

Philippe Ehrenström

**WEKA**

# Le droit du travail suisse de A à Z

L'essentiel par mots-clés



*Un problème? Pas de problème!*

CIP-Notice abrégée de la deutsche Bibliothek

## **Le droit du travail suisse de A à Z**

Auteur: WEKA Business Media SA

Direction de projet: Birgitt Bernhard-Postma

WEKA Business Media AG, Suisse

© WEKA Business Media AG, Zurich, 2022

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

Hermetschloostr. 77, CH-8048 Zurich

Téléphone 044 434 88 88, Téléfax 044 434 89 99

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

Zurich • Kissing • Paris • Vienne

---

ISBN 978-3-297-32094-5

4<sup>e</sup> édition 2022

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



*Un problème? Pas de problème!*

# Table des matières

Introduction .....	7
Abréviations des principales lois et ordonnances citées .....	11
Autres textes cités .....	13
<b>1. Lettre A</b> .....	15
1.1 Abandon de poste .....	16
1.2 Accord de résiliation des rapports de travail .....	17
1.3 Activité indépendante ou salariée (AVS)? .....	21
1.4 Activités de jeunesse extra-scolaires .....	22
1.5 Administrateur-directeur: début et fin du contrat de travail .....	23
1.6 Alcool au travail .....	26
1.7 Apprentissage (contrat d') .....	27
1.8 Assistance judiciaire .....	28
1.9 Assurance accident .....	30
1.10 Attraction de compétence .....	30
1.11 Avances sur salaire .....	31
1.12 Avertissement .....	32
1.13 Avocat (frais d') .....	33
<b>2. Lettre B</b> .....	35
2.1 Bagarre sur le lieu de travail .....	36
2.2 Bitcoin .....	38
2.3 Bonus .....	38
2.4 Bonus: critère de la «marge de manœuvre» de l'employeur .....	39
2.5 Bonus: requalification en salaire .....	40
<b>3. Lettre C</b> .....	43
3.1 Cadre .....	45
3.2 Cancel culture .....	45
3.3 Certificat COVID-19 sur le lieu de travail .....	48
3.4 Certificat de travail .....	51
3.5 Certificat de travail: délai de prescription .....	53
3.6 Certificat de travail: valeur litigieuse .....	55
3.7 Certificat médical .....	56
3.8 Clause de non-concurrence .....	58
3.9 Clause de non concurrence: capacités propres de l'employé et forte composante personnelle de ses prestations .....	61
3.10 Clause de non-concurrence: conditions de licéité de la peine conventionnelle .....	64
3.11 Clause de non-concurrence: démission du travailleur pour motif justifié .....	65
3.12 Communauté domestique avec l'employeur .....	66
3.13 Compensation .....	67
3.14 Congé-modification .....	68
3.15 Congé ordinaire .....	69
3.16 Congés usuels .....	70
3.17 Contrat de travail de durée déterminée .....	71

3.18	Contrat de travail sur appel.....	72
3.19	Contrat de travail sur appel: risque économique.....	72
3.20	Contrats-types de travail (CTT).....	73
3.21	Le contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique.....	76
3.22	Contrats «en chaîne».....	78
3.23	Convention collective de travail (CCT).....	79
3.24	Convention collective de travail (CCT): assujettissement du travailleur.....	80
3.25	Convention collective de travail (CCT): décision d'extension.....	81
<b>4.</b>	<b>Lettre D</b> .....	<b>83</b>
4.1	Décès du travailleur et droit au salaire.....	84
4.2	Délais de congé.....	84
4.3	Devoirs de diligence et de fidélité du travailleur.....	85
4.4	Devoirs de l'employeur en matière de harcèlement sexuel.....	86
4.5	Directives de l'employeur.....	87
4.6	Droit au salaire en cas d'incapacité de travail.....	88
<b>5.</b>	<b>Lettre E</b> .....	<b>91</b>
5.1	Écriture épiciène/inclusive.....	92
5.2	Egalité de traitement.....	95
5.3	Egalité entre femmes et hommes.....	96
5.4	Egalité entre femmes et hommes: analyse des salaires.....	96
5.5	Egalité entre femmes et hommes: discrimination salariale.....	98
5.6	Enquête interne: droits du salarié.....	99
5.7	Enquête interne: exploitation des résultats dans une procédure pénale.....	101
5.8	Enregistrement du temps de travail.....	103
5.9	Enregistrement du temps de travail simplifié(?).....	103
5.10	Entretien préalable au licenciement.....	104
5.11	Erreur essentielle.....	105
5.12	Expatriés.....	107
<b>6.</b>	<b>Lettre F</b> .....	<b>113</b>
6.1	Faits de double pertinence.....	114
6.2	Fin des rapports de travail et obligation de restituer.....	115
6.3	Fonction dirigeante élevée.....	117
6.4	Fonction publique: rapports de droit privé ou de droit public?.....	118
6.5	For: le lieu de travail habituel.....	119
6.6	Foulard islamique.....	121
6.7	Frais de formation de l'employé: remboursement à l'employeur?.....	122
<b>7.</b>	<b>Lettre G</b> .....	<b>125</b>
7.1	Gratification.....	126
7.2	Gratification: réserve quant à son caractère facultatif.....	128
7.3	Grève.....	129
7.4	Grossesse et délai de protection – point de départ.....	132
7.5	Groupe de sociétés.....	133
7.6	Groupe de sociétés: application de l'art. 320 al. 2 CO?.....	133

