il peut s'agir d'un tort moral, à condition que le travailleur parvienne à rapporter la preuve qu'il en a subi un (CO, art. 49).

L'employeur peut-il invoquer l'article 336d du Code des obligations, lequel fait interdiction au travailleur de démissionner si un supérieur dont il est en mesure d'assumer les fonctions ou l'employeur lui-même se trouve empêché parce qu'il accomplit un service militaire ou civil obligatoire et s'il incombe au travailleur d'effectuer ce remplacement ? Dans une telle hypothèse, l'intérêt de l'entreprise pourrait commander d'appliquer cette règle, notamment si l'entreprise risque d'encourir des difficultés. Toutefois, l'employeur qui commet une inexécution contractuelle ne saurait reprocher au travailleur de démissionner en raison de cette inexécution.

Pour la rémunération, le travailleur peut également demander des *sûretés* (CO, art. 337a).

En cas de démission avec effet immédiat, la loi pose le principe de la *réparation intégrale du dommage* (CO, art. 337b, al. 1), laquelle est laissée à l'appréciation du juge (CO, art. 337b, al. 2). Le travailleur peut donc réclamer l'entier de ce que lui a coûté la démission, soit sa rémunération jusqu'à l'obtention d'un nouvel emploi et même, dans l'hypothèse où cet emploi serait moins bien rémunéré, la différence entre sa précédente rémunération et sa nouvelle rémunération, ainsi que le dommage de rente consécutif, pendant une durée raisonnable à déterminer au cas par cas en fonction des circonstances. En l'état

actuel de la jurisprudence du Tribunal fédéral, le travailleur ne saurait réclamer en sus une indemnité pouvant s'élever jusqu'à six mois de salaire (CO, art. 337c, al. 3).

III. Sans l'accord de l'employeur

Le travailleur peut modifier les éléments contractuels du rapport de travail sans l'accord de l'employeur de plusieurs manières. Nous allons les passer en revue.

Clause de modification unilatérale

S'il est en mesure de le faire, le travailleur peut négocier l'insertion d'une clause de modification unilatérale dans le contrat. Par exemple, le travailleur fait stipuler au contrat qu'il a le droit de décider unilatéralement de travailler en télétravail un ou plusieurs jours de la semaine. Une telle clause est en principe licite, sauf à être exercée de manière abusive.

Congé-modification

En vertu du *principe de parité* dans le régime de la résiliation du rapport de travail, le travailleur peut faire usage du congé-modification. Ainsi, le travailleur peut notifier son congé à l'employeur pour le cas où ce dernier refuserait de modifier un élément contractuel du rapport de travail (par exemple, modifier ses fonctions, augmenter sa rémunération, etc.)⁵⁵⁴. Théoriquement, le congé-modification donné par le travailleur ne doit pas être abusif pour être valable. Dans la pratique, les travailleurs tentent généralement une approche par la voie du contrat modificatif ou par celle de la démission.

⁵⁵⁴ Cf. DUC/SUBILIA, N 13 *ad* art. 335 CO.

Modification par le juge

Le travailleur peut demander au juge la modification de certains éléments contractuels du rapport de travail. Par exemple, le travailleur peut demander au juge de réduire la *clause de non-concurrence* qui n'est pas convenablement limitée quant au lieu, au temps et au genre d'affaires, de telle sorte qu'elle ne compromette pas son avenir économique de manière contraire à l'équité (CO, art. 340a).

Le travailleur peut également utiliser à son compte la *théorie de l'imprévision*, lorsque les conditions en sont remplies⁵⁵⁵.

Le cas particulier de la grève

À proprement parler, la grève ne modifie pas le contrat de travail ; elle en suspend simplement l'exécution. Il ne s'agit donc pas d'un véritable cas de modification du rapport de travail. Il en va d'ailleurs de même lorsque l'employeur ferme les locaux de l'entreprise dans un contexte de conflit avec son personnel (*lock-out*).

⁵⁵⁵ Cf. ci-dessus pp. 167 et s.

3^e Partie :

La modification des éléments collectifs du rapport de travail

Dans cette partie, nous allons étudier la modification du rapport de travail qui ne concerne pas un seul travailleur mais une pluralité de travailleurs. Deux éléments sont concernés :

- la modification du *droit collectif du travail* : conventions collectives et contrats-types de travail **(I)** ;
- la modification de l'*horaire collectif de travail* de tout ou partie du personnel, avec réduction corrélative des salaires : chômage partiel **(II)**.

Il faut distinguer la modification des éléments collectifs du rapport de travail, où ce sont les travailleurs formant un ensemble qui sont concernés, de la *modification simultanée de plusieurs contrats de travail* : certes dans ce dernier cas, il peut arriver que les règles du licenciement collectif soient applicables et que certains droits des travailleurs puissent être exercés en commun, mais la modification concerne à chaque fois un rapport de travail particulier⁵⁵⁶.

Il faut également distinguer la modification des éléments collectifs du rapport de travail de la *modification du cadre législatif*, lequel vient également se répercuter sur chaque rapport de travail particulier⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ Cf. ci-dessus pp. 20, 87 et 165.

⁵⁵⁷ Cf. ci-dessus chapitre préliminaire.

I. La modification du droit collectif du travail

Le droit collectif du travail regroupe les **conventions collectives (1)** et les **contrats-types (2)**.

1. La modification des conventions collectives

En vertu du principe de liberté syndicale, les conventions collectives ne sont pas applicables automatiquement en droit suisse du travail. Nous allons donc rappeler brièvement les cas où une convention collective est **applicable (A)**, avant de voir comment elles peuvent être **modifiées (B)**. Une convention collective, même après la fin de son application ne cesse pas d'exercer toute influence sur les relations de travail auxquelles elle s'appliquait. Nous allons donc voir quelles sont les **conséquences de la fin** de l'application d'une convention collective (C).

