

C
E
R
T

Anne-Sylvie Dupont | Pascal Mahon (éds)

François Chanson | Jean-Philippe Dunand |
Anne-Sylvie Dupont | Karine Lempen |
Marco Meli | Sylvain Métille

La fin des rapports de travail



Anne-Sylvie Dupont | Pascal Mahon (éds)

François Chanson | Jean-Philippe Dunand |
Anne-Sylvie Dupont | Karine Lempen |
Marco Meli | Sylvain Métille

La fin des rapports de travail



Schulthess § 2021
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage: ANNE-SYLVIE DUPONT|PASCAL MAHON (éds), *La fin des rapports de travail*, «Collection CERT», Genève/Zurich 2021, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8779-7

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2021
www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué, 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: la Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Table des matières

Table des abréviations	IX
-------------------------------------	-----------

La fin du contrat de travail (causes d’extinction et protections contre les congés)	1
--	----------

Jean-Philippe Dunand

Docteur en droit, avocat, professeur à l’Université de Neuchâtel

La résiliation sans motif fondé et la réintégration dans la fonction publique	75
--	-----------

Karine Lempen

Docteure en droit, professeure à l’Université de Genève

Après la fin des rapports de travail, peut-on encore traiter des données personnelles ?	105
--	------------

Sylvain Métille

Docteur en droit, avocat, professeur associé à l’Université de Lausanne

La transition vers l’assurance-chômage	135
---	------------

François Chanson

Docteur en droit, avocat

Fin des rapports de travail et assurances sociales : questions choisies	165
--	------------

Anne-Sylvie Dupont

Docteure en droit, avocate, professeure aux Universités de Neuchâtel et Genève

Marco Meli

MLaw, assistant-doctorant à la Faculté de droit de Neuchâtel

La fin du contrat de travail (causes d'extinction et protections contre les congés)

Sommaire	Page
I. Introduction	3
II. Causes d'extinction du contrat de travail	3
A. Types de contrat de travail	3
1. Contrat de travail de durée déterminée	4
a) Notion	4
b) Contrats en chaîne	5
c) Résiliation	6
2. Contrat de travail de durée indéterminée	7
3. Situations hybrides	8
a) Reconduction tacite	8
b) Contrat de travail de durée maximale	8
c) Contrat de travail de durée minimale	9
B. Résiliation du contrat de travail	9
1. Élément généraux	10
a) Nature et forme de la résiliation	10
b) Notification de la résiliation	11
c) Motivation de la résiliation	14
2. Résiliation ordinaire	14
a) Délais et termes	15
b) Résiliation pendant le temps d'essai	16
c) Résiliation après le temps d'essai	19
3. Congé sous réserve de modification	20
4. Résiliation immédiate	21
a) Conditions d'une résiliation immédiate justifiée	22
b) Conséquences d'une résiliation immédiate justifiée et non justifiée	22
5. Distinction et choix entre résiliation ordinaire et immédiate	23
6. Convention de résiliation	25
a) Conditions de validité	25
b) Conséquences d'un accord non valable	27
C. Cas particuliers	28
1. Invalidation du contrat	28
2. Opposition au transfert des rapports de travail	29
3. Age de la retraite	30
4. Mort du travailleur	31
5. Mort ou faillite de l'employeur	31

III. Protections contre les congés	32
A. Résiliation abusive	32
1. Notion de congé abusif	33
a) Généralités	33
b) Cas prévus à l'art. 336 al. 1 CO	34
c) Cas prévus à l'art. 336 al. 2 CO	37
d) Cas consacrés par la jurisprudence	38
e) Motifs légitimes de licenciement	40
2. Sanction	41
a) Nature de l'indemnité	41
b) Montant de l'indemnité	41
c) Dommages-intérêts dus à un autre titre	43
3. Procédure	43
a) Opposition au congé par écrit	43
b) Action en justice	46
B. Résiliation en temps inopportun	48
1. Champ d'application	48
2. Périodes de protection	49
a) Service obligatoire	49
b) Incapacité de travail	49
c) Grossesse et maternité	52
d) Prise en charge d'un enfant gravement malade ou victime d'un accident	53
e) Services d'aide à l'étranger	53
f) Cumul et chevauchement de périodes de protection	54
3. Conséquences juridiques	55
a) Congé notifié pendant une période de protection	55
b) Congé notifié avant une période de protection	56
c) Effets de la prolongation du contrat de travail	58
C. Résiliation immédiate injustifiée notifiée par l'employeur	58
1. Conditions d'une résiliation immédiate justifiée	58
a) Justes motifs	59
b) Réaction immédiate	62
2. Conséquences juridiques d'une résiliation immédiate injustifiée	63
a) Dommages-intérêts	64
b) Indemnité punitive et réparatrice	67
D. Délimitations	68
1. Licenciement immédiat et licenciement abusif	69
2. Licenciement immédiat et licenciement en temps inopportun	69
3. Licenciement abusif et licenciement en temps inopportun	70
IV. Conclusion	71
Bibliographie	72

I. Introduction

Le Code des obligations suisse ne consacre que trente-quatre articles à la fin des rapports de travail (*cf.* art. 334 à 340c CO¹). C'est peu, vu le spectre et l'importance des questions réglées. Plus précisément, le sous-chapitre G du premier chapitre dédié au contrat individuel de travail, intitulé « Fin des rapports de travail », comporte les sept sections suivantes : contrat de durée déterminée, contrat de durée indéterminée, licenciement collectif, protection contre les congés, résiliation immédiate, décès du travailleur ou de l'employeur, conséquences de la fin du contrat et prohibition de faire concurrence.

Cette sobriété de la loi a généré le besoin de règles complémentaires, que l'on trouve notamment dans les conventions collectives de travail, les règlements d'entreprise et les contrats individuels de travail, et la nécessité de clarifications et interprétations, qui sont formulées dans une jurisprudence très abondante.

Nous nous concentrerons dans notre contribution sur les causes d'extinction du contrat de travail (**chapitre II**) et les protections contre les congés (**chapitre III**), telles qu'elles sont réglées dans le Code des obligations. Nous ne traiterons en principe pas du licenciement collectif (*cf.* art. 335d à 335k CO), ni des dispositions spécifiques applicables en matière d'égalité entre les sexes (*cf.* LEg²) et de travail temporaire (*cf.* LSE³). Nous ne pourrions malheureusement pas non plus tenir compte des règles contenues dans les conventions collectives de travail.

II. Causes d'extinction du contrat de travail

Le contrat de travail s'éteint de plusieurs manières en fonction du type de contrat (**section A**). La fin du contrat dépend généralement d'une résiliation (**section B**). Il existe plusieurs cas particuliers (**section C**).

A. Types de contrat de travail

La loi distingue clairement le contrat de travail de durée déterminée (**sous-section 1**) de celui de durée indéterminée (**sous-section 2**). Il faut toutefois tenir compte de situations hybrides (**sous-section 3**).

¹ RS 220.

² RS 151.1.

³ RS 823.11.

1. Contrat de travail de durée déterminée

a) Notion

Le contrat de travail de durée déterminée est celui dont la durée est fixée d'avance ; il prend fin *ipso iure*, sans qu'il soit nécessaire de donner congé (art. 334 al. 1 CO). Il en résulte que les dispositions relatives à la protection contre les congés (*cf.* art. 336 à 336d CO) sont inapplicables⁴.

La durée déterminée du contrat résulte de la loi (par exemple, contrat d'apprentissage, art. 334 al. 1 par renvoi de l'art. 355 CO⁵), de la nature du contrat, ou de la convention des parties. Celles-ci peuvent fixer soit un terme (par exemple, « jusqu'au 31 décembre 2021 »), soit une durée (par exemple, « six mois »), soit un laps de temps objectivement déterminable (par exemple, une saison)⁶. La durée peut également résulter du but des rapports de travail (un engagement pour la durée de la récolte)⁷.

Le terme fixe peut être convenu au moment de la conclusion du contrat ou ultérieurement, lorsque les parties conviennent de convertir un contrat de durée indéterminée en un contrat de durée déterminée⁸. Le début et la fin des rapports de travail doivent être déterminables pour les deux parties ; l'évènement provoquant la fin du contrat ne peut dépendre de la volonté ou de l'influence d'une seule partie⁹.

Dans tous les cas, les parties doivent être en mesure de connaître de façon suffisamment précise le moment de la fin des rapports de travail. Un délai dont elles ne peuvent pas au moins estimer l'ordre de grandeur n'est pas assez déterminé ou déterminable¹⁰. Ainsi, un contrat conclu pour une période courant « jusqu'à ce qu'il n'y ait plus de travail » ne peut constituer un contrat de durée déterminée car il ne prévoit pas une durée suffisamment précise de la relation de travail¹¹. Dans le doute, le contrat de travail est présumé de durée indéterminée¹². C'est à celui qui se prévaut du caractère déterminé de la durée du contrat d'en apporter la preuve (*cf.* art. 8 CC)¹³.

⁴ CARRON, N 18 *ad* art. 334 CO.

⁵ TF 4A_188/2014 du 8 octobre 2014, c. 2.3.

⁶ *Cf.* TF 4A_270/2014 du 18 septembre 2014, c. 4.4.

⁷ TFA B 54/04 du 30 septembre 2005, c. 3.1.

⁸ CARRON, N 8 *ad* art. 334 CO ; WYLER/HEINZER, p. 609.

⁹ TF 4A_270/2014 du 18 septembre 2014, c. 4.4.

¹⁰ TFA B 54/04 du 30 septembre 2005, c. 3.1.

¹¹ WYLER/HEINZER, p. 610.

¹² ATF 145 V 188, c. 5.1.2 ; ATF 143 V 385, c. 4.4 ; TF 4A_531/2008 du 4 février 2009, c. 2.1.

¹³ TF 4A_531/2008 du 4 février 2009, c. 2.1.

b) Contrats en chaîne

Le droit suisse autorise en principe les parties à conclure un nouveau contrat de durée déterminée à la suite d'un contrat du même type. Toutefois, l'art. 2 al. 2 CC, qui prohibe la fraude à la loi, s'oppose à la conclusion de « contrats en chaîne » dont la durée ne se justifie par aucun motif objectif, et qui ont pour but d'éluder l'application des dispositions sur la protection contre les congés (*cf.* art. 336 à 336c CO) ou d'empêcher la naissance de prétentions juridiques dépendant d'une durée minimale des rapports de travail (*cf.* art. 324a, 324b, 335c, 336c ou 339b CO)¹⁴. En règle générale, une succession de deux contrats de durée déterminée ne constitue pas un abus de droit¹⁵. A partir de trois contrats successifs, il faut vérifier s'il existe des motifs objectifs, soit des circonstances économiques ou sociales particulières¹⁶. A titre d'exemples de tels motifs, le Tribunal fédéral a notamment mentionné l'engagement d'artistes, de sportifs professionnels ou d'enseignants donnant des cours par semestre ou année académique¹⁷. On peut également citer le cas du remplaçant d'une personne malade, lorsque la date du retour était prévisible, mais que la prévision ne s'est pas réalisée¹⁸. Si le retour de l'employé malade apparaît finalement impossible, le contrat est converti en un contrat de durée indéterminée¹⁹.

Il faut cependant évaluer la situation de cas en cas. Ainsi, le Tribunal fédéral a considéré, dans un arrêt de 2019, que la conclusion de contrats en chaîne avec un enseignant correspondait à la volonté de l'employeur d'éluder les dispositions légales relatives au contrat à durée déterminée. En l'espèce, les parties avaient conclu des contrats successifs, tout d'abord par trimestre, puis par année académique, sur une durée de quatorze ans. Selon notre Haute Cour, le travailleur, enseignant les mêmes matières dans des conditions identiques ou similaires sur une longue période, se trouvait *de facto* dans une relation de travail à durée indéterminée avec son employeur. Sa situation se distinguait donc de celle d'un professeur invité par une université à donner un cours sur un semestre ou une année académique, sans que l'on sache si le cours continuerait à être donné par le professeur en question à l'avenir²⁰.

Lorsque l'on se trouve en présence de contrats en chaîne prohibés, la règle contournée s'applique comme si un seul contrat avait été conclu²¹. En fonction des circonstances, ce

¹⁴ ATF 129 III 618, c. 6.2.

¹⁵ CARRON, N 30 *ad* art. 334 CO.

¹⁶ *Cf.* ATF 139 III 145, c. 4.1.

¹⁷ TF 2P.26/2007 du 28 juin 2007, c. 3.7.

¹⁸ WYLER/HEINZER, p. 642.

¹⁹ CARRON, N 10 *ad* art. 334 CO.

²⁰ TF 4A_215/2019 du 7 octobre 2019, c. 3.1.3.

²¹ TF 4A_216/2007 du 13 septembre 2007, c. 1.3.

contrat unique sera considéré comme un contrat de durée indéterminée, généralement avec durée minimale allant jusqu'à l'échéance prévue dans le dernier contrat successif convenu, ou comme un contrat de durée déterminée²².

c) Résiliation

En principe, le contrat de travail de durée déterminée prend fin sans résiliation. Il existe toutefois des exceptions :

- *temps d'essai*. Il n'existe pas de temps d'essai légal pour les contrats de durée déterminée, mais il est admis que les parties sont libres d'en prévoir un, à charge pour la partie qui l'invoque d'établir l'accord passé à ce sujet²³. Les parties doivent alors respecter les limites de l'art. 335b CO, applicable par analogie²⁴. Le contrat de travail se résilie selon les modalités prévues à l'art. 335b al. 1 CO²⁵ ;
- *contrat de longue durée*. Le contrat de travail de durée déterminée conclu pour plus de dix ans peut être résilié de manière ordinaire, après dix ans, moyennant un délai de congé de six mois pour la fin d'un mois (art. 334 al. 3 CO). Ainsi, après une durée de dix ans, le contrat de travail de durée déterminée se transforme *ipso iure* en un contrat de durée indéterminée, résiliable avec un préavis de six mois²⁶. En adoptant une telle disposition, le législateur est parti de l'idée qu'un contrat de travail conclu pour plus de dix ans est un engagement excessif du point de vue de la liberté personnelle au sens de l'art. 27 al. 2 CC²⁷. La durée admissible d'un engagement de durée déterminée est en fait de 10 ans et demi, l'art. 334 al. 3 CO prévoyant expressément la possibilité de résilier « après dix ans »²⁸ ;
- *résiliation d'un commun accord*. Les parties sont libres de mettre fin d'un commun accord à un contrat de travail de durée déterminée avant son échéance pour autant qu'elles ne cherchent pas, par ce biais, à détourner une disposition impérative de la loi²⁹. Cette résiliation conventionnelle n'est soumise à aucune exigence de forme (*cf.* art. 115 CO)³⁰ ;

²² ATF 119 V 46, c. 1c ; CARRON, N 33 *ad* art. 334 CO.

²³ TF 8C_535/2011 du 27 mars 2012, c. 3.5.1.

²⁴ WYLER/HEINZER, p. 614.

²⁵ ATF 109 II 449, c. 1b.

²⁶ WYLER/HEINZER, p. 615.

²⁷ ATF 130 III 405, c. 5.

²⁸ TF 4C.321/2005 du 27 février 2006, c. 8.1.

²⁹ CARRON, N 22 *ad* art. 334 CO.

³⁰ TF 4C.61/2006 du 24 mai 2006, c. 3.1. *Cf. infra*, pp. 25 ss.

- *résiliation avec effet immédiat*. En présence de justes motifs (*cf.* art. 337 CO), il est possible de résilier un contrat de durée déterminée avec effet immédiat³¹. Selon qu’il existe ou non des justes motifs et selon la partie qui a résilié, les conséquences sont réglées par les art. 337b, 337c ou 337d CO³².

2. Contrat de travail de durée indéterminée

Le contrat de travail de durée indéterminée est un contrat dont l’échéance n’est pas fixée à l’avance par les parties, de sorte qu’une résiliation est nécessaire pour mettre fin aux rapports de travail (*cf.* art. 335 al.1 CO)³³.

Le travail sur appel et le travail occasionnel posent souvent des problèmes de qualification. Selon le Tribunal fédéral, le travail sur appel est une forme d’organisation du travail qui est licite, pour autant qu’elle respecte les règles impératives sur le contrat de travail³⁴. On distingue deux formes³⁵. Dans le contrat de travail sur appel proprement dit, l’horaire et la durée du temps de travail sont fixés unilatéralement par l’employeur en fonction de ses besoins et le travailleur doit se tenir à disposition de celui-ci. En revanche, dans le contrat de travail sur appel improprement dit, le travailleur a le droit de refuser une mission proposée par l’employeur. En principe, le contrat de travail sur appel, qu’il soit proprement dit ou improprement dit, constitue un contrat de travail de durée indéterminée pour lequel les délais de résiliation doivent être respectés³⁶.

Le travail occasionnel ou auxiliaire constitue une troisième forme d’organisation du travail. Il intervient lorsque l’employeur requiert les services du travailleur de temps en temps, notamment en cas de surcroît momentané de travail ou de remplacement³⁷. Le travail occasionnel se rapproche du travail sur appel improprement dit dans le sens que le travailleur peut également refuser une mission proposée. Il s’en distingue cependant car le travailleur sur appel improprement dit accomplit ses missions dans le cadre d’un seul rapport de travail durable, alors que le travail auxiliaire repose sur la multiplication de contrats de travail de durée déterminée. Ainsi, dans le travail auxiliaire, il n’existe pas de contrat-cadre et les rapports de travail, convenus pour chaque mission en particulier, prennent fin sans résiliation à l’expiration de la période de travail prévue³⁸.

³¹ TF 4A_89/2007 du 29 juin 2007, c. 3.2 ; TF 4C.61/2006 du 24 mai 2006, c. 3.1.

³² CARRON, N 20 *ad* art. 334 CO.

³³ TF 4A_270/2014 du 18 septembre 2014, c. 4.4 ; TF B 90/00 du 26 novembre 2001, c. 4b.

³⁴ ATF 125 III 65, c. 3b ; ATF 124 III 249, c. 2a.

³⁵ TF 8C_318/2014 du 21 mai 2015, c. 5.1.

³⁶ *Cf.* DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, N 249-250.

³⁷ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 14 *ad* art. 319 CO.

³⁸ Sur ces distinctions, *cf.* TF 8C_318/2014 du 21 mai 2015, c. 5.1.

En pratique, il peut être malaisé de qualifier la nature d'un contrat de travail qui se situe aux confins de ces formes d'organisation du travail. Selon le Tribunal fédéral, pour déterminer si le rapport de travail est continu, et qu'il constitue donc un contrat de travail de durée indéterminée, il faut se fonder sur des critères objectifs comme la fréquence et la durée des prestations du travailleur. Un indice de continuité réside notamment dans la succession des prestations effectuées à intervalles relativement courts ou réguliers ou, à défaut, la durée relativement longue des relations de travail³⁹.

3. Situations hybrides

Les limites entre contrat de travail de durée déterminée et de durée indéterminée ne sont pas intangibles. Nous avons déjà évoqué le cas des contrats de durée déterminée en chaîne qui peuvent être requalifiés, suivant les circonstances, en un rapport de travail de durée indéterminée⁴⁰. Nous traiterons ici de la reconduction tacite d'un contrat de durée déterminée, du contrat de travail de durée maximale et du contrat de travail de durée minimale.

a) Reconduction tacite

La loi prévoit que si, après l'expiration de la période convenue, le contrat de durée déterminée est reconduit tacitement, il est réputé être un contrat de durée indéterminée (art. 334 al. 2 CO). Une telle situation se produit lorsque, au terme du contrat, les parties poursuivent la relation de travail, sans rien dire ni rien prévoir de particulier⁴¹. Cependant, l'art. 334 al. 2 CO n'étant pas impératif, les parties peuvent y déroger, en convenant d'un nouveau contrat de durée déterminée, sous réserve de l'interdiction des contrats en chaîne⁴². Que le contrat de travail ait été reconduit pour une durée indéterminée ou déterminée, il faut considérer que les rapports de travail ont débuté dès l'entrée en vigueur du contrat initial et non au moment de la reconduction⁴³.

b) Contrat de travail de durée maximale

Les parties peuvent convenir d'un contrat de travail de durée maximale, soit d'un contrat qui est limité à un terme (comme un contrat de durée déterminée), mais avec la possibilité de le résilier avant ce terme (comme un contrat de durée indéterminée), moyennant le

³⁹ TF 8C_318/2014 du 21 mai 2015, c. 5.1.

⁴⁰ Cf. *supra*, pp. 5 s.

⁴¹ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 5 *ad* art. 334 CO.

⁴² WYLER/HEINZER, p. 613.

⁴³ CARRON, N 25 *ad* art. 334 CO ; WYLER/HEINZER, p. 613.

respect du délai de résiliation applicable⁴⁴. Tel est le cas par exemple, d'une clause prévoyant que le contrat de travail durera, au maximum, jusqu'au moment où l'employé aura atteint l'âge légal de la retraite⁴⁵.

Le contrat de travail conclu pour plus de dix ans (*cf.* art. 334 al. 3 CO) constitue un contrat à la fois de durée minimale (dix ans) et de durée maximale (échéance initialement convenue)⁴⁶. En effet, comme l'a précisé le Tribunal fédéral, un tel contrat n'est plus, après la période de dix ans, un contrat de durée déterminée à proprement parler puisque, s'il prendra fin automatiquement au terme prévu, il peut néanmoins être résilié avant son échéance moyennant le respect d'un délai de six mois⁴⁷.

c) Contrat de travail de durée minimale

Les parties peuvent convenir d'un contrat de travail de durée minimale, soit de rapports de travail qui se déroulent sur une durée minimale (caractéristique d'un contrat de durée déterminée), après laquelle les parties peuvent résilier le contrat (comme un contrat de durée indéterminée)⁴⁸. Pendant la durée minimale convenue, un tel contrat déploie les effets propres au contrat de durée déterminée, en ce sens qu'il ne peut être mis fin aux rapports de travail par un congé ordinaire pour un terme antérieur à celui de l'échéance de la durée minimale fixée conventionnellement⁴⁹. Ainsi, un contrat conclu « au moins jusqu'à la fin de l'année » ne peut être résilié, par voie ordinaire, que pour la fin de l'année au plus tôt⁵⁰. Pour l'employeur, la seule possibilité de mettre unilatéralement fin au contrat de travail durant la durée minimale est la résiliation pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO⁵¹.

B. Résiliation du contrat de travail

Dans la plupart des cas, le contrat de travail prend fin moyennant une résiliation. Après quelques éléments généraux (**sous-section 1**), nous traiterons de la résiliation ordinaire (**sous-section 2**), du congé sous réserve de modification (**sous-section 3**), de la résiliation

⁴⁴ TF 8C_166/2011 du 13 juillet 2011, c. 5.2.1 ; TF 4C.62/2001 du 8 juin 2001, c. 2a.

⁴⁵ *Cf.* ATF 114 II 349, c. 2a.

⁴⁶ WYLER/HEINZER, p. 615.

⁴⁷ *Cf.* TF 4C.321/2005 du 27 février 2006, c. 8.1.

⁴⁸ *Cf.* ATF 110 II 167 ; TF 4C.62/2001 du 8 juin 2001, c. 2a.

⁴⁹ TF 4A_395/2018 du 10 décembre 2019, c. 4.1. Pour un commentaire de cet arrêt, *cf.* MARKARIAN FRANÇOISE, La résiliation prématurée d'un contrat de durée déterminée, *in* : Newsletter DroitDuTravail.ch du mois de mai 2020.

⁵⁰ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 3 *ad* art. 334 CO.

⁵¹ TF 4A_395/2018 du 10 décembre 2019, c. 4.1.

immédiate (**sous-section 4**), des critères de distinction et de choix entre résiliation ordinaire et immédiate (**sous-section 5**), et enfin, de la convention de résiliation (**sous-section 6**).

1. Elément généraux

La résiliation du contrat de travail est une manifestation de volonté, sujette à réception, par laquelle son auteur communique à son cocontractant sa volonté de mettre fin aux rapports de travail⁵². Nous distinguerons ici la nature et la forme, la notification, ainsi que la motivation de la résiliation.

a) Nature et forme de la résiliation

La résiliation est un acte formateur qui s'exerce par un acte juridique unilatéral ; elle est en principe inconditionnelle et irrévocable⁵³. S'il existe un doute quant à la volonté de mettre fin au rapport de travail, la déclaration doit être interprétée en défaveur de son auteur⁵⁴.

Le congé doit être notifié par la partie elle-même ou par une personne ayant reçu le pouvoir de la représenter (*cf.* art. 32 CO). S'agissant d'une personne morale, il peut être signifié par un organe habilité à engager celle-ci par sa signature ou par une personne au bénéfice d'une procuration à cet effet⁵⁵. Si tel n'est pas le cas, le congé n'est toutefois pas nul, mais doit être ratifié par un organe compétent⁵⁶. Lorsqu'un travailleur est actif au sein d'un groupe de sociétés, il faut examiner de cas en cas si un rapport de travail unique régit l'ensemble de ses activités ou si celles-ci sont réglées par différents contrats de travail. Cas échéant, il convient de résilier chaque contrat⁵⁷.

En principe, la résiliation n'est pas soumise à une exigence de forme. Elle peut donc être notifiée par voie écrite (courrier, fax), électronique (courriel, SMS, messageries instantanées, messagerie vocale) ou orale⁵⁸. Le congé peut même être signifié par actes concluants, par exemple lorsque l'employé qui atteint l'âge de la retraite organise son départ sans que l'employeur ne s'y oppose, ni que quiconque ne formalise la résiliation⁵⁹. Evidemment, la forme écrite est préférable pour des questions de preuve.

⁵² TF 4C.151/2003 du 26 août 2003, c. 4.1.

⁵³ ATF 128 III 129, c. 2a ; TF 4C.321/2005 du 27 février 2006, c. 5.2.

⁵⁴ TF 4C.346/2004 du 15 février 2005, c. 5.5 ; TF 4C.151/2003 du 28 août 2003, c. 4.3.

