

Résiliation – Cas spéciaux

Rappels des principes, questions choisies et exemples



Thèmes du dossier

Gestion

Ressources humaines

Direction

Succès & carrière

Communication

Marketing & Vente

Finances

IT & Office

Avantages immédiats

Vous connaissez:

- les différents types de résiliation du contrat de travail.
- les pièges juridiques liés à différentes situations de résiliations.
- les dispositions juridiques applicables dans différentes situations qui vont de l'abandon d'emploi jusqu'au licenciement collectif en passant par le congé abusif.
- les périodes de protection et leurs pièges.

Vous pouvez:

- identifier les risques liés à toute résiliation du contrat de travail.
- calculer correctement les périodes de protection.
- réagir correctement en cas d'abandon d'emploi.
- résilier correctement un contrat d'apprentissage.

Auteurs



Pierre Matile, avocat à Cortaillod

Avant de créer son entreprise, CJE Sàrl, Avocats et Conseillers d'Entreprises, il a été Secrétaire général du département de l'économie publique du canton de Neuchâtel, puis Secrétaire patronal. Il jouit d'une grande expérience dans le conseil en droit du travail aux employeurs. Conseiller juridique d'associations professionnelles, il a été pendant plus de 20 ans Secrétaire de l'office cantonal neuchâtelois de conciliation en matière de conflits de travail. Il est coauteur d'un commentaire pratique des dispositions fédérales sur le travail temporaire édité dans une collection de l'Université de Neuchâtel, des Business Book suivants: «Egalité salariale», aspects pratiques et questions pratiques du principe d'égalité de traitement, «Résiliations: maîtriser les règles légales» exemples et conseils pratiques, «La rédaction des certificats de travail» astuces de formulation, modules de texte et réponses concrètes aux questions de la pratique, ainsi que des Business Dossiers suivants «Résiliation ordinaire», «Résiliation – Cas spéciaux», «Communication de la résiliation», «Mettre en œuvre le télétravail dans l'entreprise», «Le Certificat médical en 43 questions, Aspects pratiques, juridiques et conseil d'experts», «Les contrats de travail atypiques», «Les absences en droit du travail» et «Protection des données et droit du travail». Il est chargé de cours à la Haute Ecole ARC, donne des conférences au sujet du droit du travail et rédige des articles pour des revues spécialisées.



Nathalie Berger, avocate à Cortaillod

Après une expérience de quelques années dans une assurance de protection juridique, elle travaille depuis 2014 pour CJE Sàrl, Avocats et Conseillers d'Entreprises. Dans ses domaines de prédilection que sont le droit du travail, le droit des assurances sociales ainsi que le droit des contrats, elle se charge tant de conseiller les clients que d'assurer leur défense devant les Tribunaux. Il est coauteur des Business Book suivants: «Egalité salariale», aspects pratiques et questions pratiques du principe d'égalité de traitement, «Résiliations: maîtriser les règles légales» exemples et conseils pratiques, «La rédaction des certificats de travail» astuces de formulation, modules de texte et réponses concrètes aux questions de la pratique, ainsi que des Business Dossiers suivants «Résiliation ordinaire», «Résiliation – Cas spéciaux», «Communication de la résiliation», «Mettre en œuvre le télétravail dans l'entreprise», «Le Certificat médical en 43 questions, Aspects pratiques, juridiques et conseil d'experts», «Les contrats de travail atypiques», «Les absences en droit du travail» et «Protection des données et droit du travail». Nathalie Berger est également chargée de cours à la Haute Ecole ARC et rédige divers articles pour des revues spécialisées.

