

Résiliation: cas particuliers

Auteurs



Thomas Wachter a travaillé plusieurs années comme responsable des ressources humaines dans le domaine de la recherche et du développement chez Schindler Aufzüge AG, puis au service du personnel du canton de Lucerne, notamment en tant que responsable des outils RH ainsi que du système salarial et membre de la direction. Il a également travaillé pendant de nombreuses années pour WEKA Business Media AG en tant qu'éditeur et conférencier. Il supervise et développe actuellement une série de publications.



Maître Michael Oberdorfer, licencié en droit prodigue différents conseils de droit privé du travail à de nombreuses PME et conseille également diverses collectivités en matière de droit du personnel du secteur public. Il exerce en tant qu'avocat indépendant (Personal & Recht GmbH), en tant que médiateur, conseiller en conflits et ombudsman (KühneOberdorfer Mediationen).

Impressum

Résiliation: cas particuliers

Special Dossier

Auteurs Thomas Wachter & Michael Oberdorfer

Direction de projet Birgitt Bernhard **Traduction** Nicolas Turberg **Mise en page/composition** Tobias Ammann

WEKA Business Media AG, Hermetschloostrasse 77, 8048 Zürich, Tel. 044 434 88 34
info@weka.ch, www.weka.ch, www.weka-library.ch

Zurich • Kissing • Paris • Vienne

SD8136-2103-202603

© WEKA Business Media AG, Zürich

Tous les droits sont réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Aucune partie de l'ouvrage ne peut être reproduite sous quelque forme que ce soit (photocopie, microfilm ou autre procédé) ou enregistrée, traitée ou diffusée à l'aide de systèmes électroniques sans l'autorisation écrite de la maison d'édition. Dans la mesure du possible, nous utilisons toujours des termes neutres. Pour des raisons de place ou de lisibilité, nous n'utilisons qu'une seule orthographe pour les textes.

Table des matières

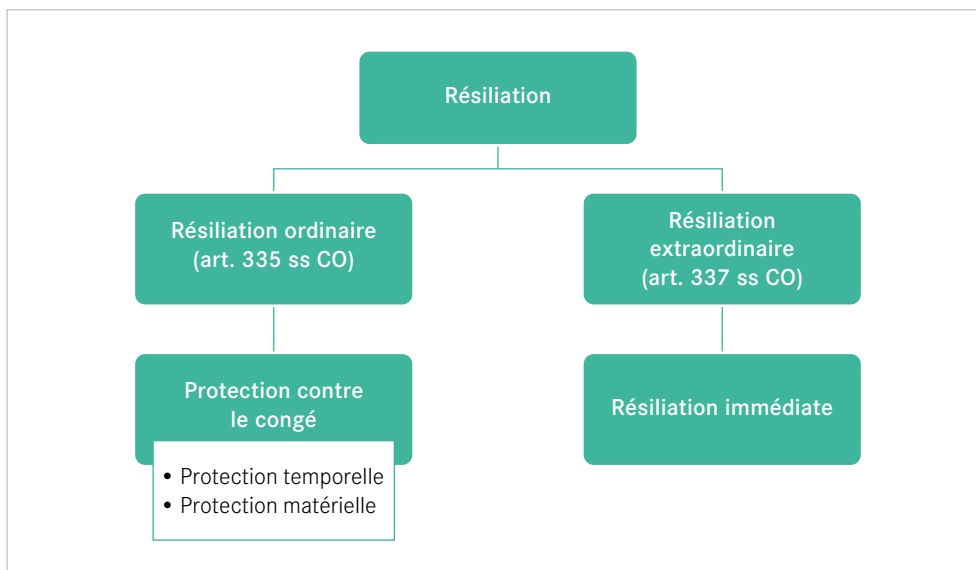
1. Résiliation par l'employeur: généralités	5
2. Cas particuliers: moment de la résiliation	7
2.1 Résiliation avant l'entrée en service	7
2.2 Résiliation pendant le temps d'essai	8
2.3 Résiliation en temps inopportun	11
3. Cas particuliers: contenu	16
3.1 Licenciement de collaborateurs âgés	16
3.2 Licenciement de collaborateurs en incapacité de travail	20
3.3 Licenciement de cadres	21
3.4 Résiliation en cas de mobbing	22
3.5 Licenciement en cas de harcèlement sexuel	24
4. Cas particuliers: forme	28
4.1 Par écrit	28
4.2 Oralement	29
4.3 Tacitement	29
5. Résiliation immédiate	30
5.1 Exigences auxquelles on doit satisfaire	30
5.2 Cas de figure	32
6. Résiliation du rapport d'apprentissage	39
6.1 Résiliation unilatérale	39
6.2 Résiliation d'un commun accord	40
7. Licenciement collectif	41
7.1 Généralités	41
7.2 Plan social	44
8. Congé-modification	47