⁵⁵ ATF 128 III 129, c. 1b/aa.

⁵⁶ ATF 128 III 129, c. 2.

⁵⁷ *Cf.* BONARD, N 10 *ad* art. 335 CO. Voir aussi TF 4C.217/2003 du 29 janvier 2004, c. 3.4.

⁵⁸ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 9 *ad* art. 335 CO.

⁵⁹ BONARD, N 6 *ad* art. 335 CO, note 38.

Le contrat de travail, une convention collective de travail ou un contrat-type peuvent prévoir une forme particulière pour la résiliation, telle que la forme écrite ou la lettre recommandée⁶⁰. En principe, le non-respect d'une telle clause entraîne la nullité du congé donné (*cf.* art. 16 CO)⁶¹. Selon le Tribunal fédéral, il convient toutefois de distinguer entre la forme de l'acte et son mode d'acheminement, la présomption de l'art. 16 CO ne s'appliquant qu'à la première. Dès lors, si les parties conviennent que la résiliation doit être signifiée par lettre recommandée, elles réservent, à défaut de précision, uniquement la forme écrite tout en prévoyant un mode d'acheminement particulier. Il en résulte, selon notre Haute Cour, que la résiliation notifiée par une remise en mains propres de la lettre de congé est valable⁶².

En droit privé du travail, et contrairement au droit de la fonction publique, il n'existe pas de droit d'être entendu au sens formel⁶³. Ainsi, l'employeur n'est en principe pas tenu d'entendre un employé avant de le licencier⁶⁴. On peut toutefois se demander si l'employé n'est pas en droit de déduire des art. 328 CO (protection de la personnalité) et 336 CO (protection contre le congé abusif) un certain droit d'être informé et écouté, lors d'un entretien préalable, de l'intention de l'employeur de le licencier⁶⁵. Le Tribunal fédéral semble avoir concrétisé un tel droit pour les travailleurs âgés envers lesquels les employeurs doivent réserver des égards particuliers. L'obligation porte notamment sur l'information, la mise en garde et l'audition du travailleur⁶⁶. Notons qu'une procédure préalable au licenciement (par exemple, audition ou avertissement préalables) est parfois prévue dans certains contrats de travail ou certaines conventions collectives⁶⁷.

b) Notification de la résiliation

Puisqu'elle est considérée comme une manifestation de volonté sujette à réception, la résiliation ne déploie ses effets que lorsqu'elle parvient à son destinataire⁶⁸. La partie qui résilie supporte la charge de la preuve de la date de la notification⁶⁹.

⁶⁰ WITZIG, N 620.

⁶¹ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 9 *ad* art. 335 CO.

⁶² ATF 128 III 212, c. 2a et 2b. Sur ces questions, *cf.* BONARD, N 6 *ad* art. 335 CO ; WYLER/HEINZER, p. 617.

⁶³ BONARD, N 5 *ad* art. 335 CO.

⁶⁴ TF 4C.174/2004 du 5 août 2004, c. 2.4.

⁶⁵ *Cf.* BRUN POGGI, pp. 453 s ; DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, N 67.

⁶⁶ TF 4A_384/2014 du 12 novembre 2014, c. 4.2.2.

⁶⁷ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 9 *ad* art. 335 CO. Voir TF 4A_656/2016 du 1^{er} septembre 2017, c. 2.

⁶⁸ ATF 133 III 517, c. 3.3 ; AUBERT, N 5 *ad* art. 335 CO.

⁶⁹ TF 4A_236/2009 du 3 septembre 2009, c. 2.1.

Le moment précis de la réception (notification) est important puisqu'il conditionne, en cas de résiliation ordinaire, le point de départ et la durée du délai de résiliation, ainsi que l'existence d'une éventuelle période de protection contre le licenciement en temps inopportun. Pourtant, ce moment n'est pas défini expressément dans la loi.

Dans plusieurs arrêts relatifs à la résiliation du contrat de bail, le Tribunal fédéral a appliqué la théorie de la réception absolue⁷⁰. Selon cette théorie, le point de départ du délai correspond au moment où la manifestation de volonté est parvenue dans la sphère d'influence du destinataire ou de son représentant, de telle sorte qu'en organisant normalement ses affaires celui-ci soit à même d'en prendre connaissance⁷¹. Notre Haute Cour est d'avis que la théorie de la réception absolue tient compte de manière équitable des intérêts antagonistes des deux parties, à savoir ceux de l'expéditeur et ceux du destinataire : alors que l'expéditeur supporte le risque de transmission du pli jusqu'au moment où il parvient dans la sphère d'influence du destinataire, ce dernier supporte le risque à l'intérieur de sa sphère d'influence, du fait qu'il prend connaissance tardivement, respectivement ne prend pas connaissance du support de la communication⁷².

La doctrine majoritaire considère que la jurisprudence précitée, rendue en matière de contrat de bail, s'applique par analogie à la résiliation du contrat de travail⁷³. Cette jurisprudence a d'ailleurs trouvé un écho dans un arrêt du Tribunal fédéral rendu dans le cadre d'un conflit entre un employeur et un travailleur : « Une déclaration de volonté émise sous forme de lettre parvient à son destinataire au moment où elle entre dans la sphère d'influence de celui-ci, d'une manière telle que l'on peut prévoir, selon les usages, qu'il en prendra connaissance [...]. Un éventuel refus de recevoir la lettre et d'en lire le contenu n'est pas opposable à l'auteur de cet écrit »⁷⁴.

A notre avis, il faut se garder d'appliquer ces règles avec une rigueur ou une intransigeance absolue. Il y a notamment lieu de tenir compte des contingences professionnelles et privées du travailleur concerné (horaires de travail, durée des déplacements, circonstances personnelles), ainsi que de la réduction importante du nombre de bureaux de poste dans notre pays⁷⁵. Il est, par exemple, admis que le travailleur à qui une lettre de congé est envoyée à son domicile alors qu'il se trouve en vacances n'est censé en avoir pris connaissance qu'à son retour, à moins qu'il soit resté chez lui pendant la période considérée ou qu'il ait fait suivre son courrier à son adresse de vacances⁷⁶. Ainsi, dans un

⁷⁰ ATF 143 III 15, c. 4.1 ; ATF 140 III 244, c. 5.2 ; ATF 137 III 208, c. 3.1.2.

⁷¹ ATF 137 III 208, c. 3.1.2.

⁷² ATF 143 III 15, c. 4.1.

⁷³ BONARD, N 4 *ad art.* 335 CO ; WYLER/HEINZER, pp. 617 s. Contra : BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 11 *ad art.* 335 CO, qui estiment qu'il faut retenir la date de la réception effective (théorie relative).

⁷⁴ TF 4A_89/2011 du 27 avril 2011, c. 3.

⁷⁵ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 11 *ad art.* 335 CO.

⁷⁶ TF 4P.307/1999 du 5 avril 2000, c. 3c.

cas concret, le travailleur doit se voir reconnaître la possibilité de justifier pourquoi il n'a pas été en mesure de prendre connaissance du pli avec davantage de célérité, ce qui aura pour effet, si le motif est admissible, de décaler le jour de la notification.

Sous ces réserves, on peut distinguer les cas suivants, en fonction du support de la manifestation de volonté :

- *communication orale*. La résiliation signifiée oralement déploie ses effets et est réputée notifiée immédiatement ;
- *remise d'un courrier de main à main*. Le courrier de résiliation remis en mains du destinataire est notifié dès que ce dernier en prend connaissance, c'est-à-dire presque immédiatement. Il peut être conseillé de communiquer le courrier en présence de témoins et de demander au destinataire un accusé réception, en en signant une copie. Dans un tel cas, le destinataire atteste avoir reçu le congé, sans pour autant en reconnaître le bien-fondé⁷⁷ ;
- *courrier simple*. Selon la théorie absolue, la notification intervient lorsque le pli est déposé dans la boîte aux lettres ou dans la case postale du destinataire, lorsque l'on peut attendre de cette personne qu'elle lève son courrier ce jour-là, indépendamment de la prise de connaissance effective⁷⁸ ;
- *courrier recommandé*. Lorsque le courrier ne peut être remis en mains propres du destinataire ou à une personne autorisée à en prendre livraison, la personne employée par la Poste laisse un avis de retrait (« invitation à retirer un envoi ») dans la boîte aux lettres ou sa case postale. Selon la théorie absolue, la résiliation est alors réputée notifiée dès que le destinataire est en mesure d'en prendre connaissance au bureau de la poste selon l'avis de retrait ; il s'agit soit du jour même où l'avis de retrait est déposé dans la boîte aux lettres si l'on peut attendre du destinataire qu'il le retire aussitôt, sinon, en règle générale, le lendemain de ce jour⁷⁹ ;
- *courrier A Plus*. Le courrier « A Plus » est associé à un code-barres et acheminé par voie prioritaire (A). Avant de le déposer dans la boîte aux lettres, le personnel postal scanne le code-barres et confirme la livraison du courrier, l'information étant disponible sur le site internet de la Poste⁸⁰. Ce mode d'envoi remporte un succès croissant, puisqu'il pallie les inconvénients tant de la lettre ordinaire (en apportant un moyen de preuve), que du courrier recommandé (notification effective dès le dépôt dans la boîte aux lettres)⁸¹. En principe, la notification est réputée avoir eu lieu le jour

⁷⁷ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 13 ad art. 335 CO.

⁷⁸ ATF 137 III 208, c. 3.1.2.

⁷⁹ ATF 137 III 208, c. 3.1.2.

⁸⁰ ATF 142 III 599, c. 2.2.

⁸¹ DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, p. 274.

du dépôt dans la boîte aux lettres lorsque l'on peut attendre du destinataire qu'il lève son courrier ce jour-là ;

- *courrier électronique, SMS, messageries instantanées ou message vocal laissé sur le répondeur téléphonique*. On retient, de cas en cas, que le congé est censé avoir été notifié dès la date à laquelle une personne diligente en aurait pris connaissance dans des circonstances normales, une fois le message parvenu dans sa sphère d'influence⁸². Il faut ici tenir compte du mode de communication usuel entre les parties⁸³.

c) **Motivation de la résiliation**

En raison du principe de la liberté de résilier, une résiliation du contrat de travail n'a pas besoin d'être motivée pour être valable⁸⁴. La partie qui donne le congé doit toutefois motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande (art. 335 al. 2 CO). Le fait que l'auteur du congé manque à son obligation de motivation, que ce soit en ne répondant pas à la demande ou en fournissant une motivation fautive ou incomplète, n'empêche pas non plus le congé de déployer tous ses effets⁸⁵.

L'obligation de motivation a pour but de permettre à la partie dont le contrat a été résilié de vérifier le motif de la résiliation sous l'angle de l'existence d'un juste motif au sens de l'art. 337 CO ou d'un abus de droit au sens de l'art. 336 CO ; elle tend à éviter les procès inutiles⁸⁶. La loi ne prévoit toutefois pas de sanction directe si la partie concernée refuse de motiver par écrit. Selon le Tribunal fédéral, la violation de motiver peut cependant entraîner des sanctions indirectes dans le procès opposant employeur et travailleur, que ce soit au niveau de la répartition des frais et dépens⁸⁷ ou de l'appréciation des preuves⁸⁸. Une motivation inexacte d'un congé ne constitue cependant pas en soi un motif de licenciement abusif⁸⁹.

2. Résiliation ordinaire

Les parties peuvent librement résilier le contrat de travail de durée déterminée (*cf.* art. 335 al. 1 CO), sous réserve du respect des délais et termes de congé (*cf.* art. 335a à 335c CO),

⁸² BONARD, N 4 *ad* art. 335 CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, p. 901.

⁸³ DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, p. 275.

⁸⁴ ATF 125 III 70, c. 2a ; ATF 121 III 60, c. 3b.

⁸⁵ WYLER/HEINZER, p. 640.

⁸⁶ ATF 121 III 60, c. 3b.

⁸⁷ TF 4C.282/2006 du 1^{er} mars 2007, c. 4.3.

⁸⁸ TF 4A_372/2016 du 2 février 2017, c. 5.1.1.

⁸⁹ TF 4A_346/2009 du 10 octobre 2009, c. 3.2.

de la protection contre les congés abusifs (*cf.* art. 336 à 336b CO et 3, 5 et 10 LEg) et de la protection contre le congé donné en temps inopportun (art. 336c et 336d CO).

La résiliation ordinaire entraîne pour le travailleur la fin de l'obligation de travailler au terme du délai de congé et pour l'employeur la fin de l'obligation de payer le salaire⁹⁰. Il peut arriver que l'employeur libère immédiatement l'employé de son obligation de travailler pendant le délai de congé. Il s'agit d'un acte juridique unilatéral exercé par l'employeur en vertu de son droit de donner des directives (*cf.* art. 321d CO)⁹¹. Dans ce cas, l'employeur doit le salaire jusqu'à la fin des rapports de travail, sans que le travailleur ne fournisse sa prestation de travail⁹². Une situation particulière se présente quand le contrat de travail est résilié dans un délai plus court que le délai légal ou contractuel et que le terme est reporté au moment où le congé devait normalement prendre effet. Dans une telle hypothèse, le travailleur est en principe tenu d'offrir ses services pour recevoir son salaire, sauf s'il ignorait de bonne foi l'erreur relative au délai de congé et si l'employeur était l'auteur de la résiliation⁹³.

Lorsque le contrat de travail est résilié de manière ordinaire, un mécanisme propre au droit du travail prévoit que le contrat ne prendra fin qu'une fois le délai de congé écoulé. Ainsi, un contrat résilié n'est pas encore un contrat terminé. Il faut distinguer trois moments : la notification de la résiliation, le délai de congé et le terme du contrat⁹⁴. La loi prévoit des délais de congé différents pendant et après le temps d'essai.

a) Délais et termes

Le délai de congé constitue le laps de temps minimum devant s'écouler entre la notification du congé et la fin des rapports de travail⁹⁵. Le but du délai de congé est de permettre aux parties d'organiser leur avenir. L'employé doit pouvoir chercher un nouvel emploi et l'employeur effectuer des recherches pour le remplacer⁹⁶.

A certaines conditions, les parties ont la possibilité de déroger aux délais prévus dans la loi. Toutefois, les délais de congés doivent impérativement être identiques pour les deux parties ; si un accord prévoit des délais différents, le délai le plus long est applicable aux deux parties (art. 335a al. 1 CO)⁹⁷. Une exception à ce principe est possible dans un cas

⁹⁰ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 14 *ad* art. 335 CO.

⁹¹ BONARD, N 21 *ad* art. 335 CO.

⁹² TF 4A_372/2016 du 2 février 2017, c. 5.1.1 ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 15 *ad* art. 335 CO.

⁹³ TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 5.2.

⁹⁴ DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, N 402.

⁹⁵ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 1 *ad* art. 335a CO.

⁹⁶ DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, N 404.

⁹⁷ ATF 108 II 115, c. 4a ; TF 4A_270/2014 du 18 septembre 2014, c. 4.6.

exceptionnel. En effet, lorsque l'employeur a manifesté son intention de résilier le contrat de travail ou qu'il l'a résilié pour des motifs d'ordre économique, des délais de congé plus courts peuvent être prévus en faveur du travailleur, par accord, contrat-type de travail ou convention collective (art. 335a al. 2 CO).

Quant au terme du congé, il s'agit du moment déterminé auquel les rapports de travail peuvent prendre fin⁹⁸. Selon le régime légal, le contrat est en principe résilié « pour la fin d'un mois », lorsque la résiliation est notifiée après le temps d'essai. Ainsi, les délais de congé se calculent en principe pour la fin d'un mois (terme), ce qui implique d'écouler le délai sur des mois complets. Peu importe que le terme du délai donné pour la fin d'un mois s'achève un dimanche ou un jour férié ; la loi ne prévoit pas de report.

Lorsqu'une partie résilie le contrat en indiquant un délai ou un terme inexact, inférieur au délai ou terme applicable, la résiliation n'est pas nulle, mais produit ses effets pour le prochain terme exact⁹⁹.

b) Résiliation pendant le temps d'essai

Le temps d'essai doit fournir aux parties l'occasion de préparer l'établissement de rapports de travail destinés à durer, en leur permettant d'éprouver leurs relations de confiance, de déterminer si elles se conviennent mutuellement et de réfléchir avant de s'engager pour une plus longue période¹⁰⁰. Pour ces raisons, durant le temps d'essai, le contrat de travail peut être résilié à des conditions facilitées (délai de résiliation très court).

Le temps d'essai ne peut s'appliquer qu'aux relations de travail nouvelles qui impliquent des prestations de travail à l'occasion desquelles les parties n'ont pas encore eu l'occasion d'apprendre à se connaître. Ainsi, il ne peut être prévu de temps d'essai lorsque ces dernières ont déjà l'habitude de collaborer, que ce soit dans l'hypothèse où un contrat ordinaire suit un contrat d'apprentissage ou lorsque plusieurs contrats, conclus entre les mêmes personnes et portant sur la même activité, se succèdent immédiatement ou de manière rapprochée¹⁰¹.

Selon le Tribunal fédéral, le travail temporaire doit se voir appliquer un régime particulier. Il est tout d'abord possible de prévoir un nouveau temps d'essai pour chaque mission dans une nouvelle entreprise, même si le travailleur est lié avec l'agence de travail temporaire

⁹⁸ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 1 *ad* art. 335a CO.

⁹⁹ TF 4A_372/2016 du 2 février 2017, c. 5.1.1 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 *ad* art. 335 CO.

¹⁰⁰ ATF 134 III 108, c. 7.1.1 ; ATF 124 V 246, c. 3b.

¹⁰¹ ATF 136 III 562, c. 3 ; ATF 129 III 124, c. 3.2 ; TF 4A_594/2018 du 6 mai 2019, c. 4.1.2 ; TF 4C.284/2002 du 18 mars 2003, c. 4 ; TF 4C.93/1997 du 8 octobre 1997, c. 3c, *in* : JAR 1998 176.

par un contrat de travail de durée indéterminée¹⁰². Par ailleurs, lorsqu'une telle entreprise fait appel à une personne intérimaire au terme de sa mission, pour effectuer une activité comparable dans le cadre d'un emploi fixe, elle peut valablement prévoir un temps d'essai, car le passage d'un emploi intérimaire à un emploi stable implique un changement de statut important¹⁰³.

Avant d'aborder la question du délai de congé, il est important de définir la durée du temps d'essai. Selon l'art. 335b al. 1 CO, le premier mois de travail est considéré comme temps d'essai. Celui-ci débute le jour de l'entrée en service effective et non dès la date d'entrée prévue¹⁰⁴. La durée légale du temps d'essai est d'un mois de calendrier, indépendamment du nombre d'heures de travail effectuées par semaine ; un travail à temps partiel n'a pas pour effet d'en prolonger la durée¹⁰⁵.

En vertu de l'art. 335b al. 2 CO, les parties peuvent, par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective, supprimer totalement le temps d'essai¹⁰⁶, ou alors en réduire ou en prolonger la durée ; toutefois, ce dernier ne peut dépasser trois mois. Ce maximum vaut aussi pour le travail à temps partiel. Les accords excédant cette durée maximale sont partiellement nuls (*cf.* art. 20 al. 2 CO) dans le sens que la période d'essai est réduite à trois mois¹⁰⁷. Le travailleur n'abuse pas de son droit en invoquant la nullité d'une prolongation du temps d'essai qu'il avait acceptée¹⁰⁸. La prolongation du temps d'essai peut intervenir en cours d'emploi pour autant qu'elle soit convenue avant l'échéance du temps d'essai initial et qu'elle n'entraîne pas un dépassement de la durée maximum de trois mois¹⁰⁹.

L'art. 335b al. 3 CO prévoit qu'en cas d'interruption du travail pour cause de maladie, accident ou d'accomplissement d'une obligation légale incombant au travailleur sans qu'il ait demandé de l'assumer, le temps d'essai est prolongé d'autant. La liste figurant dans cette disposition légale est exhaustive¹¹⁰. Les parties ne peuvent pas valablement convenir d'une prolongation au-delà de la durée maximale de trois mois pour une autre cause que celles énumérées dans la loi (par exemple, congé non payé ou vacances)¹¹¹.

¹⁰² ATF 119 V 46, c. 1c.

¹⁰³ ATF 129 III 124, c. 3.3.

¹⁰⁴ ATF 144 III 152, c. 4.4.1.

¹⁰⁵ ATF 136 III 562, c. 3.

¹⁰⁶ TF 4C.45/2004 du 31 mars 2004, c. 3.1.

¹⁰⁷ ATF 136 III 562, c. 3 ; ATF 129 III 124, c. 3.1.

¹⁰⁸ ATF 109 II 449, c. 2b.

¹⁰⁹ HEINZER, N 7 *ad* art. 335b CO.

¹¹⁰ ATF 136 III 562, c. 3.

¹¹¹ WYLER/HEINZER, p. 634.

Faut-il compter le jour de l'entrée en service lors du calcul du temps d'essai ? Dans un arrêt récent¹¹², le Tribunal fédéral a distingué les deux hypothèses suivantes :

- *contrat de travail conclu le jour de l'entrée en service*. Le jour de l'entrée en fonction ne compte pas comme temps d'essai. On applique le système prévu par l'art. 77 al. 1 ch. 3 CO et calcule le temps d'essai de quantième en quantième ;
- *contrat de travail conclu avant l'entrée en service*. Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte de savoir si la règle précédemment évoquée s'appliquait également lorsque la conclusion du contrat précède l'entrée en service.

Cet arrêt a été critiqué à juste titre par plusieurs auteurs qui considèrent qu'il ne convient pas d'opérer une différence selon que le contrat a été conclu avant ou le jour même de l'entrée en service¹¹³. Dans les deux cas, il convient de considérer que le temps d'essai d'un mois arrive à échéance le dernier jour du même mois. Par ailleurs, cette jurisprudence crée une insécurité juridique non souhaitée. Devrait-elle aussi, par exemple, s'appliquer lors de la computation des délais des années de service ?

En principe, selon l'art. 335b al. 1 CO, le délai de congé applicable durant le temps d'essai est de sept jours nets (sans terme) et non de jours ouvrables¹¹⁴. Ainsi, un contrat de travail dont la résiliation est notifiée un mardi prend fin le mardi suivant. Le délai de résiliation spécifique prévu durant le temps d'essai est applicable dès l'instant où la résiliation est notifiée durant le temps d'essai ; peu importe que les rapports de travail ne soient appelés à prendre fin qu'après la fin du temps d'essai¹¹⁵.

Des dispositions différentes peuvent être prévues par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective (art. 335b al. 2 CO). Le délai de résiliation applicable pendant cette période peut être augmenté, réduit, voire supprimé¹¹⁶. Il peut aussi être soumis au respect d'un terme, tel que la fin d'une semaine.

Notons enfin que les règles sur la motivation du congé (art. 335 al. 2 CO), sur la résiliation abusive (art. 336 à 336b CO)¹¹⁷ ou discriminatoire (art. 5 al. 2 LEg) et sur la résiliation immédiate (art. 337 ss CO) s'appliquent pendant le temps d'essai. En revanche, celles sur la résiliation en temps inopportun (art. 336c et 336d CO) ne trouvent application qu'après le temps d'essai.

¹¹² ATF 144 III 152, c. 4.

¹¹³ Cf. WITZIG AURÉLIEN, Calcul du temps d'essai ; une complication excessive, *in* : Newsletter DroitDuTravail.ch du mois d'avril 2018 ; WYLER/HEINZER, pp. 630 s.

¹¹⁴ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 3 *ad* art. 335b CO.

¹¹⁵ HEINZER, N 21 *ad* art. 335b CO.

¹¹⁶ ATF 136 III 96, c. 3.

¹¹⁷ ATF 134 III 108, c. 7.

c) Résiliation après le temps d'essai

Selon l'art. 335c al. 1 CO, après le temps d'essai, le contrat de travail de durée indéterminée peut être résilié pour la fin d'un mois (terme), moyennant un délai de résiliation fixé en fonction de l'ancienneté :

- un mois pendant la première année de service ;
- deux mois de la deuxième à la neuvième année de service ;
- trois mois à partir de la dixième année de service.

Le terme légal est la fin d'un mois. Par fin d'un mois, il faut entendre le dernier jour du mois, même s'il s'agit d'un dimanche ou d'un jour férié¹¹⁸.

Pour déterminer la durée des rapports de service, on se fonde sur la date d'entrée en fonction, et non sur la date de la conclusion du contrat. Si plusieurs contrats se succèdent de manière ininterrompue (par exemple, contrat d'apprentissage suivi d'un contrat de travail ordinaire), l'ancienneté se calcule en fonction de la durée totale des rapports de travail¹¹⁹. Les brèves interruptions peuvent être ignorées¹²⁰. Afin de déterminer le délai applicable dans un cas concret, il faut se placer au moment de la notification du congé, indépendamment du moment auquel le contrat est appelé à prendre fin¹²¹.

Les délais prévus à l'art. 335c al. 1 CO peuvent être modifiés moyennant le respect de deux conditions (art. 335c al. 2 CO). Premièrement, les parties doivent adopter la modification par accord écrit, par contrat type de travail ou par convention collective (condition formelle). Deuxièmement, les délais doivent correspondre au moins à un mois net (condition matérielle), sauf pour la première année de service et si la modification est prévue par une convention collective. Moyennant le respect de ces conditions et du principe de la parité, les parties bénéficient de la liberté contractuelle.

Une dérogation peut tout d'abord porter sur la durée du délai. Les parties peuvent notamment prévoir des délais plus longs, une augmentation rythmée différemment que dans le système légal ou encore une durée unique, quelle que soit l'ancienneté¹²². Une dérogation est aussi susceptible de porter sur le terme. Les parties peuvent le modifier, en prévoyant par exemple un terme pour la fin d'une semaine. Elles peuvent aussi le supprimer et prévoir l'application de délais de congé nets¹²³. Il faut considérer que le

¹¹⁸ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 5 *ad* art. 335c CO ; PORTMANN/WILDHABER, N 673.