CJE Sàrl
Courtils 1
2016 Cortaillod
Tél. +41 32 846 23 88



Impressum

WEKA Business Dossier

Résiliation – Cas spéciaux

Composition: Peter Jäggi
Révision: WEKA Business Media SA

WEKA Business Media SA
Hermetschloostrasse 77
Case postale
8010 Zurich
Tél. 044 434 88 35
Fax 044 434 89 99
info@weka.ch
www.weka.ch

Date de parution: 2023

VLB – Reprise du titre dans le répertoire des œuvres disponibles

ISBN: 978-3-297-12218-1

© WEKA Business Media SA, Zurich

Tous droits réservés. Toute reproduction complète ou partielle uniquement avec l'autorisation de l'éditeur.

Table des matières

Résiliation – Cas spéciaux – Rappels des principes, questions choisies et exemples

I.	Le congé abusif	5
1.	Rappel des principes.....	5
2.	Les motifs abusifs de congé.....	5
2.1	Généralités.....	5
2.2	Le congé discriminatoire (art. 336 al. 1 let. a CO).....	6
2.3	L'exercice d'un droit constitutionnel.....	9
2.4	La prévention de la naissance de prétentions juridiques.....	10
2.5	L'exercice de prétentions découlant du contrat de travail.....	10
2.6	L'accomplissement d'un service ou d'une obligation légale.....	12
2.7	Appartenance à une organisation de travailleurs et activité syndicale.....	13
3.	L'opposition au congé.....	14
3.1	Généralités.....	14
3.2	Délai d'action.....	15
3.3	La preuve du licenciement abusif.....	15
3.4	Conséquences d'un congé abusif.....	15
4.	Protection contre les congés selon la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes.....	17
4.1	Remarques introductives.....	17
4.2	Discrimination à l'embauche.....	17
4.3	Discrimination dans la résiliation du contrat.....	19
5.	La pluralité de motif.....	20
II.	Les périodes de protection – résiliation en temps inopportun	21
1.	Informations générales.....	21
1.2	Le congé paternité et le congé de prise en charge d'un proche – pas de protection contre les congés.....	22
2.	Le service militaire.....	23
2.1	Notion de service militaire obligatoire, de protection civile et de service civil.....	23
2.2	La protection instaurée par l'art. 336c CO.....	23
2.3	Validité du congé en cas de services militaire, service civil ou de protection civile.....	23
3.	La grossesse et l'accouchement.....	24
4.	Le congé de prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé.....	27
4.1	Principe.....	27
4.2	Qui bénéficie du congé de prise en charge?.....	27
4.3	Quand un enfant est-il considéré comme gravement atteint dans sa santé.....	27
4.4	Délai-cadre et protection contre le licenciement.....	28
5.	L'accident et la maladie.....	28
5.1	Principe.....	28

5.2	Conditions pour bénéficier de la protection contre les congés en cas d'incapacité de travail	30
5.3	Changement d'année de service pendant une période de protection	33
6.	La protection contre les congés selon l'art. 10 LEg.....	34
7.	Conséquence d'un congé donné pendant une période de protection.....	34
8.	La résiliation donnée avant une période de protection.....	34
9.	Cumul de plusieurs période de protection/incapacité de travail.....	35
10.	Validité du congé signifié durant une période de vacances	36
11.	Quid de l'incapacité limitée à la place de travail?	36
12.	Cas dans lesquels l'art. 336c CO ne trouve pas application.....	37
III.	L'abandon d'emploi	38
1.	Quand y a-t-il abandon d'emploi?	38
2.	Conséquence d'un abandon d'emploi	39
3.	Marche à suivre par l'employeur en cas d'abandon d'emploi	39
4.	Sanctions.....	39
5.	Exemples pratiques.....	40
IV.	Licenciement collectif	41
1.	Principe	41
2.	Conditions posées par le Code des obligations	41
2.1	Délai de 30 jours	41
2.2	Motifs non inhérents à la personne du travailleur	41
2.3	Emplois habituels.....	42
2.4	Au moins 10 licenciements si l'établissement emploie entre 21 et 99 collaborateurs	42
2.5	Congés donnés par l'employeur	43
2.6	Obligation de négocier un plan social.....	43
V.	Résiliation des contrats de durée déterminée	46
1.	Rappel	46
2.	Exemples pratiques.....	46
2.1	La résiliation du contrat d'apprentissage.....	46
2.2	Conséquence de la résiliation du contrat d'apprentissage	47
2.3	Marche à suivre par l'employeur en cas de résiliation du contrat d'apprentissage	47
2.4	Exemples pratiques.....	48
3.	La résiliation des contrats de travail temporaire	49

