

Thomas Wachter

WEKA

Résiliations: maîtriser les règles légales

Exemples et conseils pratiques



Un problème? Pas de problème!

CIP-Notice abrégée de la deutsche Bibliothek

Résiliations: maîtriser les règles légales

Auteurs: Thomas Wachter

Direction de Projet: Birgitt Bernhard-Postma

WEKA Business Media AG, Suisse

© WEKA Business Media AG, Zurich, 2023

Sous réserve de droits d'édition. La reproduction totale ou partielle des contenus est interdite

Les définitions, recommandations et informations juridiques émises dans le cadre de cet ouvrage reflètent le point de vue des auteurs. Bien que la rédaction de la maison d'édition accorde le plus grand soin à l'exactitude des données que le lecteur peut consulter dans cet ouvrage, des erreurs ne sont jamais exclues. La maison d'édition et ses auteurs ne peuvent en aucune façon être rendus responsables des dommages quelconques pouvant résulter de l'utilisation de données erronées dans cet ouvrage.

WEKA Business Media AG

Hermetschloostrasse 77

CH-8048 Zurich

Téléphone 044 434 88 35

info@weka.ch

www.weka.ch

www. www.weka-library.ch/fr

Zurich • Kissing • Paris • Vienne

ISBN 978-3-297-22016-0

4^e édition 2023

Impression: CPI books GmbH Leck, Layout: Dimitri Gabriel, Composition: Peter Jäggi



Un problème? Pas de problème!

Table des matières

1.	Principes	5
1.1	Aperçu des dispositions de résiliation	7
1.1.1	Dispositions de résiliation	7
1.1.2	Délais de licenciement.....	8
1.1.3	Quand résilier et qu'est-ce qui est applicable?.....	8
2.	Résiliation à l'initiative de l'employé	13
2.1	Délai de résiliation	14
2.2	Confirmation de la résiliation.....	15
3.	Résiliation ordinaire	17
3.1	Délais de résiliation	18
3.2	Moment de la remise	24
3.3	Validité et prescriptions de forme.....	26
3.4	Cas particuliers.....	28
4.	Résiliation avec effet immédiat	29
4.1	Principes.....	31
4.2	Avertissement	32
4.3	Dispositions détaillées.....	33
4.4	Justes motifs du côté de l'employeur	35
4.4.1	Prise de vacances sans concertation	35
4.4.2	Non-respect des directives	38
4.4.3	Fausse indications lors de l'engagement	38
4.4.4	Actes répréhensibles	39
4.4.5	Incapacité de travail sans faute.....	40
4.4.6	Prestation insuffisante de travail.....	41
4.4.7	Activité accessoire non autorisée	41
4.4.8	Atteinte à l'obligation de fidélité et de diligence	41
4.4.9	Résumé pratique	42
4.5	Justes motifs du côté de l'employé.....	43
4.6	Conséquences en cas de résiliation par l'employeur	44
4.6.1	Conséquences d'un licenciement avec effet immédiat justifié.....	44
4.6.2	Conséquences d'un licenciement avec effet immédiat injustifié.....	44
4.7	Conséquences en cas de résiliation par l'employé.....	47
5.	Délais de protection – Résiliation en temps inopportun	49
5.1	Principes.....	52
5.1.1	Protection en cas de service dans l'intérêt du pays	52
5.1.2	Protection en cas de maladie et d'accident.....	53
5.1.3	Protection en cas de grossesse et de maternité.....	55
5.1.4	Protection en cas d'actions utilitaires.....	55
5.2	Application des régimes	56
5.3	Conséquences du licenciement en temps inopportun et des délais de blocage.....	57
5.3.1	Vacances ou congés n'induisent pas de délais de blocage.....	57
5.3.2	Un licenciement pendant un délai de blocage est nul	57
5.3.3	Prolongation d'un délai de licenciement du délai de blocage	60