A. Application des conventions collectives

Une convention collective est applicable dans plusieurs hypothèses que nous passons en revue ici :

- Une convention collective *étendue par arrêté* du pouvoir exécutif cantonal ou fédéral s'applique à toutes les entreprises comprises dans son champ d'application et à tous les travailleurs de ces entreprises.
- 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). 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 que ces dernières souhaitaient que les éventuelles modifications apportées à la convention collective soient prises en compte (ce qu'on appelle un « renvoi dynamique »)⁵⁵⁸.

- En dehors de ces deux hypothèses, une convention collective est applicable à un rapport de travail lorsque *à la fois* l'employeur, d'une part, et le travailleur, d'autre part, y sont assujettis.

L'employeur est assujetti lorsqu'il a lui-même *signé* la convention collective, qu'il *fait partie d'une association patronale signataire*, qu'il a *adhéré ultérieurement* à une telle association ou que, sans vouloir faire partie d'une telle association, il a néanmoins déclaré vouloir être *soumis individuellement* à la convention collective.

Le travailleur est assujetti lorsqu'il est *membre d'un syndicat signataire* de la convention collective ou y ayant *adhéré ultérieurement*, ou lorsque, sans être membre du syndicat, il a déclaré vouloir *se soumettre individuellement* à la convention collective.

- L'employeur peut également 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.

- 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)⁵⁵⁹ 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 (CO, art. 333, al. 1^{bis})⁵⁶⁰. La convention collective peut être modifiée dans les mêmes conditions que pour les autres hypothèses d'application des conventions collectives⁵⁶¹. Ce-

⁵⁵⁸ Cf. AG-ZH, 23 août 1995, ZR 1998, p. 170 ; cf. STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, N 4 *ad* art. 320 CO.

⁵⁵⁹ Comm.Dunand-BRUCHEZ, N 49 et 65 *ad* art. 356 CO.

⁵⁶⁰ Pour les conflits entre conventions collectives, cf. BaKomm.-PORTMANN, N 21 *ad* art. 333 CO.

⁵⁶¹ Cf. BaKomm.-PORTMANN, N 18 *ad* art. 333 CO.

pendant, 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 compte⁵⁶². Cette solution est toutefois en contradiction avec l'affirmation précédente selon laquelle la convention collective 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.

B. Conditions de modification d'une convention collective

a) Principes

Une convention collective peut être rompue *en tout temps* par **accord commun** des deux parties⁵⁶³.

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.

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 seraient résiliées, les autres clauses subsisteraient)⁵⁶⁴. La convention collective peut également cesser de déployer ses effets par la survenance d'un événement prévu comme *condition*⁵⁶⁵.

⁵⁶² BaKomm.-PORTMANN, N 19 *ad* art. 333 CO

⁵⁶³ GEISER/MÜLLER, p. 303. Ces auteurs n'excluent pas l'invocation d'un vice du consentement à l'égard d'une convention collective, mais de manière tout à fait limitée, pour certaines clauses spécifiques, avec effet non rétroactif de nullité (p. 104).

⁵⁶⁴ Cf. PORTMANN/STÖCKLI, p. 308.

⁵⁶⁵ PORTMANN/STÖCKLI, p. 309.

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 (CO, art. 356c, al. 2). La résiliation doit intervenir au moyen de la *forme écrite* (CO, art. 356c, al. 1^{er})⁵⁶⁶. Une convention collective à durée indéterminée a donc, de par la loi, une existence minimale de dix-huit mois⁵⁶⁷.

Les mêmes conditions valent pour une *soumission individuelle*.

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 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 expiration⁵⁶⁸. 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 collective⁵⁶⁹. Dans ce cas, l'employeur n'est pas lié par une reconduction expresse ou tacite de la convention collective par ses parties contractantes⁵⁷⁰. 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 supplémentaire⁵⁷¹. Cette position

⁵⁶⁶ Pour le régime de la forme écrite, cf. CO, art. 12 et s.

⁵⁶⁷ Cf. WYLER, p. 699.

⁵⁶⁸ TF, 13 juin 2000, 4C.7/1999, SJ 2001 I 49, JAR 2003, p. 407, cons. 4.

⁵⁶⁹ TF, 13 septembre 2005, 4C.422/2004, ATF 132 III 122, cons. 4.5.3 ; GEISER/MÜLLER, p. 304.

⁵⁷⁰ WYLER, p. 700.

⁵⁷¹ 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.

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. Quant à la position qui consisterait à considérer que l'employeur peut se considérer comme immédiatement libéré du respect de la convention collective dès sa sortie de l'association patronale, elle serait manifestement abusive : la référence à la liberté d'association n'est pas vraiment pertinente puisque la sortie de l'association elle-même est soumise à l'observation d'un certain délai. À pousser ce raisonnement jusqu'au bout, on pourrait tout aussi bien justifier un licenciement immédiat en tout temps sur le fondement de la liberté contractuelle. Or, si la liberté d'association ou la liberté contractuelle donnent le droit de refuser de s'associer ou de contracter, elles n'autorisent pas pour autant à tout envoyer valser du jour au lendemain. En pratique, la démission de l'association exigeant parfois le respect d'un terme (la fin de l'année ou de l'exercice administratif) et d'un délai de préavis (six mois selon le régime légal : CC, art. 70, al. 2), la convention collective devra donc encore être dénoncée par l'employeur après sa sortie de l'association patronale, dans le respect des termes et délais.

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.

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-même⁵⁷².

