

Philippe Ehrenström / Eugénie Iacconi

WEKA

Guide de survie aux Prud'hommes

Vision pratique et concrète des contentieux liés
au travail, explications et propositions de solutions



Un problème? Pas de problème!

CIP-Notice abrégée de la deutsche Bibliothek

Guide de survie aux Prud'hommes

Auteurs: Philippe Ehrenström / Eugénie Iacconi

Direction de projet: Birgitt Bernhard-Postma

WEKA Business Media AG, Suisse

© WEKA Business Media AG, Zurich, 2014

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, Télifax 044 434 89 99

www.weka.ch

Zurich • Kissing • Paris • Amsterdam • Vienne

ISBN 978-3-297-02080-7

1^{re} édition 2014

Layout: Dimitri Gabriel, Composition: Peter Jäggi

Table des matières

A.	INTRODUCTION	5
1	Introduction	6
2.	Méthode	8
3.	Bases légales et bibliographie	9
B.	PROCEDURE ET ORGANISATION JUDICIAIRE	13
1.	Les litiges découlant du contrat individuel de travail.....	15
1.1	Introduction	15
1.2	Le contrat individuel de travail.....	15
1.3	Litiges découlant du contrat de travail	19
1.4	Le for	21
1.5	Notions d'organisation judiciaire	22
1.5.1	Introduction	22
1.5.2	Les juridictions compétentes dans chaque canton romand	23
1.5.2.1	Une juridiction compétente sur l'ensemble du territoire cantonal.....	25
1.5.2.2	Un tribunal spécialisé dans chaque arrondissement ou district.....	26
1.5.2.3	Une autorité de conciliation spécialisée seule.....	29
1.5.3	Conclusion.....	29
2.	Notions essentielles de procédure civile	30
2.1	Introduction	30
2.2	Les différents types de procédure.....	31
2.3	Les parties et la participation de tiers au procès	31
2.4	Le droit d'être entendu.....	36
2.5	Les différentes sortes d'actions civiles.....	37
2.6	Le fardeau de la preuve.....	38
2.7	L'appréciation des preuves	39
2.8	Les types de preuve.....	40
2.9	Les maximes de procédure	41
2.10	Récusation.....	42
2.11	Représentation	43
2.12	Assistance judiciaire	45
2.12.1	Principes.....	45
2.12.2	Démarches pratiques.....	47
3.	La conciliation.....	50
3.1	Introduction	50
3.2	Le caractère obligatoire de la conciliation	50
3.3	Les autorités paritaires de conciliation	52
3.4	Tâches de l'autorité de conciliation et procédure.....	53
3.5	Conciliation ou médiation?	55
3.6	Exemple de requête de conciliation (simplifiée) devant l'autorité de conciliation genevoise	56

4.	La demande en justice	58
4.1	Recevabilité de la demande – en général.....	58
4.2	Recevabilité de la demande – forme, contenu et annexes.....	63
4.3	Exemple de demande en justice	67
5.	La procédure de première instance	72
5.1	Introduction	72
5.2	La réponse.....	72
5.3	La demande reconventionnelle	72
5.4	Le deuxième échange d'écritures	75
5.5	Exemple de réponse et de demande reconventionnelle	75
5.6	Les débats d'instruction	80
5.7	L'ordonnance de preuves.....	81
5.8	Les débats principaux.....	84
6.	Procédure de deuxième instance et recours au Tribunal fédéral	86
6.1	Introduction	86
6.2	L'appel.....	87
6.3	Le recours	89
6.4	Les recours devant le Tribunal fédéral (aperçu)	92
C.	DROIT DE FOND	95
1.	Introduction	98
2.	Le certificat de travail	99
2.1	Introduction	99
2.2	Principes.....	99
2.3	Exemples de formules contenues dans les certificats de travail	102
2.4	Exemple de certificat de travail	104
3.	Le salaire	105
3.1	Généralités.....	105
3.2	Différence entre le salaire et la gratification	107
3.3	Questions spéciales.....	109
3.4	Conclusions de l'action en paiement de salaire.....	111
4.	Heures supplémentaires et travail supplémentaire.....	112
5.	Le congé – généralités.....	117
5.1	Délai de congé	117
5.2	Réception du congé.....	118
5.3	Libération de l'obligation de travailler	118
5.4	Congé-modification.....	120
6.	La résiliation abusive du contrat de travail (art. 336 à 336b CO).....	121
6.1	Introduction	121
6.2	Principes.....	122
6.3	Casuistique.....	124
6.3.1	Congé donné pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie (art. 336 al. 1 let. a CO)	124