Partie pratique: FAQ	53
Avertissement: modèle	56
Congé-modification: modèle	57
Résiliation pendant le temps d'essai: modèle	58
Avertissement pour cause d'harcèlement sexuel	59
Accord de résiliation (cadre): modèle	60

1

Résiliation par l'employeur: généralités

Tout employeur peut en principe résilier un contrat de travail sans motif particulier, à condition de respecter les délais de congé légaux ou contractuels.



Sauf convention contraire, la résiliation peut être effectuée oralement ou par écrit. Pour être valable, la résiliation doit être communiquée à l'autre partie ou au moins parvenir «dans sa sphère de puissance». Ce n'est pas la date d'envoi d'une lettre qui est déterminante, mais le moment où la résiliation a pu être reçue. Tout retard en matière d'acheminement du courrier est à la charge de la partie qui résilie.

Pour les contrats de travail à durée indéterminée, les délais de congé légaux qui suivent s'appliquent après le temps d'essai:

Année de service	Délai de congé
Pendant le temps d'essai	7 jours civils pour n'importe quel jour
1^{ère} année de service	1 mois pour une fin de mois
De la 2^e à la 9^e année de service	2 mois pour une fin de mois
A partir de la 10^e année de service	3 mois pour une fin de mois

S'il est possible de déroger à la chose par accord écrit, le délai de congé doit être d'au moins un mois à partir de la deuxième année de service. Les délais de longueur différente pour les employeurs et les employés ne sont pas admissibles.

Le délai de congé commence le premier jour du mois suivant la résiliation et se termine le dernier jour du délai correspondant. Si la résiliation n'est notifiée qu'après la fin du mois, le délai ne commence à courir qu'à partir du mois suivant, ce qui ajourne d'autant la fin du contrat de travail.

Les périodes de protection, par exemple en cas de maladie, d'accident ou de grossesse, peuvent prolonger le délai de congé ou nullifier la résiliation. Si elle est nulle, la résiliation doit être réitérée à l'expiration de la période de protection.

Le contrat peut prévoir une résiliation à n'importe quelle date. Cela présente l'avantage de ne pas prolonger inutilement le délai de congé en cas de bref empêchement de travailler pendant cette période.

La protection contre le congé s'applique uniquement en faveur du travailleur, à une exception près. Lorsque le travailleur résilie de lui-même son contrat de travail puis tombe malade pendant le délai de congé ou doit accomplir son service militaire, le délai de congé n'est pas prolongé pour cette raison. Une collaboratrice enceinte peut également choisir de résilier son contrat à tout moment.

2

Cas particuliers: moment de la résiliation

Les résiliations par l'employeur, que ce soit pour des raisons de capacité (réduction des effectifs, restructuration) ou pour des raisons de performance, sont en principe possibles sans qu'il soit nécessaire d'invoquer des motifs particuliers. Il suffit donc, pour l'essentiel, de respecter les délais.

2.1 Résiliation avant l'entrée en service

Résiliation par l'employeur avant l'entrée en service

Si, entre la conclusion du contrat et la date prévue d'entrée en fonction du salarié, l'employeur trouve quelqu'un de «meilleur» ou de «plus avantageux» et annule donc la prise d'emploi convenue, la question se pose de savoir quelles en sont les conséquences juridiques.