I. Le congé abusif

1. Rappel des principes

Le droit suisse connaît le principe de la liberté de résiliation. Cela signifie qu'un contrat de travail peut être résilié par les deux parties sans motif particulier. La liberté de résiliation n'est toutefois pas absolue dans la mesure où la loi limite le droit de l'employeur de résilier le contrat pour certains motifs. Cette liberté est ainsi limitée par l'interdiction de résilier le contrat pour des motifs abusifs.

Exemple pratiques



L'employeur décide d'externaliser son département de comptabilité. Pour ce motif, il se sépare de son comptable, le poste n'étant pas repourvu. Le congé n'est pas abusif et ne peut donc pas être valablement contesté par le collaborateur. L'employeur dispose du droit de résilier le contrat même sans motifs.

2. Les motifs abusifs de congé

2.1 Généralités

Aux termes de l'art. 336 CO,

1. *Le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie:*
 - a. *pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise;*
 - b. *en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel, à moins que l'exercice de ce droit ne viole une obligation résultant du contrat de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise;*
 - c. *seulement afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie, résultant du contrat de travail;*
 - d. *parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail;*
 - e. *parce que l'autre partie accomplit un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, ou un service civil, en vertu de la législation fédérale, ou parce qu'elle accomplit une obligation légale lui incombant sans qu'elle ait demandé de l'assumer.*
2. *Est également abusif le congé donné par l'employeur:*
 - a. *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;*
 - b. *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.*

c. sans respecter la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs (art. 335f).

3. Dans les cas prévus à l'al. 2, let. b, la protection du représentant des travailleurs dont le mandat a pris fin en raison d'un transfert des rapports de travail (art. 333) est maintenue jusqu'au moment où ce mandat aurait expiré si le transfert n'avait pas eu lieu.»

Il convient de préciser que la liste de l'art. 336 CO n'est pas exhaustive. En effet, cette disposition n'exclut pas l'application de l'art. 2 al. 2 CC qui réprime l'abus manifeste d'un droit.

Ainsi, l'abus de la résiliation peut découler des motifs du congé, mais également de la manière dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit.¹ La jurisprudence admet ainsi que la partie qui résilie ne peut en particulier pas jouer un double jeu, en contrevenant au principe de la bonne foi. Il faut toutefois que la gravité soit comparable aux cas mentionnés expressément à l'art. 336 CO. A titre exemplatif, la jurisprudence considère que le fait d'avoir affirmé au collaborateur qu'il ne serait pas licencié et de lui notifier son congé quelques jours plus tard est un comportement incorrect mais qui ne rend pas à lui seul le congé abusif.² L'abus au sens de l'art. 2 CC peut résulter notamment d'une disproportion évidente entre les intérêts en présence, mais également de l'exercice d'un droit contrairement à son but. Dans l'ATF 131 III 535, le Tribunal fédéral a considéré que le licenciement d'un cadre à qui aucun reproche ne peut être formulé, signifié dans le seul but de sauvegarder l'image de l'employeur, était abusif au sens de l'art. 336 CO et 2 CC.

Les dispositions des art. 336 à 336b CO sont applicables uniquement aux contrats de durée indéterminée qui prennent fin par une résiliation ordinaire. Cette protection est également applicable durant le temps d'essai.³

2.2 Le congé discriminatoire (art. 336 al. 1 let. a CO)

Le congé donné pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie sans lien avec le rapport de travail est abusive.