6.3.2	Congé donné en raison de l'exercice d'un droit constitutionnel (art. 336 al. 1 let. b CO)	125
6.3.3	Congé donné afin d'empêcher la naissance de préentions juridiques (art. 336 al. 1 let. c CO)	126
6.3.4	Congé donné parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des préentions résultant du contrat de travail (art. 336 al. 1 let. d CO)	126
6.3.5	Congé donné parce que l'autre partie accomplit une obligation légale (art. 336 al. 1 let. e CO)	127
6.3.6	Congé donné par l'employeur (i) en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance à un syndicat ou de l'exercice d'une activité syndicale (art 336 al. 2 let. a CO) et (ii) pendant que le travailleur est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise (art. 336 al. 2 let. b CO).....	127
6.3.7	Autres cas consacrés par la jurisprudence.....	128
6.4	Sanctions.....	129
6.5	Procédure	132
7.	La résiliation en temps inopportun (art. 336c CO)	133
7.1	Introduction	134
7.2	Objet, but et nature.....	134
7.3	Champ d'application	135
7.4	Conséquences	135
7.5	Périodes de protection: définition.....	136
7.6	Calcul	137
7.7	Cumul interlittéral et cumul intralittéral.....	138
7.8	Une incapacité de travail à cheval sur deux années de service	139
7.9	But de l'art. 336c CO – cas limite.....	141
7.10	Liens avec d'autres dispositions	141
8.	La résiliation immédiate (art. 337 CO et ss)	143
8.1	Introduction	143
8.2	Principes.....	144
8.3	Justes motifs	148
8.3.1	Rupture à l'initiative de l'employeur	150
8.3.2	Rupture à l'initiative de l'employé.....	154
8.3.3	Problèmes particuliers	154
8.4	Résiliation justifiée: conséquences (art. 337b CO).....	155
8.5	Résiliation injustifiée: conséquences (art. 337c CO)	156
8.6	Indemnité punitive et réparatrice	157
8.7	Nonentrée en service ou abandon injustifié de l'emploi	159
8.7.1	But, délimitation et caractère de la norme	159
8.7.2	Forme, validité et conditions.....	159
8.7.3	Eléments d'indemnisation et procédure	160
8.7.4	Casuistique.....	161
9.	Harcèlement sexuel et harcèlement psychologique (mobbing)	162
9.1	Introduction	162
9.2	Harcèlement sexuel	162
9.3	Harcèlement psychologique (mobbing)	165
9.4	Obligation de l'employeur d'instaurer une procédure de règlement des conflits.....	167

10.	Responsabilité du travailleur	169
11.	Clause de non-concurrence	172
11.1	La clause de non-concurrence en général	172
11.2	Limites et fin de la clause de non-concurrence.....	174
11.3	Clause de non-concurrence et peine conventionnelle	175
11.4	Clause de non-concurrence et mesures provisionnelles	176
D.	Annexes	177
	Juridictions compétentes – Genève	178
	Juridictions compétentes – Jura	179
	Juridictions compétentes – Vaud	180
	Juridictions compétentes – Fribourg	183
	Juridictions compétentes – Valais	185
	Juridictions compétentes – Neuchâtel	186
	Auteurs	187

A.

Introduction

1.	Introduction	6
2.	Méthode	8
3.	Bases légales et bibliographie	9

A. Introduction

1. Introduction

Le mot «prud’hommes» renvoie aujourd’hui assez généralement aux tribunaux du même nom, dont beaucoup savent ou devinent qu’ils s’occupent de conflits du travail. Sans doute faut-il y voir l’influence de la France où l’institution est bien ancrée et largement pratiquée.

Le mot, le concept semblent toutefois mieux connus que leurs réalités concrètes en Suisse, et singulièrement en Suisse romande.

Bien que le terme de «prud’hommes» soit né au Moyen-Âge, son utilisation pour désigner des juridictions spécialisées en matière de conflits du travail ne date en fait que de la fin du XIX^e siècle en Suisse. C’est en effet en 1874 qu’apparaissent des «tribunaux d’arbitrage industriel» dans les cantons de Neuchâtel et Genève, vite remplacés dès 1883 et 1885 par des «Conseils de prud’hommes».