Le tableau qui suit vous présente ici les trois cas de figure possibles en cas de résiliation ou de non-entrée en fonction intervenant avant le jour de la prise d'emploi et leurs conséquences juridiques respectives:

Résiliation par l'employeur avant l'entrée en service	Le travailleur n'entre pas en service	Résiliation par le travailleur avant l'entrée en service
<ul style="list-style-type: none">• Possible au moyen d'un accord de résiliation• Alternative: résiliation en tenant compte du délai de congé du temps d'essai• Obligation de verser le salaire pendant sept jours à compter de la date prévue pour l'entrée en service	<ul style="list-style-type: none">• Dommages-intérêts conformément à l'art. 337d CO• Forfait: 1/4 du salaire mensuel possible• Exercer le droit dans un délai de 30 jours (poursuite/action en justice)	<ul style="list-style-type: none">• Résiliation en tenant compte du délai de congé du temps d'essai• Obligation de verser le salaire pendant 7 jours à compter de la date prévue pour l'entrée en service• Solution idéale: accord de résiliation

Dans la mesure du possible, il convient d'éviter de tels cas. Si cela n'est pas possible, il est préférable d'annuler le contrat de travail par le biais d'un accord de résiliation. Si cela n'est pas possible non plus, le contrat de travail peut être résilié en respectant le délai de congé prévu pour la période d'essai, mais le «salaire contre travail» reste dû pendant les sept premiers jours du temps

d'essai, car le délai de congé ne commence à courir qu'à partir du premier jour du temps en question. Lorsqu'aucun accord de résiliation n'est envisageable, il est raisonnable de renoncer à la prestation de travail tout en versant le salaire pour les sept premiers jours du temps d'essai.

Le travailleur n'entre pas en service

Lorsque le travailleur n'entre pas en service ou abandonne son emploi abruptement sans justes motifs, l'employeur a droit à une indemnité (art. 337d CO). Comme il est rarement possible de prouver ce préjudice de façon détaillée dans la pratique, la loi prévoit que l'employeur puisse réclamer un quart du salaire mensuel à titre de dommages-intérêts sans avoir à en détailler le montant (art. 337d CO).

Si le quart de salaire ne peut être réclaté par compensation, il doit être réclaté dans les 30 jours suivant la non-entrée en service ou l'abandon du poste par voie de poursuite ou d'action en justice; un simple rappel ne suffit pas. Ce délai doit être respecté sous peine de péremption. Reste alors à l'employeur à prouver le préjudice effectif, cette action n'étant pas soumise à ce dernier délai. Si l'employeur n'a subi aucun préjudice ou seulement un préjudice minime, le montant peut être réduit par le juge (art. 337d CO).

En bref

- L'employeur peut exiger forfaitairement **¼ du salaire mensuel** à titre de dommages-intérêts (art. 337d CO), mais doit le faire valoir dans un délai de **30 jours**.
- Un **refus unilatéral** peut être considéré comme une résiliation ou une rupture de contrat, pouvant entraîner, côté travailleur, d'éventuelles **obligations en matière d'indemnisation**.
- Plus la partie adverse est informée tôt, plus il est loisible d'éviter tous dommages ou litiges juridiques.

Résiliation par le travailleur avant l'entrée en service

Le cas d'un travailleur résiliant son contrat avant même d'entrer en service est différent de celui d'un travailleur qui n'entre pas en service. Les travailleurs ont également la possibilité de résilier le contrat de travail avant leur entrée en fonction, en respectant le délai de congé de la période d'essai. Dans ce cas également, le délai de congé commence à courir à partir du premier jour de la période d'essai, raison pour laquelle le «salaire contre travail» est dû pour sept jours. Dans l'idéal, il est conseillé de conclure un accord de résiliation dans ces cas bien particuliers.

