

WEKA Business Media SA



# Contrats pour responsables de PME

Tableau de bord pour conclure  
avec succès des contrats professionnels



*Un problème? Pas de problème!*

CIP-Notice abrégée de la deutsche Bibliothek

## Contrats pour responsables de PME

Direction de Projet: Birgitt Bernhard-Postma

WEKA Business Media AG, Suisse

© WEKA Business Media AG, Zurich, 2012

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 mentionnées dans cet ouvrage.

WEKA Business Media AG

Hermetschloostrasse 77, CH-8048 Zurich

Téléphone 044 434 88 88, Téléfax 044 434 89 99

[www.weka.ch](http://www.weka.ch)

Zurich • Kissing • Paris • Amsterdam • Vienne

---

ISBN 978-3-297-02057-9

1<sup>re</sup> édition 2012

Impression: Kösel GmbH & Co. KG, Layout: Dimitri Gabriel, Composition: Ivo Lüthi



*Un problème? Pas de problème!*

# Table des matières

## TRAVAIL

<b>I.</b>	<b>Contrat de travail</b> .....	7
1.	<b>Résumé</b> .....	9
2.	<b>Principes</b> .....	9
2.1	Formes possibles de contrats de travail.....	9
2.2	Règlement du personnel.....	10
2.3	Prescriptions légales de forme.....	11
2.4	Quand se trouve-t-on en présence d'un contrat de travail?.....	11
3.	<b>Réglementation du contrat de travail du droit privé</b> .....	12
3.1	Sources juridiques.....	12
3.2	Ordre de rang en cas de contradictions.....	13
4.	<b>Droit de directive de l'employeur</b> .....	15
4.1	Dispositions légales obligatoires.....	15
4.2	Conventions contractuelles.....	15
4.3	Sanction en cas de refus injustifié.....	16
5.	<b>Droits et obligations du travailleur</b> .....	16
5.1	Travail personnel.....	16
5.2	Devoirs de diligence et de fidélité.....	16
5.3	Obligation de s'en tenir aux instructions.....	19
5.4	Prohibition de faire concurrence.....	20
5.5	Devoir de rendre compte et de restitution.....	22
6.	<b>Droits et obligations de l'employeur</b> .....	23
6.1	Obligation de verser le salaire.....	23
6.2	Responsabilité de l'employeur.....	26
6.2.1	A l'égard du travailleur.....	26
6.2.2	A l'égard des tiers.....	28
6.3	Protection du travailleur.....	29
7.	<b>Temps de travail, heures supplémentaires et dépassement d'horaire</b> .....	30
7.1	Temps de travail.....	30
7.2	Heures supplémentaires.....	31
7.3	Dépassement d'horaire.....	33
8.	<b>Pauses, vacances et jours fériés</b> .....	35
8.1	Pauses.....	35
8.2	Vacances.....	36
8.2.1	Qui a quel droit aux vacances?.....	37
8.2.2	Vacances pour les salariés à temps partiel.....	39
8.2.3	Quand peut-on réduire le droit aux vacances?.....	39
8.2.4	Quand prendre ses vacances?.....	43
8.2.5	Est-ce que l'employeur doit verser le salaire pendant les vacances?.....	44
8.2.6	Est-ce que l'employeur peut payer les jours de vacances?.....	44

8.2.7	Fin des rapports de travail.....	46
8.3	Jours fériés.....	46
8.3.1	Prescriptions relatives au travail du dimanche.....	46
8.3.2	Jours fériés et travail à temps partiel.....	48
8.3.3	Jours fériés cantonaux.....	49
9.	<b>Variantes et commentaires relatifs au contrat de travail</b> .....	49
10.	<b>Modèle de contrat individuel de travail à durée indéterminée</b> .....	62
<b>II.</b>	<b>Contrat de freelance</b> .....	69
1.	Résumé.....	70
2.	Modèle de contrat de freelance.....	71
<b>III.</b>	<b>Contrat de mandat</b> .....	75
1.	Introduction.....	76
2.	Définition.....	76
3.	Caractéristiques.....	77
4.	Parties au contrat.....	77
5.	Conclusion du contrat.....	77
6.	Objet du contrat.....	78
7.	Pouvoir de représentation du mandataire.....	78
8.	Obligations du mandataire.....	79
8.1	Obligation de respecter les instructions reçues.....	79
8.2	Obligation de diligence/devoir de loyauté et de fidélité.....	79
8.3	Exécution personnelle du mandat.....	81
8.4	Devoir de rendre compte et de restituer.....	82
9.	Obligations du mandant.....	83
10.	Fin du contrat.....	84
11.	Effets de l'extinction du mandat.....	85
12.	Modèles.....	87
12.1	Check-liste contrat de mandat.....	87
12.2	Modèle de contrat de mandat simple.....	88

## INFRASTRUCTURE

<b>IV.</b>	<b>Contrat de bail pour locaux commerciaux</b> .....	93
1.	Dispositions spéciales du droit du bail pour locaux commerciaux.....	94
2.	Qu'est-ce qui caractérise les locaux commerciaux?.....	94
3.	Procédure en cas de retard de paiement.....	95
4.	Résiliation extraordinaire.....	96
5.	Droit de rétention.....	97

6.	<b>Sous-location des locaux commerciaux</b> .....	98
7.	<b>Modèles</b> .....	99
7.1	Modèle de contrat de bail commercial.....	99
7.2	Modèle de contrat de sous-location de bureaux.....	108
<b>V.</b>	<b>Contrats en informatique</b> .....	109
1.	<b>Introduction</b> .....	110
2.	<b>Définitions</b> .....	111
3.	<b>Caractéristiques</b> .....	112
4.	<b>Outsourcing informatique: Service-Level-Agreement</b> .....	112
5.	<b>Protection des données</b> .....	113
6.	<b>Modèle de contrats</b> .....	114
6.1	Modèle de contrat de licence standard pour un logiciel.....	114
6.2	Modèle de contrat de maintenance IT.....	118