Le concept d’une juridiction spécialisée dans ce domaine n’est toutefois pas unanimement adopté par les cantons aujourd’hui, seuls compétents en matière d’organisation judiciaire. Seuls 10 d’entre eux sur 26 possèdent ainsi un ou des Tribunal du travail, Tribunal de(s) prud’hommes, Conseil de prud’hommes, Arbeitsgericht, etc. Il s’agit de Genève, Vaud, Valais, Jura, Fribourg, Berne, Bâle-Ville, Lucerne, Argovie et Zurich. D’autres cantons peuvent ne pas avoir de tribunaux spécialisés mais instaurer une autorité de conciliation compétente dans ce domaine spécifique: Neuchâtel, St-Gall, Zoug.

La compétence de ces juridictions spécialisées, quand elles existent donc, peut aussi varier considérablement selon les cantons. Les «prud’hommes» à Genève, Jura, Fribourg, Lucerne, Argovie et Zurich sont ainsi compétents quelle que soit la valeur litigieuse, alors que Vaud, Valais et Bâle-Ville n’entrent en matière que jusqu’à une valeur litigieuse de CHF 30 000.– et Berne que jusqu’à CHF 15 000.–.

Cela ne signifie naturellement pas que les cantons qui ne disposent pas de juridictions spécialisées ignorent les conflits du travail, ou que les cantons qui établissent une valeur litigieuse maximum pour déterminer leur compétence renvoient dans les limbes les conflits dont la valeur litigieuse serait supérieure. Ce sont bien évidemment les juridictions ordinaires, non spécialisées, qui seront alors compétentes.

Le titre du présent «Guide de survie aux prud’hommes» tient dès lors un peu de l’abus de langage, se reposant sur l’acception large du concept de «prud’hommes» plutôt que sur ses manifestations dans la réalité compliquée et chamarrée de l’organisation judiciaire en

Suisse. Il s'agira dès lors bien plutôt d'un «Guide de survie dans les conflits de travail» – mais la chose est sans doute moins «marketing».

Le présent Guide insiste toutefois sur la «survie», un terme qui, lui, n'a guère besoin d'élucidation ou d'introduction savante et historique. Peut-être que certains lecteurs le trouveront même exagéré, la pratique judiciaire n'entraînant (généralement) pas de conséquences mortelles.

Pour les auteurs de ce guide, rodés et patinés par la pratique des juridictions et des conflits entre employeurs et employés, la réalité est toute autre.

Le droit du travail en Suisse, pris au sens large avec ses aspects contractuels mais aussi sociaux et fiscaux, est devenu très compliqué.

Alors certes, il n'existe pas en Suisse d'imposant «code du travail» qui, comme dans certains pays voisins, rendrait la vie impossible aux employeurs.

Les partenaires sociaux en tirent d'ailleurs des accents triomphants, se félicitant mutuellement d'être aussi raisonnables par comparaison avec d'autres, dans le chaud cocon du partenariat social helvétique.

Mais cet optimisme doucereux ignore des tendances lourdes, qui sont à l'œuvre dans ce domaine depuis vingt ou trente ans.

La première tient à l'éclatement des normes, à la baisse de la densité normative et à l'absence ou à la mauvaise coordination de celles-ci.

En bref, le législateur légifère de plus en plus dans le domaine du droit du travail, accumulant couche après de couche sucre, crème et glace législatives, sans guère se soucier du résultat final, et singulièrement de sa digestibilité. La densité normative en souffre naturellement, l'abondance de normes étant inversement proportionnelle à la sécurité et à la prévisibilité de leur contenu.

La seconde relève des interactions croissantes de domaines du droit toujours plus nombreux avec le droit du travail. Il devient difficile, si ce n'est impossible, d'ignorer les évolutions du droit public, du droit fiscal, du droit bancaire, etc., si l'on veut apprécier la situation et les risques dans ce domaine.

Alors certes, on n'a jamais autant publié en matière de droit du travail qu'aujourd'hui, et singulièrement en langue française. Les commentaires, les thèses, les traités savants se multiplient, se citent, s'engendrent les uns les autres, et le flot éditorial va croissant.

Mais ces publications restent, ce sont leurs mérites et leurs limites, très universitaires de ton et de forme, fragmentées, limitées à des questions ponctuelles. De livre de vulgarisation, de guide pratique pour les justiciables ou les petites entreprises, peu ou guère.