Constituent des motifs inhérents à la personnalité du travailleur les motifs tels que:

- Le sexe de l'autre partie: étant précisé que cette règle est reprise dans la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg).
- La grossesse;
- La race;
- La maladie: à ce sujet, il faut préciser que si la maladie atteint la capacité de travail, ce qui est bien souvent le cas, et que la période de protection de l'art. 336c CO est dépassée, la résiliation ne sera pas abusive. Fait bien évidemment exception le cas où l'incapacité de travail est causée par l'employeur. On peut par exemple songer à une incapacité de travail liée à un mobbing sur le lieu de travail. Dans ce cas, et dans la mesure où l'employeur est tenu de protéger la santé des collaborateurs, une résiliation donnée pour cette raison serait abusive.⁴ En revanche, la résiliation du contrat en raison d'une maladie telle que le sida pourrait être abusive si elle n'entraîne aucune incapacité de travail et qu'elle ne crée aucun danger dans l'exécution du travail.⁵

1 ATF 128 III 70

2 Arrêt 4C.234/2001 du 10 décembre 2001 consid. 3b non publié à l'ATF 128 III 129

3 WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^e édition, 2014, p. 630

4 ATF 125 III 70 consid. 2a

5 WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^e édition, 2014, p. 630

Dans un arrêt 4A_390/2021 du 1^{er} février 2022, le Tribunal fédéral rappelle qu'une fois le délai de protection contre les congés donnés en temps inopportun écoulé, il est admissible pour l'employeur de licencier le travailleur en raison d'une maladie entravant le rendement de celui-ci. Dans cette affaire, la collaboratrice licenciée se trouvait en incapacité de travail de longue durée et à 10 mois de l'âge légal de la retraite.

- Les antécédents judiciaires: ils sont considérés comme des raisons inhérentes à la personnalité du travailleur. S'ils sont sans lien avec les rapports de travail et ne sont pas susceptibles de porter préjudice à l'employeur, une résiliation pour ce motif pourrait être abusive.
- L'homosexualité;
- La nationalité.

Cas pratique – Arrêt 4C.431/2005



Y. SA est une société active sur le marché des espaces publicitaires dans la presse. Elle a engagé X en qualité de conseiller à la clientèle au service de sa succursale de Fribourg.

Le 10 septembre 2003, X a été reconnu coupable d'actes d'ordre sexuels avec des enfants et condamné à une peine d'emprisonnement avec sursis. Les débats s'étaient tenus à huis clos. Un article sur cette affaire a été relaté par la presse le lendemain. Le directeur de la succursale a usé de ses contacts avec la presse pour connaître l'identité du coupable et a ainsi appris qu'il s'agissait de X. Y. SA a licencié X avec effet immédiat le 16 septembre 2003.

Le Tribunal fédéral rappelle dans cet arrêt que les antécédents pénaux d'un travailleur, de même que sa mise en prévention ou son inculpation dans une cause pénale, sont des éléments de sa personnalité; ils peuvent cependant, selon les circonstances, avoir un lien avec le rapport de travail ou perturber gravement le travail dans l'entreprise, de sorte que, dans ces hypothèses, le licenciement échappe à l'interdit de résilier le contrat pour une raison inhérente à la personnalité (consid. 2.2).

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a estimé que les infractions commises n'avaient aucun rapport, même lointain, avec l'activité exercée pour Y. SA et ne constituaient pas, en elles-mêmes, un manquement aux devoirs contractuels à respecter. En outre, ce fait n'était pas de nature à causer un préjudice grave à l'accomplissement du travail dans l'entreprise de la défenderesse.

A noter que la solution aurait sans nul doute été fort différente si le collaborateur était amené à travailler avec des enfants, par exemple en qualité d'enseignant ou d'éducateur spécialisé.

- L'âge: il s'agit d'un élément inhérent à la personnalité du travailleur. Licencier un collaborateur en raison de son âge est ainsi abusif si l'âge ne porte pas atteinte à la capacité de travail du collaborateur. Dans un arrêt 4A_384/2014, le Tribunal fédéral a renforcé la protection des travailleurs âgés.