## ACHAT/VENTE

<b>VI.</b>	<b>Contrat de vente</b> .....	121
1.	<b>Obligations résultant du contrat de vente</b> .....	122
2.	<b>Conclusion du contrat de vente</b> .....	122
3.	<b>Formes de vente</b> .....	122
4.	<b>Prix</b> .....	124
5.	<b>Frais de transport</b> .....	124
6.	<b>Transfert des profits et des risques</b> .....	125
7.	<b>Retard de livraison</b> .....	125
8.	<b>Garantie</b> .....	126
9.	<b>Obligations de l'acheteur</b> .....	127
10.	<b>Options en cas d'objet de vente défectueux</b> .....	127
11.	<b>Variantes et commentaires relatifs au contrat de vente</b> .....	128
12.	<b>Modèles de contrats</b> .....	138
12.1	Contrat de vente: check-liste.....	138
12.2	Modèle de contrat de vente détaillé.....	141
<b>VII.</b>	<b>Conditions générales des contrats</b> .....	147
1.	<b>Introduction</b> .....	148
2.	<b>Clarté érigée en principe</b> .....	148
3.	<b>Limitations de responsabilité</b> .....	150
4.	<b>Règles particulières</b> .....	150
5.	<b>CGC en droit international</b> .....	150

6.	<b>Modèles de conditions générales</b> .....	152
6.1	Modèle de conditions générales d'achat (CGA) / de vente (CGV) .....	152
6.2	Conditions générales d'une bourse de marchandises sur Internet.....	155

## DISTRIBUTION

<b>VIII.</b>	<b>Contrat de distribution exclusive</b> .....	157
1.	Définition.....	158
2.	Fonction économique .....	158
3.	Nature juridique et conclusion .....	159
4.	Contenu .....	159
4.1	Dispositions essentielles.....	160
4.2	Autres dispositions courantes .....	161
5.	Délimitation par rapport aux autres contrats de distribution .....	167
6.	Modèles de contrats .....	169
6.1	Modèle de contrat de distribution exclusive: contrat de base avec commentaires .....	169
<b>IX.</b>	<b>Contrat de franchise</b> .....	175
1.	Introduction .....	176
2.	Caractéristiques.....	176
3.	Nature juridique .....	176
4.	Conclusion du contrat.....	177
5.	Variantes et commentaires relatifs au contrat de franchise .....	177
6.	Fin du contrat .....	184
7.	Modèle de contrat.....	186
7.1	Modèle de contrat de franchise pour un système d'apprentissage.....	186
<b>X.</b>	<b>Contrat d'agence</b> .....	191
1.	Introduction .....	192
2.	Conclusion du contrat.....	193
3.	Droit à la provision .....	194
4.	Résiliation du contrat .....	195
5.	Modèle de contrat.....	196
5.1	Modèle de contrat d'agence de distribution exclusive en Suisse.....	196
<b>XI.</b>	<b>Déclaration d'intention</b> .....	201
1.	Introduction .....	202
2.	Éléments d'une déclaration d'intention .....	202
3.	Modèles de contrats .....	204
3.1	Déclaration d'intention: check-liste .....	204
3.2	Modèle de déclaration d'intention: letter of intent.....	205

## COLLABORATION AVEC DES TIERS

<b>XII.</b>	<b>Clauses de confidentialité</b> .....	209
1.	<b>Introduction</b> .....	210
2.	<b>Modèles de clauses</b> .....	212
2.1	Modèle de convention de confidentialité.....	212
2.2	Modèle de convention de confidentialité pour l'achat ou la vente d'une société.....	214
<b>XIII.</b>	<b>Contrat de collaboration</b> .....	217
1.	<b>Introduction</b> .....	218
2.	<b>Société simple</b> .....	218
2.1	Informations générales.....	218
2.2	Société simple ouverte.....	219
2.3	Société tacite.....	219
3.	<b>Création</b> .....	220
4.	<b>But</b> .....	220
5.	<b>Droits et obligations des associés</b> .....	220
5.1	<b>Obligation de faire des apports</b> .....	221
5.2	<b>Administration et interdiction de concurrence</b> .....	221
5.3	<b>Droits de contrôle</b> .....	221
6.	<b>Participation aux bénéfices et aux pertes</b> .....	222
6.1	Répartition du bénéfice.....	223
6.2	Répartition de la perte.....	223
7.	<b>Durée</b> .....	223
8.	<b>Fin des rapports contractuels</b> .....	224
9.	<b>Variantes et commentaires relatifs aux contrats de collaboration</b> .....	224
10.	<b>Modèle de contrat</b> .....	232
10.1	Contrat de collaboration entre deux sociétés de commerce.....	232

## FINANCES

<b>XIV.</b>	<b>Contrat de prêt</b> .....	237
1.	<b>Définition</b> .....	238
2.	<b>Caractéristiques</b> .....	238
3.	<b>Cas particuliers</b> .....	238
4.	<b>Conclusion du contrat</b> .....	239
5.	<b>Obligations des parties</b> .....	239
5.1	Les obligations du prêteur.....	239
5.2	Les obligations de l'emprunteur.....	240
6.	<b>Fin du contrat</b> .....	241

7.	<b>Contrat de prêt de longue durée</b> .....	242
8.	<b>Variantes et commentaires relatifs au contrat de prêt</b> .....	242
9.	<b>Modèle de contrat</b> .....	246
9.1	Modèle de contrat de prêt.....	246