L'ambition de ce «Guide de survie aux prud'hommes» est donc de fournir aux justiciables, employeurs ou employés, une vision pratique et concrète des contentieux liés au travail et de fournir des explications et des propositions de solutions simples et claires à la majorité des questions qui peuvent se poser dans ce genre de situation.

Avertissement

Mais si ce Guide a pour but d'orienter, il n'est naturellement pas une assurance tous risques ni un manuel de géométrie juridique. C'est tout particulièrement vrai dans un domaine juridique où la faible densité normative rend sa pratique très casuistique, pointilliste même. Ainsi et par exemple, s'il existe bien certaines règles générales sur le licenciement abusif ou le licenciement immédiat injustifié, il n'en demeure pas moins que l'appréciation doit se faire en tenant compte de toutes les circonstances du cas d'espèce (selon la formule favorite des tribunaux). En clair, cela signifie qu'il y a certes des zones blanches ou noires, mais aussi et surtout beaucoup de gris.

Le lecteur serait donc bien inspiré, dans une situation concrète, d'avoir toujours recours à un professionnel, au moins pour un second avis, avant de prendre des dispositions.

2. Méthode

Les contentieux du travail arrivent souvent sans s'annoncer.

Le justiciable, employeur ou employé, doit alors s'orienter dans deux espaces très différents, un peu comme l'abscisse et l'ordonnée d'un graphique.

Le premier est celui de la procédure.

On reviendra plus avant sur cette notion et sur celle d'organisation judiciaire, mais elle relève, pour faire court, de la **mise en œuvre** du droit de fond.

Il ne sert en effet pas à grand-chose d'être titulaire de droits subjectifs si l'on ne peut les mettre à exécution de manière ordonnée et réglementée dans un processus respectant les droits de chacun.

La procédure (et l'organisation judiciaire) réglera donc le tribunal compétent, la forme des actes, les moyens de preuve, etc.

Le deuxième est celui du droit de fond, soit les différents droits subjectifs qui peuvent être revendiqués et mis en œuvre dans une procédure contentieuse par l'une ou l'autre des parties.

C'est ce volet qui déterminera par exemple si le licenciement prononcé est discriminatoire, les indemnités que l'on peut réclamer de ce fait, la compensation des jours de vacances, le délai de congé, etc.

La première règle, dans le contentieux prud'homal, est donc de déterminer sa position dans ces deux espaces.

La seconde est de faire ensuite un arbitrage permanent entre le droit et la pratique.

Ce sera une des autres ambitions de ce Guide que de montrer que l'on peut certes demander beaucoup de choses en justice, mais qu'il y a un gouffre, parfois, entre la théorie et la réalité des tribunaux.

Que signifie ainsi, concrètement, demander la réparation du tort moral? Qu'est-ce qui est le plus important: une indemnité ou un certificat de travail utilisable? Que peut-on espérer en termes d'indemnité pour licenciement abusif? Etc.

3. Bases légales et bibliographie

Comme indiqué ci-dessus, en passant, le droit du travail suisse est actuellement «exploré» en une multitude de textes très différents touchant toute une série de domaines très variés: droit des obligations, fiscalité, droit public, assurances sociales, etc.

Il est donc peu utile, et assurément peu pratique d'essayer de dresser la liste exhaustive de tous les textes qui pourraient, à un titre ou à un autre, avoir une influence sur le rapport de travail et son contentieux.

On se contentera donc de citer ci-après les textes principaux que le profane, même éclairé, devrait consulter en parallèle à ce guide de survie.

Ces textes sont disponibles sur le site internet de la Confédération: <http://www.admin.ch/bundesrecht/00566/index.html?lang=fr>

Il s'agit donc des textes suivants:

- les art. 319 et ss du Code des obligations, véritable **base et porte d'entrée** dans la matière;
- la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (RS 151.1; LLeg);
- la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (RS 221.215.311; LECCT);
- la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (RS 221.301; LFus);

- la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1; LPD);
- la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (RS 822.11; LTr) et ses ordonnances;
- la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (RS 822.14; LPart).

Si nécessaire, les auteurs mentionneront, au fil du texte, d'autres textes pour les besoins de leur exposé. On fera aussi souvent référence au Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272; CPC).

Pour ce qui est des ouvrages relatifs à la matière, on ne sera pas plus complet.