¹¹⁹ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 1 *ad* art. 335c CO.

¹²⁰ ATF 112 II 51, c. 3.

¹²¹ ATF 133 III 517, c. 3.3 ; HEINZER, N 5 *ad* art. 335c CO.

¹²² HEINZER, N 9 *ad* art. 335c CO.

¹²³ HEINZER, N 10 *ad* art. 335c CO.

respect des conditions de formes prévues à l'art. 335c al. 2 CO est impératif pour toute dérogation, qu'elle porte sur le délai ou le terme¹²⁴.

Notons encore que le 1^{er} janvier 2021 est entré en vigueur un nouvel article 335c al. 3 CO, dont la teneur est la suivante : « Si l'employeur résilie le contrat et que le travailleur bénéficie d'un congé de paternité au sens de l'art. 329g CO avant la fin du contrat de travail, le délai de congé est prolongé du nombre de jours de congé qui n'ont pas été pris ». Cette disposition est issue de la modification de la LAPG¹²⁵ du 27 septembre 2019, instituant un congé paternité de deux semaines (art. 329g al. 1 CO). La réforme a été acceptée par le peuple suisse lors de la votation populaire du 27 septembre 2020.

3. Congé sous réserve de modification

Le congé sous réserve de modification consiste en une résiliation du contrat, notifiée par l'employeur, qui est liée à l'offre de poursuivre les rapports de travail à des conditions modifiées¹²⁶. L'employeur peut notamment utiliser un tel mode de résiliation pour revoir les attributions d'un travailleur, la nature et la durée du travail, le système de rémunération ou le lieu de travail¹²⁷. Selon la jurisprudence, une résiliation sous réserve de modification n'est pas abusive en tant que telle, mais peut l'être selon les circonstances du cas particulier¹²⁸.

On distingue le congé-modification au sens étroit et au sens large. Il y a congé-modification au sens étroit lorsque l'employeur résilie le contrat tout en accompagnant sa déclaration de l'offre de poursuivre les rapports de travail à des conditions modifiées à l'issue du délai de congé¹²⁹. Il s'agit d'une forme de congé conditionnel : en cas de refus de l'offre modificative, les rapports de travail prennent fin à l'issue du délai de congé¹³⁰. Il y a congé-modification au sens large lorsque la résiliation et l'offre de poursuivre les rapports de travail à des conditions modifiées ne sont pas immédiatement couplées¹³¹. L'offre modificative précède le congé : le travailleur est licencié par ce qu'il n'a pas accepté une modification consensuelle des rapports de travail¹³². Les deux procédés sont

¹²⁴ WYLER/HEINZER, p. 638.

¹²⁵ RS 834.1.

¹²⁶ ATF 123 III 246, c. 3.

¹²⁷ BONARD, N 17 *ad* art. 335 CO.

¹²⁸ ATF 123 III 246, c. 3-5.

¹²⁹ TF 4C.209/2002 du 28 novembre 2002, c. 2.1.

¹³⁰ BONARD, N 18 *ad* art. 335 CO.

¹³¹ TF 4C.317.2006 du 4 janvier 2007, c. 3.3.

¹³² BONARD, N 19 *ad* art. 335 CO.

très similaires puisque dans les deux cas, la résiliation ne tend pas à la cessation des rapports de travail, mais à leur maintien avec des conditions modifiées¹³³.

Dans certaines circonstances, un congé-modification peut être abusif¹³⁴. Tel est le cas, premièrement, si l'entrée en vigueur des modifications est prévue avant l'écoulement du délai de congé applicable en cas de résiliation¹³⁵, ou deuxièmement, si l'offre de modifier le contrat constitue un moyen de pression pour imposer une modification défavorable, sans justification économique¹³⁶.

4. Résiliation immédiate

Selon l'art. 337 al. 1 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat de travail en tout temps pour de justes motifs. En présence d'une résiliation avec effet immédiat, qu'elle soit justifiée ou non, que son exercice soit considéré comme tardif ou qu'il ait été donné pendant une période de protection au sens de l'art. 336c CO, les rapports de travail prennent fin au moment de la notification (*ex nunc*), à la fois dans les faits et sur le plan juridique¹³⁷.

La loi ne prescrit aucune forme particulière pour notifier une résiliation immédiate, mais les parties peuvent avoir réservé une forme écrite (art. 16 CO)¹³⁸. Le moment auquel la résiliation est réputée parvenue à son destinataire (moment de la notification) se détermine selon les mêmes règles qu'en cas de résiliation ordinaire du contrat de travail¹³⁹. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit reçue sur le lieu de travail ou pendant les heures de travail¹⁴⁰. La partie qui a résilié immédiatement le contrat de travail doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande (art. 337 al. 1, 2^e phrase CO). Ce devoir est le pendant du même devoir prévu en matière de résiliation ordinaire (*cf.* art. 335 al. 2 CO)¹⁴¹.

Nous traiterons de manière succincte des conditions d'une résiliation extraordinaire justifiée, puis des conséquences d'une résiliation extraordinaire justifiée et injustifiée.

¹³³ WYLER/HEINZER, p. 621.

¹³⁴ TF 4A_166/2018 du 20 mars 2019, c. 3.2.

¹³⁵ TF 4A_539/2015 du 28 janvier 2016, c. 3.2.

¹³⁶ ATF 123 III 246, c. 3a.

¹³⁷ WITZIG, N 843 ; WYLER/HEINZER, p. 750.

¹³⁸ GLOOR, N 8 et 66 *ad* art. 337 CO.

¹³⁹ DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, N 436. *Cf. supra*, pp. 11 ss.

¹⁴⁰ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 3 *ad* art. 337 CO.

¹⁴¹ *Cf. supra*, p. 14.

a) Conditions d'une résiliation immédiate justifiée

La résiliation avec effet immédiat constitue une mesure exceptionnelle (*ultima ratio*) qui ne doit être admise que de manière restrictive¹⁴². Pour être justifiée, elle doit reposer sur deux conditions cumulatives, l'existence de justes motifs, d'une part, et l'immédiateté de la réaction dès la connaissance de ces motifs, d'autre part¹⁴³. Nous traiterons de ces conditions de manière plus détaillée dans la seconde partie de notre contribution¹⁴⁴.

- *Justes motifs*. Sont notamment considérés comme justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui ou celle qui donne le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 al. 2 CO). Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs, mais en aucun cas il ne peut considérer comme tel le fait que le travailleur a été sans faute empêché de travailler (art. 337 al. 3 CO).
- *Réaction immédiate*. La partie qui entend se prévaloir d'un juste motif doit manifester sans tarder sa volonté de résilier le contrat avec effet immédiat, dès qu'elle a connaissance du motif ou au plus tard, en principe, après un bref délai de réflexion de deux à trois jours ouvrables¹⁴⁵.

b) Conséquences d'une résiliation immédiate justifiée et non justifiée

Comme nous l'avons vu, une résiliation extraordinaire met fin avec effet immédiat au contrat de travail, qu'elle soit justifiée ou non. Les articles 337b à 337d CO fixent les conséquences financières d'une telle résiliation¹⁴⁶. Il faut distinguer les trois cas suivants :

- *résiliation justifiée du contrat de travail*. Si les justes motifs de la résiliation immédiate du contrat consistent dans son inobservation par l'une des parties, celle-ci doit réparer intégralement le dommage causé, compte tenu de toutes les prétentions découlant des rapports de travail (art. 337b al. 1 CO). Dans les autres cas, le juge apprécie librement les conséquences pécuniaires de la résiliation immédiate en tenant compte de toutes les circonstances (art. 337b al. 2 CO) ;
- *résiliation injustifiée du contrat de travail par l'employeur*. En cas de licenciement immédiat injustifié, le travailleur a droit à une créance en dommages-intérêts (art. 337c al. 1 CO), ainsi qu'à une indemnité *sui generis* (art. 337c al. 3 CO). Nous reviendrons sur cette hypothèse dans la seconde partie de notre article¹⁴⁷ ;

¹⁴² ATF 137 III 303, c. 2.1.1.

¹⁴³ DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, N 442.

¹⁴⁴ Cf. *infra*, pp. 58 ss.

¹⁴⁵ DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, N 443.

¹⁴⁶ Cf. WYLER/HEINZER, pp. 755 ss.

¹⁴⁷ Cf. *infra*, pp. 63 ss.

- *non-entrée en service ou abandon injustifié de l'emploi par le travailleur.* Lorsque le travailleur n'entre pas en service ou abandonne son emploi abruptement sans justes motifs, l'employeur a droit à une indemnité égale au quart du salaire mensuel ; il a en outre droit à la réparation du dommage supplémentaire (art. 337d al. 1 CO). Le juge peut réduire l'indemnité selon sa libre appréciation si l'employeur ne subit aucun dommage ou si le dommage est inférieur à l'indemnité (art. 337d al. 2 CO). Si le droit à l'indemnité ne s'éteint pas par compensation, il doit, sous peine de péremption, être exercé par voie d'action en justice ou de poursuites dans les trente jours à compter de la non-entrée en place ou de l'abandon d'emploi (art. 337d al. 3 CO).

5. Distinction et choix entre résiliation ordinaire et immédiate

Lorsque le contrat de travail a été conclu pour une durée indéterminée, il est possible de mettre fin au contrat de manière ordinaire (*cf.* art. 335 CO) en respectant le délai et terme légal ou contractuels (*cf.* art. 335a ss CO). Le motif de résiliation est en principe sans importance, pour autant qu'il ne soit pas abusif (*cf.* art. 336 CO) ou discriminatoire au sens de la LEg. En présence de justes motifs, la partie peut résilier le contrat, de durée déterminée ou de durée indéterminée, avec effet immédiat (*cf.* art. 337 CO). La résiliation du contrat de travail est un acte formateur irrévocable, sous réserve d'une révocation par accord des parties¹⁴⁸.

Selon la jurisprudence, la partie qui apprend l'existence d'un comportement répréhensible de son partenaire contractuel, propre à justifier la cessation immédiate des rapports de travail, et qui souhaite résilier le contrat pour ce motif, a le choix entre la résiliation ordinaire et la résiliation immédiate du contrat. Si elle opte pour une résiliation ordinaire, elle renonce définitivement au droit de résiliation immédiate, du moins en tant qu'il se fonde sur la même circonstance que celle ayant entraîné la résiliation ordinaire du contrat¹⁴⁹. Dans ces circonstances, une résiliation immédiate notifiée après une résiliation ordinaire serait dépourvue d'effet, le contrat prenant fin à l'échéance du délai ordinaire et le juge n'ayant pas à examiner l'existence de justes motifs¹⁵⁰. La résiliation avec effet immédiat après une résiliation ordinaire reste cependant possible, mais seulement pour d'autres motifs que ceux à l'origine de cette dernière¹⁵¹.

Inversement, la partie qui opte pour la résiliation immédiate perd définitivement le droit à la résiliation ordinaire. Si elle réalise tardivement que la résiliation est dépourvue de justes motifs, elle ne peut pas unilatéralement invalider sa déclaration. La résiliation

¹⁴⁸ ATF 128 III 129, c. 2a ; TF 4A_372/2016 du 2 février 2017, c. 5.2.

¹⁴⁹ ATF 123 III 86, c. 2b.

¹⁵⁰ ATF 137 I 58, c. 4.3.2.

¹⁵¹ GLOOR, N 59 *ad* art. 337 CO.

extraordinaire étant un acte formateur, le juge ne peut pas non plus convertir une telle résiliation qui se révélerait injustifiée en une réalisation ordinaire¹⁵². En revanche, le Tribunal fédéral a admis que l'employeur puisse, dans certaines circonstances, octroyer un « délai social » au travailleur, qui consiste à différer l'échéance du contrat de travail qui a été résilié avec effet immédiat¹⁵³. La doctrine est plutôt sceptique car une telle pratique est de nature à créer un fort risque d'insécurité juridique et de confusion entre résiliation extraordinaire et résiliation ordinaire¹⁵⁴.

La partie qui souhaite notifier un congé immédiat doit manifester sa volonté de manière claire et sans ambiguïté sur sa volonté de rompre le contrat avec effet immédiat¹⁵⁵. Dans le doute, on doit interpréter la déclaration de volonté dans le sens que le destinataire pouvait, de bonne foi, y donner, compte tenu de toutes les circonstances (*cf.* art. 18 CO)¹⁵⁶. En cas d'hésitation, on doit à notre avis, privilégier l'existence d'une résiliation ordinaire, vu le caractère exceptionnel de la résiliation extraordinaire. C'est à la partie qui entend en déduire un droit qu'il incombe de prouver l'existence d'une résiliation avec effet immédiat¹⁵⁷. Lorsque le travailleur n'est pas certain d'avoir été licencié avec effet immédiat, il a intérêt à offrir ses services, par écrit, jusqu'à clarification des intentions de l'employeur¹⁵⁸.

Il n'existe pas de place pour d'autres formes de résiliation, en sus de la résiliation ordinaire ou de la résiliation extraordinaire¹⁵⁹. Aussi, la suspension provisoire de travail sans salaire à l'encontre du travailleur ne correspond à aucune fin de contrat de travail prévue par le droit privé suisse. Il y a lieu d'admettre, en l'absence d'accord de l'employé avec cette mesure, qu'elle équivaut à une résiliation immédiate pour justes motifs au sens de l'art. 337 al. 1 CO¹⁶⁰.

¹⁵² TF 4A_372/2016 du 2 février 2017, c. 5.2.

¹⁵³ ATF 140 I 320, c. 7 et 8 (pour un commentaire de cet arrêt, *cf.* DUNAND JEAN-PHILIPPE, Consécration de la notion de « délai social » en cas de licenciement immédiat : une [fausse] bonne idée ?, *in* : Newsletter DroitDuTravail.ch du mois de janvier 2015) ; TF 4C.174/2003 du 27 octobre 2003, c. 3.2.1-2.

¹⁵⁴ DUNAND, Délai maximal, pp. 141 ss ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 14 *ad* art. 337 CO ; WYLER/HEINZER, 751.

¹⁵⁵ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 2 *ad* art. 337 CO.

¹⁵⁶ GLOOR, N 7 *ad* art. 337 CO.

¹⁵⁷ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 2 *ad* art. 337 CO ; GLOOR, N 68 *ad* art. 337 CO.

¹⁵⁸ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 2 *ad* art. 337 CO.

¹⁵⁹ WITZIG, N 847.

¹⁶⁰ TF 4A_372/2016 du 2 février 2017, c. 6.1. Pour un commentaire de cet arrêt, *cf.* NOVIER MERCEDES, Suspension provisoire de travail sans salaire : fin du contrat de travail ?, *in* : Newsletter DroitDuTravail.ch du mois d'avril 2017.

6. Convention de résiliation

La convention de résiliation permet aux parties de mettre fin à un contrat de travail de durée déterminée avant son échéance, ou à un contrat de travail de durée indéterminée sans respecter le délai de congé¹⁶¹. Un tel accord est en principe valable, pour autant que les parties ne cherchent pas à détourner par ce biais une disposition impérative de la loi (*cf.* art. 341 al. 1 CO)¹⁶². Dans la mesure où elle entraîne pour le travailleur une renonciation à se prévaloir de la protection légale contre le congé (*cf.* art. 336 ss CO), une restriction de ses prétentions futures de chômage (*cf.* art. 30 al. 1 let. a LACI¹⁶³), ainsi qu'une perte d'une partie de son salaire lorsque la fin des rapports de travail intervient avant l'expiration ordinaire du contrat, la convention de résiliation ne doit être admise qu'avec retenue¹⁶⁴.

Selon le Tribunal fédéral, il convient de différencier la convention de résiliation de la transaction sur les modalités de la fin des rapports de travail. Ces deux accords se distinguent en ce sens que la convention de résiliation vise à empêcher la naissance de nouvelles prétentions, tandis que la transaction implique la renonciation à des prétentions existantes. Dès lors, si les parties entendent exclure la protection conférée au travailleur par les art. 336 ss CO, l'accord sera qualifié de convention de résiliation (qui présuppose la renonciation à une éventuelle contestation future du congé) ; dans la situation inverse (la protection des art. 336 ss CO n'est pas écartée), l'accord sera qualifié de transaction¹⁶⁵.

Nous examinerons ici les conditions de validité d'une convention de résiliation, ainsi que les conséquences d'un accord non valide.

a) Conditions de validité

Pour être valable, la convention de résiliation doit respecter deux conditions principales. Premièrement, l'accord doit être librement consenti et correspondre à la volonté manifeste des deux parties. Deuxièmement, il doit contenir des concessions réciproques de l'employeur et du travailleur.

¹⁶¹ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 24 *ad* art. 335 CO.

¹⁶² ATF 119 II 449, c. 2a ; TF 4A_495/2007 du 12 janvier 2009, c. 4.3.1.1.

¹⁶³ RS 837.0.

¹⁶⁴ TF 4C.397/2004 du 15 mars 2005, c. 2.1.

¹⁶⁵ TF 4A_13/2018 du 23 octobre 2018, c. 4.1.3 (pour un commentaire de cet arrêt, *cf.* WITZIG AURÉLIEN, Tentative de rationalisation de la transaction en droit du travail, *in* : Newsletter DroitDuTravail.ch du mois de décembre 2018) ; TF 4C.37/2005 du 17 juin 2005, c. 2.2.

La résiliation conventionnelle n'est soumise à aucune forme particulière (*cf.* art. 115 CO) et peut donc être donnée par écrit, oralement ou même tacitement¹⁶⁶. La volonté commune des parties de conclure un tel accord doit toutefois être établie sans équivoque¹⁶⁷. L'employeur ne peut, de bonne foi, déduire une telle volonté de la part du travailleur que si celle-ci ressort de manière claire et irréfutable de son comportement¹⁶⁸. Le simple fait que le travailleur accepte une résiliation proposée par l'employeur ne permet pas, à elle seule, de conclure à l'existence d'une résiliation conventionnelle et, par là même, à la volonté implicite du travailleur de renoncer à la protection accordée par les art. 336 ss CO¹⁶⁹. En outre, le travailleur doit pouvoir disposer d'un délai de réflexion suffisant pour être en mesure de se déterminer en toute connaissance de cause, en tous cas quand le texte de l'accord a été formulé par l'employeur¹⁷⁰.

Lorsque la volonté des parties de mettre fin aux rapports de travail d'un commun accord est clairement établie, la validité de la cessation contractuelle suppose, en outre, que ledit accord constitue nettement un cas de transaction, c'est-à-dire qu'il comporte des concessions réciproques d'importance comparable de chaque partie¹⁷¹. Puisque le travailleur renonce aux protections légales contre le congé, il revient à l'employeur de proposer des prestations pouvant être considérées comme des concessions suffisantes. Il peut s'agir de la libération de l'obligation du travailleur de fournir sa prestation de travail et de son droit simultané de prendre un nouvel emploi sans imputation de salaire, de l'octroi d'un *outplacement*, ou du paiement d'une indemnité de départ, du salaire pour un temps plus long que le délai de résiliation légal ou contractuel, d'un treizième salaire non contractuel, ou d'une prime exceptionnelle¹⁷². Il faut examiner la volonté ou l'intérêt du travailleur à un tel accord ou l'importance que représente l'hypothétique renonciation de l'employeur. Il convient de procéder à une pesée des intérêts afin de déterminer concrètement si les droits auxquels les deux parties ont renoncé sont approximativement de valeurs équivalentes¹⁷³. Dans tous les cas, la convention doit présenter un avantage raisonnable pour le travailleur¹⁷⁴. Si le travailleur souhaite de sa propre initiative quitter l'entreprise à court terme ou profiter d'une mise en disponibilité jusqu'à la date de son

¹⁶⁶ TF 4A_362/2015 du 1^{er} décembre 2015, c. 3.2 ; TF 4C.61/2006 du 24 mai 2006, c. 3.1 ; TF 4C.397/2004 du 15 mars 2005, c. 2.1.

¹⁶⁷ TF 4A_364/2016 du 31 octobre 2016, c. 3.1.

¹⁶⁸ TF 4C.397/2004 du 15 mars 2005, c. 2.1.

¹⁶⁹ TF 4A_563/2011 du 19 janvier 2012, c. 4.1 ; TF 4A_495/2007 du 12 janvier 2009, c. 4.3.1.1.

¹⁷⁰ TF 4A_376/2010 du 30 septembre 2010, c. 3 ; TF 4A_495/2007 du 12 janvier 2009, c. 4.3.1.1 ; TF 4C.51/1999 du 20 juillet 1999, c. 3c.

¹⁷¹ TF 4A_13/2018 du 23 octobre 2018, c. 4.1.2 ; TF 4C.397/2004 du 15 mars 2005, c. 2.1.

¹⁷² *Cf.* BONARD, N 15 *ad* art. 335 CO ; WITZIG, N 931.

¹⁷³ WYLER/HEINZER, p. 854.

¹⁷⁴ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 27 *ad* art. 335 CO.

départ, les exigences sont moindres, au point que, suivant les circonstances concrètes, la dissolution immédiate du contrat de travail peut s'avérer parfaitement licite, sans obligation de prestation supplémentaire de la part de l'employeur¹⁷⁵.

L'étendue des concessions doit être appréciée au moment de la conclusion de l'accord, selon les chances de faire valoir avec succès les prétentions auxquelles il est renoncé¹⁷⁶. Il convient cependant de réserver les événements imprévisibles non imputables à l'une ou l'autre des parties pouvant se présenter jusqu'à la fin du délai de congé, telles que la survenance d'une période de protection en raison d'une incapacité de travail¹⁷⁷.

b) Conséquences d'un accord non valable

La convention de résiliation qui ne satisfait pas aux conditions susmentionnées ne lie pas les parties. Il convient d'en faire abstraction et d'appliquer, en lieu et place, les dispositions relevant du régime légal ordinaire régissant l'extinction des rapports de travail (CO et/ou convention collective de travail applicable). En d'autres termes, les parties doivent être replacées dans la situation hypothétique qui eût prévalu si elles n'avaient pas conclu l'accord de résiliation non valable. Lorsque l'accord invalide prévoyait une extinction des rapports de travail anticipée par rapport au délai de préavis, il faudra déterminer si l'employeur aurait résilié le contrat de manière ordinaire ou avec effet immédiat dans l'hypothèse où l'accord de résiliation n'aurait pas été conclu, respectivement dans l'hypothèse où il aurait eu connaissance de l'invalidité de l'accord de résiliation. Suivant la réponse apportée à cette question, le travailleur pourra soit faire valoir une prétention de salaire jusqu'à la fin du délai de congé ordinaire, le cas échéant pour la durée prolongée découlant de l'application des art. 324a et 336c CO, soit réclamer des dommages-intérêts et une indemnité fondée sur l'art. 337c al. 1 et 3 CO¹⁷⁸. C'est au travailleur qui soutient que son employeur l'aurait licencié avec effet immédiat d'en apporter la preuve¹⁷⁹.

Les prestations supplémentaires qui ont été octroyées par l'employeur en application de l'accord nul doivent être portées en déduction des prétentions de l'employé, lequel ne saurait cumuler les prestations de l'accord contesté avec celles résultant du régime ordinaire¹⁸⁰.

¹⁷⁵ TC/VD du 28 août 2018, c. 3.2.1, *in* : JAR 2019 550.

¹⁷⁶ TF 4A_103/2010 du 16 mars 2010, c. 2.3.3.

¹⁷⁷ TF 4A_376/2010 du 30 septembre 2010, c. 3 ; TF 4C.27/2002 du 19 avril 2002, c. 2.

¹⁷⁸ Sur les conséquences d'un accord invalide, *cf.* TF 4A_364/2016 du 31 octobre 2016, c. 3.2 ; TF 4A_495/2007 du 12 janvier 2009, c. 4.3.1.2.

¹⁷⁹ TF 4A_699/2016 du 2 juin 2017, c. 2.2.

¹⁸⁰ WYLER/HEINZER, p. 653. Dans le même sens, BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 28 *ad* art. 335 CO.

C. Cas particuliers

Nous mentionnerons ici quelques cas particuliers pour lesquels il faudra se demander s'ils constituent des causes d'extinction du contrat de travail, et dans l'affirmative, à quelles conditions. Il s'agit de l'invalidation du contrat, de l'opposition au transfert des rapports de travail, de l'âge de la retraite, de la mort du travailleur, et de la mort ou de la faillite de l'employeur.

1. Invalidation du contrat

Dans certaines situations, le contrat de travail peut être frappé d'une nullité absolue ou relative. Ainsi, un contrat est nul (nullité absolue) s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs (art. 20 al. 1 CO). Tel est le cas, par exemple, de la conclusion d'un contrat avec une partie qui n'a pas l'exercice des droits civils (*cf.* art. 19 al. 1 CC), de l'interdiction légale d'employer des jeunes âgés de moins de quinze ans (*cf.* art. 30 LTr¹⁸¹) ou du défaut d'autorisation du bailleur de services nécessaire à l'exercice de son activité (*cf.* art. 12 et 19 al. 6 LSE)¹⁸². La nullité relative concerne les vices de volonté, tels que la lésion (art. 21 CO), l'erreur essentielle (art. 23 et 24 CO), le dol (art. 28 CO) et la crainte fondée (art. 29 CO). La partie qui se prévaut d'une nullité relative doit déclarer qu'elle résilie le contrat dans le délai prévu par les art. 21 ou 31 CO, à défaut de quoi le vice est couvert¹⁸³. Un dol existe, par exemple, lorsqu'un employeur découvre qu'il a engagé un travailleur sur la base d'un faux certificat de travail, attribuant à ce dernier des qualités exceptionnelles infondées¹⁸⁴.

Selon les règles générales, un contrat nul produit des effets *ex tunc*, avec pour conséquence que les parties doivent être replacées dans la situation précédant la conclusion du contrat. Les prestations faites par les parties l'ont été sans cause et doivent être restituées selon les règles sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO)¹⁸⁵.