6.	Licenciement abusif	65
6.1	Que faire en cas de licenciement abusif?	67
6.1.1	Aptitude personnelle	68
6.1.2	Exercice des droits constitutionnels.....	69
6.1.3	Échec de prétentions découlant des rapports de travail	71
6.1.4	Prétentions découlant des rapports de travail	72
6.1.5	Services ou accomplissement d'obligations légales.....	75
6.1.6	Appartenance syndicale	76
6.1.7	Représentations élues des collaborateurs	77
6.1.8	Licenciements collectifs.....	78
6.1.9	Inobservation de l'exercice des droits de protection.....	78
6.1.10	Licenciement par pure commodité	82
6.1.11	Conflits et Mobbing	83
6.1.12	Licenciement abusif pendant la période d'essai	85
6.1.13	Interaction entre plusieurs motifs.....	86
6.2	Conséquences d'un licenciement abusif.....	86
6.2.1	Le licenciement est valable.....	86
6.2.2	Indemnisation	86
6.2.3	Opposition et plainte.....	87
7.	Congé modification	89
7.1	Quand un congé modification intervient-il?	91
7.1.1	Réduction de salaire.....	91
7.1.2	Changements de l'horaire de travail	91
7.1.3	Supprimer les privilèges	92
7.1.4	Changement en travail sur appel	92
7.1.5	Transmission d'entreprise.....	92
7.1.6	Changement des règlements.....	92
7.2	Admissibilité des congés modification	92
7.2.1	Consentement mutuel.....	94
7.2.2	Congé modification	94
7.2.3	Interdiction de renoncer	95
8.	Avertissement	97
8.1	Aucun avertissement n'est nécessaire avant un licenciement	98
8.2	Avertissement avant un licenciement avec effet immédiat	99
8.3	Dans quelles situations donner un avertissement?.....	99
8.4	Comment donner l'avertissement?.....	100
9.	Convention de résiliation	101
9.1	Quand une convention de résiliation est-elle valable?	102
9.1.1	But	102
9.1.2	Interdiction de renoncer	102
9.1.3	Validité des conventions.....	102
9.2	Conséquences d'une convention de résiliation.....	104
9.3	Contenu d'une convention de résiliation.....	105

10.	Libération	107
10.1	Libération – oui ou non?	108
10.2	Libération sans condition	109
10.3	Libération avec conditions.....	109
10.4	Poursuite de versement du salaire pendant la libération	110
10.5	Libération et congés.....	111
10.6	Libération et heures supplémentaires	112
10.7	Contenu d'une rupture conventionnelle avec libération.....	113
11.	Résiliation avant l'entrée en fonction	115
11.1	Résiliation des rapports de travail avant l'entrée en fonction	117
11.2	Résiliation par l'employeur avant l'entrée en fonction	117
11.3	Non-entrée en fonction	118
11.4	Résiliation par l'employé avant l'entrée en fonction	119
11.5	Annulation du contrat de travail par l'employeur pour cause de déclarations mensongères	119
12.	Résiliation durant la période d'essai	121
12.1	Rapports de travail à durée déterminée	122
12.2	Rapports de travail à durée indéterminée	122
12.3	Prescriptions légales.....	123
12.3.1	Généralités.....	123
12.3.2	Divergence par convention, CTT ou CCT.....	123
12.4	Prolongation de la période d'essai	124
12.4.1	Prolongation de la période d'essai en cas d'incapacité de travail	124
12.4.2	Durée de la réduction	124
12.4.3	Prolongation sur plus de trois mois?	124
12.5	Pas de protection contre le licenciement.....	125
12.6	Dispositions invariables.....	125
12.7	Possibilités de variation.....	125
12.8	Licenciement abusif.....	125
12.9	Justification du licenciement	125
12.10	Poursuite de versement du salaire.....	126
13.	L'abandon d'emploi	127
13.1	Avertissement?.....	128
13.2	Dommages-intérêts?	130
14.	Entretien de licenciement	131
14.1	Préparation de l'entretien de licenciement.....	133
14.2	Tenue de l'entretien de licenciement.....	135
14.2.1	Phase 1 – Formulation du licenciement.....	135
14.2.2	Phase 2 – Réaction émotionnelle	136
14.2.3	Phase 3 – Expression du soutien.....	136
14.2.4	Phase 4 – Concertation sur la suite de la procédure	137
15.	Départ	139
15.1	Administration lors du départ	142
15.1.1	Temps pour une recherche de poste	142
15.1.2	Prétentions financières.....	142