Les auteurs souhaitent toutefois mentionner certains **ouvrages généraux**, en langue française, qu'ils ont trouvé particulièrement utiles dans la rédaction du présent Guide:

MARIE-JOSÉE ALEX GALLEY, Les juridictions du travail en Suisse, Zurich/Bâle/Genève, 2003

ARTHUR ANDERMATT ET AL., Droit collectif du travail, Bâle, 2010

GABRIELLE AUBERT/KARINE LEMPEN (éds), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève, 2011

FRANÇOIS BOHNET, Procédure civile suisse, Neuchâtel, 2010

FRANÇOIS BOHNET, Actions civiles, Bâle, 2013

FRANÇOIS BOHNET/JACQUES HALDY/NICOLAS JEANDIN/PHILIPPE SCHWEIZER/DENIS TAPPY, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011

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

BERNARD CORBOZ/ALAIN WURZBURGER/PIERRE FERRARI/JEAN-MAURICE FRÉSARD/FLORENCE AUBRY GIRARDIN, Commentaire de la LTF, 2^e éd., Berne, 2014

PATRICIA DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile, Thèse Neuchâtel, Bâle, 2011

JEAN-PHILIPPE DUNAND/PASCAL MAHON (éds), Commentaire du contrat de travail, Berne, 2013

CHRISTIAN FAVRE/CHARLE MUÑOZ/ROLF A. TOBLER, Le contrat de travail – code annoté, Lausanne, 2010

BORIS HEINZER/ RÉMY WYLER, Droit du travail, 3^e éd., Berne, 2014

FABIENNE HOHL, Procédure civile, t. II, 2^e éd., Berne, 2010

OLIVIER SUBILLIA/JEAN-LOUIS DUC, Droit du travail, Lausanne, 2010

LUC THÉVENOZ/FRANZ WERRO (éds), Commentaire romand du Code des obligations I, 2^e éd., Bâle, 2012

On mentionnera pour conclure le site

<http://droitdutravailensuisse.com>

qui contient de nombreuses notes d'actualité ou de fond classées par grands thèmes généraux.

B.

Procédure et organisation judiciaire

1.	Les litiges découlant du contrat individuel de travail.....	15
1.1	Introduction	15
1.2	Le contrat individuel de travail.....	15
1.3	Litiges découlant du contrat de travail.....	19
1.4	Le for.....	21
1.5	Notions d'organisation judiciaire	22
1.5.1	Introduction	22
1.5.2	Les juridictions compétentes dans chaque canton romand	23
1.5.2.1	Une juridiction compétente sur l'ensemble du territoire cantonal.....	25
1.5.2.2	Un tribunal spécialisé dans chaque arrondissement ou district.....	26
1.5.2.3	Une autorité de conciliation spécialisée seule.....	29
1.5.3	Conclusion	29
2.	Notions essentielles de procédure civile	30
2.1	Introduction	30
2.2	Les différents types de procédure.....	31
2.3	Les parties et la participation de tiers au procès	31
2.4	Le droit d'être entendu.....	36
2.5	Les différentes sortes d'actions civiles.....	37
2.6	Le fardeau de la preuve.....	38
2.7	L'appréciation des preuves	39
2.8	Les types de preuve.....	40
2.9	Les maximes de procédure	41
2.10	Récusation	42
2.11	Représentation	43
2.12	Assistance judiciaire	45
2.12.1	Principes.....	45
2.12.2	Démarches pratiques	47

3.	La conciliation	50
3.1	Introduction	50
3.2	Le caractère obligatoire de la conciliation.....	50
3.3	Les autorités paritaires de conciliation.....	52
3.4	Tâches de l'autorité de conciliation et procédure.....	53
3.5	Conciliation ou médiation?	55
3.6	Exemple de requête de conciliation(simplifiée) devant l'autorité de conciliation genevoise.....	56
4.	La demande en justice.....	58
4.1	Recevabilité de la demande – en général.....	58
4.2	Recevabilité de la demande – forme, contenu et annexes	63
4.3	Exemple de demande en justice.....	67
5.	La procédure de première instance	72
5.1	Introduction	72
5.2	La réponse.....	72
5.3	La demande reconventionnelle	72
5.4	Le deuxième échange d'écritures	75
5.5	Exemple de réponse et de demande reconventionnelle	75
5.6	Les débats d'instruction	80
5.7	L'ordonnance de preuves.....	81
5.8	Les débats principaux.....	84
6.	Procédure de deuxième instance et recours au Tribunal fédéral	86
6.1	Introduction	86
6.2	L'appel.....	87
6.3	Le recours.....	89
6.4	Les recours devant le Tribunal fédéral (aperçu)	92

B. Procédure et organisation judiciaire

1. Les litiges découlant du contrat individuel de travail

1.1 Introduction

Il règne, dans ce domaine, une certaine incertitude terminologique: conflit de travail, résultant ou découlant du contrat de travail, entre employeur et employé, collectif ou individuel, etc.