<b>8.</b>	<b>Lettre H</b> .....	135
8.1	Harcèlement et devoir de protection de l'employeur.....	136
8.2	Harcèlement sexuel.....	138
8.3	Heures supplémentaires (et travail supplémentaire).....	141
8.4	Heures supplémentaires et horaire de travail flexible.....	144
<b>9.</b>	<b>Lettre I</b> .....	147
9.1	Idées politiques ou religieuses de l'employé.....	148
9.2	Immunité de juridiction de l'Etat étranger employeur.....	149
9.3	Impossibilité de renoncer.....	151
9.4	Incapacité de travail et réduction du droit aux vacances.....	153
9.5	Incapacité fautive de travailler.....	153
9.6	Indemnité pour licenciement abusif: calcul.....	154
9.7	Indemnité pour licenciement immédiat injustifié: calcul.....	155
9.8	Indemnité pour licenciement immédiat: très hauts revenus de l'employé.....	156
9.9	Indemnités: cumul licenciement immédiat et tort moral.....	159
9.10	Infractions pénales et licenciement immédiat.....	159
9.11	Insolvabilité de l'employeur.....	160
9.12	Internet: surveillance par l'employeur.....	161
9.13	Invalidation du contrat de travail pour dol.....	163
9.14	Inventions de service.....	164
<b>10.</b>	<b>Lettre J</b> .....	167
10.1	Jours fériés.....	168
<b>11.</b>	<b>Lettre L</b> .....	169
11.1	Libération de l'obligation de travailler.....	170
11.2	Libération de l'obligation de travailler et bonus.....	170
11.3	Libération de l'obligation de travailler et nouvel emploi.....	171
11.4	Liberté syndicale: congé abusif?.....	172
11.5	Licenciement abusif.....	173
11.6	Licenciement abusif: caractère difficile du travailleur.....	175
11.7	Licenciement abusif: le licenciement «fusible».....	176
11.8	Licenciement abusif: motif inexact.....	177
11.9	Licenciement abusif: pluralité de motifs.....	178
11.10	Licenciement: bad buzz.....	178
11.11	Licenciement collectif.....	179
11.12	Licenciement discriminatoire.....	182
11.13	Licenciement en temps inopportun.....	182
11.14	Licenciement immédiat: grands principes.....	184
11.15	Licenciement immédiat, délai de réaction et délai d'éclaircissement.....	186
11.16	Licenciement immédiat et «délai social».....	187
11.17	Licenciement immédiat: ajout de motifs.....	188
11.18	Licenciement immédiat: niveau de confiance.....	189
11.19	Licenciement: travailleur âgé.....	191
<b>12.</b>	<b>Lettre M</b> .....	193
12.1	Maladie et congé abusif.....	194
12.2	Maternité, grossesse et allaitement.....	194