15.1.3	Obligations de restitution.....	145
15.1.4	Prêt et locaux loués.....	145
16.	Réduction de personnel.....	147
16.1	Licenciement collectif.....	148
16.1.1	Qu'est-ce qu'un licenciement collectif?.....	149
16.1.2	Prescriptions.....	150
17.	Questions – réponses fréquentes issues de la pratique professionnelle.....	153
17.1	Questions concernant les délais de licenciement/de blocage.....	154
17.2	Questions quant au moment de la résiliation.....	156
17.3	Questions concernant la résiliation avec effet immédiat.....	157
17.4	Questions concernant le cas particulier de la grossesse et du congé maternité?.....	158
17.5	Questions concernant le cas particulier du service militaire et de la retraite.....	162
18.	Modèles de textes, check-lists et aide-mémoires.....	163
18.1	Déroulement d'un licenciement ordinaire lié à l'exploitation (check-list).....	164
18.2	Mémento sur le congé abusif (Mémento).....	166
18.3	Mémento sur la résiliation avec effet immédiat (Mémento).....	167
18.4	Mémento sur la protection contre le licenciement et les délais de blocage (Mémento).....	168
18.5	Entretien de licenciement (fil rouge).....	169
18.6	Résiliation des rapports de travail (modèle de lettre).....	173
18.7	Avertissement écrit avec menace de licenciement (modèle de lettre).....	174
Éditeur et auteurs.....		175

1.

Principes

1.1	Aperçu des dispositions de résiliation	7
1.1.1	Dispositions de résiliation	7
1.1.2	Délais de licenciement	8
1.1.3	Quand résilier et qu'est-ce qui est applicable?	8

1. Principes

EN BREF

Trente articles du CO (10^e titre: le contrat de travail) concernent la résiliation des rapports de travail, dont dix-neuf font directement référence au licenciement. Dans ce contexte, le risque de faire des erreurs dont la résolution peut entraîner des frais élevés et des coûts consécutifs majeurs est grand.

Il convient donc de donner en premier lieu un rapide aperçu sur les dispositions.

La première question qui se pose est celle des délais de résiliation qui sont applicables. En général, il s'agit de 1 mois au cours de la 1^{re} année de service après la période d'essai, ensuite de 2 mois et de 3 mois à partir de la 10^e année de service. Des règlements divergents sont possibles. Souvent, les entreprises conviennent dans tous les rapports de travail que les délais de résiliation seront de trois mois et même encore plus en ce qui concerne les contrats des cadres.

Si un licenciement doit être prononcé, c'est au supérieur hiérarchique à qui revient l'obligation de gérer l'entretien de licenciement. Un exemple de la pratique présente, de manière structurée et compacte, comment le gérer avec succès.

En cas de licenciement, il faut veiller à ce que la résiliation ne survienne pas pendant ce que l'on appelle un délai de blocage par suite d'incapacité de travail, de service ou de grossesse respectivement de maternité. De tels licenciements sont nuls.

En outre, il ne faut pas licencier quelqu'un pour une raison qui soit considérée comme abusive. De telles raisons sont par exemple une caractéristique personnelle (sexe, âge, nationalité, religion, etc.) ou un refus de prétentions telles que la continuation de versement du salaire, l'indemnisation des heures supplémentaires ou des contributions supérieures aux assurances sociales. Un tel licenciement est certes valable, mais il déclenche une obligation d'indemnisation en cas de plainte.

Si l'entreprise et la collaboratrice ou le collaborateur sont d'accord pour ne pas respecter les conventions contractuelles ou les dispositions légales telles que le délai de résiliation par exemple, il est possible de conclure une convention de résiliation. N'ont de valeur devant les tribunaux que les conventions qui fournissent des avantages aux deux parties. Cela empêche que l'employeur exerce une pression sur les collaborateurs afin qu'ils signent une convention qui leur soit défavorable.

De très nombreux jugements de tribunaux concernent les licenciements avec effet immédiat. Faites attention car, ici, les exigences en termes de licenciement avec effet immédiat sont très élevées: la continuation des rapports de travail jusqu'à l'expiration du délai ordinaire de résiliation doit être déraisonnable. Si un licenciement avec effet immédiat est prononcé de manière abusive, le salaire est dû jusqu'à l'expiration du délai ordinaire de licenciement.