Précisons donc d'entrée de cause que ce Guide traitera des litiges découlant du contrat individuel de travail de droit privé (art. 319 et ss CO) et/ou de lois spéciales telles que la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg; RS 151.1) ou la loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (LPart; RS 822.14).

Seront donc exclus de ces pages les litiges entre employés, sauf s'ils engagent l'entreprise (comme en matière de harcèlement par exemple), les contestations basées sur un rapport de travail de droit public (et ce même si certains cantons connaissent, comme le canton de Vaud, un Tribunal de «prud'hommes» de l'administration!), celles découlant de la loi sur le service de l'emploi et la location de services (travail temporaire) et les relations de travail internationales qui posent des problèmes très spécifiques (détachement, qualification du contrat, sécurité sociale, etc.).

La question posée dans ce chapitre sera double: s'agit-il, d'une part, d'un conflit découlant du contrat de travail? Nous traiterons donc d'abord du contrat individuel de travail (1.2), puis de la notion de «litige découlant du contrat de travail» (1.3). Si la réponse est positive, il faudra ensuite déterminer les tribunaux compétents pour connaître de ce litige, que ce soit à raison du lieu, puis de la matière. Nous déterminerons donc le for applicable aux conflits de travail (1.4), avant de traiter de la question de l'organisation judiciaire (1.5).

1.2 Le contrat individuel de travail

A teneur de l'art. 319 al. 1 CO, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire.

Quatre caractéristiques essentielles définissent le contrat individuel: l'activité de l'employé (une prestation de travail), dans la durée (déterminée ou indéterminée), au service de l'employeur (rapport de subordination) et contre rémunération.

Concernant la première, l'obligation principale de l'employé consiste à déployer une activité de quelque nature que ce soit, pour le compte d'un employeur, activité qui peut être

matérielle (manuelle ou physique), intellectuelle ou artistique. Elle vise à satisfaire l'un des besoins de l'employeur et s'inscrit dans le cadre d'un plan d'organisation de travail déterminé et selon des instructions données.

Le contrat individuel de travail est aussi un contrat de durée qui s'éteint, non par l'accomplissement de l'obligation, mais par le temps (contrat à durée déterminée) ou la résiliation. Aucune durée minimale n'est définie, quelques heures suffisent pour que son existence soit admise. Il en va ainsi d'un musicien qui serait engagé pour ne donner qu'un seul concert, l'idée étant que l'employé met, pendant toute la durée du contrat, son temps à disposition de l'employeur et exécute de manière continue ses obligations.

Le lien de subordination définit, selon la doctrine, plus que tout autre la relation entre l'employé et l'employeur. L'activité du travailleur s'exerce en effet au service et dans l'intérêt de l'employeur.

Le rapport de subordination est à la fois temporel, spatial et hiérarchique.

L'employé travaille, en effet, selon des horaires établis (subordination temporelle), au sein d'une entreprise où il utilise, en principe, des outils mis à sa disposition par l'employeur (subordination spatiale) et où il exécute des tâches de la manière et selon l'organisation déterminée par l'employeur (subordination hiérarchique), qui peuvent concerner par exemple sa tenue vestimentaire ou la discipline à suivre.

Le rapport de subordination peut être caractérisé par des directives générales édictées par l'employeur qui portent par exemple sur l'exécution du travail ou la conduite des employés et par des instructions particulières (art. 321d al. 1 CO) auxquelles le travailleur se conforme «selon les règles de la bonne foi» (art. 321d al. 2 CO).

En pratique, les directives de l'employeur seront plus ou moins précises en fonction de l'activité, de la formation ou de la position de l'employé. Ainsi, un cadre d'entreprise, avec un degré de formation élevé et des fonctions dirigeantes, ne sera subordonné qu'à des indications générales. Si certains travailleurs jouissent d'une grande liberté dans l'exécution de leurs tâches, le critère de la subordination se fondera alors plutôt sur l'intégration du travailleur dans l'organisation de l'entreprise que sur le pouvoir de donner des directives.