Afin d'atténuer les conséquences rigoureuses de l'application de ces règles générales, le législateur a adopté une disposition qui s'applique de manière spécifique au contrat de travail. Lorsque le travailleur fournit, de bonne foi, un travail pour l'employeur en vertu d'un contrat de travail qui se révèle nul par la suite, l'art. 320 al. 3 CO prescrit que le travailleur et l'employeur doivent tous deux s'acquitter des obligations découlant des

¹⁸¹ RS 822.11.

¹⁸² WYLER/HEINZER, p. 92.

¹⁸³ TF 4A_476/2011 du 11 novembre 2011, c. 5.

¹⁸⁴ *Cf.* ATF 132 III 242.

¹⁸⁵ ATF 132 III 242, c. 4.1.

rapports de travail, comme s'il s'agissait d'un contrat valable, jusqu'à ce que l'un ou l'autre mette fin aux rapports de travail en raison de l'invalidité.

L'application de l'art. 320 al. 3 CO nécessite la réalisation de trois conditions cumulatives¹⁸⁶ : une cause de nullité (absolue ou relative), l'entrée en fonction effective du travailleur et la bonne foi de ce dernier. Dans ce contexte, la bonne foi est présumée¹⁸⁷. Selon le Tribunal fédéral, le travailleur ne doit être considéré comme ayant été de mauvaise foi que si l'employeur est en mesure de prouver, non seulement que l'employé connaissait le vice entachant le congé, mais aussi les conséquences de ce vice, c'est-à-dire l'influence du vice sur la nullité du contrat¹⁸⁸.

L'art. 320 al. 3 CO crée une fiction de validité du contrat jusqu'à son invalidation¹⁸⁹. En effet, tant que les parties ne se prévalent pas de la nullité, elles doivent remplir leurs obligations, comme si elles se trouvaient liées par un contrat de travail valable. L'invalidation produit donc des effets *ex nunc*¹⁹⁰. La partie qui invoque la nullité peut invalider le contrat de travail avec effet immédiat. L'invalidation ne correspond pas à une résiliation. Ainsi, en cas d'application de l'art. 320 al. 3 CO, les délais de résiliation sont inapplicables et le travailleur ne bénéficie d'aucune protection contre le congé¹⁹¹.

Par ailleurs, comme le relève GLOOR, l'invalidation se distingue d'une résiliation immédiate pour trois autres raisons¹⁹². Premièrement, une résiliation implique la reconnaissance de la validité du contrat. Deuxièmement, le vice de volonté allégué n'a pas besoin d'atteindre la gravité objective et subjective d'un juste motif de licenciement immédiat. Troisièmement, enfin, l'invalidation n'est pas soumise au principe de la réaction immédiate.

2. Opposition au transfert des rapports de travail

Lorsque l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, la loi prévoit que les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations qui en découlent, au jour du transfert, à moins que le travailleur ne s'y oppose (art. 333 al. 1 CO). Si les rapports de travail transférés sont régis par une convention collective, l'acquéreur est tenu de la respecter pendant une année pour autant qu'elle ne prend pas fin du fait de l'expiration de la durée convenue ou de sa dénonciation (art. 333 al. 1^{bis} CO).

¹⁸⁶ WYLER/HEINZER, pp. 92 s.

¹⁸⁷ ATF 132 III 242, c. 4.2.3.

¹⁸⁸ ATF 132 III 242, c. 4.2.4-5.

¹⁸⁹ WYLER/HEINZER, p. 91.

¹⁹⁰ ATF 132 III 242, c. 4.2.

¹⁹¹ WYLER/HEINZER, p. 100.

¹⁹² GLOOR, N 12 *ad* art. 337 CO.

En cas d'opposition, les rapports de travail prennent fin à l'expiration du délai de congé légal ; jusque-là, l'acquéreur et le travailleur sont tenus d'exécuter le contrat (art. 333 al. 2 CO). L'art. 333 al. 1 et 2 CO instaure un droit individuel d'opposition du travailleur à son transfert¹⁹³. Ce dernier dispose d'un délai de réflexion de quelques semaines à compter du moment où il a eu connaissance du transfert de l'entreprise. S'il ne réagit pas dans ce délai, il est présumé avoir accepté tacitement le transfert des rapports de travail¹⁹⁴.

L'opposition n'est soumise à aucune forme. Elle peut être communiquée à l'employeur oralement ou par écrit¹⁹⁵. En cas d'opposition, les rapports de travail prennent fin à l'expiration du délai légal de résiliation, sans qu'une résiliation ne soit nécessaire. Le délai de congé légal est calculé selon les règles des art. 335b et 335c CO. Dans l'hypothèse d'une opposition du travailleur, ce délai s'applique autant au contrat de durée indéterminée qu'à celui de durée déterminée¹⁹⁶. Il n'est ainsi pas tenu compte d'une éventuelle disposition contractuelle dérogatoire ou d'une durée contractuelle déterminée¹⁹⁷. Le délai légal de congé court dès la réception de l'opposition par l'employeur.

L'ancien employeur et l'acquéreur répondent solidairement des créances du travailleur échues dès avant le transfert jusqu'au moment où les rapports de travail pourraient normalement prendre fin ou ont pris fin par suite de l'opposition du travailleur (art. 333 al. 3 CO). Au surplus, l'employeur ne peut pas transférer à un tiers les droits découlant des rapports de travail, à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte des circonstances (art. 333 al. 4 CO).

3. Age de la retraite

L'atteinte de l'âge de la retraite n'entraîne pas automatiquement la fin des rapports de travail¹⁹⁸. Une résiliation du contrat est donc en principe nécessaire pour y mettre fin¹⁹⁹. Les parties peuvent toutefois convenir ou un règlement du personnel dûment communiqué aux employés peut prévoir que le contrat durera, au maximum, jusqu'au moment de la retraite (contrat de travail de durée maximale)²⁰⁰. Dans une jurisprudence relativement ancienne, le Tribunal fédéral a considéré qu'une disposition du règlement de prévoyance qui fixait l'âge de la retraite constituait, dans les circonstances du cas d'espèce, une base contractuelle permettant de considérer que les parties avaient tacitement convenu d'une

¹⁹³ WYLER/HEINZER, p. 573.

¹⁹⁴ ATF 137 V 463, c. 4.4.

¹⁹⁵ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 11 *ad* art. 333 CO.

¹⁹⁶ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 12 *ad* art. 333 CO.

¹⁹⁷ WYLER/HEINZER, p. 574.

¹⁹⁸ WYLER/HEINZER, p. 777.

¹⁹⁹ TF 4A_311/2009 du 8 octobre 2009, c. 3.3.

²⁰⁰ GLOOR, N 19 *ad* art. 337 CO.

durée maximale²⁰¹. Nous considérons pour notre part qu'une telle disposition réglementaire n'est opposable au travailleur que si le contrat de travail y renvoie expressément. Lorsqu'une mise à la retraite est imposée, sans préavis légal ou contractuel, au motif de l'âge légal ou réglementaire de la retraite, elle doit être considérée comme une résiliation immédiate injustifiée²⁰².

4. Mort du travailleur

Le contrat de travail prend fin *ipso iure* au décès du travailleur (art. 338 al. 1 CO). Toutefois, en vertu de l'art. 560 al. 1 CC, les héritiers du travailleur sont saisis des créances, dettes et actions, issues du contrat de travail, du défunt envers l'employeur, sous réserve d'une répudiation de la succession (*cf.* art. 566 CC)²⁰³.

L'employeur doit payer le salaire, à partir du jour du décès, pour un mois encore et, si les rapports de travail ont duré plus de cinq ans, pour deux mois encore, si le travailleur laisse un conjoint, un partenaire enregistré ou des enfants mineurs ou, à défaut, d'autres personnes en faveur desquelles il remplissait une obligation d'entretien (art. 338 al. 2 CO). Cette prestation supplémentaire est due à la condition que le contrat de travail soit encore en vigueur juste avant le décès, sans égard au fait qu'il soit de durée déterminée ou indéterminée²⁰⁴.

5. Mort ou faillite de l'employeur

Lorsque l'employeur est une personne physique, son décès ne met pas fin au contrat de travail. En effet, le contrat de travail passe *ex lege* à ses héritiers ; les dispositions relatives au transfert des rapports de travail en cas de transfert d'entreprise (*cf.* art. 333 et 333a CO) sont applicables par analogie (art. 338a al. 1 CO). Le travailleur peut donc s'opposer à la poursuite des rapports de travail avec les héritiers (*cf.* art. 333 al. 1 CO par analogie). L'opposition doit intervenir dans le délai d'un mois dès le décès de l'employeur et le contrat prend alors automatiquement fin à l'échéance du délai légal de résiliation (*cf.* art. 333 al. 2 CO par analogie)²⁰⁵.

Il peut toutefois arriver, exceptionnellement, que le contrat de travail ait été conclu essentiellement en considération de la personne de l'employeur. Dans un tel cas, le contrat de travail prend fin au décès de ce dernier (art. 338a al. 2, 1^{re} phrase CO). Toutefois, le

²⁰¹ ATF 114 II 349, c. 2a.

²⁰² GLOOR, N 19 *ad* art. 337 CO.

²⁰³ GLOOR, N 2 *ad* art. 338 CO.

²⁰⁴ GLOOR, N 3 *ad* art. 338 CO ; WYLER/HEINZER, p. 775.

²⁰⁵ WYLER/HEINZER, p. 777.

travailleur peut réclamer une indemnité équitable pour le dommage causé par l'extinction prématurée du contrat de travail (art. 338a al. 2, 2^e phrase CO).

Par ailleurs, le prononcé de la faillite de l'employeur ne met pas fin automatiquement aux rapports de travail (art. 337a *a contrario* CO), sauf disposition contractuelle contraire²⁰⁶. La masse en faillite peut décider de résilier le contrat de travail pour sa plus proche échéance, de le reprendre et le poursuivre, ou encore de conclure un nouveau contrat de travail avec le travailleur²⁰⁷. L'existence d'une reprise doit être admise chaque fois que le travailleur poursuit son activité, sur demande ou avec l'accord tacite de l'administration de la faillite²⁰⁸. La faillite ne constitue pas un juste motif de résiliation au sens de l'art. 337 CO, ni pour l'employeur ou la masse en faillite, ni pour le travailleur²⁰⁹. En revanche, le travailleur bénéficie de la possibilité de résilier le contrat de travail avec effet immédiat aux conditions définies à l'art. 337a CO²¹⁰.

III. Protections contre les congés

Dans les dispositions du Code des obligations sur le contrat de travail, la sous-section relative à la protection contre les congés comprend une partie consacrée à la résiliation abusive (art. 336 à 336b CO) et une partie consacrée à la résiliation en temps inopportun (art. 336c et 336d CO). Pour avoir un panorama complet, il faut encore tenir compte de la protection contre le licenciement immédiat injustifié (art. 337c CO). Ces diverses dispositions donnent lieu à une jurisprudence très abondante. Nous présenterons ici les principes essentiels de ces trois protections contre les congés en suivant l'ordre légal, à savoir, résiliation abusive (**section A**), résiliation en temps inopportun (**section B**) et résiliation immédiate injustifiée (**section C**), puis nous conclurons le chapitre par quelques délimitations entre ces diverses protections (**section D**).

A. Résiliation abusive

L'art. 335 CO consacre le droit de mettre fin unilatéralement au contrat de travail, même sans motif particulier. Le principe de la libre résiliation est cependant limité par les

²⁰⁶ TF 4C.239/2006 du 5 octobre 2006, c. 2.1 ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 5 *ad art.* 337a CO ; MARKARIAN, p. 776.

²⁰⁷ GLOOR, N 6 *ad art.* 337a CO ; MARKARIAN, pp. 776 ss ; WYLER/HEINZER, p. 778.

²⁰⁸ TF 4C.239/2006 du 5 octobre 2006, c. 2.1.

²⁰⁹ TF 4C.239/2006 du 5 octobre 2006, c. 2.1 ; MARKARIAN, p. 776.

²¹⁰ WYLER/HEINZER, pp. 752 ss et 778.

dispositions de protection contre les congés abusifs²¹¹. La résiliation abusive est régie par trois dispositions. L'art. 336 CO traite du principe (**sous-section 1**). Il est complété par l'art. 336a CO, relatif à la sanction d'un congé abusif (**sous-section 2**) et par l'art. 336b CO, qui décrit la procédure à suivre (**sous-section 3**).

1. Notion de congé abusif

L'art. 336 CO concrétise le principe général de l'interdiction générale de l'abus de droit (*cf.* art. 2 al. 2 CC)²¹². La résiliation est abusive lorsqu'elle repose sur un motif qui n'est pas digne de protection²¹³. L'art. 336 CO ne contient pas de définition générale, mais énumère huit cas de congés abusifs²¹⁴. Il est admis que cette liste n'est pas exhaustive. L'ordre juridique peut reconnaître d'autres cas pour autant qu'ils aient une gravité similaire²¹⁵. Après quelques généralités, nous présenterons les cas prévus à l'art. 336 CO, puis les principaux cas consacrés par la jurisprudence. Nous évoquerons aussi les motifs de licenciement qui sont généralement considérés comme non abusifs (motifs légitimes).

a) Généralités

La protection contre les congés abusifs ne vise que les situations où le contrat de travail est résilié unilatéralement par une des parties, ce qui exclut les résiliations conventionnelles et les non renouvellements de contrats de durée déterminée. La protection s'applique aussi durant le temps d'essai, quoique dans une mesure atténuée, puisque les parties se trouvent dans une phase contractuelle où elles apprennent à se connaître²¹⁶. Les art. 336 ss CO sont également applicables lorsque l'employeur résilie unilatéralement le contrat et que les parties passent simultanément ou postérieurement un accord régissant uniquement les modalités de la fin des rapports de travail²¹⁷.

Le travailleur qui prétend que le congé qui lui a été notifié est abusif doit en apporter la preuve (*cf.* art. 8 CC), sauf dans l'hypothèse visée à l'art. 336 al. 2 let. b CO. Il doit en principe établir non seulement le motif abusif, mais aussi l'existence du lien de causalité entre l'état de fait fondant le caractère abusif du congé et la résiliation du contrat de travail.

Selon le Tribunal fédéral, il faut toutefois tenir compte des difficultés liées à la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui a résilié le contrat. Le juge peut ainsi

²¹¹ TF 4A_78/2018 du 10 octobre 2018, c. 3.1.1.

²¹² ATF 132 III 115, c. 2.1.

²¹³ DUNAND, N 7 *ad* art. 336 CO.

²¹⁴ *Cf.* FAVRE MOREILLON, pp. 98 ss.

²¹⁵ ATF 132 III 115, c. 2.1 ; TF 4A_78/2018 du 10 octobre 2018, c. 3.1.1.

²¹⁶ ATF 134 III 108, c. 7.

²¹⁷ TF 4C.37/2005 du 17 juin 2005, c. 3.2.

présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur²¹⁸. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue une « preuve par indices »²¹⁹. En pratique, la chronologie des événements joue un rôle important. Plus court est le laps de temps entre le motif abusif supposé et la notification du licenciement, et plus l'indice de l'existence d'un congé abusif sera élevé²²⁰.

Pour juger si le congé est abusif, ce qui est une question de droit, il faut se fonder sur son motif réel, dont la détermination est une question de fait²²¹. La preuve du congé abusif peut s'avérer délicate lorsque plusieurs causes sont envisageables dont seules certaines ou une seule sont abusives : il conviendra d'établir leur influence respective sur le congé. En cas de pluralité de motifs, lorsque l'employé est parvenu à démontrer l'existence d'un motif abusif, il incombe alors à l'employeur de prouver qu'il aurait licencié le travailleur même en l'absence du motif abusif²²².

Il existe des cas spécifiques. Comme nous le verrons, lorsque l'employé a fondé le motif abusif sur l'art. 336 al. 1 let. a ou let. b CO, l'employeur peut démontrer que le congé est en réalité justifié par l'un des motifs justificatifs prévus dans la loi. La charge de la preuve lui en incombe. Par ailleurs, lorsque l'employeur a licencié un représentant élu du personnel, le fardeau de la preuve est inversé (*cf.* art. 336 al. 2 let. b CO). Il revient, en effet, à l'employeur de prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation et que le congé a effectivement été donné en raison de ce motif. A défaut, le congé sera considéré comme abusif²²³.

b) Cas prévus à l'art. 336 al. 1 CO

Les cinq motifs de l'article 336 alinéa 1^{er} CO consacrent une protection paritaire et s'appliquent tant à la résiliation du contrat par l'employeur qu'à celle donnée par le travailleur. Selon cette disposition, le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie :

- *pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie (art. 336 al. 1 let. a CO).* Constituent, par exemple, des raisons inhérentes à la personne, la race, la nationalité, l'âge, l'homosexualité, les antécédents judiciaires ou encore la maladie, la

²¹⁸ ATF 130 III 699, c. 4.1.

²¹⁹ TF 4A_92/2017 du 26 juin 2017, c. 2.2.2.

²²⁰ *Cf.* DUNAND, N 18 *ad* art. 336 CO.

²²¹ ATF 131 III 535, c. 4.3 ; TF 4A_78/2018 du 10 octobre 2018, c. 3.1.3 ; TF 4A_408/2010 du 7 octobre 2010, c. 2.3 ; WYLER/HEINZER, p. 804.

²²² TF 4A_430/2010 du 15 novembre 2010, c. 2.1.3.

²²³ TF du 12 août 1997, c. 2, *in* : JAR 1998 199.

séropositivité, ainsi que la religion²²⁴. Un licenciement donné pour une raison inhérente à la personnalité du travailleur n'est cependant pas abusif lorsque cette raison a un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (art. 336 al. 1 lettre a *in fine* CO). Alors que la première hypothèse vise principalement la correcte exécution de la prestation de travail et le respect du devoir de fidélité par l'employé, la seconde concerne principalement la préservation d'un climat de travail agréable dans l'entreprise²²⁵. N'est ainsi pas abusif le congé qui est fondé sur des manquements ou des défauts de caractère du travailleur qui nuisent au travail en commun²²⁶. Lorsque la partie salariée a été licenciée pour une raison liée à son sexe, on est en présence d'un congé discriminatoire au sens de la LEg (*cf.* art. 3 LEg) ;

- *en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel* (art. 336 al. 1 let. b CO). Cette disposition constitue une consécration de l'effet horizontal direct des droits fondamentaux dans les rapports de travail. Appartiennent aux droits constitutionnels tous les droits fondamentaux garantis par les constitutions cantonales, la Constitution fédérale et la Convention européenne des droits de l'homme²²⁷. Il s'agit notamment de la liberté d'association, de la liberté de conscience et de croyance, de la liberté économique, ainsi que de la liberté personnelle, qui inclut le droit d'organiser librement son temps libre²²⁸. Le congé donné en raison de l'exercice d'un droit constitutionnel n'est toutefois pas abusif lorsque l'exercice de ce droit viole une obligation résultant du contrat de travail ou porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (art. 336 al. 1 let. b *in fine* CO) ;
- *seulement afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie, résultant du contrat de travail* (art. 336 al. 1 let. c CO). Cette disposition protège le travailleur contre une résiliation qui tend à la priver d'une prestation dont l'octroi est lié à un moment déterminé des rapports de travail. La prétention peut résulter de la loi ou du contrat. Il s'agira, par exemple, d'une gratification, d'une indemnité à raison de longs rapports de travail, d'une prime de fidélité ou du versement rétroactif du renchérissement²²⁹;
- *parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail* (art. 336 al. 1 let. d CO). La disposition vise ici le congé repréailles ou congé vengeance. Elle tend à empêcher que le licenciement ne soit utilisé pour punir

²²⁴ ATF 130 III 699, c. 4.1.

²²⁵ ATF 127 III 86, c. 2c.

²²⁶ ATF 136 III 513, c. 2.5-6.

²²⁷ TF 4C.72/2002 du 22 avril 2002, c. 2a.

²²⁸ TF 4A_408/2011 du 15 novembre 2011, c. 5.4.1.

²²⁹ TF 4C.388/2006 du 30 janvier 2007, c. 3.1.

l'employé d'avoir fait valoir des prétentions juridiques résultant du contrat de travail, en supposant de bonne foi que les droits dont il soutenait être titulaire lui étaient acquis²³⁰. Les prétentions émises peuvent résulter de la loi, de conventions collectives, de règlements d'entreprise voire de la pratique²³¹. Elles peuvent concerner, par exemple, une augmentation de salaire, une prime, l'exercice du droit aux vacances ou la protection de la personnalité²³². Les prétentions peuvent être formulées de manière directe, orale ou écrite, auprès de l'employeur, ou par l'ouverture d'une procédure. Un travailleur n'est toutefois protégé contre un congé de représailles que s'il peut supposer de bonne foi que les prétentions qu'il fait valoir sont fondées. Il n'est pas nécessaire qu'elles le soient effectivement. La résiliation n'est cependant pas abusive si l'employé a fait valoir des prétentions qui n'ont joué aucun rôle causal dans la décision de le licencier²³³. Comme nous l'avons vu²³⁴, un congé-modification peut s'avérer abusif lorsque l'employeur propose des modifications qui doivent entrer en vigueur avant l'expiration du délai de licenciement, et qu'il congédie le travailleur qui n'a pas accepté. Le licenciement est alors abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO, parce qu'en refusant une modification du contrat avant l'échéance, l'employé fait valoir de bonne foi une prétention découlant de son contrat de travail et que c'est ce refus qui est à l'origine du licenciement²³⁵. Enfin, lorsque la partie salariée a été licenciée après avoir fait valoir de bonne foi des droits résultant de la LEG, on se trouve en présence d'un congé-représailles au sens de l'art. 10 LEg ;

- *parce que l'autre partie accomplit un service militaire ou dans la protection civile, ou un service civil, en vertu de la législation fédérale, ou parce qu'elle accomplit une obligation légale lui incombant sans qu'elle ait demandé de l'assumer (art. 336 al. 1 let. e CO)*. Comme exemples d'obligations légales, on peut citer les activités de tuteur, curateur, juré, scrutateur, témoin dans une procédure judiciaire, etc. Le cas type est celui du travailleur qui est licencié parce qu'il a témoigné dans un procès opposant son employeur à un ancien employé de l'entreprise²³⁶. L'atteinte aux intérêts de l'employeur ne constitue toutefois pas une condition d'application de cette disposition²³⁷.

²³⁰ TF 4A_407/2008 du 18 décembre 2008, c. 4.1.

²³¹ TF 4A_407/2008 du 18 décembre 2008, c. 4.2.

²³² TF 4A_652/2018 du 21 mai 2019, c. 4.1 ; TF 4C.237/2005 du 27 octobre 2005, c. 2.3.

²³³ ATF 136 III 513, c. 2.4 et 2.6.

²³⁴ Cf. *supra*, pp. 20 s.

²³⁵ TF 4A_539/2015 du 28 janvier 2016, c. 3.2.

²³⁶ DUNAND, N 52 *ad* art. 336 CO.

²³⁷ TF 4A_422/2008 du 21 novembre 2008, c. 2.2.

c) Cas prévus à l'art. 336 al. 2 CO

Les trois motifs énumérés à l'art. 336 al. 2 CO ne concernent que le licenciement donné par l'employeur. Selon cette disposition, est abusif le congé donné par l'employeur dans les cas suivants :

- *en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance du travailleur à une organisation de travailleurs ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale (art. 336 al. 2 let. a CO)*. Cette disposition instaure une protection spéciale de la liberté syndicale garantie à l'art. 28 de la Constitution fédérale. Elle protège la liberté d'association positive, soit le fait de fonder, adhérer ou de rester membre d'un syndicat, aussi bien que la liberté d'association négative, soit le droit de ne pas faire partie ou de démissionner d'un syndicat. L'exercice conforme au droit d'une activité syndicale est également protégé, c'est-à-dire la possibilité d'informer l'ensemble des travailleurs sur le rôle et l'organisation des syndicats, la défense des droits des travailleurs et le renforcement de l'organisation syndicale sur le lieu de travail. Pour que le congé soit abusif, il doit exister un lien de causalité entre l'activité syndicale exercée conformément au droit et le licenciement²³⁸ ;
- *pendant que le travailleur, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise et que l'employeur ne peut prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation (art. 336 al. 2 let. b CO)*. La disposition a pour but d'assurer aux représentants élus des travailleurs la protection nécessaire, afin qu'ils puissent défendre effectivement les intérêts de ceux-ci sans craindre des sanctions de leur employeur²³⁹. Elle vise toute commission au sein de laquelle, seuls ou à plusieurs, des travailleurs accomplissent une activité de représentation de leurs collègues, par exemple : commission de négociation ou de travail, comité de sécurité, conseil de fondation de prévoyance, commission paritaire, commission d'entreprise, etc.²⁴⁰ Ce cas de congé abusif est particulier à deux égards. Premièrement, la protection du travailleur nécessite uniquement un rapport de temps (« pendant que ») et nullement un rapport de causalité entre le statut de représentant et le congé. Deuxièmement, le licenciement est présumé abusif, à moins que l'employeur ne prouve qu'il avait un motif justifié de résiliation (renversement du fardeau de la preuve). La notion de « motifs justifié », plus large que celle de « juste motif » au sens de l'art. 337 CO, vise tout motif qu'un observateur de bonne foi considérerait comme

²³⁸ TF 4A_485/2015 du 15 février 2016, c. 3.1. Pour un commentaire de cet arrêt, DUNAND JEAN-PHILIPPE, La preuve du congé abusif, *in* : Newsletter DroitDuTravail.ch du mois d'avril 2016.

²³⁹ TF 4D_12/2014 du 7 juillet 2014, c. 4.1 ; TF 4C.459/1996 du 12 août 1997, c. 2, *in* : JAR 1998 199.