La *dissolution d'une association signataire* peut-elle représenter un motif de résiliation de la convention collective pour les employeurs qui faisaient précédemment partie de l'association défunte ? Cette solution, admise par certains auteurs⁵⁷³, 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.

b) 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 ?

Le régime du licenciement immédiat (CO, art. 337 et s.) n'est 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

⁵⁷² TF, 25 septembre 2008, 9C_547/2007, ATF 134 III 625, JAR 2009, p. 381, DTA 2009, p. 297.

⁵⁷³ PORTMANN/STÖCKLI, p. 309.

collective entraînerait la faillite économique d'un employeur, mais non lorsque de simples difficultés économiques se présentent⁵⁷⁴.

L'effet de la résiliation de la convention collective ne serait qu'*ex nunc*⁵⁷⁵. 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.

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 redoublé d'efforts pour maintenir en vie l'entreprise malgré les erreurs stratégiques commises.

C. Conséquences de la fin d'une convention collective

Les droits allemand et français prévoient expressément une survie des dispositions normatives et obligationnelles de la convention collective jusqu'à ce qu'une nouvelle convention soit conclue⁵⁷⁶. Ce n'est pas le cas du droit suisse.

⁵⁷⁴ GEISER/MÜLLER, p. 304.

⁵⁷⁵ VISCHER, p. 368.

⁵⁷⁶ VISCHER, p. 369.

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 déterminé⁵⁷⁷.

Une convention collective continue également de s'appliquer au rapport de travail si cela correspond à la *volonté présumée des parties*⁵⁷⁸. Si les parties n'ont rien prévu 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-modifications⁵⁷⁹, ce qui peut entraîner l'application du régime du licenciement collectif⁵⁸⁰.

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. Toutefois, selon VISCHER, 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 impossibles⁵⁸¹. Cette exclusion ne se justifie pas vraiment car on ne perçoit pas bien pourquoi les conditions posées par la convention collective poseraient

⁵⁷⁷ GEISER/MÜLLER, p. 305.

⁵⁷⁸ 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, p. 319, cons. 3.1.1 et 3.1.2.2 ; OG-LU, 18 octobre 2000, JAR 2001, p. 393 ; PORTMANN/STÖCKLI, p. 309.

⁵⁷⁹ 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 ; VISCHER, p. 369 ; WYLER, p. 700.

⁵⁸⁰ WYLER, p. 442.

⁵⁸¹ VISCHER, p. 369.

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 défunte⁵⁸².

Lorsque la convention collective est applicable à l'employeur à la suite d'un *transfert d'entreprise* (CO, art. 333, al. 1^{er} bis), la convention collective cesse-t-elle de déployer ses effets *automatiquement* à la date anniversaire du transfert d'entreprise⁵⁸³ ? Cette solution paraît abrupte. L'employeur doit-il effectuer une simple *déclaration unilatérale* de résiliation⁵⁸⁴ ou ne doit-on pas plutôt considérer que l'employeur doit *dénoncer formellement* la convention collective dans le respect du *préavis* légal de six mois (CO, art. 356c, al. 2) ? La dernière solution paraît la plus respectueuse de la paix du travail.

⁵⁸² Cf. VISCHER, p. 369.

⁵⁸³ Solution retenue par STREIFF/VON KANEL/RUDOLPH, N 9 ad art. 333 CO. Notez que le délai d'une année commence au jour du transfert d'entreprise. En cas de fusion, la loi dispose que la fusion déploie ses effets dès son inscription au registre du commerce (LFus, art. 22, al. 1). En vertu de l'article 932, alinéa 1, du Code des obligations, la date de l'inscription correspond à celle de la mention faite sur le journal. L'inscription au journal est cependant soumise à la condition que l'Office fédéral du registre du commerce approuve l'inscription opérée par le registre cantonal (ORC, art. 115). Avec cette approbation, l'inscription déploie ses effets rétroactivement au jour de la mention sur le journal (Message LFus, FF 2000, p. 4075). Toutefois, le moment de l'inscription au registre du commerce doit être distingué du moment de l'opposabilité de l'inscription aux tiers. Aux termes de l'article 932, alinéa 2, du Code des obligations, l'inscription n'est opposable qu'à partir du jour ouvrable qui suit celui dont la date figure sur le numéro de la FOsc où a été publiée l'inscription (Message LFus, FF 2000, p. 4076). Aussi la prudence commande-t-elle de considérer comme point de départ le lendemain de la date à laquelle la fusion a été publiée dans la FOsc (HUBSCHMID, Zürcherkommentar zum Fusionsgesetz, 2^e éd., N 9 ad art. 27 LFus ; CHAMPEAUX, Handelregisterverordnung, Stämpflis Handkommentar, N 27 ad art. 131 ORC).

⁵⁸⁴ Solution retenue par WILDHABER ISABELLE, Die Weitergeltung des GAV bei Umstrukturierungen (asset deals, Fusionen, Spaltungen, Vermögensübertragungen), DTA 2008, pp. 165-180.

2. La modification des contrats-types

En principe, les dispositions des contrats-types de travail n'ont 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 (CO, art. 360, al. 1). En revanche, tout écart de norme par rapport à un contrat-type doit être établi en la forme écrite (CO, art. 360, al. 2)⁵⁸⁵. 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.

Le code prévoit que la procédure d'adoption des contrats-types est applicable à leur abrogation et à leur modification (CO, art. 359a, al. 4). Ainsi, le projet de modification du contrat-type doit provenir d'un organe compétent (CO, art. 359a, al. 1) 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 (CO, art. 359a, al. 2). La modification n'entrera en vigueur qu'après avoir été publiée conformément aux prescriptions valables pour les publications officielles (CO, art. 359a, al. 3). Lorsqu'il s'agit d'adopter un contrat-type selon le régime des articles 360a à 360f, ces dispositions propres doivent en outre être respectées⁵⁸⁶.