# Contrat de travail

<b>1.</b>	<b>Résumé</b> .....	9
<b>2.</b>	<b>Principes</b> .....	9
2.1	Formes possibles de contrats de travail.....	9
2.2	Règlement du personnel .....	10
2.3	Prescriptions légales de forme .....	11
2.4	Quand se trouve-t-on en présence d'un contrat de travail? .....	11
<b>3.</b>	<b>Réglementation du contrat de travail du droit privé</b> .....	12
3.1	Sources juridiques .....	12
3.2	Ordre de rang en cas de contradictions.....	13
<b>4.</b>	<b>Droit de directive de l'employeur</b> .....	15
4.1	Dispositions légales obligatoires.....	15
4.2	Conventions contractuelles .....	15
4.3	Sanction en cas de refus injustifié .....	16
<b>5.</b>	<b>Droits et obligations du travailleur</b> .....	16
5.1	Travail personnel .....	16
5.2	Devoirs de diligence et de fidélité .....	16
5.3	Obligation de s'en tenir aux instructions.....	19
5.4	Prohibition de faire concurrence .....	20
5.5	Devoir de rendre compte et de restitution.....	22
<b>6.</b>	<b>Droits et obligations de l'employeur</b> .....	23
6.1	Obligation de verser le salaire.....	23
6.2	Responsabilité de l'employeur .....	26
6.2.1	A l'égard du travailleur .....	26
6.2.2	A l'égard des tiers .....	28
6.3	Protection du travailleur.....	29

<b>7.</b>	<b>Temps de travail, heures supplémentaires et dépassement d'horaire....</b>	<b>30</b>
7.1	Temps de travail .....	30
7.2	Heures supplémentaires.....	31
7.3	Dépassement d'horaire .....	33
<b>8.</b>	<b>Pauses, vacances et jours fériés .....</b>	<b>35</b>
8.1	Pauses .....	35
8.2	Vacances .....	36
8.2.1	Qui a quel droit aux vacances? .....	37
8.2.2	Vacances pour les salariés à temps partiel .....	39
8.2.3	Quand peut-on réduire le droit aux vacances? .....	39
8.2.4	Quand prendre ses vacances? .....	43
8.2.5	Est-ce que l'employeur doit verser le salaire pendant les vacances?.....	44
8.2.6	Est-ce que l'employeur peut payer les jours de vacances? .....	44
8.2.7	Fin des rapports de travail.....	46
8.3	Jours fériés.....	46
8.3.1	Prescriptions relatives au travail du dimanche .....	46
8.3.2	Jours fériés et travail à temps partiel .....	48
8.3.3	Jours fériés cantonaux .....	49
<b>9.</b>	<b>Variantes et commentaires relatifs au contrat de travail.....</b>	<b>49</b>
<b>10.</b>	<b>Modèle de contrat individuel de travail à durée indéterminée.....</b>	<b>62</b>

## 1. Résumé

Figurent dans le contrat de travail l'ensemble des règles régissant les rapports de travail entre un employeur et un employé. Il existe ici une très grande liberté de conception pour autant que les dispositions légales minimales soient respectées.

Les questions qu'il faut régler, figurent dans ce chapitre. Un contrat de travail peut également être conclu oralement.

Les dispositions relatives au contrat de travail figurent aux articles 319 à 362 du Code des Obligations. Dans la mesure où cela ne découle pas de la loi, figurent aux articles 361 et 251 quelles sont les dispositions qui, dans les contrats de travail individuels, ne peuvent pas être changées ou seulement en faveur de l'employé.

## 2. Principes

### 2.1 Formes possibles de contrats de travail

La flexibilité dans les rapports de travail conduit à faire cohabiter toute une série de variantes. Nous n'aborderons ici que les questions essentielles. Des indications sur des questions de détails se trouvent dans les modèles individuels de contrats ainsi que dans le texte.

#### Questions de base

- *Contrat de travail ou mandat resp. prêt de personnel/travail temporaire*  
Une activité doit-elle être exécutée par l'entreprise elle-même ou sur mandat par une personne extérieure (Outsourcing, mandat, contrat d'entreprise)? Est-ce qu'il faut engager directement une collaboratrice ou un collaborateur ou faut-il passer par un intermédiaire (prêt de personnel, souvent décrit comme «personnel temporaire»)? Les conditions d'octroi d'un mandat à une personne indépendante sont-elles réunies?
- *A durée déterminée ou indéterminée*  
Une personne doit-elle être engagée avec un contrat à durée déterminée ou indéterminée?
- *Durable ou auxiliaire*  
Similaire à ci-dessus. Par auxiliaire, on entend en général un engagement de moins de trois mois, ce qui permet d'obtenir des simplifications contractuelles.
- *Fixe ou sur appel*  
Une personne doit-elle être engagée fixe pour une tâche donnée ou peut-on seulement prendre des arrangements contractuels pour un engagement sur la base d'appels?
- *A temps complet ou à temps partiel*  
La personne doit-elle travailler pendant l'horaire normal usuel dans l'entreprise ou moins?

- *Salaire mensuel ou salaire horaire*  
La personne doit-elle être rétribuée de manière fixe ou seulement selon les heures qui ont été faites? Par ailleurs, il existe encore toute une série de possibilités complémentaires de modes de rétribution.
- *Rapports de travail particuliers tels que apprentissage, stage, travail à domicile, voyageur de commerce*  
S'agit-il de rapports de travail pour lesquels des règles particulières doivent être respectées?
- *Base contractuelle*  
L'engagement dépend-il d'une convention collective de travail (CCT), d'un contrat-type de travail (CTT) ou existe-t-il un règlement du personnel?