²⁴⁰ DUNAND, N 60 *ad* art. 336 CO.

objectivement dicté par les besoins de l'entreprise (*cf.* aussi art. 340c al. 2 CO)²⁴¹. Il peut s'agir de motifs inhérents à la personne du travailleur (motifs liés à des performances ou au comportement) ou de faits objectifs, liés à l'entreprise²⁴². Des motifs économiques sont admissibles s'ils ne constituent pas un prétexte destiné à motiver le licenciement du représentant des travailleurs²⁴³. L'employeur ne doit pas seulement établir qu'il avait ou aurait pu avoir un motif justifiant le congé ; il lui faut prouver que la résiliation litigieuse a effectivement été notifiée au travailleur pour ce motif-là²⁴⁴ ;

- *sans respecter la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs (art. 336 al. 2 let. c CO)*. Dans le cadre de la réglementation concernant les licenciements collectifs (*cf.* art. 335d à 335g CO), il est prévu que l'employeur qui envisage de procéder à un tel licenciement doit consulter la représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs (*cf.* art. 335f CO). Un licenciement sans respecter cette procédure de consultation est abusif²⁴⁵. En principe, l'art. 335f CO est violé non seulement si la procédure de consultation est inexistante, mais aussi lorsqu'elle est insuffisante, par exemple que le délai octroyé aux travailleurs pour présenter leurs propositions est trop bref ou si la consultation a lieu après la décision définitive de procéder à des licenciements collectifs²⁴⁶.

d) Cas consacrés par la jurisprudence

La jurisprudence a reconnu de nombreux cas de congés abusifs innommés²⁴⁷. On peut identifier les trois catégories principales suivantes²⁴⁸ :

- *l'employeur ne peut se prévaloir d'un intérêt digne de protection*. En raison de la finalité du droit de résiliation, d'une part, et de la disproportion des intérêts en présence, d'autre part, le licenciement peut être tenu pour abusif lorsqu'il répond à un motif de pure convenance personnelle²⁴⁹. Tel est notamment le cas lorsque l'employeur notifie le congé, pour donner l'impression qu'il a pris des mesures adéquates, parce qu'il fallait un responsable, un « fusible », en faisant abstraction de l'intérêt légitime de l'employé à conserver un emploi dans lequel il s'est investi pendant de nombreuses

²⁴¹ AUBERT, N 4 *ad* art. 336 CO.

²⁴² TF 4A_387/2016 du 26 août 2016, c. 5.5.

²⁴³ ATF 138 III 359, c. 6 ; ATF 133 III 512, c. 6.

²⁴⁴ TF 4D_12/2014 du 7 juillet 2014, c. 4.1.

²⁴⁵ ATF 132 III 406, c. 2.

²⁴⁶ ATF 123 III 176, c. 4 ; TF 4A_173/2011 du 31 mai 2011, c. 4.3.

²⁴⁷ *Cf.* SATTIVA SPRING, pp. 292 ss.

²⁴⁸ DUNAND, N 75 ss *ad* art. 336 CO.

²⁴⁹ ATF 131 III 535, c. 4.2 ; TF 4A_485/2016 du 28 avril 2017, c. 2.2.1.

années, alors que le congé n'a aucune portée pratique pour l'employeur²⁵⁰. Pour contrecarrer l'intérêt évident de l'employé au maintien du contrat, l'employeur doit être en mesure de démontrer qu'il peut se prévaloir d'un intérêt digne de protection au licenciement du travailleur concerné²⁵¹ ;

- *L'employeur exploite les conséquences de sa propre violation du contrat.* Lorsqu'il se fonde sur un motif de congé, dont il apparaît qu'il en est la cause ou le responsable, l'employeur exploite les conséquences de sa propre violation du contrat de travail pour justifier la résiliation des rapports de travail. Il s'agit typiquement d'un cas de congé abusif. Le devoir d'assistance de l'employeur, déduit de l'art. 328 CO, lui impose de chercher des solutions alternatives au congé ou de s'efforcer d'adoucir les conséquences de celui-ci²⁵². L'employeur est, par exemple, tenu de prendre les mesures nécessaires pour désamorcer un conflit sur le lieu de travail avant d'en arriver à la résiliation²⁵³. De même, un licenciement motivé par une baisse de la qualité du travail de l'employé peut s'avérer abusif, lorsque cette baisse de rendement est consécutive au harcèlement subi par le travailleur²⁵⁴ ;
- *L'employeur agit sans égards.* Le caractère abusif d'une résiliation peut découler non seulement de ses motifs, mais également de ses modalités, soit de la façon dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit²⁵⁵. En effet, même lorsqu'elle résilie un contrat de manière légitime, la partie doit exercer son droit avec des égards. Une violation grossière du contrat, telle une atteinte grave au droit de la personnalité dans le contexte d'une résiliation, peut faire apparaître le congé comme abusif²⁵⁶. Ainsi, le licenciement motivé par l'accusation faite au travailleur d'avoir eu un comportement contraire à l'honneur est abusif si l'accusation se révèle infondée et que l'employeur l'a formulée sans s'appuyer sur aucun indice sérieux et sans avoir entrepris aucune vérification²⁵⁷. Quant aux travailleurs âgés, ils méritent des égards particuliers. Si un employeur envisage de licencier un travailleur proche de la retraite, il doit d'abord chercher des solutions permettant le maintien des rapports de travail. Si aucune alternative ne peut

²⁵⁰ ATF 131 III 535, c. 4.2-3.

²⁵¹ ATF 132 III 115, c. 5.5.

²⁵² ATF 133 III 512, c. 6.6.

²⁵³ TF 8C_826/2009 du 1^{er} juillet 2010, c. 4.

²⁵⁴ ATF 125 III 70, c. 2a-b ; TF 4A_159/2016 du 1^{er} décembre 2016, c. 3.1 ; TF 8C_18/2011 du 7 février 2012, c. 6.2.

²⁵⁵ TF 4A_78/2018 du 10 octobre 2018, c. 3.1.1 ; TF 4A_384/2014 du 12 novembre 2014, c. 2.2.1.

²⁵⁶ ATF 132 III 115, c. 2.2 ; ATF 131 III 535, c. 4.2 ; TF 4A_384/2014 du 12 novembre 2014, c. 4.2.1.

²⁵⁷ TF 4A_694/2015 du 4 mai 2016, c. 2.2. Pour un commentaire de cet arrêt, cf. BETTEX CHRISTIAN, Enquêtes internes, droits du dénoncé, in : Newsletter DroitDuTravail.ch du mois de juin 2016.

être envisagée, l'employeur doit informer à temps l'employé de son intention de le licencier en lui laissant la possibilité d'être entendu²⁵⁸.

e) **Motifs légitimes de licenciement**

Comme nous venons de le voir, pour qu'un licenciement soit considéré comme non abusif, l'employeur doit pouvoir se fonder sur un intérêt digne de protection, ne pas chercher à exploiter les conséquences de sa propre violation du contrat et exercer son droit de résiliation avec égards. Il en résulte, selon nous, que tout licenciement doit reposer sur une justification matérielle (motif légitime) et être notifié avec égards²⁵⁹.

Une mauvaise exécution du contrat de travail, ainsi que des motifs économiques pertinents constituent le plus souvent un intérêt digne de protection de l'employeur²⁶⁰. On réservera évidemment le cas des travailleurs âgés, qui bénéficient d'une protection spécifique, ainsi que les situations dans lesquelles l'allégation de tels motifs ne constitue qu'un prétexte destiné à dissimuler un autre motif, qui serait par hypothèse abusif. Comme toujours, le juge examinera l'ensemble des circonstances du cas d'espèce.

- *Mauvaise exécution du contrat de travail.* En principe, une exécution insatisfaisante de la prestation de travail est reconnue comme valant un motif légitime de licenciement. N'est, par exemple, pas abusif le licenciement d'une collaboratrice responsable des ressources humaines, aux motifs qu'elle a délégué de manière excessive ses tâches opérationnelles et ses responsabilités, qu'elle ne s'est pas impliquée suffisamment dans la gestion courante du service et qu'elle a réparti de manière peu satisfaisante le travail entre les collaborateurs²⁶¹.
- *Raisons économiques.* Un motif économique constitue un intérêt digne de protection qui exclut généralement de considérer que le congé est abusif²⁶². Des motifs économiques peuvent se définir comme des motifs non inhérents à la personne du travailleur, c'est-à-dire des raisons liées à la situation économique de l'entreprise, comme sa fermeture totale ou partielle, sa restructuration ou sa rationalisation, qui rendent nécessaires la suppression ou la modification de postes de travail. En principe, la mauvaise marche des affaires, le manque de travail ou des impératifs stratégiques commerciaux constituent des motifs économiques admissibles. Pour être digne de protection, le motif économique doit dépendre d'une certaine gêne de l'employeur, ce

²⁵⁸ TF 4A_384/2014 du 12 novembre 2014. Sur la protection des travailleurs, cf. WYLER/HEINZER, pp. 821 ss. Voir aussi *supra*, p. 11.

²⁵⁹ DUNAND, N 87 *ad art.* 336 CO.

²⁶⁰ Cf. DUNAND, N 88 *ad art.* 336 CO. Voir aussi TC/FR du 7 mars 2018, c. 2.4, *in* : JAR 2019 422.

²⁶¹ TF 4A_139/2008 du 20 juin 2008, c. 4.

²⁶² CHANSON, pp. 76 ss.

qui exclut la seule volonté d'augmenter les profits. L'employeur a toutefois le droit d'anticiper des difficultés prévisibles de la marche des affaires ; il n'a pas besoin d'attendre d'être dans des difficultés pour prendre les mesures de restructuration qui s'imposent²⁶³.

2. Sanction

Les dispositions sur le congé abusif ne remettent pas en cause le principe de la liberté fondamentale pour chacune des parties de mettre fin unilatéralement au contrat de travail²⁶⁴. Ainsi, le caractère abusif d'un congé n'affecte pas sa validité et il n'y a pas, sous le régime du Code des obligations, de droit à la réintégration²⁶⁵. En revanche, la victime d'un tel congé peut solliciter le paiement d'une indemnité (art. 336a al. 1 CO). Nous évoquerons la nature et le montant de cette indemnité, puis examinerons les dommages-intérêts pouvant être dus à un autre titre (que la nature abusive du congé).

a) Nature de l'indemnité

Le Tribunal fédéral a précisé que l'indemnité en raison du congé abusif a une double finalité, punitive et réparatrice²⁶⁶. Par sa fonction punitive, elle doit exercer un effet préventif, alors que par sa fonction réparatrice, elle doit atténuer pour le travailleur l'impact de la résiliation. L'indemnité n'a pas le caractère de dommages-intérêts, car elle est due même si le travailleur n'a subi ou prouvé aucun dommage. Elle revêt ainsi un caractère *sui generis* et s'apparente à une peine conventionnelle²⁶⁷.

L'indemnité ne pouvant être considérée comme un revenu tiré d'une activité lucrative, elle ne fait pas partie du salaire déterminant au sens de la LAVS²⁶⁸ et ne donne donc pas lieu à la perception des cotisations sociales²⁶⁹.

b) Montant de l'indemnité

Le travailleur licencié de manière abusive a droit à une indemnité dont le montant est déterminé par le juge, mais correspondant au plus à six mois de son propre salaire

²⁶³ ATF 133 III 512, c. 6.3.

²⁶⁴ ATF 132 III 115, c. 2.1.

²⁶⁵ TF du 12 mars 1992, c. 3, *in* : SJ 1993 361.

²⁶⁶ ATF 132 III 115, c. 5.6 ; TF 4A_485/2017 du 25 juillet 2018, c. 4.1.

²⁶⁷ ATF 123 III 391, c. 3.

²⁶⁸ RS 831.10.

²⁶⁹ ATF 123 V 5 ; TF 4A_571/2008 du 5 mars 2009, c. 5.1.

(art. 336a al. 2 CO) ou à deux mois lorsque le congé a été donné en raison du non-respect de la procédure de consultation prévue lors de licenciements collectifs (art. 336a al. 3 CO).

Par mois de salaire, il faut comprendre le salaire brut (*cf.* art. 322 CO), augmenté de toutes les prestations qui ont un caractère salarial, comme la part proportionnelle du 13^e salaire, les provisions ou encore le remboursement forfaitaire des frais ayant un caractère salarial²⁷⁰. Il convient de se fonder sur le salaire perçu le dernier mois ou alors sur la moyenne des salaires de la dernière année²⁷¹. Compte tenu des éléments qui le composent, le salaire pris en compte pour déterminer l'indemnité de licenciement abusif peut être plus élevé que le salaire horaire de base perçu par le travailleur²⁷².

Selon la loi, l'indemnité est fixée par le juge, compte tenu de toutes les circonstances (art. 336a al. 2 CO). Le juge jouit ainsi d'un large pouvoir d'appréciation (*cf.* art. 4 CC) qui n'est limité que dans la mesure où il ne peut allouer au maximum qu'un montant correspondant à six mois de salaire²⁷³. Vu le caractère hybride de l'indemnité (punitive et réparatrice), les circonstances devant être prises en compte pour fixer son montant sont très diverses. Selon la jurisprudence, il faut tenir compte²⁷⁴ :

- de la gravité de la faute de l'employeur ;
- de la gravité de l'atteinte à la personnalité du travailleur ;
- de l'intensité et de la durée des rapports de travail ;
- des effets économiques du licenciement ;
- de l'âge et de la situation personnelle du travailleur ;
- des conditions existantes sur le marché du travail ;
- de la situation économique des parties ;
- de la qualité des appréciations obtenues par le travailleur ;
- d'une éventuelle faute concomitante du travailleur licencié.

En pratique, les montants alloués par les tribunaux sont d'une grande variété. Des comparaisons entre les divers cas peuvent constituer des éléments utiles d'orientation²⁷⁵.

Lorsque le travailleur subit une atteinte à sa personnalité qui découle de son licenciement abusif, l'indemnité de l'art 336a CO comprend en principe la réparation du tort moral. En

²⁷⁰ TF 4A_571/2008 du 5 mars 2009, c. 5.1.

²⁷¹ TF 4A_92/2017 du 26 juin 2017, c. 3.2.1.

²⁷² TF 4A_34/2019 du 15 avril 2020, c. 2.3.

²⁷³ ATF 119 II 157, c. 2a.

²⁷⁴ ATF 123 III 391, c. 3 ; ATF 123 III 246, c. 6a ; TF 4A_166/2018 du 20 mars 2019, c. 4.1 ; TF 4A_485/2017 du 25 juillet 2018, c. 4.1 et 4.3.

²⁷⁵ Pour une casuistique, *cf.* DUNAND, N 18 ss *ad* art. 336a CO.

effet, vu sa finalité réparatrice, cette indemnité embrasse toutes les atteintes du travailleur qui découlent de la résiliation abusive du contrat et ne laisse donc pas de place à l'application cumulative de l'art. 49 CO. Seule est réservée l'hypothèse dans laquelle l'atteinte serait à ce point grave qu'un montant correspondant à six mois de salaire du travailleur ne suffirait pas à la réparer²⁷⁶.

c) Dommages-intérêts dus à un autre titre

Selon la loi, le travailleur licencié de manière abusive est en droit de réclamer, en sus d'une indemnité pour licenciement abusif, des « dommages-intérêts qui pourraient être dus à un autre titre » (art. 336a al. 2, 2^e phrase CO). Il s'agit donc de réparer un préjudice résultant d'une autre cause que celle liée au caractère abusif du congé²⁷⁷.

Comme l'a précisé le Tribunal fédéral, le congé abusif ne fonde, en lui-même, aucune prétention supplémentaire à des dommages-intérêts, liés par exemple à une baisse de revenu lors d'une période de chômage subséquente au licenciement ; la réserve de l'art. 336a al. 2, 2^e phrase CO ne concerne pas les dommages-intérêts dus sur la base d'une autre disposition, singulièrement de l'art 97 CO, mais ceux découlant d'une autre cause²⁷⁸.

Il a, par exemple, été jugé qu'un travailleur licencié de manière abusive pouvait solliciter, en plus de l'indemnité prévue à l'art. 336a CO, le versement d'une indemnité fondée à réparer le tort moral (*cf.* art. 49 CO) résultant d'un harcèlement sexuel antérieur au congé ou de conditions de travail inacceptables qui ont influé sur sa santé²⁷⁹.

3. Procédure

L'art. 336b CO décrit la procédure à suivre par la partie qui allègue avoir été victime d'un congé abusif et qui entend demander l'indemnité fondée sur les art. 336 et 336a CO. Cette partie doit former opposition par écrit auprès de l'autre partie et agir en justice dans un délai déterminé.

a) Opposition au congé par écrit

Selon l'art. 336b al. 1 CO, la partie qui entend demander l'indemnité fondée sur les art. 336 et 336a CO doit faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé.

²⁷⁶ TF 4A_482/2017 du 17 juillet 2018, c. 4.1 ; TF 4A_607/2011 du 10 novembre 2011, c. 3 ; TF 4C.84/2005 du 16 juin 2005, c. 5.1 ; TF 4C.177/2003 du 21 octobre 2003, c. 4.1.

²⁷⁷ ATF 123 III 391, c. 3c.

²⁷⁸ ATF 135 III 405, c. 3.1.

²⁷⁹ TF 4A_279/2008 du 12 septembre 2008, c. 4.2.1.

Dès lors que cette disposition pose des conditions très formalistes, il ne faut pas avoir des exigences excessives pour admettre la validité formelle de l'opposition²⁸⁰. Selon le Tribunal fédéral, on doit ainsi considérer comme opposition au congé toute manifestation de volonté par laquelle une partie fait connaître son désaccord avec le congé qui lui a été notifié²⁸¹. En cas de doute, le juge doit rechercher le sens que l'employeur pouvait et devait raisonnablement prêter à la manifestation de volonté de la personne licenciée, en tenant compte des termes utilisés dans l'opposition, ainsi que du contexte et de l'ensemble des circonstances²⁸².

Le travailleur ne doit pas nécessairement utiliser le terme « opposition », ni motiver son opposition ou mentionner expressément qu'il considère le congé comme « abusif »²⁸³. Il suffit que l'employeur puisse comprendre, à la lecture du document, qu'il s'oppose au congé. Des formulations telles que « n'est pas d'accord », « n'accepte pas », ou indiquant que le congé est « totalement arbitraire » devraient donc être admises.

Selon le Tribunal fédéral, lorsque le travailleur ne conteste dans un premier temps que les motifs du congé, puis, dans un second temps, toujours pendant le délai de congé, manifeste son opposition par écrit, l'on doit considérer qu'il a valablement formé opposition²⁸⁴.

Dans diverses jurisprudences, les tribunaux ont considéré que les formulations choisies par le travailleur ne remplissaient pas les conditions requises²⁸⁵. Ne constitue, ainsi, en principe, pas une opposition valable le fait de :

- s'étonner du licenciement et de faire part de sa disponibilité pour continuer le travail ;
- contester les motifs du licenciement ;
- ou encore, de demander la motivation du congé.

Dans un arrêt rendu en 2014, notre Haute Cour a indiqué que l'employé ne pouvait se contenter de « faire opposition au motif du congé, ou aux circonstances ayant mené au congé », mais qu'il devait « manifester clairement sa volonté de vouloir poursuivre les rapports de travail »²⁸⁶. La portée de cette jurisprudence doit être strictement limitée aux circonstances du cas d'espèce ; l'employé s'était contenté de contester le motif du licenciement (il ne s'était pas opposé au licenciement lui-même), et avait souhaité, dans

²⁸⁰ ATF 123 III 246, c. 4c.

²⁸¹ ATF 136 III 96, c. 2 ; TF 4A_320/2014 du 8 septembre 2014, c. 3.1 ; TF 4A_571/2008 du 5 mars 2009, c. 4.1.2.

²⁸² TF 4C.39/2004 du 8 avril 2004, c. 2.1.

²⁸³ TF 4A_571/2008 du 5 mars 2009, c. 4.1.2.

²⁸⁴ TF 4A_571/2008 du 5 mars 2009, c. 4.4.

²⁸⁵ TF 4A_571/2008 du 5 mars 2009, c. 4.1.2 ; TF 4C.233/2006 du 25 octobre 2006, c. 3.1.

²⁸⁶ TF 4A_320/2014 du 8 septembre 2014, c. 3.3.

un courrier adressé à son employeur, que les rapports de travail « se terminent dans le respect ». Comme l'a relevé dans un arrêt de 2019 la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois, il ne faut pas déduire de l'arrêt précité que le Tribunal fédéral ait entendu poser une condition supplémentaire à la validité de l'opposition, non prévue par la loi, en ce sens que, le travailleur devrait expressément offrir ses services dans son opposition. Une telle condition serait, en effet, « exorbitante », selon les termes de la Cour²⁸⁷.

La loi exige que l'opposition soit formulée « par écrit ». Ainsi, une simple protestation verbale n'est pas suffisante, même si elle est prouvée par des témoins. La déclaration écrite prendra généralement la forme d'un courrier adressé à l'employeur par voie postale. Le travailleur licencié a intérêt, pour des raisons évidentes de sécurité juridique et de preuve, d'utiliser la forme du courrier recommandé ou du courrier A+. Il est également admis que l'opposition puisse être valablement formée par le dépôt d'une action en justice pour licenciement abusif²⁸⁸.

Selon l'art. 13 al. 1 CO, le contrat pour lequel la loi exige la forme écrite doit être signé par toutes les personnes auxquelles il impose des obligations. La signature électronique qualifiée est assimilée à la signature manuscrite (*cf.* art. 14 al. 2^{bis} CO). La question de savoir si l'employé doit signer l'opposition, sous peine de nullité, est sujette à interprétation. Selon la jurisprudence sur l'art. 13 al. 1 CO, l'exigence de la signature a pour but d'identifier la personne qui s'oblige et de constater qu'elle reconnaît le contenu de sa déclaration²⁸⁹. Dans la mesure où l'opposition prévue à l'art. 336b al. 1 CO a avant tout un but informatif, on peut se demander si l'exigence d'une signature de l'opposant n'est pas superflue²⁹⁰.

A plusieurs reprises, les tribunaux cantonaux ont fait preuve d'une certaine souplesse dans l'interprétation des règles sur la forme écrite²⁹¹. Il a, par exemple, été jugé qu'une opposition notifiée par télécopie (fax) ou par courrier électronique était admissible. Il a même été admis qu'un travailleur avait valablement formé opposition en ramenant la lettre de congé à la secrétaire de l'entreprise, dans un contexte particulier où des pourparlers avaient été entamés entre les parties.

L'opposition doit être formée au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé. Le terme du contrat se calcule selon les règles légales habituelles (*cf.* art. 335a à 335c et 336c CO), y compris d'éventuelles règles spécifiques pouvant résulter de l'application d'un accord écrit entre les parties, d'un contrat-type ou d'une convention collective. Lorsque

²⁸⁷ TC/VD du 16 mai 2019, c. 4.4.1, *in* : JAR 2020 616.

²⁸⁸ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 4 *ad* art. 336b CO ; WYLER/HEINZER, p. 837.

²⁸⁹ TF 4A_601/2011 du 21 décembre 2011, c. 2.4.1.

²⁹⁰ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 5 *ad* art. 336b CO ; DUNAND, N 16 *ad* art. 336b CO.

²⁹¹ *Cf.* DUNAND, N 17 *ad* art. 336b CO.

l'employeur indique dans sa déclaration de résiliation un délai de congé supérieur au délai contractuel ou légal, l'opposition doit pouvoir être valablement formée dans ce délai plus long²⁹². Les règles sur la motivation du congé (*cf.* art. 335 al. 2 CO) sont indépendantes des exigences de l'art. 336b CO²⁹³. Ainsi, l'absence de motivation du congé n'entraîne aucune prolongation du délai d'opposition²⁹⁴.

Il est généralement admis que l'opposition est un acte soumis à réception qui doit parvenir dans la sphère d'influence de l'employeur au plus tard le dernier jour du délai de congé²⁹⁵. Curieusement, dans un considérant non publié de l'ATF 136 III 96, le Tribunal fédéral a toutefois laissé la question ouverte de savoir si le dépôt de l'opposition écrite auprès d'un guichet de poste le dernier jour du délai était suffisant²⁹⁶.

Par analogie avec les règles applicables en matière de notification de la résiliation d'un contrat de travail, il faut considérer que l'opposition a été valablement notifiée au moment où elle est entrée dans la sphère de son destinataire d'une manière telle que l'on peut prévoir, selon les usages, qu'il en prendra connaissance²⁹⁷. Lorsque l'opposition prend la forme d'une action en justice, l'employeur doit avoir eu connaissance de l'ouverture de l'action avant l'expiration du délai de résiliation²⁹⁸.

Le délai prévu à l'art. 336b al. 1 CO pour former opposition est un délai de péremption²⁹⁹. Le travailleur qui ne forme pas opposition en temps utile et dans la forme prévue perd tout droit à l'indemnité prévue à l'art. 336a CO. Le respect de ces prescriptions de forme doit être vérifié d'office par le juge.

b) Action en justice

Selon l'art. 336b al. 2 CO, si l'opposition (au sens de l'art. 336b al. 1 CO) est valable et que les parties ne s'entendent pas pour maintenir le rapport de travail, la partie qui a reçu le congé peut faire valoir sa prétention à une indemnité ; elle doit agir par voie d'action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, sous peine de péremption.

Si, au contraire, les parties s'accordent et conviennent de maintenir les rapports de travail, la résiliation devient caduque et le contrat de travail continue à courir³⁰⁰. Dans ce cas, la

²⁹² DUNAND, N 18 *ad* art. 336b CO.

²⁹³ WYLER/HEINZER, p. 835.

²⁹⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, p. 1062 ; WYLER/HEINZER, p. 838.

²⁹⁵ PORTMANN/WILDHABER, N 703 ; SUBILIA/DUC, N 6 *ad* art. 336b CO ; WYLER/HEINZER, p. 838.

²⁹⁶ ATF 136 III 96 = TF 4A_347/2009 du 16 novembre 2009, c. 4.1.

²⁹⁷ DUNAND, N 23 *ad* art. 336b CO ; WYLER/HEINZER, p. 838.

²⁹⁸ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 4 *ad* art. 336b CO ; WYLER/HEINZER, p. 837.

²⁹⁹ TF 4A_316/2012 du 1^{er} novembre 2012, c. 2.1.