2.2 Résiliation pendant le temps d'essai

Début et durée du temps d'essai

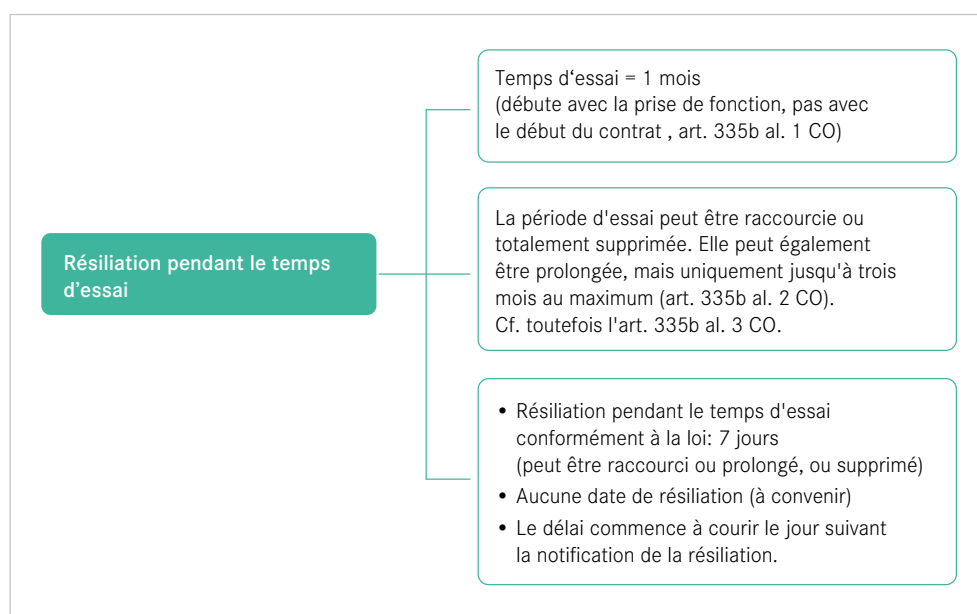
Au début d'un nouveau contrat de travail, on convient généralement d'un temps ou période d'essai. Sauf accord contraire, la période d'essai commence à courir à la date d'entrée en service, dans le cas d'un contrat à durée indéterminée, et dure un mois. Le début de la période d'essai peut coïncider avec le début du contrat, mais ce n'est pas obligatoire. Si la date d'entrée en service est avancée ou reportée, le début du temps d'essai est également modifié en conséquence.

La période d'essai sert à déterminer si l'exercice de l'activité convenue est dans l'intérêt des deux parties. Elle ne peut donc être convenue qu'à l'occasion d'une nouvelle prise de fonction et une seule fois. Le passage d'un contrat d'apprentissage à un contrat de travail normal, la reprise de l'entreprise ou une promotion ne donnent donc pas lieu de convenir d'une nouvelle période d'essai. Il existe quelques exceptions pour le travail temporaire (nouvelle activité dans une autre entreprise locataire de services, activité complètement différente au sein d'un groupe). Lorsqu'un employé temporaire intègre l'entreprise locataire de services à la fin de sa mission, cette dernière peut à nouveau convenir d'une période d'essai, car il s'agit alors d'un nouvel employeur.

Dans le cas d'un contrat de travail à durée déterminée, il n'y a pas de période d'essai. Un contrat de travail est considéré comme étant à durée déterminée lorsque les dates de début et de fin sont clairement identifiables pour les deux parties. Un contrat de travail à durée déterminée prend fin en principe sans résiliation (art. 334 al. 1 CO). Si la date de fin ne peut être déterminée avec précision, si elle dépend de la volonté d'une seule partie ou si le contrat de travail se poursuit tacitement après l'expiration de la durée déterminée, on considère qu'il s'agit d'un contrat de travail à durée indéterminée (art. 334 al. 2 CO). Si une période d'essai est prévue dans le cadre d'un contrat de travail à durée déterminée, celle-ci doit être expressément convenue. La durée déterminée ne commence alors qu'après expiration du temps d'essai.

Possibilité de résiliation pendant le temps d'essai

Le tableau suivant vous présente les principales dispositions relatives à une résiliation pendant la période d'essai:



Pendant le temps d'essai, le contrat de travail peut être résilié moyennant un délai de congé de sept jours. Sauf accord écrit contraire, le premier mois est considéré comme période d'essai. La durée maximale de la période d'essai est de trois mois. La résiliation peut avoir lieu à n'importe quelle date. Si la résiliation ne doit être possible qu'à un certain jour de la semaine, par exemple à la fin de la semaine, cela doit être convenu par écrit.

Exemple

Une supérieure hiérarchique licencie un collaborateur pendant sa période d'essai. Le licenciement est prononcé et remis mercredi. Le contrat de travail prend fin le mercredi suivant.

Le bref délai de congé inhérent à la période d'essai est valable si la résiliation parvient à la partie adverse ou lui est remise au plus tard le dernier jour de la période en question. Le fait que la relation de travail ne prenne fin qu'après expiration de ce délai n'a aucune importance.

Exemple

Monsieur Türlér prend ses fonctions le 1^{er} octobre. Son contrat ne mentionne aucune période d'essai. Dès les premiers jours, il apparaît clairement qu'il n'est pas à la hauteur de ses tâches. Son supérieur hiérarchique souhaite donc savoir quand il peut le licencier et dans quel délai.

Selon le CO, le premier mois est considéré comme une période d'essai, sauf convention contraire. Si son supérieur hiérarchique lui remet sa lettre de congé au plus tard le dernier jour