## 2.2 Règlement du personnel

De nombreux éléments peuvent être intégrés dans un règlement en tant que dispositions générales. Il est notamment recommandé de régler les points suivants:

1. **Généralités** (domaine d'application, comportement général, obligation de discrétion, propriété commerciale, améliorations et mode de suggestions, inventions, obligation de loyauté, gains accessoires et occupation pendant les loisirs, cadeaux, changements dans la situation personnelle, retraite, protection des données, droit de recours)
2. **Durée du travail** (durée hebdomadaire du travail, jours fériés et jours chômés, travail à temps partiel, heures supplémentaires)
3. **Salaire**, allocations et remboursement des frais (détermination du revenu, versement, déductions, indemnisation des heures supplémentaires, décompte, renoncement à une cession ou à un nantissement des créances, continuation de versement du salaire en cas de décès, allocations pour enfants, allocations de fin d'année, jubilés de service, remboursement des frais, indemnités de départ/libération)
4. **Vacances** (droit aux vacances, réduction des vacances par suite d'absences, retrait des vacances, fermeture d'entreprise, maladie ou accident pendant les vacances)
5. **Service militaire**, protection civile (domaine d'application, prestations de salaire, obligation d'annonce, demande de dispense et de report)
6. **Maladie, accident** (obligation d'annonce, certificat médical, continuation de versement du salaire, vacances de repos prescrites médicalement, décompte des prestations de tiers, caisse maladie resp. assurance maladie, obligation d'assurance perte de salaire, assurance accident obligatoire, efficacité et durée de la protection d'assurance LAA)
7. **Congés payés et non payés** (congrés payés, congrés non payés, absences de courte durée, fonctions publiques)
8. Institutions de **prévoyance** (règlements, cotisations)

## 2.3 Prescriptions légales de forme

### Contrat de travail oral ou écrit possible

Le contrat de travail ne doit pas être forcément écrit pour être valable: il peut même être convenu par accord tacite. Toutefois, pour des raisons de sécurité juridique, la plupart des contrats sont conclus par écrit.

### Cas particuliers par écrit

Dans certains cas particuliers (par exemple apprentis, résidents de courte durée), **la loi prévoit la forme écrite**. En ce qui concerne le contrat des voyageurs de commerce, un contrat sous forme écrite est également prévu même si cela ne constitue pas une exigence de validité impérative. Dans le contrat de travail à domicile, il faut régler les conditions concrètes du contrat par écrit.

En dehors de ces formes de conclusion de contrat, la loi ne prévoit expressément la forme écrite que si les régimes qui vont être conclus en divergent ou si des conventions sont **expressément soumises à la forme écrite**. Cela concerne en particulier:

- les divergences dans le régime légal des heures supplémentaires
- les divergences (au moins de même valeur) dans le versement du salaire en cas d'empêchement de travailler de l'employé
- la forfaitisation du remboursement des frais
- les divergences dans la durée de la période d'essai
- les divergences dans les délais de licenciement
- l'interdiction de faire concurrence
- la clause d'invention

## 2.4 Quand se trouve-t-on en présence d'un contrat de travail?

Quelles sont les caractéristiques qui font penser à un contrat de travail? Quelles sont les limites par rapport à un mandat, à un contrat d'entreprise, à un contrat d'agence et à d'autres formes de contrat de travail?

La pratique des tribunaux a dégagé quelques caractéristiques principales en présence desquelles un contrat de travail existe au sens légal:

### a. dépendance de l'employeur

- d'un point de vue économique, personnel ou d'exploitation
- prestation de travail par rapport au temps et contre salaire
- soumis au respect de directives

### b. prétentions de l'employé

- droit aux vacances
- salaire en cas de maladie, d'accident, de service militaire, etc.

- cotisations sociales aux assurances sociales
- allocations familiales et pour enfants
- remboursement des frais, certificat

### c. engagements réciproques

- respect des délais légaux ou contractuels de résiliation

En présence de ces caractéristiques conceptuelles importantes – indices –, on a alors à faire à un contrat de travail. Toutefois, elles sont d'une importance variable. Ainsi, la rétribution peut être effectuée sous une autre forme qu'avec de l'argent, le contrat peut (de manière erronée) exclure les indemnités pour les vacances ou (de manière autorisée) supprimer les indemnités pour heures supplémentaires, encore que l'élément de la preuve ne doive jamais faire défaut.

### Adolescents: représentation légale

Qui est autorisé à signer un contrat de travail? Il existe ici une limitation, les adolescents de moins de 18 ans et les personnes sous tutelle ayant besoin du consentement oral ou écrit de leur représentant légal. L'accord tacite des parents ou du tuteur peut être considéré comme valable. Il faut toutefois respecter les dispositions protectrices de la loi sur le travail pour les adolescents.

## 3. La réglementation du contrat de travail du droit privé

### 3.1 Sources juridiques

Il est généralement connu que les dispositions les plus importantes relatives au contrat de travail se trouvent dans le Code des Obligations (CO). Mais quelle est la disposition particulière qui s'appliquera pour chaque cas individuel concret? La réponse à cette question est plus dure à trouver; le CO s'applique parfois directement, mais c'est parfois une disposition du règlement d'emploi ou du contrat de travail qui entre en vigueur.

Par conséquent, il est important de connaître la hiérarchie juridique qui se présente de la façon suivante:

- **Principes légaux**

Le CO comprend les principes légaux les plus importants relatifs au contrat de travail. Une partie des dispositions relève du droit impératif, une autre partie du droit dispositif; autrement dit, il est possible de déroger à ces dispositions dans le cadre d'une dispense subordonnée. A défaut d'un règlement contraire, les dispositions du CO s'appliquent.

Hormis le CO, un certain nombre de **lois** comportent des règlements relatifs aux rapports de travail: la Loi sur le travail, la Loi sur la protection des données, la Loi sur l'égalité, les différentes lois relatives aux assurances sociales, etc.

- **Convention collective de travail (CCT)**

Il existe une CCT dans de nombreux secteurs, acceptée par une partie des entreprises à titre facultatif et dotée dans certains cas d'une extension. Les CCT comprennent généralement des dispositions plus favorables aux employés que celles du CO. Une CCT ne doit pas déroger aux dispositions légales impératives. C'est uniquement dans certains cas individuels clairement définis que le CO stipule la possibilité de déterminer de dispositions moins favorables dans une CCT.