³⁰⁰ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 7 *ad* art. 336b CO.

créance d'indemnité s'éteint³⁰¹. Elle s'éteint également si le travailleur refuse l'offre formulée par l'employeur de retirer la résiliation³⁰².

La procédure tend à encourager les parties à engager des pourparlers et à examiner si les rapports de travail peuvent être maintenus. Ainsi, l'employé licencié reste tenu d'examiner sérieusement d'éventuelles propositions en ce sens de l'employeur³⁰³. Il n'est, en revanche, pas obligé, sous peine de perdre son droit à l'indemnité, d'engager des pourparlers avec l'employeur³⁰⁴.

La notion de « fin du contrat » de l'art. 336b al. 2 CO est la même que celle de « fin du délai de congé » de l'art. 336b al. 1 CO. Le délai pour ouvrir action est de 180 jours de calendrier et non de six mois³⁰⁵.

A défaut de précisions ou d'indications contraires dans la loi, nous sommes d'avis que le calcul du délai doit s'opérer selon les règles générales relatives à la computation des délais en matière d'exécution des obligations (*cf.* art. 132 al. 1 et 2 ; 77 et 78 CO)³⁰⁶. Le délai viendra ainsi à échéance le 180^e jour, à minuit, qui suit la fin du contrat. Le jour du point de départ du délai, c'est-à-dire le dernier jour de validité du contrat, n'est pas compté : le premier jour est celui qui suit (*cf.* art. 77 al. 1 ch. 1 CO).

Lorsque le dernier jour tombe sur un dimanche ou un jour férié, le délai ne prend fin que le premier jour ouvrable qui suit (*cf.* art. 78 al. 1 CO). L'art. 20a al. 1 LTr prescrit que le jour de la fête nationale, soit le 1^{er} août, est assimilé au dimanche et que les cantons peuvent assimiler au dimanche huit autres jours fériés par an. La détermination des jours fériés suppose donc la prise en compte des droits cantonaux. Par ailleurs, selon l'art. 1^{er} de la Loi fédérale sur la supputation des délais comprenant un samedi³⁰⁷, dans le calcul des délais légaux du droit fédéral, le samedi est assimilé à un jour férié reconnu officiellement.

Il suffit que la demande en justice soit déposée auprès de l'autorité compétente le dernier jour du délai ou qu'elle soit remise à un guichet de la Poste suisse à l'adresse de l'autorité compétente le dernier jour du délai au plus tard à minuit (date du cachet postal)³⁰⁸. En revanche, la notification d'un commandement de payer n'est pas suffisante.

³⁰¹ ATF 134 III 67, c. 5.

³⁰² TF 4A_320/2014 du 8 septembre 2014, c. 3.1.

³⁰³ ATF 123 III 246, c. 4d.

³⁰⁴ DUNAND, N 29 *ad* art. 336b CO.

³⁰⁵ WYLER/HEINZER, p. 839.

³⁰⁶ DUNAND, N 33 *ad* art. 336b CO.

³⁰⁷ RS 173.110.3.

³⁰⁸ DUNAND, N 35 *ad* art. 336b CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, p. 1065.

Comme le précise expressément la loi, le délai de 180 jours pour ouvrir l'action en justice est un délai de péremption (*cf.* art. 336b al. 2, dernière phrase CO)³⁰⁹. Selon les règles générales, la péremption entraîne l'extinction du droit et le juge doit la relever d'office. En l'absence d'action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, le droit à l'indemnité se périmé définitivement.

B. Résiliation en temps inopportun

L'art. 336c CO traite de la résiliation en temps inopportun lorsque le congé est donné par l'employeur³¹⁰. Il protège le travailleur contre le licenciement notifié avant ou pendant des périodes de protection qu'il définit. Le but est de faire bénéficier le travailleur d'un délai de congé complet, en sus des périodes de protection, pour lui permettre de chercher un autre emploi³¹¹. L'idée n'est pas tant que le travailleur ne puisse faire les démarches en vue de retrouver un nouvel emploi, mais plutôt qu'un engagement par un nouvel employeur à la fin du délai de congé ordinaire paraît hautement invraisemblable en raison de l'incertitude quant à la durée et au degré de l'incapacité de travail du travailleur³¹².

Selon l'art. 362 CO, l'art. 336c CO fait partie des dispositions relativement impératives. Cela signifie qu'il peut y être dérogé en faveur du travailleur, notamment en prévoyant des périodes de protection supplémentaires, des périodes de protection plus longues ou l'application de la disposition déjà durant le temps d'essai³¹³. Nous traiterons du champ d'application de l'art. 336c CO, des périodes de protection et des conséquences juridiques.

1. Champ d'application

La protection de l'art. 336c CO ne s'applique pas pendant le temps d'essai. Durant ce temps, l'employeur peut donc mettre fin au contrat, même si le travailleur se trouve dans une période de protection de l'art. 336c al. 1 CO, à condition que la résiliation soit notifiée à son destinataire avant la fin du temps d'essai³¹⁴.

L'art. 336c CO suppose que le contrat de travail prenne fin, après le temps d'essai, par un licenciement ordinaire. Il s'applique donc aux contrats de durée indéterminée, ainsi qu'aux contrats de durée déterminée conclus pour plus de dix ans, puisqu'après dix ans,

³⁰⁹ ATF 134 III 67, c. 5 ; TF 4A_316/2012 du 1^{er} novembre 2012, c. 2.3.

³¹⁰ L'art. 336d CO traite quant à lui de la résiliation en temps inopportun notifiée par le travailleur. Il ne semble guère appliqué en pratique.

³¹¹ ATF 134 III 354, c. 3.1 ; ATF 124 III 474, c. 2a et 2b/aa ; TF 4D.6/2009 du 7 avril 2009, c. 3.

³¹² ATF 128 III 212, c. 2c.

³¹³ AUBRY GIRARDIN, N 2 *ad* art. 336c CO.

³¹⁴ AUBRY GIRARDIN, N 13 *ad* art. 336c CO.

l'employeur peut y mettre fin de manière ordinaire, selon l'art. 334 al. 3 CO³¹⁵. Lorsqu'un licenciement immédiat est notifié durant une période de protection, il est régi exclusivement par les art. 337 ss CO, qu'il soit justifié ou non³¹⁶.

Le taux d'activité du travailleur importe peu³¹⁷. Par ailleurs, le fait que l'employeur a libéré le travailleur de son obligation de travailler n'entraîne pas non plus la perte de la protection de l'art. 336c CO si un cas d'application survient pendant le délai de résiliation à la suite d'un congé ordinaire³¹⁸. Enfin, le Tribunal fédéral a précisé que la protection de l'art. 336c CO s'applique également dans le cas d'une fermeture d'entreprise totale ou partielle³¹⁹.

2. Périodes de protection

L'art. 336c al. 1 CO contient une liste exhaustive des situations donnant lieu à protection. Les parties peuvent toutefois convenir de périodes de protection supplémentaires³²⁰. Des cumuls et chevauchements entre les périodes de protection sont possibles.

a) Service obligatoire

Selon l'art. 336c al. 1 let. a CO, après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail pendant que le travailleur accomplit un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, ou un service civil, en vertu de la législation fédérale, ou encore pendant les quatre semaines qui précèdent et qui suivent ce service pour autant qu'il ait duré plus de onze jours (art. 336c al. 1 let. a CO).

Pour bénéficier de cette protection, le travailleur doit avoir effectué un service obligatoire au sens de la législation fédérale. Tel est par exemple le cas de l'école de recrues ou d'un cours de répétition, mais non d'un service volontaire, comme un cours de sport³²¹.

b) Incapacité de travail

Selon l'art. 336c al. 1 let. b CO, après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute du travailleur, et cela :

³¹⁵ AUBRY GIRARDIN, N 11 *ad* art. 336c CO.

³¹⁶ AUBRY GIRARDIN, N 14 *ad* art. 336c CO.

³¹⁷ AUBRY GIRARDIN, N 12 *ad* art. 336c CO.

³¹⁸ AUBRY GIRARDIN, N 12 *ad* art. 336c CO.

³¹⁹ ATF 124 III 346, c. 1 et 2.

³²⁰ AUBRY GIRARDIN, N 19 *ad* art. 336c CO.

³²¹ AUBRY GIRARDIN, N 20 *ad* art. 336c CO.

- durant 30 jours au cours de la première année de service ;
- durant 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service ;
- durant 180 jours à partir de la sixième année de service.

Le critère déterminant porte sur l'incapacité, même partielle³²², du travailleur à exécuter sa prestation de travail. L'existence d'une maladie ou d'un accident ne suffit pas pour entraîner la protection prévue à l'art. 336c al. 1 let. b CO³²³. En cas d'incapacité partielle, le délai de protection n'est pas prolongé proportionnellement au degré d'incapacité³²⁴.

Les jours d'incapacité sont des jours calendaires et non nécessairement des jours de travail. La protection est donc assurée sans égard au fait que l'incapacité survienne un jour ouvrable ou férié³²⁵.

On peut réserver deux cas particuliers qui, à teneur de la jurisprudence, sont de nature à priver le travailleur de la protection contre le congé en temps inopportun. La première hypothèse est celle d'une atteinte à la santé et d'une incapacité de travail tellement insignifiantes qu'elles ne peuvent en rien empêcher le travailleur d'occuper son poste de travail ou un nouvel emploi³²⁶.

La deuxième hypothèse est plus délicate. Allant à l'encontre d'une jurisprudence bien établie³²⁷, un arrêt du Tribunal fédéral de 2016 laisse entendre qu'une incapacité de travail limitée à un rapport de travail déterminé n'entraîne pas l'application de l'art. 336c CO³²⁸. Cela concerne principalement le cas des travailleurs qui, pour des raisons psychiques, sont incapable de travailler au service de leur employeur (conflits de travail, *mobbing*), mais dont un médecin estime qu'ils sont aptes à travailler au service d'un autre employeur potentiel. La doctrine est très divisée sur l'exclusion de la protection de l'art. 336c CO³²⁹. On peut certainement nourrir certains doutes quant à la portée de l'arrêt de 2016, faute pour le Tribunal fédéral d'avoir motivé un tel revirement de jurisprudence³³⁰. La question est importante car l'on constate une pratique croissante dans la délivrance d'expertises médicales ou de certificats médicaux, le plus souvent par les médecins-conseils de

³²² ATF 128 III 212, c. 2c.

³²³ AUBRY GIRARDIN, N 26 *ad* art. 336c CO.

³²⁴ DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, p. 300.

³²⁵ WYLER/HEINZER, p. 856.

³²⁶ ATF 128 III 212, c. 2c ; TF 4A_227/2009 du 28 juillet 2009, c. 3.2.

³²⁷ Cf. TF 4A_2/2014 du 19 février 2014, c. 3.2 ; TF 2C.2/2000 du 4 avril 2003, c. 3.1.

³²⁸ TF 4A_391/2016 du 8 novembre 2016, c. 5.2. Pour un commentaire de cet arrêt, cf. GLOOR WERNER, L'incapacité de travail limitée à la place de travail, *in* : Newsletter DroitDuTravail.ch du mois de février 2017.

³²⁹ En faveur de l'exclusion : STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, pp. 1083 s ; WYLER/HEINZER, pp. 859 ss. En défaveur de l'exclusion : GEISER, pp. 198 ss ; GLOOR, L'incapacité, pp. 174 ss.

³³⁰ DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, p. 301.

l'assureur perte de gain, qui concluent à une incapacité de travail limitée à la place de travail, parfois appelée « incapacité à géométrie variable »³³¹. On peine à croire, par exemple, qu'un travailleur incapable de travailler au service de son employeur en raison de troubles psychiques ait les ressources pour chercher un nouvel emploi, négocier des conditions de travail acceptables, et débiter sereinement une nouvelle activité.

Selon la loi, l'incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident doit être non fautive. La notion de faute imputable au travailleur est interprétée restrictivement : seule une faute grave justifie la suppression de la protection³³².

La protection ne couvre pas nécessairement toute la durée de l'incapacité résultant d'une maladie ou d'un accident. Elle vaut, en effet, pendant une durée limitée qui augmente avec la durée des rapports de travail, selon les trois paliers indiqués dans la loi. Passés les délais de protection, le travailleur peut être licencié, même s'il se trouve toujours en incapacité de travail³³³.

La première année de service débute avec la prise de fonction effective, indépendamment de la date de la conclusion du contrat de travail³³⁴. Le calcul de l'ancienneté s'effectue en fonction du temps écoulé entre la date de l'entrée en service et le premier jour de l'incapacité³³⁵. Chaque année de service, même incomplète, compte pour une année³³⁶.

Si l'incapacité de travail, qui a commencé durant la première année de service, empiète sur la deuxième année de service, c'est la période de protection prévue dès la deuxième année de service, soit 90 jours, qui s'applique à cette incapacité de travail. Le même principe vaut évidemment, *mutatis mutandis*, pour une incapacité de travail chevauchant les cinquième et sixième années de service. Pour que la protection plus favorable s'applique, il faut toutefois que le délai de congé suspendu en vertu de l'art. 336c al. 2 CO, mais non la prolongation dudit délai résultant de l'application de l'art. 336c al. 3 CO, arrive à échéance durant la nouvelle année de service³³⁷.

C'est au travailleur qu'il incombe d'apporter la preuve de l'empêchement de travailler (*cf.* art. 8 CC)³³⁸. En cas de maladie ou d'accident, le travailleur a le plus souvent recours à un certificat médical. Celui-ci se définit comme un document destiné à prouver

³³¹ NOVIER, pp. 104 ss ; SAVIOZ NICOLE, pp. 242 ss.

³³² AUBRY GIRARDIN, N 25 *ad* art. 336c CO.

³³³ AUBRY GIRARDIN, N 30 *ad* art. 336c CO.

³³⁴ AUBRY GIRARDIN, N 28 *ad* art. 336c CO.

³³⁵ DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, p. 300.

³³⁶ WYLER/HEINZER, p. 861.

³³⁷ ATF 133 III 517, c. 3.3.

³³⁸ TF 4A_276/2014 du 25 février 2015, c. 2.3.

l'incapacité de travailler d'un patient pour des raisons médicales. Le certificat médical ne constitue toutefois pas un moyen de preuve absolu³³⁹.

Il importe peu que l'employeur n'ait pas été au courant de la maladie ou de l'accident à l'origine de l'incapacité de travail, ni du reste que le travailleur en soit lui-même conscient pour que la protection s'applique. En effet, l'application de cette disposition légale n'est pas subordonnée à une connaissance de la situation réelle³⁴⁰.

En vertu de son devoir de fidélité (*cf.* art. 321a al. 1 CO), le travailleur est toutefois tenu d'informer rapidement l'employeur de son état³⁴¹. Cependant, un retard dans cette information ne lui fera en principe pas perdre le bénéfice de la protection, sous réserve de circonstances tout à fait exceptionnelles relevant de l'abus de droit (*cf.* art. 2 al. 2 CC)³⁴².

c) Grossesse et maternité

Selon l'art. 336c al.1 let. c CO, après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement.

Le facteur déterminant est l'état de grossesse de l'employée³⁴³. Il n'est pas nécessaire que la grossesse entraîne une incapacité de travail. La protection commence au jour de la conception, qui coïncide selon le Tribunal fédéral avec la fécondation naturelle de l'ovule et non avec son implantation³⁴⁴. La fécondation se calcule généralement en ajoutant 14 jours à la date des dernières règles. La protection se prolonge de seize semaines à partir de l'accouchement, sans que la loi n'exige que l'enfant naisse vivant ni qu'il survive pendant cette période. Encore faut-il qu'il y ait accouchement et non fausse-couche pour que la protection de seize semaines puisse courir. Si la grossesse se termine par une fausse-couche, l'incapacité de travail de l'employée qui suit la fausse-couche tombe sous le coup de l'art. 336c al. 1 let. b CO³⁴⁵.

La protection s'applique même si l'employée ignore sa grossesse et/ou que l'employeur n'en est pas informé au moment du licenciement. Le droit suisse n'impose aucun délai à

³³⁹ TF 8C_619/2014 du 13 avril 2015, c. 3.2.1 ; TF 4C.346/2004 du 15 février 2005, c. 4.1 ; NOVIER, pp. 125 ss.

³⁴⁰ ATF 128 III 212, c. 2c.

³⁴¹ TF 4A_521/2016 du 1^{er} décembre 2016, c. 3.5 ; NOVIER, pp. 112 ss.

³⁴² TF 4C.346/2004 du 15 février 2005, c. 5.1. Sur ces questions, *cf.* WYLER/HEINZER, pp. 856 ss.

³⁴³ ATF 136 III 562, c. 3.

³⁴⁴ ATF 143 III 21, c. 2. Pour un commentaire de cet arrêt, *cf.* PERRENOUD STÉPHANIE, Protection contre le licenciement en temps inopportun en cas de maternité – début de la grossesse, *in* : Newsletter DroitDuTravail.ch du mois de mars 2017.

³⁴⁵ AUBRY GIRARDIN, N 34 *ad* art. 336c CO.

celle-ci pour annoncer qu'elle est enceinte³⁴⁶. En particulier, il n'existe aucune obligation de la femme d'annoncer sa grossesse à un futur employeur lors de la phase précontractuelle, ni durant le temps d'essai³⁴⁷. Même si le devoir de fidélité commande à l'employée de ne pas taire trop longtemps son état, on ne peut subordonner la protection de l'art. 336c al. 1 let. c CO à l'exigence que l'employeur ait été informé à bref délai de la grossesse. A l'instar de la maladie ou de l'accident, il faut réserver les situations constitutives d'un abus de droit³⁴⁸.

d) Prise en charge d'un enfant gravement malade ou victime d'un accident

Selon l'art. 336c al. 1 let. c^{bis} CO, après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail tant que dure le droit au congé de prise en charge visé à l'art. 329h CO, pour une période maximale de six mois à compter du jour où le délai-cadre commence à courir.

Ce nouveau cas de protection, qui entre en vigueur le 1^{er} juillet 2021, est issu de l'adoption par l'Assemblée fédérale, en date du 20 décembre 2019, de la Loi fédérale sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches³⁴⁹. Les nouvelles dispositions accordent un congé de 14 semaines pour la prise en charge d'un enfant gravement malade ou victime d'un accident aux parents qui travaillent (art. 329h al. 1 CO). Indemnisé par le régime des allocations pour perte de gain, ce congé peut être pris en l'espace d'un délai-cadre de 18 mois (art. 329h al. 2 CO), en une fois ou sous la forme de journées (art. 329h al. 2 CO). Si les deux parents travaillent, chacun a droit à un congé de prise en charge de sept semaines au plus. Ils peuvent convenir de se partager le congé de manière différente (art. 329h al. 3 CO). Dans tous les cas, l'employeur doit être informé sans délai des modalités selon lesquelles le congé est pris et de tout changement (art. 329h al. 5 CO).

e) Services d'aide à l'étranger

Selon l'art. 336c al. 1 let. d CO, après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail pendant que le travailleur participe, avec l'accord de l'employeur, à un service d'aide à l'étranger ordonné par l'autorité fédérale. La protection vise plus

³⁴⁶ ATF 135 III 349, c. 2.1.

³⁴⁷ TF 4A_594/2018 du 6 mai 2019, c. 5.1.2.

³⁴⁸ ATF 135 III 349, c. 3.

³⁴⁹ Cf. FF 2019 3941 et 8195.

particulièrement un service international de coopération au développement ou d'aide humanitaire³⁵⁰.

f) Cumul et chevauchement de périodes de protection

Chaque situation qui ne présente pas de lien avec un épisode préalable couvert par l'art. 336c al. 1 CO fait courir une protection indépendante l'une de l'autre. Par conséquent, plusieurs périodes de protection peuvent se cumuler ou se chevaucher.

La jurisprudence admet autant le cumul interlittéral que le cumul intralittéral³⁵¹. Le cumul interlittéral concerne les situations où différentes lettres de l'art. 336c al. 1 CO confèrent une protection. Par exemple, une employée subit une incapacité de travail due à une maladie pendant 20 jours. Le 15^e jour de cette incapacité de travail, elle devient enceinte. Il existe alors un cumul interlittéral, qui concerne les lettres b et c de l'art. 336 al. 1 CO.

Quant au cumul intralittéral, il concerne la situation où différents épisodes inopportuns sont régis par une même lettre de l'art. 336c al. 1 CO. Un tel cumul se rencontre le plus souvent en relation avec la lettre b. Il implique que si des maladies et/ou accidents se recoupent ou se succèdent, chaque nouvelle incapacité de travail en découlant ouvre une nouvelle période de protection³⁵². Pour qu'une nouvelle période de protection s'ajoute à la précédente, il faut toutefois être en présence d'un nouveau cas et pas seulement de la continuation d'une situation ayant déjà donné lieu à protection³⁵³. Il revient au travailleur de prouver l'absence de lien entre les deux cas médicaux³⁵⁴.

Une rechute ou une aggravation de la même maladie ou les séquelles d'un même accident n'entraînent pas de cumul et ne donnent droit à une suspension du délai de congé qu'à condition que la protection de l'art. 336c al. 2 CO n'ait pas été entièrement épuisée par la maladie ou l'accident initial³⁵⁵. Dans le cas de l'art. 336c al. 1 let. b CO, le travailleur bénéficie donc d'un crédit en jours par cas de protection. On additionnera les différentes absences jusqu'à ce que le délai de protection soit épuisé³⁵⁶.

Le Tribunal fédéral a précisé que lorsque les pathologies physiques et/ou psychiques sont liées de façon suffisamment étroite, en l'espèce, troubles psychiatriques liés à des troubles coronariens et à une tumeur cérébrale, la relation de causalité exclut l'ouverture d'un

³⁵⁰ AUBRY GIRARDIN, N 35 *ad* art. 336c CO.

³⁵¹ ATF 120 II 124, c. 3d ; TF 4A_117/2007 du 4 août 2017, c. 2.1 ; TF 8C_826/2015 du 21 septembre 2016, c. 3.3.1.

³⁵² ATF 124 III 474, c. 2b ; ATF 120 II 124, c. 3d.

³⁵³ ATF 120 II 124, c. 3d-e.

³⁵⁴ TF 4A_127/2007 du 13 septembre 2007, c. 5.3.

³⁵⁵ TF 4A_127/2007 du 13 septembre 2007, c. 5.3.

³⁵⁶ WYLER/HEINZER, p. 863.

nouvel épisode de protection. Notre Haute Cour a toutefois indiqué qu'il fallait se garder d'exigences trop absolues qui subordonneraient l'octroi d'un nouveau délai de protection à l'absence de tout lien quel qu'il soit entre le nouvel épisode maladif et l'épisode antérieur, ou feraient entièrement abstraction du poids respectif des différents facteurs d'incapacité de travail³⁵⁷.

Relevons encore que lorsque deux hypothèses de protection se succèdent (chevauchement de périodes de protection), elles courent parallèlement, de sorte que chaque période est calculée en fonction de l'incapacité y relative, sans égard à l'autre³⁵⁸. Ainsi, la seconde période commence à courir dès que les conditions de sa naissance sont remplies, même si le travailleur bénéficiait encore d'une période de protection précédemment ouverte³⁵⁹.

3. Conséquences juridiques

L'art. 336c al. 1 et 3 CO traite de la protection contre le congé donné en temps inopportun. La loi distingue les effets juridiques suivant que le congé a été donné pendant ou avant une période de protection. Dans les deux cas, les droits et obligations des parties subsistent.

a) Congé notifié pendant une période de protection

Lorsque le congé est notifié pendant une des périodes de protection prévues à l'art. 336c al. 1 CO, il est nul (art. 336c al. 2, 1^{ère} phrase CO). Le moment déterminant est celui de la notification du congé³⁶⁰. Celui-ci ne produit aucun effet juridique et ne peut être converti en une résiliation valable³⁶¹. L'employeur qui persiste dans son intention de mettre fin au contrat de travail doit donc notifier un nouveau congé une fois la période de protection achevée³⁶². Une simple référence relative à la résiliation nulle ne suffit pas³⁶³.

Il peut arriver qu'un employé qui se voit notifier son licenciement, consulte le jour même un médecin de manière à obtenir un certificat médical constatant une incapacité de travail. Dans un cas où le travailleur ne présentait un matin aucun signe d'incapacité, mais qui a été pris d'un malaise après avoir reçu son licenciement, le Tribunal fédéral a considéré que le certificat médical délivré par un médecin dans l'après-midi n'attestait que d'une

³⁵⁷ TF 4A_706/2016 du 4 août 2017 c. 2-4. Pour un commentaire de cet arrêt, cf. DONATIELLO GIUSEPPE, Cumul des périodes de protection en cas de nouvel épisode maladif, in : Newsletter DroitDuTravail.ch du mois de novembre 2017.

³⁵⁸ WYLER/HEINZER, p. 864.

³⁵⁹ WITZIG, N 724.

³⁶⁰ ATF 113 II 259, c. 2.

³⁶¹ ATF 128 III 212, c. 3a.

³⁶² ATF 128 III 212, c. 3a.

³⁶³ GÉTAZ KUNZ, p. 312.

incapacité postérieure (de quelques heures) à la notification du congé. Dans de telles circonstances, la résiliation, n'étant pas intervenue en temps inopportun, était valable³⁶⁴. Le congé devait être traité comme ayant été notifié avant une période de protection (suspension du délai de congé)³⁶⁵. Il arrive, par ailleurs, que le médecin consulté le jour du licenciement ou peu de jours après établisse un certificat médical rétroactif, sur la base des déclarations de son patient, destiné à attester d'une incapacité de travail antérieure au licenciement. De cette manière, le congé notifié serait nul. La valeur d'un tel certificat doit être admise avec réserve³⁶⁶.

b) Congé notifié avant une période de protection

Lorsque le congé a été notifié avant l'une des périodes de protection prévues à l'art. 336c al. 1 CO, si le délai de congé n'a pas expiré avant cette période, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de cette période (art. 336c al. 2, 2^e phrase CO). La résiliation est valable et l'employeur n'a pas à la renouveler³⁶⁷. Mais le délai de congé est donc prolongé, et éventuellement reporté au prochain terme (art. 336c al. 3 CO).