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 public⁵⁸⁷, jugé par la 1^e Cour de droit civil du Tribunal fédéral (LTF, art. 15, al. 1, a ; RTF, art. 31, al. 2)⁵⁸⁸. La qualité pour recourir appartient à toute 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 juri-

⁵⁸⁵ TF, 17 octobre 1996, JAR 1997, p. 116.

⁵⁸⁶ Comm. Dunand-MAHON/JEANERAT, N 3 *ad* art. 359a CO.

⁵⁸⁷ TF, 20 novembre 2013, 4C_3/2013 et 4C_4/2013, cons. 2.

⁵⁸⁸ TF, 10 juillet 2013, 4C_2/2013, DTA 2013, p. 317, cons. 1.1 et 1.2.

dique⁵⁸⁹. Le motif de recours contre un contrat-type est généralement l'atteinte à la liberté économique (Cst. féd., art. 27)⁵⁹⁰, la protection de la bonne foi (Cst. féd. art. 5, al. 3) et la prohibition de l'arbitraire (Cst. féd., art. 9)⁵⁹¹.

II. La modification de l'horaire collectif de travail : le chômage partiel

Le chômage partiel est, en cas de difficultés économiques ou financières de l'entreprise, un accord entre employeur et travailleurs visant à réduire, pour tous les travailleurs de l'entreprise ou un groupe d'entre eux, l'horaire collectif de travail *tout en réduisant* proportionnellement la rémunération correspondante, en vue de maintenir les emplois sur le long terme⁵⁹².

Il représente une *modification du contrat de travail*⁵⁹³. Dans la pratique, l'employeur cherche à obtenir le consentement de chacun des travailleurs concernés. Le consentement d'un travailleur doit être admis de manière tacite lorsqu'après que l'employeur a formellement annoncé la mise en place du chômage partiel, le travailleur exécute sa prestation selon le nouvel horaire collectif, sans protestation⁵⁹⁴. Contrairement à la modification unilatérale d'un contrat de travail individuel, l'acceptation tacite peut être admise de manière plus large, étant donné qu'un groupe de travailleurs est concerné et qu'ils sont davantage en mesure de se défendre collectivement.

Bien entendu, l'introduction du chômage partiel doit répondre à de véritables difficultés financières de l'entreprise et non pas servir à augmenter les dividendes versés aux actionnaires. Si le travailleur perd son emploi malgré le fait qu'il avait accepté une réduction de salaire, il peut alors prétendre à se voir appliquer les conditions con-

⁵⁸⁹ TF, 10 juillet 2013, 4C_2/2013, DTA 2013, p. 317, cons. 1.3.

⁵⁹⁰ TF, 10 juillet 2013, 4C_2/2013, DTA 2013, p. 317, cons. 3.

⁵⁹¹ TF, 10 juillet 2013, 4C_2/2013, DTA 2013, p. 317, cons. 4.

⁵⁹² Cf. BRÜHWILER, N 10, b *ad art.* 320 CO ; cf. PORTMANN/STÖCKLI, p. 51.

⁵⁹³ ZKomm.-STAEHELIN, N 44 *ad art.* 322 CO.

⁵⁹⁴ BRÜHWILER, N 10, b *ad art.* 320 CO.

tractuelles initialement prévues jusqu'à la fin effective de son rapport de travail⁵⁹⁵. Le chômage partiel doit donc être qualifié juridiquement de *réduction de rémunération assortie d'une condition résolutoire*.

Lorsque les conditions posées par les articles 31 et suivants de la loi sur l'assurance chômage (LACI) sont remplies, les travailleurs peuvent bénéficier d'une *indemnité* étatique⁵⁹⁶.

Selon la jurisprudence, la loi sur l'assurance chômage vise à garantir aux personnes assurées une compensation convenable du manque à gagner causé tant par le chômage que par la réduction de l'horaire de travail, les intempéries ou l'insolvabilité de l'employeur (LACI, art. 1, al. 1)⁵⁹⁷. Les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail à certaines conditions : lorsqu'ils sont tenus de cotiser à l'assurance ou qu'ils n'ont pas encore atteint l'âge minimum de l'assujettissement aux cotisations AVS (LACI, art. 31, al. 1, a), lorsque la perte de travail doit être prise en considération (LACI, art. 31, al. 1, b), lorsque le congé n'a pas encore été donné (LACI, art. 31, al. 1, c), lorsque la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire et que l'on peut admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question (LACI, art. 31, al. 1, d). La perte de travail n'est prise en considération que lorsqu'elle est due à des facteurs d'ordre économique et est inévitable (LACI, art. 32, al. 1, a), notamment quand elle est due à des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation que l'employeur doit assumer (LACI, art. 33, al. 1, a)⁵⁹⁸ et qu'elle représente au moins 10 % de l'ensemble des heures normalement effectuées par les travailleurs de l'entreprise (LACI, art. 32, al. 1, b).

Est réputée durée normale du travail, la durée contractuelle du travail accomplie par le travailleur, mais au plus la durée selon l'usage local

⁵⁹⁵ AG-Berne, 3 mai 1993, JAR 1994, p. 125 ; PORTMANN/STÖCKLI, p. 51.

⁵⁹⁶ Pour une décision récente, cf. TF, 24 janvier 2014, 8C_172/2013.

⁵⁹⁷ TAF, 26 septembre 2013, B-1156/2013, cons. 2.1.