EXEMPLE DE LA PRATIQUE



T_____, de nationalité suisse, né en 1960, domicilié à Genève, docteur en médecine, a postulé, en été 2001, pour un poste de médecin régulateur auprès d'E____ SA, succursale de Genève. E____SA est une société d'assurance qui garantit, entre autres, l'assistance médicale et le rapatriement d'accidentés assurés. Pour l'évaluation médicale des dossiers lui parvenant, E____SA recourt à des médecins régulateurs qui ont diverses tâches d'organisation, d'évaluation et de soutien.

E____SA a remis à T____ une sorte de cahier des charges selon lequel il est attendu du médecin régulateur, outre des compétences médicales, une «disponibilité pour l'entreprise». Il est aussi mentionné qu'il complétera cette activité par sa pratique médicale hospitalière ou privée, qu'il aura un devoir de réserve et un exercice exclusif de l'assistance médicale par rapport à des sociétés concurrentes. E____SA, outre la rémunération, mettra à disposition des instruments appropriés et remboursera les frais de déplacement et d'hébergement.

T____ était censé assurer, en coopération et alternance avec le Dr L____, une permanence de 24 heures sur 24, 7 jours sur 7, et devait fournir ses avis et conseils dans un délai de 2 heures à compter de la transmission (par fax ou ordinateur) d'un dossier. Il n'avait pas le droit de refuser les dossiers. En revanche, il avait le droit de ne pas accepter d'assumer des missions de rapatriement. Il n'avait pas le droit d'exercer, en parallèle, une activité de médecin régulateur pour un concurrent d'E____SA. Suite à un contrôle, T____ a été affilié à l'AVS par E____SA, sans que ce dernier cesse de le considérer comme un «indépendant».

E____SA a ensuite résilié le contrat liant avec T____ avec effet immédiat, les parties s'opposant sur l'existence ou non d'un contrat de travail et donc sur la compétence de Tribunal des prud'hommes genevois.

La Cour insiste sur le critère de subordination du travailleur. Elle conclut à l'existence d'un contrat de travail réunissant des éléments du job sharing, du travail à l'appel et du télétravail. T____ se trouvait dans un rapport de subordination juridique: il rendait ses services dans un lien de dépendance personnelle, organisationnelle et temporelle. Il devait exécuter son travail personnellement et n'avait pas le droit de déléguer ses tâches à un tiers confrère. Le fait qu'il ait pu se partager le travail avec un confrère pour ce qui était de la permanence 24 heures sur 24, 7 jours sur 7, n'y change rien: ce dernier était, lui-aussi, au service de E____SA, et le partage du poste de travail s'effectuait dans le cadre d'un job sharing voulu par E____SA. T____ a effectué ses prestations, dans le cadre d'un cahier des charges, remis lors de son engagement, et sous les directives de E____SA, dénotant une intégration claire dans la structure mise en place. Il n'avait pas le droit de refuser ou de choisir les dossiers et devait suivre les directives et instructions du directeur de la succursale. Il devait également rendre ses avis dans un délai de 2 heures dès leur communication et se tenir constamment à disposition lorsque c'était sa semaine de permanence. Il travaillait avec les outils mis à disposition par E____SA et devait rendre compte régulièrement. T____ n'assumait aucun risque d'entreprise ni d'encaissement et n'encourrait aucune responsabilité directe envers les patients objets du rapatriement. A cela s'ajoute qu'il était lié par une clause d'exclusivité, c'est-à-dire n'avait pas le droit de collaborer simultanément avec un concurrent, ou de monter une propre structure, offrant le même service sur le marché que E____SA.

Dans ces conditions, T____ est dans un rapport de subordination avec E____SA et les parties sont liées par un contrat de travail (CAPH/52/2010).

Par salaire enfin, on entend la rémunération due par l'employeur au travailleur en échange de son activité. Il s'agit de la contre-prestation principale de l'employeur à la prestation de service de l'employé, exigible du moment où celle-ci a été acceptée. Le salaire peut être réglé en fonction du temps ou du travail fourni – le salaire aux pièces ou à la tâche de l'art. 319 al. 1 CO. Retenons simplement que sans rémunération, il n'y a pas de contrat de travail.

Le salaire de base est protégé par l'art. 322 CO: «l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective». Au salaire de base généralement fixé par mensualités, sur lequel sont opérés les déductions sociales légales, peuvent s'ajouter diverses primes ou indemnités (primes de fidélité, indemnités vestimentaires, indemnités de déplacement ou de logement). Enfin, d'autres rémunérations peuvent être prévues, présentant un caractère conditionnel ou incertain, discrétionnaire ou accessoire: participations aux résultats (art. 322a CO), provisions (322b CO), gratifications (322d CO) et bonus (qui ne fait l'objet d'aucune disposition spécifique en droit suisse).

