

# **Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié)**

## **Rapport explicatif et avant-projet**

---

**Septembre 2010**

## Table des matières

<b>1 Présentation du projet</b>	<b>3</b>
1.1 Contexte	3
1.1.1 Demandes d'une sanction plus stricte en cas de congé abusif ou injustifié	3
1.1.1.1 Protection en cas de signalement de faits répréhensibles	3
1.1.1.2 Plainte de l'Union syndicale suisse à l'Organisation internationale du travail (OIT)	3
1.1.2 Position du Conseil fédéral	5
1.1.3 Droit en vigueur	5
1.1.3.1 La protection contre les congés	5
1.1.3.2 Protection de l'activité syndicale et des représentants des travailleurs contre les congés	9
1.1.3.3 Les conventions collectives de travail	11
1.1.3.4 Les contrats-types de travail	13
1.1.4 Examen du droit en vigueur et besoin de légiférer	14
1.2 Examen de la sanction dans le droit en vigueur	14
1.2.1 Indemnité	14
1.2.2 Fixation du montant par le juge	15
1.2.3 Maximum de l'indemnité	16
1.2.4 Protection particulière pour les représentants du personnel et les délégués syndicaux	18
1.2.5 Parité et caractère absolument impératif de la protection contre les congés abusifs	20
1.3 Les changements proposés	21
1.4 Justification et appréciation de la solution proposée	21
1.4.1 Maintien des principes du droit en vigueur	21
1.4.2 Meilleure protection contre les congés	22
1.5 Droit international, rapports avec le droit européen et droit comparé	23
1.5.1 Droit international	23
1.5.2 Rapports avec le droit européen	25
1.5.3 Droit comparé	27
<b>2 Commentaire</b>	<b>33</b>
<b>3 Conséquences</b>	<b>35</b>
<b>4 Liens avec le programme de législature et le plan financier</b>	<b>35</b>
<b>5 Aspects juridiques</b>	<b>35</b>
5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois	35
5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	35
5.3 Forme de l'acte à adopter	36
5.4 Délégation de compétences législatives	36
<b>Annexe</b>	<b>37</b>
<b>Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) (Projet)</b>	

**1** **Présentation du projet**

**1.1** **Contexte**

**1.1.1** **Demandes d'une sanction plus stricte en cas de congé abusif ou injustifié**

**1.1.1.1** **Protection en cas de signalement de faits répréhensibles**

La motion Gysin (03.3212). Protection juridique pour des personnes qui découvrent des cas de corruption du 7 mai 2003, a été adoptée par le Parlement le 22 juin 2007. Le second point de la motion demandait que la sanction de l'art. 336a, al. 2, CO soit examinée et qu'une sanction plus sévère soit proposée si nécessaire. En exécution de cette motion, le Conseil fédéral a mis en consultation le 5 décembre 2008 un avant-projet de révision partielle du code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur). Une sanction plus sévère en cas de licenciement consécutif à un signalement a été étudiée<sup>1</sup>. Le Conseil fédéral s'en est tenu aux choix que le législateur a effectués lors de la révision de la protection contre les congés de 1988 (voir ci-dessous ch. 1.1.3.1). Il a proposé de garder l'indemnité comme sanction du congé abusif ou injustifié. Il s'est également refusé de fixer un montant maximal plus élevé dans le seul cas du signalement.

La consultation s'est achevée le 31 mars 2009. Le Conseil fédéral a pris connaissance des résultats de la consultation le 16 décembre 2009. Des avis diamétralement opposés ont été exprimés. Une partie des participants a estimé que le droit en vigueur était suffisant et qu'aucune modification législative n'était nécessaire. Une autre partie a jugé que des mesures législatives s'imposaient, mais que le projet ne permettait pas de protéger adéquatement le travailleur qui signale des faits répréhensibles. Le manque de sévérité de la sanction en cas de congé-représailles a en particulier été relevé. Plusieurs participants ont proposé d'introduire l'annulabilité du licenciement consécutif à un signalement licite. D'autres ont estimé que la sanction devait être revue pour tous les motifs de congé abusif. Ces critiques n'émanaient pas uniquement des syndicats et des partis qui défendent traditionnellement les intérêts des travailleurs. Elles ont été également exprimées par des cantons, par les organisations s'occupant de lutte contre la corruption et par les milieux académiques<sup>2</sup>.