⁵⁹⁸ TF, 5 juillet 2013, 8C_302/2013, DTA 2013, p. 352 (l'assainissement d'une autoroute, auquel il faut s'attendre de temps en temps, appartient aux risques normaux d'exploitation qu'un exploitant de restoroute doit assumer).

dans la branche économique en question ; pour les travailleurs dont le temps est variable, l'horaire annuel moyen convenu contractuellement est considéré comme horaire normal de travail (OACI, art. 46, al. 1 et art. 66a, al. 1). La durée de travail n'est réputée réduite que si elle n'atteint pas la durée normale de travail, une fois additionnées les heures de travail en plus. Comptent comme heures de travail en plus les heures payées ou non encore payées qui excèdent le nombre d'heures à effectuer selon l'horaire de travail contractuel. Ne comptent pas comme heures de travail en plus, les heures effectuées dans le cadre du régime d'horaire mobile de l'entreprise, pour autant qu'elles ne dépassent pas vingt heures, ni les heures de compensation ou de rattrapage imposées par l'entreprise pour compenser des ponts entre les jours fériés (OACI, art. 46, al. 2 et art. 66a, al. 2)⁵⁹⁹.

⁵⁹⁹ TAF, 26 septembre 2013, B-1156/2013, cons. 2.2 ; cf. également TAF, 11 juillet 2013, B-543/2013, cons. 3.2.

Conclusion

La modification du rapport de travail dépend de la nature de chaque élément que l'on cherche à modifier. Il faut donc commencer par **identifier** chacun de ces éléments et les **classer** dans les catégories correspondantes.

Ces catégories sont au nombre de trois : les conditions de travail, les éléments contractuels du rapport de travail et les éléments collectifs du rapport de travail.

Les conditions de travail et les éléments contractuels du rapport de travail concernent chaque travailleur en particulier. À l'inverse, les éléments collectifs du rapport de travail concernent les travailleurs d'une ou de plusieurs entreprises dans leur ensemble.

Les **conditions de travail** sont les éléments du rapport de travail qui appartiennent *par nature* au pouvoir de direction de l'employeur : instructions, gratification bénévole, objectifs fixés, horaires de travail, date des vacances, lieu de travail. Ces éléments peuvent toutefois être *contractualisés* par un contrat formel ou par usage, ainsi que par engagement unilatéral. Par ailleurs, l'employeur sera parfois aussi obligé de les accorder dans la même mesure que ce qu'il a accordé à d'autres travailleurs, afin de respecter le principe d'égalité de traitement et de protéger la confiance légitime.

Les **éléments contractuels du rapport de travail** sont par nature les parties au contrat, la date de début du rapport de travail, les fonctions du travailleur, la rémunération, la durée du travail, ainsi que les éléments que les parties ont choisi de régler spécialement dans les cas où le code les y autorise (durée déterminée ou indéterminée du contrat, durée des vacances et des congés, durée du délai de préavis, prestations en cas d'empêchement de travailler, indemnisation des heures supplémentaires, remboursement forfaitaire des frais, droit sur les inventions, montant et échéance de l'indemnité à raison des longs rapports de travail).

Les conditions de travail peuvent être modifiées **unilatéralement** par l'employeur, à condition que ce dernier ne cherche pas, ce faisant, à

violer la loi ou à adopter un comportement chicanier, et qu'il respecte, si nécessaire, un délai de prévenance. La modification des horaires ou du lieu de travail devra se faire en tenant particulièrement compte des impératifs liés à la vie personnelle, familiale ou sociale du travailleur. La demande de modification des conditions de travail formulée par un jeune travailleur ou une femme enceinte ou récemment accouchée devra être examinée de bonne foi par l'employeur.

Les éléments contractuels du rapport de travail peuvent être modifiés **d'un commun accord**. La modification ne peut porter que sur les prestations à venir. Le consentement du travailleur ne peut être présumé que si la modification lui est favorable. Une clause de modification unilatérale que l'employeur se serait réservée dans le contrat initial ne peut être mise en œuvre de manière abusive, c'est-à-dire, en synthèse, que son exercice doit reposer sur des motifs objectifs.

Les éléments contractuels du rapport de travail peuvent également être modifiés, sans l'accord du travailleur, par un **congé-modification** si l'employeur est en mesure de se prévaloir d'un motif économique pertinent et que la modification n'entre en vigueur qu'au terme du délai de congé normalement applicable. En cas de circonstances extraordinaires, imprévisibles et ne résultant pas d'une faute de l'employeur, ce dernier peut demander au juge de modifier un élément contractuel en vue de **rétablir l'équilibre** qui a été bouleversé.

Le travailleur qui ne respecte pas des conditions de travail ou un élément contractuel du rapport de travail valablement modifiés s'expose à des **sanctions disciplinaires** et à un **licenciement**. Sa **responsabilité contractuelle** peut également être engagée si sa désobéissance a causé un dommage à l'employeur.

Les **conventions collectives** connaissent un régime propre de modification qui doit être respecté par toutes les parties assujetties. En particulier, un employeur ne peut se soustraire à l'application d'une convention collective en vigueur simplement en démissionnant de l'association patronale signataire. Une convention collective défunte possède un **effet posthume** pour autant que l'on puisse présumer qu'un tel effet corresponde à la volonté présumée des parties qui ont cessé d'être liées par elle. Le **contrat-type de travail** connaît un régime propre de modification, dont certaines exigences relèvent du droit pu-

blic. Quant à la modification de *l'horaire collectif de travail*, elle peut donner droit au versement d'indemnités aux travailleurs, pour autant que les conditions légales soient remplies.