12.3	Mobbing.....	197
12.4	Moteur de recherche.....	198
12.5	Motivation du congé.....	199
12.6	Musicien.....	200
<b>13.</b>	<b>Lettre O</b> .....	<b>201</b>
13.1	Obligation de rechercher un emploi pendant le délai de congé.....	202
13.2	Offres de service du travailleur.....	204
13.3	Open space: un droit au télétravail?.....	205
13.4	Opposition au congé.....	206
<b>14.</b>	<b>Lettre P</b> .....	<b>207</b>
14.1	Participation.....	208
14.2	Participation au résultat de l'exploitation.....	209
14.3	Pilori électronique.....	210
14.4	Plan d'intéressement.....	211
14.5	Plan social obligatoire.....	214
14.6	Prévention des accidents: devoirs de l'employeur.....	215
14.7	Protection des données: l'art. 328b CO.....	217
14.8	Protection des données: l'art. 328b CO et son rapport avec la LPD.....	218
14.9	Protection des données: l'art. 26 OLT3.....	220
14.10	Protection des données: le droit d'accès du travailleur au dossier RH.....	223
14.11	Provision.....	226
14.12	Provision: portée de l'absence de contestation des décomptes.....	227
14.13	Provisions et commissions: calcul du droit au salaire pendant les vacances.....	228
14.14	Provision et rémunération convenable.....	230
<b>15.</b>	<b>Lettre Q</b> .....	<b>233</b>
15.1	Qualification du contrat de travail.....	234
15.2	Quittance pour «solde de tout compte».....	235
<b>16.</b>	<b>Lettre R</b> .....	<b>237</b>
16.1	Règlement du personnel et fait religieux: considérations pratiques.....	238
16.2	Règlement IT (internet, emails, BYOD et cybersurveillance).....	239
16.3	Renseignements inexacts donnés par l'ancien employeur.....	246
16.4	Réparation du dommage causé par l'employé.....	246
16.5	Représentant du personnel: licenciement.....	247
16.6	Responsabilité précontractuelle.....	248
16.7	Responsabilité sociale de l'entreprise et contrat de travail.....	249
<b>17.</b>	<b>Lettre S</b> .....	<b>253</b>
17.1	Salaire.....	254
17.2	Salaire et rémunération des collègues.....	256
17.3	Salaire excessif.....	257
17.4	Salaire insuffisant.....	258
17.5	Surveillance électronique des employés.....	259
17.6	Surveillance vidéo des employés.....	260
<b>18.</b>	<b>Lettre T</b> .....	<b>263</b>
18.1	Taux de change.....	264

18.2	Télétravail .....	266
18.3	Transfert des rapports de travail.....	267
18.4	Travail temporaire et contrats en chaîne .....	268
18.5	Tort moral.....	270
<b>19.</b>	<b>Lettre V</b> .....	<b>273</b>
19.1	Vaccination obligatoire des salariés .....	274
19.2	Vacances .....	275
19.3	Vacances: paiement avec le salaire .....	277
<b>Auteur</b>	.....	<b>281</b>





# Introduction à la quatrième édition

L'actualité récente aura passablement bousculé le monde du travail.

L'épidémie de COVID-19, ses conséquences, auront eu un impact direct et profond sur des employeurs forcés à fermer et des travailleurs envoyés télétravailler dans la précipitation. C'est sans compter encore les questions dérangeantes qui pourraient découler de l'obligation vaccinale, qu'elle soit directe en application des dispositions de santé publique, ou indirecte en vertu de pressions du marché.

Ce manuel doit cependant faire des choix, trier, dans l'actualité, ce qui ressort de l'éphémère (les multiples ordonnances fédérales et cantonales prises à telle ou telle étape de la pandémie) et ce qui tient à des problèmes nouveaux et durables mis en lumière par les soubresauts de la pandémie (télétravail, vaccins).

La jurisprudence a aussi évolué depuis la dernière édition. Le Tribunal fédéral a ainsi statué, par exemple, sur le délai de prescription applicable aux actions relatives au certificat de travail, mais aussi sur les rémunérations variables (encore!), les enquêtes internes, etc.