**1.1.1.2** **Plainte de l'Union syndicale suisse à l'Organisation internationale du travail (OIT)**

L'Union Syndicale Suisse (USS) a déposé une plainte contre la Suisse le 14 mai 2003 auprès de l'Organisation internationale du travail (OIT). La plainte se rapporte à la sanction du congé abusif de délégués ou de représentants syndicaux. L'USS estime que la législation suisse n'est pas conforme à l'art. 1 de la convention (n° 98) de l'OIT sur le droit d'organisation et de négociation collective<sup>3</sup>. Cette disposition prévoit que les travailleurs doivent bénéficier d'une protection adéquate contre tous

<sup>1</sup> Avant-projet de révision partielle du code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur) du 5 décembre 2008, ch. 1.2.5  
<sup>2</sup> Voir Département fédéral de justice et police, Rapport sur les résultats de la consultation, décembre 2009, ch. 3.2.1  
<sup>3</sup> RS 0.822.719.9

actes de discrimination tendant à porter atteinte à la liberté syndicale en matière d'emploi (art. 1, al. 1), notamment le licenciement en raison de l'affiliation à un syndicat ou de la participation à des activités syndicales en dehors des heures de travail ou durant ces heures si l'employeur y consent (art. 1, al. 2, let. b). L'argument central de l'USS consiste à dire que la sanction prévue par le droit suisse n'est pas suffisamment dissuasive en regard des exigences de la convention. Les tribunaux accordent dans la plupart des cas une indemnité de trois mois. Même l'indemnité maximale de six mois ne dissuaderait pas les employeurs de porter atteinte à la liberté syndicale. Du point de vue de l'USS, la Suisse devrait, pour satisfaire à ses obligations internationales, prévoir la réintégration en cas de licenciement abusif de délégués syndicaux. Les tribunaux auraient déjà la possibilité de le faire, car la convention (n° 98) serait directement applicable. Mais, le caractère directement applicable n'étant pas unanimement reconnu en Suisse, une intervention du législateur serait nécessaire. L'USS a présenté des exemples à l'appui de sa demande. Elle a soumis des exemples additionnels au Bureau international du travail (BIT) dans une communication du 7 avril 2006.

Le Conseil fédéral a présenté ses observations sur la plainte de l'USS dans un rapport du 31 mars 2004. La plainte (cas n° 2265) a été traitée le 17 novembre 2004 par le Conseil d'administration du BIT. Le Comité de la liberté syndicale a adressé une recommandation au gouvernement suisse l'enjoignant de procéder à des discussions tripartites qui serviraient à examiner la situation pratique et juridique actuelle et aboutiraient, si la nécessité en est avérée, à des mesures assurant une protection réellement efficace. Le Comité a également demandé au gouvernement de lui fournir des informations sur l'évolution de la situation en relation avec le cas.

La Commission fédérale tripartite pour les affaires de l'OIT, qui regroupe des représentants de l'administration fédérale et des partenaires sociaux, a été consultée sur ce dossier. Elle en a traité le 4 mars 2005 et le 18 août 2005. Elle a décidé d'organiser une discussion tripartite sur la situation juridique et pratique en matière de protection contre les licenciements abusifs pour des motifs antisyndicaux. La discussion a montré que les positions des partenaires sociaux étaient inconciliables. Les employeurs ont estimé que le droit en vigueur offrait une protection adéquate et qu'il fallait laisser la place aux solutions conventionnelles négociées librement par les parties. Les syndicats ont soutenu que des modifications législatives étaient nécessaires et ont fait des propositions dans ce sens. Le Conseil fédéral a adressé au Comité les observations supplémentaires demandées le 16 juin 2006.

Le cas a été traité par le Conseil d'administration du BIT le 15 novembre 2006. Le Comité a adressé une nouvelle recommandation au gouvernement suisse le priant notamment de prévoir la possibilité de réintégrer les représentants syndicaux victimes d'un licenciement antisyndical, à l'instar de ce qui est prévu en matière d'égalité entre hommes et femmes. La Commission fédérale tripartite s'est réunie plusieurs fois par la suite pour discuter de la suite à donner à la recommandation du Comité. Les associations faîtières des partenaires sociaux ont de même étudié plusieurs options de modification du CO dans ce sens sans toutefois trouver un consensus sur une solution. Les 26 septembre 2008 et 1<sup>er</sup> juillet 2009, le Conseil fédéral a adressé au Comité ses observations sur le suivi donné à la recommandation du 15 novembre 2006.