En définitive, le régime juridique de la modification du rapport de travail est toujours un équilibre entre les différents aspects que met en jeu le travail, et principalement ses deux composantes fondamentales que sont le *contrat* et le *statut*. Les conditions de travail sont le signe de la *subordination* du travailleur. Cette caractéristique explique que l'employeur puisse les modifier librement. Ce principe doit toutefois être tempéré par l'interdiction de l'*abus de droit*, lequel sera examiné à l'aune de la situation particulière du salarié, dont le travail s'inscrit nécessairement dans le cadre de sa vie personnelle, familiale et sociale. Les éléments contractuels du travail sont le fondement même de la relation contractuelle. Le *consentement* donné doit être protégé, sauf à réduire à néant le principe de *force obligatoire des contrats*. La modification de ces éléments d'un commun accord ne doit donc être reconnue que si un consentement a été *clairement exprimé*. Leur modification unilatérale doit reposer sur des *motifs objectifs*. Le droit collectif est une autre caractéristique du droit du travail. Son importance *historique* et *sociale* explique son régime propre de modification.

Parce que créer des richesses à partir du travail exprime le statut paradoxal de l'homme face à la nature, autant esclave que demiurge, sa réglementation juridique est toujours délicate. Organiser l'entreprise de manière rationalisée tout en donnant du sens à l'activité humaine, voilà somme toute le défi que l'on ne cessera de devoir surmonter.

Tableaux synoptiques de la marche à suivre pour modifier le rapport de travail

Tableau 1 Identifier le régime de modification applicable

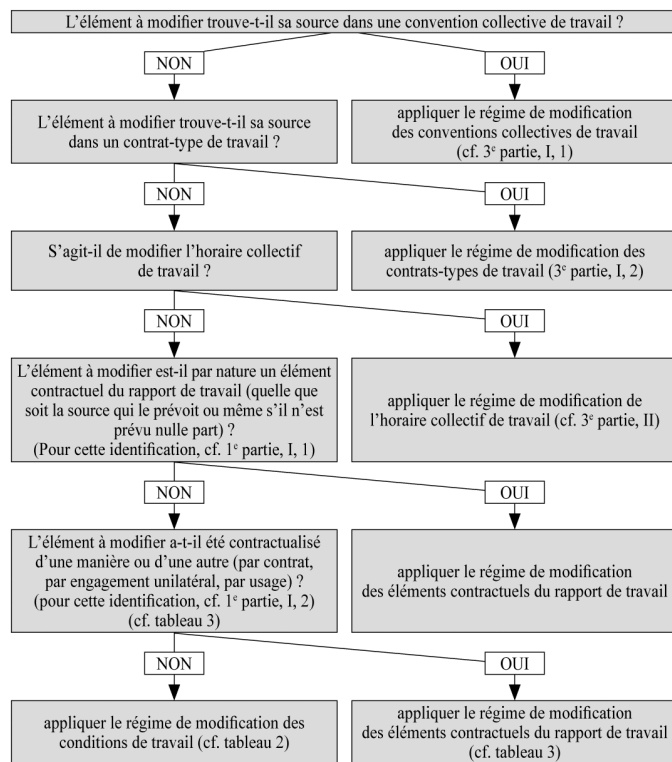


Tableau 2 La modification des conditions de travail

| |
|--|
| Principe : liberté de modification |
| MAIS |
| - respecter si possible un délai de prévenance |
| - respecter la loi et le droit collectif |
| - respecter la personnalité du travailleur : ne pas modifier les conditions de travail dans le but de nuire au travailleur ; tenir compte du lieu de résidence du travailleur et de sa situation personnelle et familiale avant de modifier le lieu de travail |

Pour davantage de détails, cf. 1^e partie, II

Tableau 3 La modification des éléments contractuels du travail

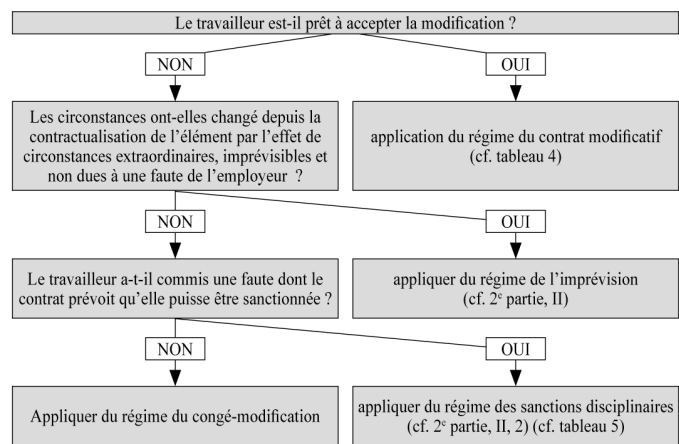
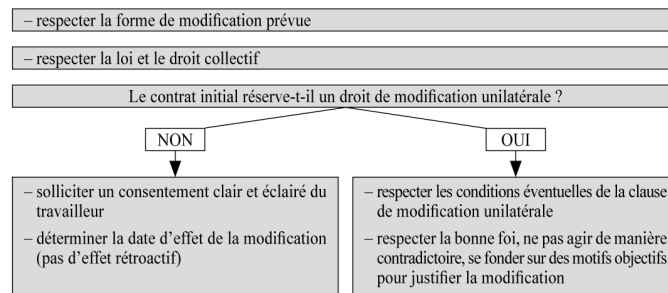
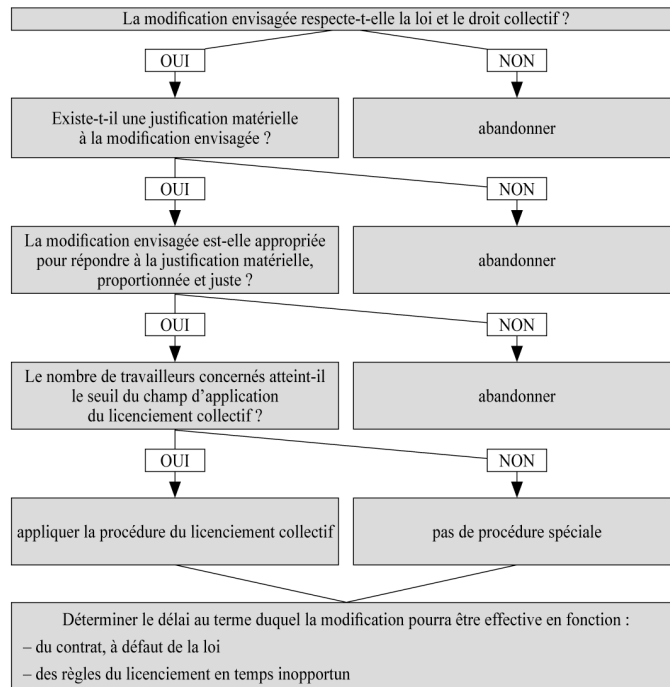