- **Règlement d'emploi**

Les règlements d'emploi, de personnel et d'entreprise comportent les dispositions applicables au niveau d'une entreprise. Ils sont subordonnés aux deux sources légales d'ordre supérieur, à moins que la CCT n'accepte une exception. Souvent, les dispositions relatives aux congés, aux préavis de résiliation, au maintien du salaire, aux assurances sociales, etc., sont stipulées par un règlement d'emploi; d'autres règlements tels que les règlements des horaires de travail, de l'utilisation d'Internet, de l'utilisation des véhicules de fonction ou de la protection de l'intégrité sexuelle étant édictés séparément.

- **Contrat individuel de travail (CIT)**

Le contrat de travail, dénomination la plus courante du contrat individuel de travail, stipule les droits et obligations concrets qui ont été convenus entre l'employeur et l'employé. Le contrat de travail règle par exemple la fonction et le salaire de l'employé. Les différents règlements d'emploi font généralement partie intégrante des conventions conclues entre les parties dans le cadre d'un contrat de travail.

- **Contrat-type de travail (CTT)**

Le CTT constitue une forme particulière. Il comporte par exemple des dispositions relatives à la conclusion, aux objets et à l'expiration des rapports de travail. Celles-ci s'appliquent lorsque le contrat individuel de travail ne stipule aucun règlement, ou qu'il n'existe aucun autre règlement à ce sujet. Les parties ont le droit de convenir d'autres règlements.

- **Instructions de l'employeur**

De nombreux aspects concrets du quotidien du travail peuvent être réglés par une instruction de l'employeur, au moins dans la mesure où cette instruction n'est pas contradictoire avec les dispositions d'ordre supérieur. L'employeur donne par exemple des instructions relatives à l'exécution du travail, à la conduite dans l'entreprise et aux règlements administratifs. Le droit qu'à l'employeur de donner des instructions est néanmoins limité, les sources légales d'ordre supérieur et les conventions du contrat de travail étant prioritaires.

### 3.2 Ordre de rangs en cas de contradictions

Sur le terrain, il arrive souvent que les solutions quant à un problème de droit du travail se retrouvent dans plusieurs règlements. Les différents constats ne sont pas toujours identiques; des stipulations contradictoires peuvent figurer dans différentes sources traitant du même sujet.

Dans ce cas, il est indispensable de savoir quels sont les règlements qui s'appliquent en premier, autrement dit, quel est l'ordre de priorité dans lequel les règlements contradictoires s'appliquent.

1. Au premier rang figurent systématiquement les **dispositions absolument impératives**. Aucune dérogation à ces règlements n'est admissible, même si les parties ont convenu d'une convention contraire. Les normes impératives figurent toujours dans le droit public (par ex., la LTr), mais le droit privé (par ex., le CO) comporte également des dispositions impératives. L'art. CO 361 liste l'intégralité des dispositions absolument impératives pour le domaine du droit du contrat de travail.
2. Lorsque la Loi comporte des **règlements minimum** relatifs à un problème, il n'est possible d'y déroger qu'en faveur de l'employé, et jamais en sa défaveur (principe dit de maintien des situations les plus favorables). Lorsque, par exemple, l'art 329a, al. 1 CO, évoque une durée de «congés minimum de quatre semaines» par année de service, il est admissible de convenir de cinq et non de trois semaines de congés dans le CIT. Ces normes qui stipulent des règlements minimum constituent un droit relativement impératif. Elles figurent dans l'art. 362 CO.
3. En cas d'absence complète de dispositions impératives de façon relative ou absolue, les **conventions contractuelles** s'appliquent. Dans ce cas, le principe de la liberté de contracter (cf. CO art. 19) prévaut, selon lequel l'objet d'un contrat peut être choisi à volonté, dans les limites imposées par les dispositions.
4. Lorsque les parties n'ont convenu de rien de particulier par rapport à un certain point, il faut recourir au **droit dispositif**. Le droit dispositif a un caractère complémentaire. Il est destiné à proposer une solution aux parties contractuelles lorsqu'elles n'ont pas convenu d'un accord par rapport à certains points du contrat, que ce soit consciemment ou par méconnaissance.
5. Les **règlements d'entreprise ou de personnel** comprennent souvent de multiples prescriptions, qui peuvent être déclarées par l'employeur comme faisant partie intégrante du contrat de travail. Dans ce cas, il faut veiller à ce que l'employé reçoive un exemplaire du règlement d'entreprise à temps, au plus tard avec le contrat de travail.

#### ASTUCE DE LA PRATIQUE



Lorsque l'employeur ne remet le règlement que plus tard (par exemple le premier jour de travail), l'employé n'a pas pu connaître les stipulations de celui-ci lors de la signature du contrat; le règlement n'a donc ainsi aucun caractère impératif pour lui. La signature d'un collaborateur confirmant la remise du règlement ne constitue pas une déclaration d'acceptation.



## 4. Droit de directive de l'employeur

### EN BREF

Découle finalement de l'obligation de l'employé le droit de directive de l'employeur. L'employé est contraint de donner suite aux directives spécifiques et aux indications générales qui lui sont faites. Dans des cas exceptionnels, celles-ci peuvent concerner un comportement en dehors des heures de service. Le **droit de directive** de l'employeur trouve ses limites dans les droits de respect de la personnalité et dans les conventions passées à l'intérieur du contrat de travail individuel. Les directives d'une portée générale figurent souvent dans les règlements d'entreprise. En ce qui concerne les entreprises industrielles, la publication de tels règlements d'entreprise est obligatoire; pour les entreprises non industrielles, elle est facultative.