## **1.1.2 Position du Conseil fédéral**

Lorsqu'il a pris connaissance, le 16 décembre 2009, des résultats de la consultation relative à la révision partielle du code des obligations en matière de signalement, le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à reconsidérer sa position en rapport avec la sanction d'un congé abusif ou injustifié. Il n'a toutefois pas voulu limiter la réflexion au seul cas du signalement. Considérant que les critiques exprimées dans ce cas pouvaient également valoir pour d'autres motifs de congé abusif ou injustifié et restant convaincu que des sanctions différenciées pour des cas particuliers n'étaient pas opportunes, il a jugé nécessaire d'examiner de manière générale la sanction en cas de congé abusif ou injustifié. Il a donc chargé le DFJP de présenter un avant-projet sur cette question dans le courant de l'année 2010.

Le Conseil fédéral avait également en vue à cet égard la plainte de l'USS relative au licenciement abusif de représentants ou de délégués syndicaux. C'est pourquoi il a décidé d'accorder une attention particulière à cette problématique dans l'examen général qu'il a proposé. Le Conseil fédéral a toutefois maintenu sa position relative à la compatibilité du droit suisse avec les exigences de la convention (n° 98). Il ne reconnaît pas l'interprétation qui fait de l'annulabilité du licenciement abusif de représentants syndicaux le seul moyen d'assurer une protection adéquate au sens de la convention. Il a également réaffirmé à cet égard que la réintégration ne pouvait devenir la règle en droit suisse.

## **1.1.3 Droit en vigueur**

### **1.1.3.1 La protection contre les congés**

#### **Fin des rapports de travail**

La partie générale du code des obligations (CO) ne comprend pas de règles sur la fin des contrats de durée. La fin des rapports de travail est réglée spécialement aux art. 334ss CO. Ces dispositions garantissent la liberté contractuelle mais y apportent aussi des aménagements et des limites. Sont ainsi pris en compte des principes et intérêts généraux qui peuvent se retrouver dans d'autres rapports contractuels. Le principe de la fidélité contractuelle ne peut ainsi pas avoir un caractère absolu. Il est limité par l'interdiction de s'engager de manière excessive comme par le caractère personnel de la relation de travail et le rapport de confiance qui en découle, ces derniers fondant la possibilité de mettre fin aux rapports de travail. A ces principes généraux s'ajoutent des considérations spécifiques au contrat de travail et aux intérêts économiques et sociaux qui y sont liés. Le travailleur, en plus de louer ses services, engage sa personne dans la structure organisationnelle de l'employeur et tire ses revenus de la contre-prestation pécuniaire qui lui est due. Il a donc un intérêt au maintien du rapport contractuel et doit pouvoir exercer ses droits et prendre sa place dans l'organisation de l'employeur sans risquer de perdre son emploi de ce fait. Mais il peut aussi, selon les circonstances, vouloir changer de place de travail pour évoluer professionnellement. L'employeur doit pour sa part veiller à la bonne marche de son entreprise qui est soumise aux évolutions de l'activité économique. Il sera donc d'une part intéressé à développer des rapports de travail sur le long terme mais aussi à mettre fin à ces rapports sans entraves excessives.

La fin du contrat à l'expiration de la durée convenue (art. 334, al. 1, CO) et la fin du contrat d'un commun accord découlent ainsi directement de l'autonomie contrac-

tuelle des parties. La résiliation du contrat par déclaration unilatérale de volonté, reconnue pour les contrats de durée indéterminée (art. 335, al. 1, 337, al. 1, CO) et, après dix ans, pour les contrats de durée déterminée de plus de dix ans (art. 334, al. 3, CO), évite quant à elle un engagement excessif de chaque partie. La libre volonté de chacune d'elles prévaut pleinement sur l'engagement pris dans la mesure où la résiliation ordinaire n'est subordonnée à l'existence d'aucun motif. La partie qui donne le congé ne doit motiver sa décision que si l'autre partie le demande (art. 335, al. 2, CO) et l'obligation de motiver n'a pas d'effet sur la validité de la résiliation<sup>4</sup>. Le congé avec effet immédiat est quant à lui admis pour de justes motifs, conformément à une règle reconnue pour tous les contrats de durée<sup>5</sup>. La motivation écrite, prévue dans ce cas aussi (art. 337, al. 1, 2<sup>ème</sup> phr., CO), est de même nature qu'en cas de résiliation ordinaire.