1.1 Aperçu des dispositions de résiliation

1.1.1 Dispositions de résiliation

Une question fréquente de la pratique

Les questions fréquentes de la pratique de la part des collaborateurs sont souvent similaires à celles-ci:

QUESTION



Je travaille depuis 5 ans à la réception dans une entreprise de notre village. Je dois également faire les décomptes des heures de travail. J'ai régulièrement des difficultés avec ma supérieure hiérarchique. Elle se plaint de petites choses dans mon travail, par exemple qu'un décompte des heures de travail ne correspond pas ou qu'un client a dû attendre quelques instants. Il y a un an, j'ai dû reprendre encore un travail supplémentaire: saisir des données. Lorsque j'ai réclamé, on m'a ignorée. Ces derniers temps, j'étais débordée et je n'ai pas pu respecter les délais imposés. Vendredi dernier, j'ai reçu mon licenciement. C'est vraiment un abus et du Mobbing. Quelles sont les possibilités qui me sont offertes pour me protéger contre le licenciement? Je n'ai même pas été avertie.

Réponse:

Le CO permet aux partenaires contractuels de résilier les rapports de travail. Dans ce contexte, il suffit par principe de respecter les délais de résiliation.

C'est seulement pendant ce que l'on appelle le délai de blocage que l'on ne peut pas résilier. Les délais de blocage sont applicables en cas d'incapacité de travail, de grossesse et de maternité ainsi qu'en cas de services. Pendant ces périodes, la résiliation est nulle.

Dans les autres cas, la résiliation est valable. Si la résiliation survient pour une raison abusive, cela déclenche une obligation d'indemnisation en cas de plainte. Sont par exemple abusifs, les licenciements lorsqu'ils sont prononcés dans les délais juste avant un séjour à l'hôpital afin de n'avoir pas besoin de verser la continuation de versement du salaire. Une telle raison n'existe pas dans le cas présent.

En dehors du Code des obligations, il faut également respecter les prescriptions de la loi sur l'égalité. Celle-ci interdit les licenciements discriminants du fait du genre.

La procédure dont il est fait état est délicate dans la mesure où le licenciement a touché la collaboratrice de manière visiblement imprévue. Lorsque cela est possible, il faut donner une chance aux collaborateurs de s'exprimer et/ou d'améliorer la prestation au travail critiquée ou le comportement. Mais cela n'est pas une obligation légale.

Dans de nombreuses conventions collectives de travail ou chez les employeurs de droit public, seuls quelques motifs déterminés de licenciement sont autorisés et/ou il existe des directives complémentaires sur la procédure avant que l'on ne puisse prononcer un licenciement. En font notamment partie le fait qu'une collaboratrice ou un collaborateur doit impérativement être entendu avant l'émission d'un licenciement et qu'un délai approprié soit accordé en vue d'améliorer la situation. Mais attention: même ici, le fait que les dispositions soient violées implique que le licenciement reste valable même si cela peut déclencher une obligation d'indemnisation.

Pour résumer, on doit constater que la procédure suivie par l'employeur respecte les dispositions légales. Cela ne veut pas dire que l'employeur a fait tout juste, mais simplement que nous ne voyons ici pratiquement aucune possibilité prometteuse de s'opposer au licenciement devant les tribunaux.

1.1.2 Délais de licenciement

En l'absence de convention contraire, les délais de licenciement sont ceux du Code des obligations. En cas de contrat de travail à durée indéterminée, ceux-ci sont de:

Pendant la période d'essai	7 jours pour chaque échéance
Ensuite au cours de la 1 ^{re} année de service	1 mois pour une fin de mois
A partir de la 2 ^e année de service	2 mois pour une fin de mois
A partir de la 10 ^e année de service	3 mois pour une fin de mois

Si d'autres délais ont été convenus, ceux-ci sont applicables. Des délais plus courts peuvent être convenus (sauf au cours de la 1^{re} année de service à moins que la convention collective de travail le régisse).

D'après le CO, la période d'essai est de 1 mois. Une période d'essai de trois mois au maximum peut également être convenue.

1.1.3 Quand résilier et qu'est-ce qui est applicable?

Collaborateurs

En général, ce sont les collaborateurs qui résilient. Les collaborateurs peuvent résilier pratiquement dans tous les cas et à n'importe quel moment.

En tant qu'employeur, vous avez le droit – tout comme les collaborateurs – de recevoir la résiliation dans les délais, à savoir avant la fin du mois. Dans le cas contraire, le délai de résiliation commence seulement à courir un mois plus tard.