### 4.1 Dispositions légales obligatoires

Les directives qui contreviennent aux dispositions légales obligatoires ne sont pas autorisées. En font notamment partie les directives illégales, impossibles ou immorales; également, celles qui violent les dispositions de protection de droit public découlant de la Loi sur le travail et de ses ordonnances (p. ex. le dépassement de la durée maximale du travail correspondante).

### 4.2 Conventions contractuelles

En outre, les directives peuvent être refusées si elles ne respectent pas les conditions générales convenues dans le contrat de travail ou le domaine de compétence indiqué de l'employé. Ainsi, par exemple, des changements soudains dans les horaires de travail ne sont pas autorisés lorsque les anciens horaires ont été fixés dans le contrat de travail. L'employé n'a pas à effectuer – sauf en cas de situation d'urgence d'exploitation – d'autres activités que celles qui sont convenues par contrat. C'est la raison pour laquelle le domaine d'activité convenu dans le contrat d'engagement décide si une secrétaire doit faire du café pour son supérieur hiérarchique ou si elle doit effectuer des achats privés pour son compte.

### EXEMPLE DE LA PRATIQUE

Dans le contrat relatif à la nécessité d'exploitation, les banques peuvent exiger de leurs employés au guichet des prescriptions spécifiques en matière de tenue vestimentaire. Par contre, un entrepreneur du bâtiment ne peut pas exiger de ses auxiliaires qu'ils aient une coupe de cheveux courte de type militaire. Les directives brimantes ne doivent notamment pas être suivies par l'employé.

En raison de son droit de donner des directives, l'employeur peut également donner à ses employées et à ses employés des directives par rapport à la manière d'aborder les collègues de travail. L'employeur a la possibilité de limiter les conversations téléphoniques privées depuis le poste de travail à un minimum. Une exclusion totale paraît toutefois disproportionnée.

Etant donné que les non-fumeurs ont droit à un poste de travail sans fumée, l'employeur peut émettre une interdiction de fumer correspondante dans l'entreprise.



### 4.3 Sanction en cas de refus injustifié

Si l'employé refuse de donner suite à des directives fondées de l'employeur, il peut être licencié avec effet immédiat pour autant qu'il refuse toujours de respecter, en dépit de rappels répétés et clairs, les directives justifiées. En cas d'atteinte grave au droit de directive, un licenciement avec effet immédiat peut être prononcé sans avis préalable.

Si un employé refuse de manière justifiée d'exécuter les directives de son employeur et qu'il est licencié pour cette raison, il s'agit alors d'un licenciement abusif. S'il est licencié avec effet immédiat, il s'agit alors d'un licenciement abusif avec effet immédiat.

## 5. Droits et obligations du travailleur

### EN BREF

L'obligation principale du travailleur est la prestation de travail. Pourtant, il ne doit ni ouvrage, ni résultat de travail, mais il doit mettre à disposition de l'employeur sa prestation de travail conformément au contrat, pour une durée déterminée ou indéterminée.

Le travailleur doit exécuter en personne le travail dont il s'est chargé, à moins que le contraire ne résulte d'un accord ou des circonstances (art. 321 CO).

### 5.1 Le travail personnel

L'obligation fondamentale du travailleur consiste à exécuter son travail. En principe, le travailleur ne peut le faire qu'en personne. Selon l'art. 321 CO, le travailleur exécute en personne le travail dont il s'est chargé, à moins que le contraire ne résulte d'un accord ou des circonstances.

### ASTUCE DE LA PRATIQUE

En pratique, cela implique tout d'abord que l'employeur ne peut être tenu d'accepter le fait que le travail soit exécuté par un tiers pour le compte du travailleur.



Il s'agit-là d'une exception au principe général du droit des obligations posé par l'art. 68 CO, qui n'oblige le débiteur d'une obligation à une exécution personnelle que dans la mesure où le créancier y a un intérêt particulier. L'art. 321 CO confirme en cela le caractère éminemment personnel du contrat de travail.

### 5.2 Devoirs de diligence et de fidélité

Le contrat de travail est particulier à beaucoup de points de vues.

Il n'exige pas seulement aux parties certaines contraintes matérielles, mais également des **relations personnelles** spécifiques et indispensables à la bonne exécution du contrat. Cela se traduit d'une part par l'obligation d'assistance de l'employeur et d'autre part par le principe exposé à l'art. 321a CO:

- le travailleur exécute avec soin le travail qui lui est confié et sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur;
- il est tenu d'utiliser selon les règles en la matière les machines, les instruments de travail, les appareils et les installations techniques ainsi que les véhicules de l'employeur et de les traiter avec soin, de même que le matériel mis à sa disposition pour l'exécution de son travail;
- pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas accomplir du travail rémunéré pour un tiers dans la mesure où il lèse son devoir de fidélité et notamment fait concurrence à l'employeur;
- pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas utiliser, ni révéler des faits destinés à rester confidentiels tels que les secrets de fabrication et d'affaires dont il a pris connaissance au service de l'employeur; il est tenu de garder le secret même après la fin du contrat comme l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur.

#### A NOTER ...

L'art. 321a CO est donc constitué de 4 éléments:

- principe général;
- utilisation des moyens de production;
- devoir de fidélité;
- devoir de discrétion.



### Principe général

De manière générale l'art. 321a CO implique l'engagement du travailleur à adopter un comportement qui ne lèse pas les intérêts de l'employeur.

Il s'agit donc avant tout, et principalement d'un devoir d'abstention.

### Utilisation des moyens de production

L'al. 2 de l'art. 321a CO précise l'obligation du travailleur dans le cadre de l'utilisation des moyens de production mis à sa disposition pour l'exécution de son travail. Cette obligation dépend d'une part de la formation du travailleur et d'autre part de l'instruction reçue de l'employeur ainsi que des directives formulées par ce dernier.