La volonté de protéger le travailleur se retrouve dans le délai de congé minimal d'un mois après le temps d'essai (art. 335c, al. 2, CO), qui ne peut être réduit que par la voie de la négociation collective et pour la première année de service uniquement. Mais la disposition bénéficie également à l'employeur, qui ne doit ainsi pas remédier au départ du travailleur au pied levé<sup>6</sup>. L'art. 335a, al. 1, CO, qui impose des délais identiques pour les deux parties, résulte aussi d'une volonté expresse de mettre les parties sur un pied d'égalité (principe de parité)<sup>7</sup>.

Les licenciements collectifs font l'objet d'une réglementation particulière (art. 335d ss CO). Ayant une portée qui dépasse le rapport individuel de travail, ils engagent la collectivité des travailleurs (art. 335f CO) et impliquent les autorités étatiques (art. 335g CO).

### **Protection contre les congés**

Les art. 336ss CO règlent la protection contre les congés. Sont prohibés le congé ordinaire abusif (art. 336 à 336b CO), la résiliation ordinaire en temps inopportun (art. 336c et 336d CO) et la résiliation avec effet immédiat injustifiée (art. 337c et 337d, CO). Dans sa forme actuelle, cette protection a été introduite par la loi fédérale du 18 mars 1988, en vigueur dès le 1er janvier 1989<sup>8</sup>. La protection en cas de résiliation en temps inopportun et avec effet immédiat injustifiée a été renforcée et le congé pour un motif abusif a fait l'objet d'une réglementation générale.

Une réglementation du congé abusif dans la loi a été proposée à plusieurs reprises tout au long du 20<sup>ème</sup> siècle sans toutefois aboutir<sup>9</sup>. La révision totale de 1971 du droit du contrat de travail a ainsi renoncé à introduire une telle réglementation et n'a prévu que l'accomplissement du service militaire ou de protection civile comme motif abusif de congé (art. 336g CO, en vigueur dès le 1er janvier 1972<sup>10</sup>). Pour le reste, la révision laissa la jurisprudence décider des abus du droit de licencier sur la

<sup>4</sup> ATF 121 III 60, cons. 3b

<sup>5</sup> Récemment: ATF 133 III 360, cons. 8.1

<sup>6</sup> Message concernant l'initiative populaire "pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail" et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations, du 9 mai 1984, FF 1984 II 574 (ci-après message 1984)

<sup>7</sup> BO 1985 N 1118 s. et message, ch. 612.32

<sup>8</sup> RO 1988 1472; message 1984, ch. 620.5

<sup>9</sup> Voir un résumé dans le message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titre dixième et dixième *bis* du code des obligations (Du contrat de travail), du 25 août 1967, FF 1967 249, 392-394 (ci-après, message 1967)

<sup>10</sup> RO 1971 1461, 1477

base de l'art. 2, al. 2, du code civil<sup>11</sup> (CC) ou d'une application par analogie de l'art. 336g CO, et s'en remet aux partenaires sociaux, qui pouvaient régler ce point dans les conventions collectives de travail (CCT)<sup>12</sup>.