**Le but de cet ouvrage est toutefois toujours resté le même: offrir une première orientation, un éclairage, de manière simple et accessible, la matière étant arrangée alphabétiquement par mots-clés.**

**Les pages que vous lirez ne constituent donc pas un traitement exhaustif de tous les sujets abordés, et ne sauraient remplacer une consultation juridique dans une situation particulière.**

## Introduction à la troisième édition

Le livre que vous tenez entre les mains est une nouvelle édition, passablement revue et considérablement augmentée, de l'ouvrage *Le droit du travail suisse de A à Z* paru initialement fin 2015.

L'épuisement rapide de cette première version, couplé avec une évolution fulgurante de la jurisprudence et de la législation, nous ont conduit à revoir complètement le texte et à l'enrichir de manière substantielle une première fois, puis une seconde.

La troisième édition de cet ouvrage se prête à un exercice rétrospectif.

On permettra à l'auteur, qui atteint l'âge où on peut pontifier, de se livrer à cet exercice, après près d'un quart de siècle de pratique dans un domaine du droit confus entre tous, le droit du travail.

L'exercice prospectif, et rétrospectif, du bilan dans un domaine juridique donné est toujours risqué. Outre les comparaisons évidentes que l'on pourrait faire avec les diseuses de bonne aventure (le futur sera ...), la prédiction revient à trouver son chemin dans une champignonnière en folie, tant les sources du droit du travail et les soubresauts de sa production apparaissent exubérants. Le regard porté sur le passé peut aussi se parer d'une sagesse à bon compte (le passé a été ...) tant il est facile d'avoir raison quand on sait déjà ce que les faits furent.

Il n'en demeure pas moins qu'il est utile de faire un pas de côté, et d'essayer de voir si l'on peut distinguer quelques lignes de force, des tendances, des faits marquants. Comme le dit la sagesse populaire, il faut «lever le nez du guidon» et essayer de voir la route. S'offrent alors au regard quelques traits notables du droit du travail suisse.

Le premier concerne les sources du droit du travail, et les facteurs de sa production. Le domaine a toujours été particulier, en ce qu'il empiétait certes sur le droit privé, mais aussi sur le droit public, sur le droit collectif et sur le droit social. Ce sont les piliers usuels du droit du travail en Suisse, dont tous les praticiens ont appris à conjuguer le Code des obligations, mais aussi la loi sur travail, les subtilités des conventions-collectives et des contrats-types, ainsi que les dispositions relatives aux assurances sociales. Force est toutefois de constater que l'on est contraint aujourd'hui de maîtriser encore d'autres domaines, dans des proportions toujours croissantes. Il est ainsi difficile d'ignorer la fiscalité, mais aussi les prescriptions de types réglementaires ou de surveillance, le droit international des assurances sociales ou de la double imposition, la protection des données, etc. Que faire par exemple quand vos données sont transférées par votre employeur à des autorités étrangères malveillantes? Pourquoi une autorité régulatrice peut-elle vous inscrire sur une sorte de «liste noire» qui peut vous empêcher de travailler («watch-list» FINMA)? Où sont taxés les revenus que vous tirez de votre employeur suisse pendant une période de Garden Leave si vous habitez en France ou en Allemagne? Un employé a-t-il un droit à pratiquer le télétravail? Voilà quelques-unes des questions qui se sont posées ces dernières années.

Ce premier fait a eu pour conséquence (deuxième fait notable) un accroissement des risques de contradictions, de lacunes, de discrédances ou de dissonances entre les différents domaines juridiques qui ont une influence sur la relation de travail. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une nouveauté: le travailleur au sens de l'assurance-accidents n'est pas le même que celui du droit du travail, un administrateur peut être indépendant ou dépendant selon qu'on l'examine sous l'angle du droit contractuel ou du droit fiscal, la résiliation (même abusive, injustifiée ou discriminatoire) met fin au contrat de travail – mais la loi sur l'égalité vous permet de refaire ce qui avait été défait, etc. Il est par contre malheureux que le juge, alors qu'il aurait parfois l'opportunité de réduire ces failles béantes laissées par le législateur, en rajoute. Un exemple criant est ici la longue et tortueuse jurisprudence sur le critère de l'accessoriété dans le cadre de la qualification du bonus. Au nom d'une partie de la doctrine, le Tribunal fédéral a jugé que ce critère

ne s'appliquerait plus pour les «très hauts revenus», notion qu'il aurait pu définir en s'inspirant des critères de la notion de «salaire excessif» au sens du droit fiscal. Il y avait là une pratique avérée, appuyée sur des indicateurs statistiques solides, et qui aurait pu permettre de fonder une notion uniforme des rémunérations qui excèdent le marché. Patatras, sans que l'on comprenne toujours pourquoi, il a été préféré un indicateur basé sur un multiple du salaire médian suisse dans le secteur privé (5×). Une occasion ratée, mais il y en eu d'autres.