Vous devez réfléchir soigneusement à la demande fréquente des collaborateurs de réduire le délai de résiliation.

EXEMPLE DE LA PRATIQUE



Monsieur Lexemple prend la vie du bon côté. Il voue la même attitude à son travail dans l'entreprise. Tout le monde est soulagé au moment où il donne sa démission. Mais le patron n'entre pas en matière par rapport à sa première idée d'être libéré immédiatement. Il propose alors de réduire le délai de résiliation d'un ou de deux mois «parce que je ne serai de toutes façons plus très performant». Cela semble parfaitement raisonnable, mais attention, il faut réfléchir aux conséquences: cela vous affaiblit dans l'avenir parce que chaque collaboratrice ou collaborateur aura ainsi la possibilité d'user des mêmes droits. Vous décidez ainsi de suivre la voie dure. Vous annoncez que vous escomptez toujours, même dans la période de résiliation, des prestations de premier rang et que vous ne tolérerez aucun errement. Vous avez clairement décidé de réagir par un avertissement en cas de mauvaises prestations et, dans le pire des cas, de procéder à un licenciement avec effet immédiat.

Il est recommandé de rédiger à chaque fois une confirmation de résiliation lorsque ce sont les collaborateurs qui démissionnent.

Parfois, les collaborateurs ne démissionnent même pas, ils ne viennent plus travailler ou ne respectent pas le délai de résiliation. Dans ce genre de cas, il faut faire ce qui suit: il faut d'abord exiger immédiatement du collaborateur qu'il se rende au travail, puis il faut suspendre le versement du salaire et enfin, il faut demander un remplacement du dommage.

Employeur

Les licenciements par l'employeur, que ce soit pour des motifs de capacité (réduction du personnel, manque de travail) ou de performance, sont possibles par principe sans que des motifs spécifiques ne doivent être invoqués. Il faut simplement respecter les délais.

Deux prescriptions du CO doivent être spécifiquement prises en compte dans ce contexte.

1. Les employeurs ne peuvent pas résilier pendant une incapacité de travail de l'employé, en tous cas pas aussi longtemps que ce que l'on appelle les délais de blocage sont encore valables. Sont considérés notamment ici comme incapacités de travail celles qui font suite à une maladie ou à un accident. Les délais de blocage s'appliquent également en cas de services (service militaire, protection civile et service civil) ainsi qu'en cas de grossesse et de maternité.

EXEMPLE DE LA PRATIQUE



Lorsqu'une collaboratrice annonce à son chef qu'elle est enceinte, celui-ci résilie immédiatement les rapports de travail en tenant compte d'un délai de résiliation de 2 mois. Un tel licenciement qui est prononcé pendant une période de blocage est sans valeur («nul»). Les rapports de travail se poursuivent comme si le licenciement n'avait jamais été prononcé.

Si, par contre, le licenciement a été prononcé avant le début du délai de blocage, il est valable. Par contre, le délai de licenciement se prolonge au maximum du délai de blocage.

EXEMPLE DE LA PRATIQUE



Un collaborateur au cours de sa 2^e année de service a été licencié pour la fin mars en respectant un délai de résiliation de deux mois. Le 1^{er} mars, il tombe malade et il est en incapacité de travail pendant 6 semaines, autrement dit jusqu'au 11 avril.

Disposition légale: le délai de licenciement se prolonge de la durée de l'incapacité de travail, mais au maximum du délai de blocage. Le délai de blocage au cours de la 2^e année de service est de 90 jours.

Dans cet exemple, le délai de résiliation se prolonge de 6 semaines jusqu'au 22 mai. Etant donné que la fin survient toujours pour une fin de mois, les rapports de travail se terminent à la fin mai.

Le collaborateur perçoit la continuation de versement du salaire pendant la maladie entre le 1^{er} mars et le 11 avril pendant la durée légale ou convenue. Selon l'échelle de Berne, la continuation de versement du salaire est de 4 semaines, autrement dit jusqu'au 28 mars. Ensuite, il ne perçoit plus de salaire. Le 12 avril, il reprend son travail et perçoit de nouveau son salaire, puis il travaille jusqu'à la fin mai.