La période de protection porte sur la durée fixée par la loi pour les lettres a, c et d et correspond, pour la lettre b, à la durée de l'incapacité de travail, mais au maximum à la durée fixée par la loi en fonction des années de services (30, 90 ou 180 jours)³⁶⁸. Pour la prise en charge d'un enfant gravement malade ou victime d'un accident, la période de protection existe tant que dure le droit au congé de prise en charge, pour une durée maximale de six mois à compter du jour où le délai-cadre commence à courir (lettre c^{bis}). Dans tous ces cas, la suspension n'est pas limitée aux jours ouvrables et vaut aussi si l'incapacité de travail survient pendant les jours fériés³⁶⁹.

La protection conférée à l'art. 336c al. 2 CO consiste à offrir un délai de congé complet au travailleur en suspendant l'écoulement de ce délai pendant une période de protection au sens de l'al. 1³⁷⁰. L'écoulement du délai n'est suspendu que durant le délai légal ou conventionnel de congé proprement dit. Le délai de préavis n'est donc pas pris en compte³⁷¹. Ainsi, pour déterminer la période de protection, il faut procéder à un calcul rétroactif et partir, non pas de la résiliation, mais de l'échéance du contrat³⁷². La *ratio legis*

³⁶⁴ TF 4A_89/2011 du 27 avril 2011, c. 3.

³⁶⁵ WYLER/HEINZER, p. 859.

³⁶⁶ NOVIER, pp. 101 ss ; SUBILIA/DUC, N 26 *ad* art. 336c CO ; WYLER/HEINZER, p. 858.

³⁶⁷ WYLER/HEINZER, p. 870.

³⁶⁸ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 13 *ad* art. 336c CO.

³⁶⁹ TF 4D_6/2009 du 7 avril 2009, c. 3.

³⁷⁰ DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, N 426.

³⁷¹ AUBRY GIRARDIN, N 40 *ad* art. 336c CO.

³⁷² ATF 134 III 354, c. 2 et 3 ; ATF 115 V 437, c. 2c et 3.

de ce système vient de la nécessité de protéger le travailleur pendant le délai de congé exclusivement³⁷³.

Prenons l'exemple suivant : un licenciement est notifié durant la première année de service le 4 avril pour le 31 mai (délai de congé d'un mois). Le délai de congé, calculé rétroactivement va du 1^{er} au 31 mai. Le mois de mai correspond à la période de protection, qui ne couvre pas le laps de temps entre le 4 et le 30 avril. Dès lors, une incapacité de travail qui survient par exemple entre le 10 et le 30 avril n'entraîne aucune suspension du délai de congé.

Lorsque l'employeur notifie un congé, avec un délai de résiliation plus long que celui prévu par le contrat, le délai de congé minimum est seul déterminant sous l'angle d'une résiliation en temps inopportun au sens de l'art. 336c CO ; ainsi, le temps écoulé entre le début du délai de congé ouvert par la résiliation et le début du mois où commence le délai de congé minimum ne compte pas³⁷⁴.

Selon l'art. 336c al. 3 CO, lorsque les rapports de travail doivent cesser à un terme (selon le régime légal ou contractuel), tel que la fin d'un mois ou d'une semaine de travail, et que ce terme ne coïncide pas avec la fin du délai de congé qui a recommencé à courir, ce délai est prolongé jusqu'au prochain terme. Ce délai supplémentaire tend à faciliter concrètement aux deux parties, respectivement un changement d'emploi et le remplacement du travailleur congédié³⁷⁵.

Lorsque la maladie, l'accident ou la rechute tombent durant le délai supplémentaire prévu par l'art. 336c al. 3 CO, le travailleur n'a pas droit à une nouvelle suspension. Peu importe que l'incapacité soit due à une cause nouvelle ou à une rechute³⁷⁶. Selon la jurisprudence, il ne serait pas raisonnable de reporter sur l'employeur, durant ce délai supplémentaire également, le risque d'une nouvelle incapacité de travail, la suspension prévue à l'art. 336c al. 2 CO pouvant déjà conduire à une prolongation importante du délai de congé³⁷⁷.

Enfin, lorsque l'application de l'art. 336c al. 3 CO a pour effet d'empiéter sur une nouvelle année de service, l'éventuel délai de protection plus long de la nouvelle année de service ne s'applique pas³⁷⁸.

³⁷³ DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, p. 302.

³⁷⁴ ATF 119 II 449, c. 3b.

³⁷⁵ ATF 124 III 474, c. 2a.

³⁷⁶ WYLER/HEINZER, p. 864.

³⁷⁷ ATF 124 III 474, c. 2.

³⁷⁸ ATF 133 III 517, c. 3.3.

c) Effets de la prolongation du contrat de travail

Que le congé soit nul ou le délai de congé suspendu, les obligations des parties subsistent et les règles sur la demeure restent applicables³⁷⁹. Durant la prolongation des rapports de travail en vertu des art. 336c al. 2 et 3 CO, les droits et obligations des parties sont les mêmes que pendant le reste des rapports de travail. L'employeur doit donc verser le salaire au travailleur si ce dernier travaille effectivement, s'il est empêché sans sa faute de travailler (dans les limites de l'art. 324a CO) ou encore si l'employeur est en demeure (cf. art. 324 CO)³⁸⁰. Le droit au salaire suppose que l'employé a exécuté sa prestation de travail, offert en vain ses services (cf. art. 324 CO) ou, pour un temps limité, s'en est trouvé empêché ou en droit de s'en dispenser (cf. art. 324a CO)³⁸¹.

Le travailleur qui a recouvré sa capacité de travail doit offrir ses services sous peine d'être en demeure³⁸². Il n'est en revanche pas tenu de le faire lorsque l'employeur l'a libéré de l'obligation de travailler jusqu'au terme du congé ou lorsqu'il n'aurait de toute manière pas accepté la prestation de travail offerte³⁸³. On réservera la situation dans laquelle les rapports de travail ont été prolongés sur une longue période, par le biais de l'art. 336c CO. Ainsi, une femme, qui a été libérée de son obligation de travailler durant le délai de congé, et qui annonce ensuite sa grossesse pendant ce délai, qui entraîne une prolongation des rapports de travail de plus d'une année, doit annoncer le recouvrement de sa capacité de travail, car il convient d'offrir l'opportunité à l'employeur d'occuper à nouveau l'employée³⁸⁴.

C. Résiliation immédiate injustifiée notifiée par l'employeur

L'art. 337c CO confère une protection au travailleur qui a été licencié immédiatement de manière injustifiée. Avant de traiter des conséquences juridiques d'une telle résiliation (**sous-section 2**), nous examinerons les conditions d'une résiliation immédiate justifiée (**sous-section 1**).

1. Conditions d'une résiliation immédiate justifiée

Comme nous l'avons déjà indiqué, la résiliation avec effet immédiat constitue une mesure exceptionnelle (*ultima ratio*) qui ne doit être admise que de manière restrictive³⁸⁵. Pour

³⁷⁹ AUBRY GIRARDIN, N 43 *ad* art. 336c CO.

³⁸⁰ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 16 *ad* art. 336c CO.

³⁸¹ TF 4A_297/2017 du 30 avril 2018, c. 3.2.2.

³⁸² ATF 135 III 349, c. 4.2 ; TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 5.2.

³⁸³ TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, c. 5.2 ; FULD, p. 145.

³⁸⁴ TF 4A_464/2018 du 18 avril 2019, c. 4.2.1.

³⁸⁵ ATF 137 III 303, c. 2.1.1 ; TF 4A_225/2018 du 6 juin 2019, c. 4.1. *Cf. supra*, p. 22.

être justifiée, elle doit reposer sur deux conditions cumulatives, l'existence de justes motifs, d'une part, et l'immédiateté de la réaction dès la connaissance de ces motifs, d'autre part.

a) Justes motifs

Selon l'art. 337 al. 2 CO, sont notamment considérés comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail. Le juge apprécie librement l'existence de justes motifs, mais en aucun cas il ne peut considérer comme tel le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler (art. 337 al. 3 CO). L'existence ou non d'un juste motif ne s'apprécie pas dans l'abstrait, mais pour une relation de travail déterminée. Le même fait peut constituer un juste motif dans une relation de travail donnée mais pas dans une autre³⁸⁶. C'est à l'employeur qui entend se prévaloir de justes motifs de licenciement immédiat de démontrer leur existence (justes motifs, avertissements, immédiateté)³⁸⁷.

Selon la jurisprudence, la résiliation immédiate pour justes motifs est une mesure exceptionnelle qui doit être admise de manière restrictive³⁸⁸. Seul un manquement particulièrement grave de l'autre partie peut justifier une telle mesure³⁸⁹. Relève typiquement du manquement grave la commission d'une infraction pénale au détriment de l'autre partie, le refus persistant d'exécuter la prestation de travail ou une violation grave des directives de l'employeur³⁹⁰. Si le manquement est moins grave (par exemple, arrivées tardives ou courtes absences injustifiées), il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement³⁹¹. Par manquement, on entend généralement la violation d'obligations contractuelles ou légales, en particulier, l'obligation de diligence et de fidélité (*cf.* art. 321a CO)³⁹². Le manquement doit être objectivement propre à détruire le rapport de confiance essentiel au contrat de travail ou, du moins, à l'atteindre si profondément que la continuation des rapports de travail ne peut raisonnablement pas être

³⁸⁶ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 7 *ad* art. 337 CO ; GLOOR, N 25 *ad* art. 337 CO.

³⁸⁷ TF 4A_485/2016 du 28 avril 2017, c. 2.1 ; TF 4C.303/2005 du 1^{er} décembre 2005, c. 2.1 ; GLOOR, N 71 *ad* art. 337 CO.

³⁸⁸ ATF 137 III 303, c. 2.1.1.

³⁸⁹ ATF 142 III 579, c. 4.2.

³⁹⁰ Pour des casuistiques illustratives, *cf.* BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 8 *ad* art. 337 CO ; FAVRE MOREILLON, pp. 221 ss ; GLOOR, pp. 745 ss ; WYLER/HEINZER, pp. 724 ss.

³⁹¹ ATF 130 III 213, c. 3.1 ; ATF 127 III 310, c. 3.

³⁹² ATF 137 III 303, c. 2.1.1 ; ATF 130 III 28, c. 4.1.

exigée (gravité objective) ; de surcroît, il doit avoir abouti à un tel résultat (gravité subjective)³⁹³.

L'avertissement a une double fonction : reproche et mise en garde pour le futur³⁹⁴. Selon la jurisprudence, l'avertissement exigé en cas de manquement de gravité moyenne ou légère ne doit pas nécessairement comporter dans chaque cas une menace expresse de résiliation immédiate. Il n'en demeure pas moins qu'en avertissant le travailleur, l'employeur doit clairement lui faire comprendre qu'il considère le comportement incriminé comme inadmissible et que sa répétition ne restera pas sans sanction ; le travailleur doit savoir quelle attitude ne sera plus tolérée à l'avenir³⁹⁵. Ceci dit, l'on ne saurait poser des règles rigides sur le nombre et le contenu des avertissements dont le non-respect, par le travailleur, est susceptible de justifier un licenciement immédiat. Sont décisives les circonstances concrètes, notamment la nature et la gravité des manquements, leur fréquence ou leur durée, de même que l'attitude du travailleur face aux injonctions ou menaces formulées à son encontre³⁹⁶.

Selon l'art. 337 al. 3 *ab initio* CO, le tribunal apprécie librement l'existence de justes motifs en application des règles du droit et de l'équité (*cf.* art. 4 CC). A cette fin, il prend en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position du travailleur, la nature et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements³⁹⁷. La position de l'employé, sa fonction et les responsabilités qui lui sont confiées peuvent entraîner un accroissement des exigences quant à sa rigueur et à sa loyauté³⁹⁸. La durée restant à courir avant la fin du délai de congé ordinaire³⁹⁹, ainsi que le montant du salaire⁴⁰⁰ peuvent également être pris en considération. Alors que la détermination du motif du congé est une question de fait, la conclusion que la résiliation repose sur de justes motifs relève du droit⁴⁰¹.

Si le juge apprécie librement l'existence de justes motifs, la loi lui interdit dans tous les cas de considérer comme tel le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler (art. 337 al. 3 *in fine* CO). Selon le Tribunal fédéral, s'agissant de déterminer l'existence d'un tel empêchement, il convient d'appliquer les mêmes principes que ceux posés en matière de licenciement en temps inopportun et de se fonder uniquement sur les

³⁹³ ATF 142 III 579, c. 4.2 ; ATF 129 III 380, c. 3.1 ; GLOOR, N 21 *ad* art. 337 CO.

³⁹⁴ TF 4A_288/2016 du 26 septembre 2016, c. 4.4.

³⁹⁵ TF 4A_188/2014 du 8 octobre 2014, c. 2.3 ; TF 4C.10/2007 du 30 avril 2007, c. 2.1.

³⁹⁶ ATF 127 III 153, c. 1c.

³⁹⁷ ATF 130 III 28, c. 4.1 ; ATF 127 III 351, c. 4a.

³⁹⁸ ATF 130 III 28, c. 4.1 ; TF 4A_569/2010 du 14 février 2011, c. 2.1.

³⁹⁹ ATF 142 III 579, c. 4.2 ; TF 4C.95/2004 du 28 juin 2004, c. 2.

⁴⁰⁰ TF 4A_723/2011 du 5 mars 2012, c. 4.

⁴⁰¹ ATF 136 III 513, c. 2.3 ; TF 4A_419/2015 du 19 février 2016, c. 2.1.1.

circonstances objectives. Pour retenir ou écarter le fait que l'employé se trouvait, sans sa faute, empêché de travailler au moment où son congé lui a été notifié, il convient donc de se fonder sur la situation réelle du travailleur ; ce que savait ou ignorait son employeur apparaît indifférent. C'est la situation réelle qui prévaut, quand bien même elle ne serait établie que postérieurement à la résiliation des rapports de travail⁴⁰².

Une autre question délicate est de déterminer dans quelle mesure l'employeur peut invoquer des soupçons (faits non établis) pour fonder des justes motifs⁴⁰³. Selon la jurisprudence, le licenciement immédiat est justifié lorsque l'employeur résilie le contrat sur la base de soupçons et parvient ensuite à établir les circonstances à raison desquelles le rapport de confiance entre les parties doit être considéré comme irrémédiablement rompu. En revanche, si les soupçons se révèlent infondés, l'employeur doit supporter les conséquences de l'absence de preuve ; le licenciement immédiat sera alors généralement considéré comme injustifié, sauf circonstances particulières, notamment lorsque l'employé a empêché la manifestation de la vérité de façon déloyale⁴⁰⁴. C'est donc ici également la situation réelle qui prévaut, même si elle n'est établie que postérieurement à la notification de la résiliation des rapports de travail⁴⁰⁵. En toutes hypothèses, le licenciement ne peut jamais être justifié si les soupçons portent sur des actes de gravité insuffisante ou si l'employeur n'a pas entrepris toutes les démarches qu'on pouvait exiger de lui pour vérifier le bien-fondé des soupçons⁴⁰⁶. En principe, l'employeur doit offrir à la personne mise en cause la possibilité d'exprimer son point de vue⁴⁰⁷.

Selon la jurisprudence, sous certaines conditions restrictives, l'employeur peut, pour justifier un licenciement immédiat, se prévaloir d'une circonstance qui existait au moment de la notification du licenciement, mais qu'il ne connaissait pas et qu'il ne pouvait connaître. Il peut même s'agir d'un motif qui n'est pas similaire ni de même nature que celui indiqué pour justifier la résiliation⁴⁰⁸. Il faut se demander, dans un tel cas, si les circonstances antérieures, non invoquées au moment du licenciement immédiat, auraient pu conduire l'employeur, s'il les avait connues, à conclure que le rapport de confiance était

⁴⁰² TF 4C.413/2004 du 10 mars 2005, c. 2.2.

⁴⁰³ Cf. WYLER/HEINZER, pp. 718 ss.

⁴⁰⁴ TF 4A_251/2015 du 6 janvier 2016, c. 3.2.3 ; TF 4C.325/2000 du 7 février 2001, c. 2a.

⁴⁰⁵ TF 4C.413/2004 du 10 mars 2005, c. 2.2.

⁴⁰⁶ TF 4A_419/2015 du 19 février 2016, c. 2.1.2.

⁴⁰⁷ GLOOR, N 56 *ad* art. 337 CO ; WYLER/HEINZER, p. 721.

⁴⁰⁸ ATF 142 III 579, c. 4.2-3 (pour un commentaire de cet arrêt, cf. WITZIG AURÉLIEN, L'ajout de motifs en cas de licenciement immédiat, *in* : Newsletter DroitDuTravail.ch du mois de septembre 2016) ; AUBERT, N 14 *ad* art. 337 CO.

rompu. En revanche, des faits postérieurs au licenciement immédiat ne peuvent être invoqués comme justes motifs du licenciement contesté⁴⁰⁹.

Il existe parfois des situations confuses, notamment lorsque le travailleur n'exécute pas sa prestation de travail. Le tribunal doit alors déterminer si ce dernier a cessé de travailler en raison d'un licenciement immédiat, ou alors, s'il a abandonné son emploi⁴¹⁰. Il y a abandon d'emploi au sens de l'art. 337d al. 1 CO, lorsque le travailleur quitte son poste abruptement sans justes motifs. L'application de cette disposition suppose un refus conscient, intentionnel et définitif d'exécuter sa prestation de travail⁴¹¹. Dans ce cas, le contrat de travail prend fin immédiatement, sans que l'employeur doive adresser au travailleur une résiliation immédiate de son contrat⁴¹². Lorsque les conditions d'un abandon d'emploi ne sont pas réunies (par exemple, refus non définitif de travailler), l'employeur peut reprocher au travailleur un manquement et l'avertir qu'en cas de récidive, son comportement risque d'entraîner une résiliation avec effet immédiat⁴¹³. Le fardeau de la preuve que l'employé a entendu abandonner son emploi incombe à l'employeur⁴¹⁴.

b) Réaction immédiate

Selon la jurisprudence, la partie qui veut résilier le contrat de travail avec effet immédiat doit agir sans tarder à compter du moment où elle a connaissance d'un juste motif de licenciement, sous peine de forclusion. Si elle tarde à agir, elle donne à penser qu'elle a renoncé au licenciement immédiat, respectivement qu'elle peut s'accomoder de la continuation des rapports de travail jusqu'à l'échéance ordinaire du contrat⁴¹⁵.

Les circonstances du cas concret déterminent le laps de temps dans lequel l'on peut raisonnablement attendre de l'intéressé qu'il prenne la décision de résilier le contrat avec effet immédiat. De manière générale, la jurisprudence considère qu'un délai de réflexion de deux à trois jours ouvrables est suffisant pour réfléchir et prendre des renseignements nécessaires. Les week-ends et les jours fériés ne sont pas pris en considération. Un délai supplémentaire est toutefois toléré s'il se justifie par les exigences de la vie quotidienne et économique ; l'on peut ainsi admettre une prolongation de quelques jours lorsque la décision doit être prise par un organe polycéphale au sein d'une personne morale (conseil

⁴⁰⁹ ATF 127 III 310, c. 4a ; ATF 124 III 25, c. 3c ; ATF 121 III 467, c. 5a.

⁴¹⁰ DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, N 440.

⁴¹¹ ATF 121 V 277, c. 3a.

⁴¹² TF 4C.303.2005 du 1^{er} décembre 2005, c. 2.2.

⁴¹³ DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, N 441.

⁴¹⁴ TC/VD du 14 juin 2019, c. 4.2, *in* : JAR 2020 629.

⁴¹⁵ ATF 138 I 113, c. 6.3.1 ; ATF 127 III 310, c. 4b. Sur la thématique, *cf.* DUNAND, Le délai, pp. 131 ss.

d'administration, par exemple), lorsqu'il faut entendre le représentant de l'employé ou attendre le retour de vacances de celui-ci⁴¹⁶.

Il faut par ailleurs distinguer selon que l'état de fait est clair ou qu'il appelle des éclaircissements. Dans ce dernier cas, il faut tenir compte du temps nécessaire pour élucider les faits, étant entendu que l'employeur qui soupçonne concrètement l'existence d'un juste motif doit prendre immédiatement et sans discontinuer toutes les mesures qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour clarifier la situation⁴¹⁷. S'il s'agit de déterminer l'ampleur des manquements, le délai de réflexion ne court pas avant que cela n'ait été fait. Si le reproche est d'emblée clair et qu'il s'agit uniquement d'en vérifier le bien-fondé, la partie qui entend résilier avec effet immédiat peut déjà songer pendant cette phase à ce qu'elle entreprendra s'il est avéré. On peut donc exiger d'elle qu'elle résilie le contrat sitôt que l'état de fait est établi, sans qu'il lui soit encore concédé un délai de réflexion supplémentaire⁴¹⁸.

Si les violations sont multiples et durables, le délai ne commence pas à courir tant que leur cumul ou, si gradation il y a, l'une d'entre elles n'a pas atteint la gravité objective nécessaire pour être qualifiée de juste motif⁴¹⁹. Un cas singulier a donné lieu à une jurisprudence spécifique. Il s'agissait d'un travailleur qui n'avait jamais vraiment exécuté sa prestation de travail (violation constante de son obligation de travailler). Le Tribunal fédéral a considéré que dans un tel cas de figure, il convenait de raisonner en s'inspirant de la jurisprudence pénale en relation avec le point de départ du délai de prescription des délits continus. En substance, notre Haute Cour a estimé que le délai de péremption du droit d'invoquer le juste motif de congé n'avait pas commencé à courir avant la rupture du lien contractuel résultant du licenciement avec effet immédiat du travailleur⁴²⁰.

2. Conséquences juridiques d'une résiliation immédiate injustifiée

Nous l'avons vu, la nature injustifiée d'une résiliation immédiate n'empêche pas que les rapports de travail cessent en fait et en droit le jour même où le congé est notifié⁴²¹. Selon l'art. 337c CO, l'employeur qui a notifié une telle résiliation s'expose cependant à des conséquences financières importantes (paiement de dommages-intérêts et d'une indemnité punitive et réparatrice).

⁴¹⁶ ATF 138 I 113, c. 6.3.2 ; ATF 130 III 28, c. 4.4 ; TF 4A_372/2016 du 2 février 2017, c. 5.1.2.

⁴¹⁷ ATF 138 I 113, c. 6.3.3 ; TF 4A_251/2015 du 6 janvier 2016, c. 3.2.2 (pour un commentaire de cet arrêt, cf. GLOOR WERNER, Licenciement immédiat. Un délai de péremption à géométrie variable, in : Newsletter DroitDuTravail.ch du mois de mars 2016).

⁴¹⁸ TF 4C.188/2006 du 25 septembre 2006, c. 2.

⁴¹⁹ ATF 97 II 142, c. 3c ; TF 4A_341/2019 du 15 mai 2020, c. 4.1.

⁴²⁰ TF 4A_559/2008 du 13 mars 2009, c. 4.3.2.

⁴²¹ ATF 120 II 243, c. 3b ; TF 4A_372/2016 du 2 février 2017, c. 5.1.2.

a) Dommages-intérêts

Selon l'art. 337c al. 1 CO, lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat de travail sans justes motifs, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné, si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai légal ou conventionnel de congé ou à la cessation du contrat conclu pour une durée déterminée (art. 337c al. 1 CO).

Le travailleur dispose ainsi d'une créance en réparation de l'intérêt qu'il a à l'exécution du contrat (dommages-intérêts positifs). Il doit se trouver dans la même situation pécuniaire que si la résiliation immédiate n'avait pas eu lieu⁴²². La créance du travailleur porte intérêt dès la notification du licenciement immédiat, même si l'hypothétique gain aurait été réalisé plus tard (*cf.* art. 339 al. 1 CO)⁴²³.

Pour calculer le salaire qui aurait été perçu en cas de résiliation ordinaire, il convient de déterminer le délai de congé hypothétique, c'est-à-dire le terme auquel le contrat aurait pris fin si l'employeur avait opté pour une résiliation ordinaire, moyennant le délai de congé. Ce faisant, il convient de tenir compte des éventuelles périodes de protection contre le congé donné en temps inopportun (*cf.* art. 336c CO)⁴²⁴.

La créance en dommages-intérêts inclut tous les éléments de rémunération qui auraient dû être perçus jusqu'au terme du contrat résilié de manière ordinaire ou, en cas de contrat de durée déterminée, jusqu'à son échéance. Elle comprend le salaire (mensuel ou payé à l'heure, fixe ou variable, dépendant en totalité ou en partie de l'atteinte de résultats objectivement déterminables, dû en cas de maladie, etc.), les prestations en nature (logement, nourriture, véhicule, abonnements, etc.), ainsi que les autres avantages résultant du contrat de travail (intéressements, gratifications non discrétionnaires, indemnités de départ, etc.)⁴²⁵. Lorsque la rémunération varie d'un mois à l'autre, il convient de retenir la moyenne des gains réalisés lors d'une période appropriée, par exemple durant l'année précédente⁴²⁶.

La créance en dommages-intérêts fondée sur l'art. 337c al. 1 CO comprend aussi, en principe, le droit aux vacances remplacé par des prestations en argent (*cf.* art. 329d al. 2 CO)⁴²⁷, ainsi que, dans certaines circonstances exceptionnelles, la perte de prestations de couverture d'assurances sociales et complémentaires résultant de la résiliation anticipée

⁴²² WYLER/HEINZER, p. 760.

⁴²³ TF 4A_474/2010 du 12 janvier 2011, c. 2.2.1-2.

⁴²⁴ DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, p. 316.

⁴²⁵ GLOOR, N 9 *ad* art. 337c CO ; WYLER/HEINZER, pp. 760 ss.