### Devoir de fidélité

On comprendra aisément que l'étendue du devoir de fidélité du travailleur correspond à des obligations qui résultent des circonstances de chaque cas d'espèce.

En principe et sauf accord ou disposition contraire, le travailleur est libre d'exercer, en dehors de ses heures de travail, une activité en faveur d'un autre employeur (travail accessoire). Il viole toutefois son devoir de fidélité si cette activité nuit à sa capacité de travail et l'empêche d'exécuter correctement ses obligations.

## ASTUCE DE LA PRATIQUE



Ainsi, le devoir de fidélité est d'autant plus grand que le travailleur occupe une fonction importante dans l'entreprise de l'employeur, qu'il est en contact avec la clientèle ou qu'il a d'une quelconque autre manière la possibilité d'intervenir dans les rapports entre l'employeur et des tiers.

## EXEMPLE DE LA PRATIQUE



- le travailleur ne doit pas discréditer ou nuire à la réputation de son employeur envers des tiers;
- le travailleur ne doit pas offrir ses services à un autre employeur immédiatement après avoir conclu un contrat de travail pour une durée minimale de 2 ans (ATF 117 II 560);
- le travailleur ne doit pas se procurer un avantage pécuniaire au détriment de l'employeur;
- le travailleur ne doit pas occuper un emploi accessoire tel qu'il puisse nuire à sa capacité de travail et par conséquent à la possibilité d'accomplir son obligation de travail. En outre, ce travail accessoire ne doit pas faire concurrence à l'employeur;
- enfin le travailleur ne doit pas inciter ses collègues de travail à violer leurs obligations envers l'employeur.

L'application de ce principe peut également, dans certains cas particuliers, obliger le travailleur à adopter un comportement actif, à accomplir des actes positifs pour respecter son obligation de fidélité.

## EXEMPLE DE LA PRATIQUE



Le travailleur violerait son devoir en omettant de signaler un problème rencontré dans l'accomplissement de son travail et qui pourrait ensuite causer un préjudice à l'employeur.

On peut également imaginer qu'il en serait de même si le travailleur ignorait les irrégularités commises par un collègue de travail et qui seraient de nature à causer un préjudice à l'entreprise elle-même.

**Devoir de discrétion**

Le contenu de l'al. 4 de l'art. 321 est une forme particulière du devoir de fidélité. Dans l'accomplissement de son travail, le travailleur est amené à prendre connaissance de faits confidentiels (secrets de fabrication, secrets d'affaires, procédés de fabrication, listes de clientèle, etc.). Peuvent être également considérés comme confidentiels des faits que l'employeur a expressément qualifiés comme tels.

**IMPORTANT**

Le législateur a prévu que l'obligation de discrétion du travailleur était absolue pendant la durée du contrat de travail. Elle peut s'étendre après la fin du contrat si cela est nécessaire à la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur.



On ne peut pas en effet empêcher le travailleur d'utiliser les connaissances et expériences acquises auprès de son ancien employeur pour toute la suite de sa carrière professionnelle. Seuls des intérêts particuliers de l'employeur peuvent le justifier.

On pense en particulier à des informations sur la situation économique de l'entreprise. La question de savoir à partir de quel moment l'obligation de discrétion du travailleur disparaît dépend de la nature du contrat de travail préexistant.

**IMPORTANT**

Précisons enfin que cette obligation est indépendante de l'existence d'une prohibition de concurrence.



### 5.3 Obligation de s'en tenir aux instructions

Pour délimiter le contrat de travail par rapport à d'autres contrats portant sur des prestations de travail, l'obligation de s'en tenir aux instructions à laquelle est soumis le travailleur ainsi que son intégration dans l'organisation de l'employeur respectivement le droit de donner des instructions de l'employeur figurent parmi les critères déterminants. Conformément à l'article 321d CO, l'employeur peut établir des directives générales sur l'exécution du travail et la conduite des travailleurs dans son exploitation ou son ménage et leur donner des instructions particulières. Les travailleurs doivent observer selon les règles de la bonne foi ces directives et instructions.

L'obligation de s'en tenir aux instructions signifie qu'il existe un certain rapport de subordination entre l'employeur et le travailleur. L'employeur peut donner des instructions techniques concernant la prestation de travail et fixer des objectifs concernant le genre, l'étendue et l'organisation du travail à exécuter. En outre, il peut annuler ou modifier à tout moment ses instructions, et il peut déléguer le droit de donner des instructions à des cadres supérieurs ou à des tiers.

Conformément au Tribunal fédéral, une instruction est en général autorisée si elle vient d'une personne autorisée à donner des instructions et si elle ne dépasse pas le cadre des obligations résultant du contrat de travail. Si, en revanche, une directive se situe en dehors de ces obligations ou est donnée par une personne non autorisée à donner des instructions, le non-respect de cette instruction ne constitue pas de violation du contrat.

**IMPORTANT**

Le non-respect d'une instruction autorisée peut constituer un juste motif pour la résiliation immédiate du contrat de travail.

Ne sont pas autorisées les instructions enfreignant des dispositions légales contraignantes. En font partie les instructions illégales, impossibles ou immorales ainsi que celles enfreignant des dispositions de protection du travail de droit public de la loi sur le travail et de ses ordonnances.

En principe, les salariés ne doivent exécuter aucun travail autre que celui qui a été convenu par le contrat, sauf dans des situations d'urgence. Pour cette raison, il est recommandé de fixer par écrit et de manière individuelle les obligations et les compétences des salariés. Normalement, le lieu de travail convenu est déterminant. Si le salarié doit travailler à un autre endroit ou si l'entreprise déménage, l'employeur doit prendre en charge les frais supplémentaires résultant des trajets supplémentaires et des repas pris hors du domicile.