Tableau 4 Le contrat modificatif



Pour davantage de détails, cf. 2^e partie, I

Tableau 5 Régime du congé-modification



Pour davantage de détails, cf. 2^e partie, II

Table des matières

Préface..... V

Sommaire VII

AbréviationsIX

Bibliographie XV

- I. Ouvrages généraux en droit du travail XV
- II. Ouvrages spécialisés sur la modification du rapport de travail XVII
- III. Articles spécialisés sur la modification du rapport de travail..... XVII

Introduction :

Les trois sortes de modification du rapport de travail 1

| | |
|--|----------|
| Chapitre préliminaire | 7 |
| I. L'ancienneté du salarié | 7 |
| II. La modification du rapport de travail du fait de la loi | 8 |
| 1. Principes..... | 8 |
| Le cas particulier des cotisations sociales et des impôts | 9 |
| 2. Nouvelle avec dispositions transitoires | 10 |
| 3. Nouvelle sans dispositions transitoires | 10 |
| 4. Droit des parties au maintien de l'équilibre contractuel ? | 11 |

1^e Partie :

La modification des conditions de travail13

| | |
|---|-----------|
| I. Domaine | 13 |
| 1. Par nature | 15 |
| A. Les éléments contractuels par nature | 16 |
| a) Les parties au contrat | 17 |
| Transfert d'entreprise | 18 |
| Transfert du rapport de travail à un tiers | 20 |
| Transformation de la forme juridique de l'employeur sans changement des personnes physiques titulaires du pouvoir de direction..... | 21 |

| | | |
|----|--|----|
| b) | La date de début du rapport de travail | 22 |
| c) | Les fonctions du travailleur | 23 |
| | 1° Fonctions et tâches quotidiennes .. | 24 |
| | - Fonctions et tâches quotidiennes liées | 24 |
| | - Tâches constituant le prolongement logique des fonctions | 26 |
| | 2° Cas particuliers | 27 |
| | - Urgence..... | 27 |
| | - Remplacement d'un salarié absent | 29 |
| | - Travailleur malade, accidenté ou courant un risque pour sa santé.... | 30 |
| | - Les tâches confiées pendant le délai de préavis..... | 32 |
| | 3° Fonctions, tâches et sanctions..... | 33 |
| | - Absence de tâches confiées..... | 33 |
| | - Rétrogradation | 35 |
| | 4° Le changement de fonctions | 36 |
| d) | La rémunération | 38 |
| | Principes..... | 38 |
| | Domaine..... | 40 |
| | La modification de la rémunération variable..... | 41 |
| | Clause de variation unilatérale | 47 |
| e) | La durée du travail..... | 51 |
| | Principe : intangibilité | 51 |
| | Exception : les heures supplémentaires..... | 51 |
| | Diminution de la durée du travail avec maintien de la rémunération..... | 52 |

| | | |
|----|---|----|
| f) | La durée déterminée ou indéterminée du contrat..... | 53 |
| g) | La durée des vacances et des congés | 54 |
| h) | La durée du délai de congé..... | 54 |
| i) | Les prestations en cas d'empêchement de travailler | 55 |
| j) | L'indemnisation des heures supplémentaires | 55 |
| k) | Le remboursement forfaitaire des frais..... | 56 |
| l) | Le droit sur les inventions | 57 |
| m) | Le montant et l'échéance de l'indemnité à raison des longs rapports de travail..... | 57 |
| B. | Les éléments non contractuels par nature | 58 |
| a) | Les instructions..... | 58 |
| | Domaine..... | 59 |
| | Modalités | 61 |
| | Instructions et fonctions..... | 61 |
| b) | La gratification bénévole | 61 |
| c) | Les objectifs déterminants pour la rémunération | 63 |
| d) | Les horaires de travail | 64 |
| e) | La date des vacances..... | 66 |

| | | |
|----|--|----|
| f) | Le lieu de travail | 68 |
| | La mobilité liée à certains emplois et à certaines tâches..... | 69 |
| | Le rayon d'activité | 71 |
| | L'adresse de l'entreprise | 73 |
| | La clause de mobilité..... | 77 |
| | La place de travail..... | 78 |
| 2. | Par source | 78 |
| A. | Les sources conférant un caractère contractuel..... | 79 |
| a) | Le contrat..... | 79 |
| b) | L'engagement unilatéral..... | 84 |
| c) | Le cas particulier du règlement d'entreprise ou du personnel..... | 86 |
| d) | Le cas particulier du droit collectif..... | 88 |
| B. | Les autres phénomènes de contractualisation | 88 |
| a) | L'usage..... | 88 |
| b) | L'égalité de traitement..... | 90 |
| | Dispositions légales | 90 |
| | Violation de la personnalité du salarié | 91 |
| | Protection de la confiance légitime..... | 92 |