⁴²⁶ ATF 125 III 14, c. 2b-c ; GLOOR, N 9 *ad* art. 337c CO.

⁴²⁷ ATF 117 II 270, c. 3b.

du contrat de travail⁴²⁸. L'indemnité comprend en principe les cotisations aux assurances sociales, à l'exception de la cotisation LPP⁴²⁹. Dans un arrêt de 2020, le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte de savoir s'il fallait adapter la jurisprudence dans le sens que le travailleur soit légitimé à réclamer, dans le cadre de l'art. 337c al. 1 CO, le dommage correspondant à la part patronale des cotisations épargne que l'employeur aurait payée (prévoyance obligatoire et surobligatoire) jusqu'à l'échéance ordinaire, soit l'équivalent de la contribution de l'employeur à la prestation de libre passage, sous déduction de ce qui serait versé par un nouvel employeur pour la période correspondante en cas de prise de nouvel emploi⁴³⁰.

L'art. 337c al. 2 CO prévoit qu'il faut imputer sur la créance en dommages-intérêts du travailleur ce qu'il a épargné par suite de la cessation du contrat de travail, ainsi que le revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou le revenu auquel il a intentionnellement renoncé. Cette déduction est une expression du principe général imposant à celui qui subit un dommage de faire tout ce que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour le réduire (art. 44 al. 1 CO). Pour déterminer si le travailleur a renoncé intentionnellement à un revenu, il faut tenir compte de toutes les circonstances du cas⁴³¹.

En application de cette disposition légale, le travailleur doit chercher sérieusement un nouvel emploi. Les circonstances d'espèce sont déterminantes pour évaluer si l'on pouvait exiger raisonnablement du travailleur qu'il accepte une nouvelle place de travail⁴³². On ne saurait toutefois attendre de ce dernier qu'il accepte n'importe quel travail. Le tribunal tiendra compte de sa formation, son expérience, son âge, ainsi que de la situation générale sur le marché du travail⁴³³.

Plusieurs cas de figure peuvent se présenter⁴³⁴. Si le travailleur a trouvé un emploi moins bien rémunéré, l'employeur lui doit la différence entre l'ancien et le nouveau salaire. Si, en revanche, le nouvel emploi est mieux rémunéré, le travailleur perd son droit à l'ancien salaire, dès la prise de ce nouvel emploi. Lorsque le travailleur renonce intentionnellement à effectuer les recherches d'emploi appropriées et que l'employeur prouve que le

⁴²⁸ GLOOR, N 15 *ad* art. 337c CO ; WYLER/HEINZER, pp. 762 ss.

⁴²⁹ RS 831.40. TFA B 55/99 du 8 novembre 2001, c. 3.

⁴³⁰ TF 4A_458/2018 du 29 janvier 2020, c. 6.2.1. Pour un commentaire de cet arrêt, *cf.* TROILLET ANNE, *in* : Newsletter DroitDuTravail.ch du mois d'août 2020.

⁴³¹ TF 4C.321/2005 du 27 février 2006, c. 6.2.

⁴³² TF 4C_362/2015 du 1^{er} décembre 2016, c. 5.2.

⁴³³ DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, p. 317.

⁴³⁴ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 5 *ad* art. 337c CO.

travailleur aurait pu facilement trouver un autre emploi convenable, l'indemnité est réduite du revenu qui aurait pu ainsi être réalisé⁴³⁵.

Dans le cadre de cette obligation de diminuer le dommage, le travailleur est-il tenu d'accepter l'offre de l'employeur de le réintégrer provisoirement et de lui payer le salaire jusqu'à la date à laquelle les rapports de travail auraient probablement pris fin en cas de résiliation ordinaire, lorsque l'employeur s'est rendu compte que la résiliation immédiate résultait d'une erreur manifeste⁴³⁶ ? Le Tribunal fédéral paraît avoir laissé la question ouverte⁴³⁷. Dans un arrêt de 2019, la Cour d'appel civil du Tribunal cantonal vaudois a estimé que le refus de l'offre de réintégration ne pouvait être considéré comme une renonciation volontaire à un revenu, dans un contexte où le versement des salaires n'était pas garanti et où l'on demandait au travailleur de s'investir encore plus⁴³⁸.

Enfin, le travailleur doit aussi se laisser imputer les économies réalisées du fait de son renvoi immédiat, tels que les frais extraordinaires de déplacement que le travailleur n'a plus à supporter puisqu'il ne travaille plus⁴³⁹. L'employeur doit prouver l'existence et le montant des gains imputables sur le salaire dû, le travailleur étant tenu de collaborer en vertu du principe de la bonne foi⁴⁴⁰. Cette preuve est difficile à rapporter s'agissant du gain hypothétique. En principe, l'employeur peut se contenter de démontrer que dans la profession concernée, il existait au moment concerné une demande de forces de travail⁴⁴¹.

Lorsque le contrat de travail a été conclu pour une longue durée, et qu'il n'est pas possible de fixer de manière exacte le montant des dommages-intérêts à allouer pour la période qui reste à courir (créances et déductions), le juge peut faire application de l'art. 42 al. 2 CO et déterminer équitablement le montant dû en tenant compte du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée⁴⁴².

La créance prévue par l'art. 337c al. 1 et 2 CO est soumise aux cotisations sociales et se prescrit par cinq ans étant donné qu'elle vise à obtenir un succédané de salaire (*cf.* art. 128 ch. 3 CO)⁴⁴³.

⁴³⁵ ATF 118 II 139, c. 1.

⁴³⁶ WYLER/HEINZER, pp. 764 s., répondent affirmativement à cette question. Contra, GLOOR, N 22 *ad* art. 337c CO.

⁴³⁷ TF 4C.321/2015 du 27 février 2006, c. 6.2.

⁴³⁸ TC/VD du 13 novembre 2019, c. 3.2, *in* : JAR 2020 662.

⁴³⁹ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 5 *ad* art. 337c CO ; GLOOR, N 20 *ad* art. 336c CO.

⁴⁴⁰ TF 4C.246/2005 du 12 octobre 2005, c. 6.1.

⁴⁴¹ ATF 96 II 52, c. 3 ; TF 4A_362/2015 du 1^{er} décembre 2015, c. 5.2.

⁴⁴² TF 4C.100/2001 du 12 juin 2001, c. 6d.

⁴⁴³ GLOOR, N 17 *ad* art. 337c CO.

b) Indemnité punitive et réparatrice

En plus des dommages-intérêts réglés à l'al. 1, l'al. 3 de l'art. 337c CO confère au travailleur la possibilité de réclamer le versement d'une indemnité supplémentaire. En effet, selon l'art. 337c al. 3 CO, en cas de licenciement immédiat injustifié, le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances ; elle ne peut toutefois dépasser le montant correspondant à six mois du salaire du travailleur.

L'indemnité est calculée sur le salaire gagné avant la résiliation du contrat, à savoir le salaire prévalant au moment du congé ou le mois précédent, voire un salaire moyen établi sur les six ou douze derniers mois ; il n'y a pas lieu de tenir compte du montant que le travailleur aurait gagné jusqu'à l'échéance ordinaire du contrat de travail⁴⁴⁴.

Malgré la formule potestative de la loi (« le juge peut »), la jurisprudence estime à juste titre que cette indemnité est en principe due⁴⁴⁵. Une éventuelle exception doit répondre à des circonstances particulières, qui ne dénotent aucune faute de l'employeur et qui ne lui sont pas non plus imputables pour d'autres raisons⁴⁴⁶.

Cette indemnité *sui generis* est de même nature et vise les mêmes buts que l'indemnité instaurée par l'art. 336a CO en cas de congé abusif. Elle a donc une double finalité, à la fois punitive et réparatrice⁴⁴⁷. Elle ne consiste pas en des dommages-intérêts au sens classique, car elle est due même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage⁴⁴⁸. L'indemnité est fixée d'après la gravité de la faute de l'employeur, la mesure de l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur et la manière dont la résiliation a été annoncée ; d'autres critères tels que la durée des rapports de travail, l'âge du lésé, sa situation sociale ou une éventuelle faute concomitante du travailleur entrent aussi en considération⁴⁴⁹. Le juge tiendra compte également des effets économiques du licenciement, ce qui présuppose de prendre en considération aussi bien la situation économique de l'employeur que celle de l'employé⁴⁵⁰. Le fait que l'employé perçoive un salaire confortable ou un très haut revenu n'implique pas en soi une réduction de

⁴⁴⁴ TF 4A_234/2015 du 5 août 2015, c. 3.2.

⁴⁴⁵ ATF 133 III 657, c. 3.2.

⁴⁴⁶ ATF 116 II 300, c. 5a ; TF 4A_431/2017 du 2 mai 2018, c. 6.

⁴⁴⁷ Cf. *supra*, p. 41.

⁴⁴⁸ ATF 135 III 405, c. 3.1.

⁴⁴⁹ ATF 121 III 64, c. 3b-c ; TF 4A_604/2019 du 30 avril 2020, c. 8 ; TF 4C.135/2013 du 6 juin 2013, c. 3.2.

⁴⁵⁰ ATF 123 III 391, c. 3b/aa ; TF 4A_255/2020 du 25 août 2020, c. 3.3.1.

l'indemnité⁴⁵¹. En ce qui concerne l'attitude de l'employeur, il s'agit d'observer si celui-ci a permis à l'employé de s'exprimer sur les motifs ayant conduit au licenciement ou si, ayant connaissance de querelles au sein de l'entreprise, il a pris diverses mesures pour protéger la personnalité de ses employés⁴⁵².

Cette indemnité ne constitue pas un salaire. A ce titre, elle échappe au prélèvement des cotisations sociales⁴⁵³ et elle se prescrit à l'échéance d'un délai de dix ans (*cf.* art. 127 CO)⁴⁵⁴. Les intérêts sont dus dès la date du licenciement⁴⁵⁵.

En principe, l'indemnité de l'art. 337c al. 3 CO couvre le tort moral subi par le travailleur. Le cumul de cette indemnité punitive et réparatrice avec une indemnité pour tort moral n'est envisageable que de manière restrictive, aux mêmes conditions qu'en cas de congé abusif⁴⁵⁶. Il faut donc que l'atteinte à la personnalité du travailleur soit à ce point grave qu'un montant correspondant à six mois de salaire ne suffirait pas à la réparer⁴⁵⁷. Plus généralement, l'art. 337c CO règle exhaustivement, sous l'angle contractuel, les conséquences pécuniaires d'un licenciement immédiat injustifié. S'il invoque un dommage supplémentaire tel qu'un gain manqué après l'échéance ordinaire du contrat, le travailleur doit démontrer soit une atteinte aux droits de la personnalité allant au-delà de celle inhérente au caractère injustifié du licenciement, soit la violation d'une obligation contractuelle autre que celle découlant de l'art. 328 CO⁴⁵⁸.

D. Délimitations

Il existe de nombreuses connections entre les trois formes de protection contre le licenciement que nous avons examinées. Il convient de procéder à des délimitations, dans l'ordre suivant : licenciement immédiat et licenciement abusif (**sous-section 1**), licenciement immédiat et licenciement en temps inopportun (**sous-section 2**), et enfin, licenciement abusif et licenciement en temps inopportun (**sous-section 3**).

⁴⁵¹ TF 4A_173/2018 du 29 janvier 2019, c. 5.3.1. Pour un commentaire de cet arrêt, *cf.* LAM YANN, L'article 337c al. 3 CO et les très hauts revenus, *in* : Newsletter DroitDuTravail.ch du mois de mai 2019.

⁴⁵² TF 4A_173/2018 du 29 janvier 2019, c. 5.1.

⁴⁵³ ATF 123 V 5 ; TF 4C.155/2005 du 6 juillet 2005, c. 5.2.1.

⁴⁵⁴ GLOOR, N 26 et 28 *ad* art. 337c CO.

⁴⁵⁵ WYLER/HEINZER, p. 768.

⁴⁵⁶ *Cf. supra*, pp. 42 s.

⁴⁵⁷ TF 4A_218/2012 du 24 juillet 2012, c. 2.3.

⁴⁵⁸ ATF 135 III 405, c. 3.1-2.

1. Licenciement immédiat et licenciement abusif

Un licenciement immédiat peut être injustifié et présenter dans le même temps un caractère abusif. Par exemple, un employeur licencie avec effet immédiat un travailleur parce qu'il vient d'apprendre que ce dernier est membre du parti écologiste. Ce licenciement est injustifié (car il ne repose pas sur un juste motif) et abusif (parce qu'il repose sur un motif qui n'est pas digne de protection, prohibé par l'art. 336 al. 1 let. a et let. b CO).

Il est admis qu'un tel cas doit être traité sous l'angle du congé immédiat injustifié. Il faut dire que le licenciement abusif, au sens de l'art. 336 CO, ne se comprend que dans une résiliation ordinaire, qui respecte le délai légal ou contractuel de la résiliation⁴⁵⁹. D'ailleurs, la loi prévoit l'obligation pour la victime d'un congé abusif de faire opposition au congé par écrit au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé (art. 336b al. 1 CO), ce qui est impossible en cas de licenciement immédiat, lequel repose sur l'absence de délai de résiliation.

Ainsi, lorsqu'un congé injustifié présente également les caractères d'un congé abusif, il n'y a pas de cumul possible entre l'indemnité pour congé abusif (art. 336a CO) et l'indemnité pour licenciement immédiat injustifié (art. 337c al. 3 CO)⁴⁶⁰. Le juge n'allouera qu'une seule indemnité, fondée sur l'art. 337c al. 3 CO⁴⁶¹. Il en va de même lorsque le licenciement immédiat injustifié est précédé d'un licenciement ordinaire abusif⁴⁶². Le juge pourra toutefois prendre en considération l'éventuel caractère abusif du congé au nombre de « toutes les circonstances » dont il doit tenir compte pour fixer l'indemnité *sui generis* prévue à l'art. 337c al. 3 CO⁴⁶³.

2. Licenciement immédiat et licenciement en temps inopportun

Un licenciement immédiat peut être notifié pendant une période de protection au sens de l'art. 336c al. 1 CO. Par exemple, un employeur licencie avec effet immédiat un travailleur qui est incapable de travailler en raison d'une maladie, parce qu'il croit à tort que celui-ci a volé des matériaux de l'entreprise. Ce congé est injustifié (car il ne repose pas sur un juste motif) et donné en temps inopportun (car notifié pendant une période de protection au sens de l'art. 336c al. 1 let. b CO).

Le congé immédiat notifiée durant une période de protection n'est pas nul, car les parties peuvent résilier le contrat de travail avec effet immédiat « en tout temps » (art. 337 al. 1

⁴⁵⁹ WYLER/HEINZER, p. 834.

⁴⁶⁰ TF 4C.431/2005 du 31 janvier 2006, c. 5.

⁴⁶¹ ATF 121 III 64, c. 2a.

⁴⁶² ATF 121 III 64, c. 2b.

⁴⁶³ ATF 121 III 64, c. 2b ; TF 4C.177/2000 du 24 avril 2001, c. 4.

CO). Il est admis qu'il doit être exclusivement régi par les art. 337 ss CO, peu importe qu'il s'avère en définitive tardif ou injustifié⁴⁶⁴. Dans une telle hypothèse, il appartient toutefois au juge de se montrer vigilant lors de l'appréciation de l'existence de justes motifs, car l'art. 337 CO ne saurait être utilisé par l'employeur comme un prétexte pour détourner la rigueur des règles protectrices posées en matière de licenciement ordinaire⁴⁶⁵.

Lorsque le licenciement immédiat se révèle injustifié, l'employeur s'expose à de lourdes sanctions. Pour calculer le droit aux dommages-intérêts du travailleur, il s'agira de déterminer ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé (art. 337c al. 1 CO)⁴⁶⁶. Ainsi, les périodes de protection de l'art. 336c CO seront prises en compte, de même que l'obligation de l'employeur de payer le salaire durant cette période en application des art. 324a et 324b CO⁴⁶⁷.

3. Licenciement abusif et licenciement en temps inopportun

Nous rappellerons que la résiliation abusive est axée sur le motif du congé, alors que la résiliation en temps inopportun vise le moment où la résiliation intervient⁴⁶⁸. Ainsi, lorsqu'un employé est licencié pendant une période de service militaire, le congé est nul en vertu de l'art. 336c al. 1 let. a CO. En revanche, si l'employé est licencié en dehors d'une période de protection de l'art. 336c al. 1 CO, mais parce qu'il accomplit du service militaire, le congé est valable, mais abusif (art. 336 al. 1 let. e CO).

Un licenciement qui présente un caractère abusif peut être notifié pendant une période de protection. Par exemple, un employeur licencie un employé pendant qu'il effectue un cours de répétition, au motif qu'il n'apprécie guère les employés qui font du service militaire.

On considère généralement que si un licenciement tombe à la fois sous le coup de l'art. 336 CO et de l'art. 336c CO, les règles sur le congé en temps inopportun l'emportent, car la protection (nullité de la résiliation ou suspension du délai de congé) est plus adaptée à la situation d'un travailleur au bénéfice d'une des périodes de protection visées à l'art. 336c al. 1 CO⁴⁶⁹.

Il est toutefois possible de nuancer cet avis en reprenant l'exemple précédent. Si le congé a été notifié pendant une période de service militaire, il est nul (art. 336c al. 2, 1^{re} phrase CO). La protection contre le congé abusif nous semble pouvoir être écartée puisque le travailleur conserve son emploi. En revanche, si le congé a été notifié cinq semaines avant

⁴⁶⁴ TF 4A_372/2016 du février 2017, c. 5.4.

⁴⁶⁵ TF 4C.247/2006 du 27 octobre 2006, c. 2.1.

⁴⁶⁶ WYLER/HEINZER, p. 748.

⁴⁶⁷ TF 4C.413/2004 du 10 mars 2005, c. 2.4 ; WYLER/HEINZER, p. 853.

⁴⁶⁸ AUBRY GIRARDIN, N 7 *ad* art. 336 CO.

⁴⁶⁹ AUBRY GIRARDIN, N 7 *ad* art. 336 CO ; WYLER/HEINZER, p. 855.

le cours de répétition, il est valable, mais le délai de congé est suspendu, conformément aux prescriptions de l'art. 336c al. 1 let. a et al. 2, 2^e phrase CO. On peut se demander dans une telle hypothèse si les deux protections (congé abusif et congé donné en temps inopportun) ne doivent pas se cumuler⁴⁷⁰. En effet, les objectifs et les modalités des sanctions prévues aux art. 336a CO (indemnité punitive et réparatrice) et 336c al. 2 CO (octroi au travailleur d'un délai de congé complet afin qu'il puisse rechercher un nouvel emploi) sont clairement distincts⁴⁷¹.

IV. Conclusion

En droit privé, le législateur helvétique fait généralement preuve de sobriété, conscient du large pouvoir d'interprétation reconnu au juge (*cf.* art. 1 à 4 CC⁴⁷²). La jurisprudence peut ainsi adapter les règles générales aux évolutions et besoins de la société. Tel est le cas en matière de droit du travail, et particulièrement des dispositions sur la fin du contrat de travail (causes d'extinction et protections contre les congés). Nous avons relevé dans cette contribution que d'innombrables décisions des tribunaux ont contribué à façonner un régime juridique assez subtil et relativement équilibré.

Nous souhaitons, pour conclure, proposer quelques perspectives en matière de protection contre le licenciement. Il nous semble que l'aboutissement de la jurisprudence actuelle sur le congé abusif serait de reconnaître expressément que la partie qui résilie le contrat de travail doit pouvoir se fonder sur un motif légitime, qui est similaire au « motif justifié » de l'art. 336 al. 2 let. b CO. Par ailleurs, nous sommes d'avis que le droit international du travail devrait être mobilisé à l'avenir de manière accrue⁴⁷³ et nous estimons que les régimes du droit privé du travail et de la fonction publique sont appelés à converger⁴⁷⁴. Enfin, puisque des robots⁴⁷⁵ et des algorithmes⁴⁷⁶ sont utilisés pour notifier des licenciements aux travailleurs, il convient de nous demander si le droit suisse du travail est adapté aux défis de la révolution 4.0.

⁴⁷⁰ SUBILIA/DUC, N 54 *ad* art. 336 CO.

⁴⁷¹ SUBILIA/DUC, N 10 *ad* art. 336c CO.

⁴⁷² RS 210.

⁴⁷³ *Cf.* BERSET BIRCHER/MEIER, pp. 579 ss ; DUNAND, La portée, pp. 57 ss ; MAHON, pp. 105 ss.

⁴⁷⁴ Sur les convergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, *cf.* l'ouvrage édité par DUNAND/MAHON/PERRENOUD.

⁴⁷⁵ WILDHABER, pp. 212 s.

⁴⁷⁶ SCHWAAB, pp. 696 s.

Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur. Les commentaires d'arrêts sont uniquement cités dans les notes de bas de page.

- AUBERT GABRIEL, *ad art. 319 ss CO*, in : Thévenoz/Werro (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I*, Bâle 2012.
- AUBRY GIRARDIN FLORENCE, *ad art. 336c CO*, in : Dunand/Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013.
- BERSET BIRCHER VALÉRIE/MEIER ANNE, *L'impact du droit international en droit suisse du travail*, in : Wyler (édit.), *Panorama III en droit du travail*, Berne 2017, pp. 579-637.
- BONARD ALINE, *ad art. 335 et 335a CO*, in : Dunand/Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013.
- BRUCHEZ CHRISTIAN/MANGOLD PATRICK/SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, *Commentaire du contrat de travail*, 4^e éd., Lausanne 2019.
- BRUN POGGI STÉFANIE, *L'employeur privé doit-il entendre son employé avant de le licencier ?*, in : Wyler (édit.), *Panorama III en droit du travail*, Berne 2017, pp. 443-461.
- CARRON VINCENT, *ad art. 334 CO*, in : Dunand/Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013.
- CHANSON ESTELLE, *Le licenciement « pour motifs économiques » ou « pour défaut de caractère »*, in : Wyler (édit.), *Panorama II en droit du travail*, Berne 2012, pp. 67-84.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, *ad art. 336 à 336b CO*, in : Dunand/Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, *Quel est le délai maximal pour notifier un licenciement immédiat (art. 337 CO) ? Exercice du pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC)*, in : Wyler/Meier/Marchand (édit.), *Regards croisés sur le droit du travail : Liber Amicorum pour Gabriel Aubert*, Genève/Zurich/Bâle 2015, pp. 131-148 (cité : DUNAND, *Délai maximal*).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, *La portée du droit de l'Organisation internationale du travail dans l'ordre juridique suisse (1919-2019)*, in : Dunand/Mahon (édit.), *Les aspects internationaux du droit du travail*, Genève/Zurich/Bâle 2019, pp. 57-104 (cité : DUNAND, *Portée*).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/LEMPEN KARINE/PERDAEMS ELSA, *Droit du travail*, Bâle 2020.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL/PERRENOUD STÉPHANIE (édit.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique*, Genève/Zurich/Bâle 2016.
- FAVRE MOREILLON MARIANNE, *Les différents types de licenciements en droit du travail*, Bâle 2019.
- FULD STÉPHANIE, *L'obligation d'offrir ses services en cas de licenciement en temps inopportun*, in : Wyler (édit.), *Panorama II en droit du travail*, Berne 2012, pp. 131-151.
- GEISER THOMAS, *Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Ein Gespenst im Arbeitsvertragsrecht*, in : Müller/Rudolph/Schnyder/von Kaenel/Waas (édit.), *Festschrift für Wolfgang Portmann*, Zurich/Bâle/Genève 2020, pp. 191-202.

- GÉTAZ KUNZ VALENTINE, La suspension du délai de congé selon l'art. 336c alinéa 2 CO, *in* : Wyler (édit.), Panorama en droit du travail, Berne 2009, pp. 309-335.
- GLOOR WERNER, *ad* art. 337 à 338a CO, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.
- GLOOR WERNER, L'incapacité de travail « à géométrie variable », *in* : Wyler/Meier/Marchand (édit.), Regards croisés sur le droit du travail : *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert, Genève/Zurich/Bâle 2015, pp. 163-184 (cité : GLOOR, L'incapacité).
- HEINZER BORIS, *ad* art. 335b et 335c CO, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.
- MAHON PASCAL, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit du travail, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Les aspects internationaux du droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2019, pp. 105-128.
- MARKARIAN FRANÇOISE, La continuation des activités du travailleur après la déclaration de la faillite de l'employeur : dettes dans la masse ou dettes de la masse ?, *in* : Wyler (édit.), Panorama en droit du travail, Berne 2009, pp. 767-787.
- NOVIER MERCEDES, Le certificat médical dans les relations de travail, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Les certificats dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 75-138.
- PORTMANN WOLFGANG/WILDHABER ISABELLE, Schweizerisches Arbeitsrecht, Zurich/St-Gall 2020.
- SATTIVA SPRING CHRISTINE, Le licenciement abusif pour les motifs non énumérés à l'art. 336 CO, *in* : Wyler (édit.), Panorama en droit du travail, Berne 2009, pp. 275-307.
- SAVIOZ NICOLE CHRISTINE, L'employeur et l'assureur face à l'incapacité à géométrie variable, *in* : Wyler (édit.), Panorama III en droit du travail, Berne 2017, pp. 241-270.
- SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, Quand les algorithmes embauchent et licencient, *in* : Muller/Rudolph/Schnyder/von Kaenel/Waas (édit.), Festschrift für Wolfgang Portmann, Zurich/Bâle/Genève 2020, pp. 677-698.
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Zurich/Bâle/Genève 2012.
- SUBILIA OLIVIER/DUC JEAN-LOUIS, Droit du travail, Lausanne 2010.
- WILDHABER ISABELLE, Répercussions juridiques de la robotique et de l'intelligence artificielle sur le lieu de travail, *in* : Dunand/Mahon/Witzig (édit.), La révolution 4.0 au travail, Genève/Zurich/Bâle 2019, pp. 201-241.
- WITZIG AURÉLIEN, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018.
- WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 4^e éd., Berne 2019.