Ont donc ainsi été qualifiés de contrat de travail par exemple¹:

- l'engagement de musiciens ou de chanteurs pour des représentations et des spectacles;
- le contrat qui lie un club sportif à son entraîneur;
- l'activité d'un peintre qui travaille pour un seul client dont il reçoit matériel et instructions, nonobstant la terminologie utilisée par les parties; et
- le rapport qui lie deux médecins et un «home» pour personnes âgées selon lequel, à côté d'une consultation privée, les médecins fournissent des prestations médicales précises et régulières aux pensionnaires.

Simples en apparence, ces critères apparaissent en fait à la fois peu coordonnés avec d'autres branches du droit et datés.

Le droit des assurances sociales accorde ainsi plus d'importance au critère de la dépendance économique. Un indépendant au sens du droit privé peut ainsi être considéré comme dépendant en matière sociale. De la même manière, le droit fiscal considère qu'exerce une activité dépendante celui dont le labeur n'est pas marqué par l'indépendance personnelle et, surtout, économique. Sera ainsi indépendante l'activité exercée selon une organisation propre, librement choisie, reconnaissable à l'extérieur, pour le compte et aux risques du contribuable. A nouveau, la qualification sous l'angle du droit privé est un indice mais n'est pas déterminante.

¹ Les exemples ci-après sont tirés de Christian Favre/Charles Munoz/Rolf A.Tobler, *Le contrat de travail. Code annoté*, 2^e éd., Lausanne, 2010, art. 319 CO N 1.26.

L'évolution du marché du travail et des services rend d'ailleurs parfois difficile la qualification de certains types de relations contractuelles (contrats de développement, mandat «de durée», faux indépendants, etc.).

On fera enfin la différence entre ce qui ressort du contrat individuel de travail et ce qui tient du droit collectif, dont le contenu peut influencer la relation particulière entre l'employeur et l'employé. Il s'agit des conventions collectives de travail d'une part, et des contrats-type d'autre part.

Les conventions collectives (art. 356–358 CO) fixent les clauses établies entre des employeurs ou associations d'employeurs d'une part, et des associations de travailleurs d'autre part, qui portent sur la conclusion, l'objet et la fin de contrats de travail individuels. Elles peuvent être étendues.

Le contrat-type (art. 359–360f CO) consiste lui en un acte édicté par une autorité étatique (Conseil fédéral ou cantons), comportant des clauses sur la conclusion, l'objet et la fin de diverses espèces de contrat de travail. Les contrats-types concernent les branches qui ne font pas l'objet de conventions collectives: les travailleurs agricoles ou le service de maison (art. 359, al. 2).

1.3 Litiges découlant du contrat de travail

La notion de «litige découlant du droit du travail» n'a en fait d'utilité que dans les cantons qui connaissent des juridictions ou des instances de conciliation spécialisées dans les conflits du travail. Elle est également déterminante concernant l'applicabilité de certaines dispositions spécifiques de procédure civile de nature protectrice pour le travailleur.

A Genève, par exemple, sont notamment jugés par le Tribunal des prud'hommes les litiges découlant d'un contrat de travail au sens des art. 319 et ss CO, quelle que soit la valeur litigieuse, mais non les actions en responsabilité dirigées contre les employeurs sur la base de l'article 328 al. 2 CO, les litiges relatifs aux assurances sociales fédérales et cantonales ou ceux découlant de rapports de travail de droit public (art. 1 de la loi du 11 février 2010 sur le Tribunal des prud'hommes [LTPH; RS-GE E 3 10]). De la même manière, la qualification de litige découlant du contrat de travail entraîne l'application du for spécial de l'art. 34 CPC, de dispositions sur la maxime applicable à la procédure ou sur la valeur minimale pour faire recours, etc.

En première analyse donc, un litige découle du droit du travail au moins quand il a sa source dans un contrat individuel de travail au sens des art. 319 et ss CO, que celui-ci puisse ou non être déterminé en tout ou en partie par ailleurs par le droit collectif du travail (convention collective ou contrat-type) ou par d'autres dispositions de droit fédéral (LEg, LPart, LTr, etc.).