Troisième fait notable, on ne peut que remarquer une production jurisprudentielle très hardie, qui se donne parfois pour motif implicite de pallier aux insuffisances du droit tel qu'il est. Le fait, en lui-même, n'est pas critiquable. Le juge, en effet, est confronté régulièrement aux discrédits susmentionnés, et il est parfois légitime qu'il puisse développer des solutions ambitieuses. Mais lui appartient-il vraiment de se substituer au législateur dans certains domaines? La protection des travailleurs de plus de 50 ans est par exemple une question grave, et lourde de conséquences sur le plan social et humain. Mais ce «palier» n'existe pas en droit du travail. Il aura donc fallu que le Tribunal fédéral s'appuie sur l'art. 328 CO pour «inventer» à charge de l'employeur des obligations particulières quand il entend licencier un collaborateur de plus de 50 ans et au bénéfice d'une grande ancienneté. L'effet est heureux, et cette jurisprudence tout à fait bienvenue, mais on peut quand même s'interroger sur les rôles respectifs du législateur et du juge.

Quatrième fait notable, la multiplication d'«effets de mode» dans les problématiques en rapport avec le droit du travail. Pour un domaine qui, pendant des décennies, a connu des évolutions marquées par un train de sénateur (ou d'escargot), le fait de le voir soumis aujourd'hui aux mêmes soubresauts que d'autres est une nouveauté.

Le droit du travail, cinquième fait notable, n'est pas épargné par un phénomène qui touche l'ensemble des domaines du droit, celui de la baisse de la densité normative, contemporaine de l'inflation des normes. Si on produit de plus en plus de normes, et sous toutes les formes possibles et imaginables (lois, ordonnances, recommandations, directives, circulaires, etc.), le résultat en est souvent un droit mou, déstructuré, plus déclaratif que véritablement normatif. Plus il y a de normes, paradoxalement, plus le degré de certitude baisse, en raison de leurs contradictions bien sûr, comme relevé plus haut, mais aussi parce qu'elles sont à mi-chemin de la prescription et de l'intention, du compromis et de la volonté. On pensera bien sûr à la mise en œuvre de l'article constitutionnel sur l'immigration de masse, qui n'est ni une mise en œuvre ni nentend lutter contre celle-ci, mais la mise en place d'une vague obligation de déclaration sans but très compréhensible. Mais on pourrait aussi évoquer la réforme de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg; RS 151.1) qui a poussé très loin ce processus normatif bavard, logiquement et intellectuellement faible et dont les résultats concrets sont pour le moins nébuleux (l'augmentation de la bureaucratie mise à part.)

C'est dire si, dans ce paysage déchiqueté, un ouvrage d'orientation, une boussole, peuvent apparaître utiles aux praticiens. C'est l'ambition de ces pages: être un guide de premier recours, l'endroit où l'on trouvera les premières définitions, où l'on éprouvera le doute et où l'on certifiera l'intuition.

Les pages qui vont suivre sont largement inspirées du blog <https://droitdutravailensuisse.com>.

Elles procèdent aussi naturellement du choix et de la subjectivité de l'auteur. Il a fallu aussi retrancher certains chapitres qui ont déjà fait l'objet de traitements plus exhaustifs dans notre ouvrage **Le salaire suisse. Aspects pratiques, droit du travail et droit fiscal**, Zurich, 2018

**Les pages que vous lirez sont une première orientation, une aide dans le maquis du droit du travail. Elles ne sont pas exhaustives, et ne sauraient l'être. Elles sont une boussole, pas un avis de droit.**