2. Les employeurs ne peuvent pas licencier pour certaines raisons, par exemple pour éviter une continuation de versement du salaire pendant une période d'incapacité de travail ou parce que l'entreprise n'aime pas le sexe, la nationalité ou les opinions politiques d'une personne. Un tel licenciement est abusif.

EXEMPLE DE LA PRATIQUE



Vous pouvez également tomber dans ce travers par exemple en cas de réduction de personnel lorsque vous licenciez principalement des jeunes femmes «parce qu'elles seraient de toutes façons tombées enceintes un jour ou l'autre». Un tel comportement est discriminatoire et déclenche – en cas de plainte déposée dans les délais – une indemnisation. Les licenciements prononcés sont toutefois valables.

Dans ce contexte, le fait que le licenciement était «prononcé tel quel», que ce soient des membres d'organisations syndicales ou des femmes qui, sans réfléchir, perdent majoritairement leur travail ou que ce soient des collaborateurs qui avaient déposé des réclamations, n'a aucune importance.

Un avertissement n'est généralement pas prévu avant un licenciement. Toutefois, les avertissements peuvent aider dans de nombreux cas afin de montrer au collaborateur que la situation est sérieuse et qu'un éventuel licenciement devenu indispensable est en cours de préparation.

Les entretiens de résiliation sont désagréables pour les supérieurs hiérarchiques et ils sont pesants. Il ne faut pas tourner autour du pot, mais ouvrir l'entretien dès le départ en abordant le licenciement afin de disposer par la suite de suffisamment de temps pour traiter la réaction émotionnelle de la collaboratrice ou du collaborateur et, dans les cas optimaux, d'élaborer des perspectives.

EXEMPLES DE LA PRATIQUE



Le supérieur hiérarchique Legrand hésite depuis longtemps, mais c'est désormais décidé, il va licencier Madame Grand. Lors de l'entretien hebdomadaire, il critique plusieurs points dans la réalisation du travail. Vers la fin de l'entretien, il annonce finalement son intention: le licenciement. Au moment où la collaboratrice perd son sang-froid, il conclut sèchement l'entretien en indiquant qu'elle n'a désormais aucune chance de prendre position sous forme constructive. Elle n'a qu'à s'adresser au service du personnel.

Il en va autrement avec la supérieure hiérarchique Petit. Elle invite Monsieur Claude à un entretien d'une heure qu'elle ouvre en indiquant que, ces derniers temps, elle a dû subir de plus en plus de critiques de la part des clients. Elle indique que les réclamations se sont accumulées ces derniers temps. Après une discussion rapide des circonstances («Quelle est votre position?»), elle lui indique que l'entreprise souhaite se séparer de lui. Elle consacre le reste du temps à faire face aux réactions émotionnelles du collaborateur. «Je comprends que vous vous sentiez bousculé. Je pense que vous n'êtes pas vraiment à l'aise dans le suivi des clients. Vous savez que j'ai toujours apprécié vos qualités techniques. Je continue à le penser à l'heure actuelle. Comment voyez-vous les choses?». Pendant la suite de l'entretien, elle propose au collaborateur de faire un état des lieux en termes professionnels.

Par consentement mutuel

Il est fondamentalement possible de suspendre un contrat de travail par le biais d'une convention conclue entre l'employeur et l'employé. En cas de consentement, il n'est pas nécessaire de respecter les délais et aucune période de blocage n'est applicable. Le «point sensible» dans ce cas est que, en cas de dépôt de plainte, il faut que la convention de suspension ait été convenue dans l'intérêt mutuel et non pas qu'il s'agisse d'un renoncement unilatéral du collaborateur.

EXEMPLES DE LA PRATIQUE



Une collaboratrice souhaite entrer dans une nouvelle fonction dans 2 semaines. L'employeur est d'accord parce que la collaboration n'a pas évolué dans le sens où il le souhaitait. Une telle convention de suspension est possible (pour autant qu'elle ne contienne ni renonciation de salaire, ni de vacances, etc.). Si la collaboratrice est malade dans les 2 semaines, elle ne peut pas revendiquer le respect des délais de blocage.

Il en va autrement dans la situation suivante: un collaborateur atteint sur le plan psychique signe dans l'urgence une convention dans laquelle les rapports de travail sont résiliés à court terme. Il s'agit d'un renoncement non-protégé du collaborateur.