## 5.4 Prohibition de faire concurrence

**EN BREF**

Afin de se protéger, les employeurs ont en effet la possibilité, dans certaines limites, de prolonger l'interdiction de concurrence au-delà de la fin des rapports de travail, en intégrant au contrat une clause dite de prohibition de faire concurrence.

Cette interdiction, particulièrement contraignante pour un employé, puisqu'elle porte atteinte à sa liberté économique, est régie par les articles 340 à 340c CO.

**BASES LÉGALES****Art. 340 CO****VII. Prohibition de faire concurrence****1. Conditions**

<sup>1</sup> Le travailleur qui a l'exercice des droits civils peut s'engager par écrit envers l'employeur à s'abstenir après la fin du contrat de lui faire concurrence de quelque manière que ce soit, notamment d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente, d'y travailler ou de s'y intéresser.

<sup>2</sup> La prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible.

## Principes

S'agissant d'une clause qui limite le droit du travailleur d'exercer une activité après la fin du contrat de travail, la validité d'une telle clause est réglementée de façon stricte. Le recours à une telle clause n'est en effet envisageable que dans la mesure où:

- l'employé qui signe cette clause a l'exercice des droits civils. Une clause de prohibition de concurrence conclue avec un employé mineur est nulle et ne peut être ratifiée tacitement ou par actes concludants à sa majorité. Par exception aux règles générales sur la capacité civile, un mineur n'est pas lié par une clause de nonconcurrence signée par son représentant légal. Il a été jugé qu'un travailleur ne commet pas un abus de droit en se prévalant de cette nullité alors qu'il est devenu majeur. Quant aux apprentis, quel que soit leur âge, ils ne peuvent être astreints au respect d'une telle clause en application de l'article 344a al. 4 CO;
- l'accord est passé en la forme écrite, nécessitant par conséquent la signature des parties au contrat de travail (art. 12 CO). Le renvoi à un autre document ne suffit pas;
- l'employé a connaissance de la clientèle, de secrets de fabrication ou d'affaires de son employeur (art. 340 al. 2 CO; voir infra);
- l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer un préjudice sensible à l'employeur (voir infra).

Il suffit que l'une de ces conditions ne soit pas remplie pour entraîner la nullité de la clause de prohibition de faire concurrence, dans son ensemble.

### IMPORTANT

Ajoutons qu'il n'est pas possible d'assortir une clause de prohibition de concurrence à un contrat de travail de durée déterminée.

Dans ce cas, l'employeur a d'emblée envisagé la fin des rapports de travail. Il en va de même dans le cas d'un travail intérimaire, l'article 19 al. 5 let. b LSE1 déclarant nuls les accords qui empêchent ou entravent le transfert de l'employé à l'entreprise locataire de services, une fois son contrat de travail arrivé à échéance.



## La connaissance de la clientèle

Pour connaître cette clientèle, il ne suffit pas que le travailleur ait eu accès aux fichiers ou qu'il connaisse le nom des clients et leur adresse.

Il faut que le travailleur ait pu créer, grâce à sa position au sein de l'entreprise, des relations particulières assez étroites avec la clientèle lui permettant de connaître les habitudes, les désirs et besoins personnels des clients et qu'il soit ainsi en mesure d'utiliser ces renseignements au détriment de l'employeur (JAR 1988 p. 345). Le rapport de causalité entre ces renseignements et l'éventualité d'un dommage fait par exemple défaut lorsque ce sont les aptitudes et les capacités personnelles du travailleur qui sont déterminantes pour

les rapports avec la clientèle et que c'est cette dernière qui décide de suivre le travailleur (ATF 81 II p. 152).

Par clientèle, il faut également exclure la clientèle ordinaire. Seule la clientèle qui a des besoins spéciaux, dont on peut tirer parti lorsqu'on les connaît, est pertinente. Par opposition, une société de vente directe qui, avec un grand nombre de collaborateurs et disposant d'une importante clientèle avec laquelle il paraît impossible d'établir une relation d'affaires durable, ne peut se prévaloir d'une protection particulière au moyen d'une clause de non-concurrence.

### La connaissance de secrets d'affaires

Par secrets d'affaires, il faut entendre des connaissances spécifiques que l'employeur veut tenir secrètes et qui touchent soit à des questions techniques ou financières, soit à l'organisation de l'entreprise. En revanche, les connaissances qui peuvent être acquises dans toutes les entreprises de la branche constituent l'expérience professionnelle du travailleur et ne sont pas des secrets au sens de l'article 340 al. 2 CO.

#### IMPORTANT

Il appartient à l'employeur d'établir que les connaissances litigieuses sont objectivement secrètes et qu'il entend qu'elles ne soient pas divulguées (SJ 1989 p. 685).



En substance, l'on peut retenir qu'un fait confidentiel ne sera digne de protection que s'il présente une certaine valeur économique pour l'entreprise. Au contraire, la connaissance de faits dont l'employé ne pourrait faire aucun usage après la fin des rapports de travail ne peut justifier l'existence d'une clause de non-concurrence.

## 5.5 Devoir de rendre compte et de restitution

### Principes

L'art. 321b CO complète encore l'étendue de l'obligation générale de fidélité du travailleur.

Le travailleur rend compte à l'employeur de tout ce qu'il reçoit pour lui dans l'exercice de son activité contractuelle, notamment des sommes d'argent; il lui remet immédiatement ce qu'il a reçu.

Il remet en outre immédiatement à l'employeur tout ce qu'il produit par son activité contractuelle.

Ainsi le travailleur qui, dans le cadre de son activité, reçoit ou produit des objets ou des valeurs, est tenu de les remettre immédiatement à son employeur.

En principe donc, et sauf accord contraire, l'obligation du travailleur est exigible tout de suite, soit dès qu'il est en possession des objets ou valeurs reçus.