**Le lecteur donc sera toujours bien inspiré de soumettre des questions pratiques, surtout si elles sont susceptibles d'avoir des conséquences financières, à un Conseil (avocat, mandataire syndical ou patronal). Une consultation préalable, dans un cas particulier, vaut toujours mieux qu'un long litige s'il peut être évité.**

# Abréviations des principales lois et ordonnances citées

- CC** Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
- CO** Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220)
- CP** Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
- CPC** Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
- Cst** Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
- LAA** Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (RS 832.20)
- LACI** Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (RS 837.0)
- LAVS** Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10)
- LEg** Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité; RS 151.1)
- LHID** Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (RS 642.14)
- LIFD** Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11)
- LPD** Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1)
- LPP** Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.40)
- LSE** Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (RS 823.11)
- LTr** Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail; RS 822.11)
- OLT 1** Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (RS 822.111)
- OLT 3** Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (RS 822.113)
- OPP2** Ordonnance 2 du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.441.1).



# Autres textes cités

## Loi sur la participation

Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (RS 822.14)

## Oexpa

Ordonnance du 3 octobre 2000 relative aux déductions, en matière d'impôt fédéral direct, de frais professionnels des employés occupant une fonction dirigeante et des spécialistes qui exercent en Suisse une activité temporaire (Ordonnance concernant les expatriés, Oexpa; RS 642.118.3)

## Ordonnance sur les frais professionnels

Ordonnance du 10 février 1993 du DFF sur la déduction des frais professionnels des personnes exerçant une activité lucrative dépendante en matière d'impôt fédéral direct (RS 642.118.1)





# 1.

## Lettre A

1.1	Abandon de poste.....	16
1.2	Accord de résiliation des rapports de travail.....	17
1.3	Activité indépendante ou salariée (AVS)? .....	21
1.4	Activités de jeunesse extra-scolaires .....	22
1.5	Administrateur-directeur: début et fin du contrat de travail .....	23
1.6	Alcool au travail.....	26
1.7	Apprentissage (contrat d').....	27
1.8	Assistance judiciaire .....	28
1.9	Assurance accident .....	30
1.10	Attraction de compétence .....	30
1.11	Avances sur salaire .....	31
1.12	Avertissement.....	32
1.13	Avocat (frais d').....	33

# 1. Lettre A

## 1.1 Abandon de poste

A teneur de l'art. 337d al. 1 CO, lorsque le travailleur n'entre pas en service ou abandonne son emploi abruptement sans justes motifs, l'employeur a droit à une indemnité égale au quart du salaire mensuel; il a en outre droit à la réparation du dommage supplémentaire.

### IMPORTANT

Le juge peut réduire l'indemnité selon sa libre appréciation si l'employeur ne subit aucun dommage ou si le dommage est inférieur à l'indemnité de l'alinéa 1 (art. 337d al. 2 CO).



Si le droit à l'indemnité ne s'éteint pas par compensation, il doit, sous peine de péremption, être exercé par voie d'action en justice ou de poursuites dans les 30 jours à compter de la non-entrée en place ou de l'abandon d'emploi (art. 337d al. 3 CO).

L'art. 337d CO traite donc de la résiliation immédiate injustifiée du contrat de travail par le travailleur qui «abandonne son emploi», soit avant l'entrée en service, soit lors de l'exécution du contrat de travail.

La norme suppose un refus conscient, intentionnel et définitif du travailleur d'entrer en service ou de poursuivre son travail.

La rupture de contrat envisagée par cette disposition peut être faite oralement ou par écrit; elle peut encore se manifester par actes concluants.

La décision du travailleur d'abandonner son emploi doit toutefois apparaître nettement.

Si tel est le cas, le contrat prend alors fin immédiatement, sans que l'employeur soit tenu d'adresser au travailleur une résiliation immédiate dudit contrat. L'employeur fera bien toutefois de prendre acte par écrit de l'abandon d'emploi et de le notifier.

Si le doute est permis quant à la volonté de l'employé, l'employeur devra mettre en demeure celui-ci de reprendre ses responsabilités à bref délai, faute de quoi il y aura abandon de poste. Cas échéant, il répétera cette mise en demeure.

**À NOTER**

L'indemnité de l'art. 337d CO est forfaitaire et correspond à un quart du salaire mensuel brut.



Cette indemnité forfaitaire maximale peut être obtenue par voie de compensation, par voie d'action en justice ou par voie de poursuite.