| | |
|--|------------|
| II. Régime | 95 |
| 1. Principe..... | 95 |
| 2. Mise en œuvre..... | 95 |
| 3. Exceptions | 97 |
| A. Illicéité ou contrariété aux mœurs..... | 98 |
| B. Abus de droit | 99 |
| III. Sanctions | 101 |
| 1. Sanction disciplinaire | 101 |
| 2. Responsabilité contractuelle | 104 |
| 3. Licenciement | 104 |
| IV. Demande de modification des conditions de travail par le salarié..... | 106 |
| 1. Principe..... | 106 |
| 2. Mise en œuvre..... | 106 |
| 3. Protections particulières..... | 107 |
| A. Les jeunes travailleurs..... | 107 |
| B. Les femmes enceintes et les mères qui allaitent..... | 108 |

| | |
|---|-----|
| C. Les travailleurs ayant des responsabilités familiales..... | 109 |
|---|-----|

2^e Partie :

La modification des éléments contractuels du rapport de travail 111

I. Par accord mutuel.....112

| | |
|---|-----|
| 1. Domaine du contrat modificatif..... | 113 |
| Accord modificatif et transaction | 114 |
| 2. Date d'effet du contrat modificatif..... | 116 |
| A. Interdiction d'un accord avec effet rétroactif..... | 117 |
| B. Absence de protection par un délai minimal | 119 |
| 3. Moment du contrat modificatif | 121 |
| A. Les cas d'accord nécessaire du travailleur ... | 123 |
| B. Le cas particulier du contrat à durée déterminée | 123 |
| C. La prohibition des engagements excessifs.... | 124 |
| D. La prohibition des clauses insolites | 125 |
| E. La nullité de la condition | 126 |
| F. L'interdiction de l'abus de droit | 126 |

| | | |
|----|---|-----|
| G. | Le risque d'entreprise devant peser sur l'employeur | 130 |
| H. | Synthèse | 130 |
| 4. | Forme du contrat modificatif | 131 |
| A. | Absence d'exigence de forme | 131 |
| B. | Preuve de l'acceptation | 133 |
| a) | Le mécanisme de la présomption d'acceptation | 134 |
| | Le principe : qui ne dit mot ne consent pas | 134 |
| | L'exception n° 1 : la présomption d'acceptation automatique en cas de silence face à une offre favorable..... | 135 |
| | L'exception n° 2 : les caractères particuliers que doit revêtir le consentement pour qu'une acceptation soit présumée en cas d'offre défavorable..... | 136 |
| | Le tempérament à l'exception n° 2 : la bonne foi imposant au travailleur de réagir dans certaines circonstances face à une offre défavorable | 139 |
| | Tempéraments au tempérament à l'exception n° 2 | 141 |
| | - Une présomption simple..... | 141 |
| | - La preuve d'une offre réelle..... | 141 |
| | Principes généraux applicables en toute hypothèse..... | 142 |
| b) | Conséquences pratiques et critique..... | 143 |
| | Synthèse..... | 148 |

| | | |
|----|---|-----|
| C. | Inexécution contractuelle et remise de dette | 149 |
|----|---|-----|

II. Sans l'accord du salarié 151

| | | |
|----|---|-----|
| 1. | Le congé-modification | 151 |
| A. | Définition..... | 151 |
| B. | Domaine..... | 152 |
| C. | Modalités | 153 |
| D. | Validité | 153 |
| a) | Licéité de principe..... | 154 |
| b) | Contrôle de la motivation | 155 |
| | Principe : la possibilité de faire contrôler la motivation du congé- modification | 155 |
| | La motivation admissible : des justifications économiques..... | 155 |
| | Le congé-modification reposant sur plusieurs motivations | 159 |
| c) | Contrôle du contenu | 161 |
| | Respect de la loi, des conventions collectives et contrats-types applicables | 161 |
| | Caractère approprié et proportionné de la modification | 161 |
| | Caractère juste de la modification.... | 162 |

| | | |
|---|---|------------|
| d) | Contrôle de la mise en œuvre | 163 |
| 1° | Délais à respecter | 163 |
| - | Délai de réflexion | 163 |
| - | Délai de préavis..... | 164 |
| 2° | Procédure à respecter..... | 165 |
| Conséquences du congé- | modification par rapport à la clause | |
| de non-concurrence..... | | 166 |
| 2. | Les sanctions disciplinaires | 166 |
| 3. | La théorie de l'imprévision | 167 |
| A. | Principes..... | 167 |
| B. | Application | 168 |
| C. | Mise en œuvre | 170 |
| 4. | Les lacunes contractuelles..... | 171 |
| 5. | Les conséquences d'une modification des | |
| éléments contractuels du rapport de travail | | |
| sans l'accord du salarié hors des cas | | |
| admissibles..... | | 173 |
| III. | Sans l'accord de l'employeur | 178 |
| Clause de modification unilatérale.. | | 178 |
| Congé-modification..... | | 178 |
| Modification par le juge | | 179 |
| Le cas particulier de la grève | | 179 |

3^e Partie :

La modification des éléments collectifs du rapport de travail 181

I. La modification du droit collectif du travail 182

1. La modification des conventions collectives.....182

A. Application des conventions collectives..... 182

B. Conditions de modification d'une convention collective..... 184

a. Principes 184

b. Justes motifs 187

C. Conséquences de la fin d'une convention collective 188

2. La modification des contrats-types191

II. La modification de l'horaire collectif de travail : le chômage partiel..... 192

Conclusion..... 195

Tableaux synoptiques de la marche à suivre pour modifier le rapport de travail..... 199

Table des matières 204