La réparation du dommage supplémentaire est aussi réservée.

## 1.2 Accord de résiliation des rapports de travail

A la fin du contrat de travail, toutes les créances qui en découlent deviennent exigibles (art. 329 al. 1 CO).

A teneur de l'art. 341 al. 1 CO le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective.

Le but de cette dernière disposition est de protéger le travailleur en évitant que celui-ci, sous la pression de son employeur, renonce à certains de ses droits découlant de dispositions impératives ou semi impératives régulant les rapports de travail (contrat, CO, mais aussi CCT, LEg, etc.)

L'art. 341 al. 1 CO ne s'applique toutefois qu'en cas de renonciation unilatérale du travailleur portant sur des prétentions à l'encontre de son employeur. En revanche, lorsque les parties parviennent à un accord comportant des concessions réciproques et suffisantes, celui-ci est valable.

Il en résulte qu'un contrat de travail de durée déterminée ou indéterminée peut être rompu d'un commun accord (accord de résiliation).

L'accord de résiliation doit toutefois être distingué de l'accord sur les modalités de la résiliation des rapports de travail.

En effet, dans le premier cas les parties manifestent leur volonté concordante de mettre un terme aux relations de travail, alors que dans le second la convention a pour seule fin de régler tout ou partie des conditions et modalités de la fin des rapports de travail ensuite d'une résiliation unilatérale par l'une des parties.

La distinction est importante, notamment parce qu'en cas de résiliation conventionnelle, le travailleur perd sa protection contre les licenciements abusifs ou en temps inopportuns

(art. 336 ss CO) alors qu'il ne peut y renoncer dans le cadre d'un accord sur les modalités de la résiliation du contrat de travail.

Pour ce qui est de la forme de l'accord de résiliation, il est possible de convenir en tout temps d'un tel accord pour autant que les parties ne cherchent pas, ce faisant, à détourner une disposition impérative du contrat de travail.

Pour être valable, un accord de résiliation des rapports de travail doit être librement consenti. Il n'est soumis à aucune exigence de forme, et peut même découler d'actes concluants, et ce quand bien même les parties auraient réservé la forme écrite à la modification du contrat de travail.

Un accord de résiliation par actes concluants n'est toutefois admis qu'avec énormément de réserves, la volonté des parties de se départir du contrat devant être sans équivoque. Il faut en effet rappeler qu'un tel accord prive l'employé de la protection contre le congé (art. 336 ss CO) et entraîne des pénalités au niveau de l'assurance-chômage. Il ne faut dès lors pas conclure facilement que l'employé ait souhaité se placer dans cette situation. Une convention écrite est donc toujours préférable.

Toujours au niveau formel, la jurisprudence exige fréquemment que l'employé bénéficie d'un délai de réflexion suffisant pour se déterminer sur une proposition de l'employeur.

Sur le fond, la validité d'un accord de résiliation suppose que celui-ci contienne des concessions réciproques d'importance comparable, faute de quoi la renonciation de l'employé à des droits découlant de dispositions impératives du contrat de travail ne serait pas valable.

L'étendue des concessions des parties doit être appréciée au moment de la conclusion de l'accord, selon les chances de faire valoir les prétentions auxquelles il est renoncé. Il convient aussi de prendre en compte les événements prévisibles pouvant survenir jusqu'à la fin du délai de congé et imputables à aucune des parties, comme la survenance d'une période de protection en raison d'une incapacité de travail.

Ce dernier critère introduit malheureusement une certaine imprévisibilité dans l'appréciation de l'importance et de la réciprocité des concessions. La difficulté peut être «contournée» en prévoyant que l'accord de résiliation est soumis à une condition, le terme effectif des rapports de travail à une certaine date, et que dans l'hypothèse inverse les conditions légales (ou d'autres conditions contractuelles alternatives) s'appliqueraient.

Un accord de résiliation qui ne procède pas de concessions réciproques comparables est invalide; il convient alors d'en faire abstraction en appliquant les dispositions ordinaires sur la fin des rapports de travail et leurs conséquences. Les parties doivent se voir plongées dans les conditions qui auraient été les leurs si elles n'avaient pas conclu la convention litigieuse.