La protection contre les congés en vigueur aujourd'hui pose des limites à la liberté de mettre fin au contrat sans remettre en cause le principe même de cette liberté. D'une part, l'art. 336 CO ne fait qu'énumérer des motifs de congés considérés comme abusifs et concrétise de ce fait l'interdiction de l'abus de droit (art. 2, al. 2, CC)<sup>13</sup>. La liberté de licencier sans motif reste donc la règle, seuls les abus étant sanctionnés. D'autre part, la volonté de mettre fin aux rapports de travail n'est pas remise en cause, même en cas de congé abusif ou injustifié. Ce n'est qu'en matière d'égalité entre femmes et hommes que le congé prononcé à titre de représailles est annulable (art. 10 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes [Loi sur l'égalité, LEg]<sup>14</sup>). Une résiliation à caractère discriminatoire ne peut sinon faire l'objet d'une action en interdiction ou en cessation de l'atteinte prévue à l'art. 5, al. 1, let. a et b, LEg mais est sanctionnée par une indemnité (art. 5, al. 2 et 4, LEg). La nullité est également prévue en cas de résiliation en temps inopportun (art. 336c, al. 2, CO) mais de manière sensiblement plus limitée. Elle ne s'applique pas à la résiliation avec effet immédiat donnée sans justes motifs et elle est limitée, par définition, à une période délimitée dans le temps (durée du service militaire ou civil, de la grossesse; durée limitée en cas de maternité, de maladie ou d'accident). En dehors de cette période de temps, une résiliation ordinaire donnée pour ces raisons pourra certes être remise en cause mais uniquement en tant que congé abusif et restera valable, sous réserve de l'application de l'art. 10 LEg (grossesse ou maternité).

### **Sanction du congé abusif ou injustifié par une indemnité**

Le congé abusif ou injustifié a donc uniquement des conséquences d'ordre pécuniaire (art. 336a, al. 1, 337c, al. 1 et 3, 337d, al. 1, CO). L'art. 337c, al. 1, CO donne droit à un dédommagement équivalant au gain qu'aurait réalisé le travailleur si le contrat avait pris fin à son terme ordinaire (délai de congé ou durée convenue). L'art. 337d, al. 1, CO accorde de même le droit à l'employeur de demander un dédommagement forfaitaire correspondant à un quart de salaire mensuel, la réparation du dommage supplémentaire pouvant également être demandée<sup>15</sup>.

Ce sont les art. 336a, al. 1 et 337c, al. 3, CO qui sanctionnent à proprement parler le congé abusif ou injustifié. Ces dispositions prévoient une indemnité qui n'est pas liée au dommage subi et qui a un caractère punitif. La fixation de cette indemnité relève de l'appréciation du juge (art. 336a, al. 2, 337c, al. 3, CO; art. 5, al. 4, LEg). Le législateur n'est intervenu que dans la fixation du montant maximal de l'indemnité. Il est actuellement de 6 mois de salaire (art. 336a, al. 2, 337c, al. 3, CO), sauf en cas de licenciement collectif abusif, où il est de deux mois (art. 336a, al. 3, CO).

L'indemnité des art. 336a, al. 1 et 337c, al. 3, CO a fait l'objet d'une jurisprudence fournie et ses caractéristiques sont aujourd'hui bien établies. Le Tribunal fédéral les a rappelées récemment<sup>16</sup>: Les deux indemnités sont de même nature. Elles ont un

11 RS 210

12 Message 1967, 394-395

13 Voir notamment: ATF 131 III 535, cons. 4.2; 132 III 115, cons. 2.1

14 RS 151.1

15 Voir ATF 118 II 312, cons. 2a sur la nature de l'indemnité prévue.

16 ATF 135 III 405, cons. 3.1 et 3.2

caractère sui generis à fonction réparatrice et punitive qui s'apparente à une peine conventionnelle et peuvent être allouées sans qu'un dommage ne soit prouvé<sup>17</sup>. Les indemnités couvrent tout le dommage subi du fait du congé abusif ou injustifié. Un dédommagement additionnel fondé sur une autre base légale est exclu, sauf dans des situations exceptionnelles, dans lesquelles l'indemnité correspondant à six mois de salaire ne suffit pas à réparer le tort moral<sup>18</sup>. Par contre, un dédommagement supplémentaire peut être alloué sur la base d'un autre fait que le congé abusif ou injustifié, comme une atteinte à la personnalité (art. 328 CO), qui peut par exemple résulter de propos dégradants ou humiliants ou des renseignements faux et déshonorants donnés à des tiers. Par ailleurs, les indemnités ne sont pas cumulables<sup>19</sup>. Un congé immédiat injustifié qui est également abusif ne donne pas droit à deux indemnités. Le caractère abusif est pris en compte dans la détermination du montant par le juge<sup>20</sup>.

L'art. 337c, al. 3, CO dispose que le juge "peut" condamner l'employeur au versement d'une indemnité alors que l'art. 336a, al. 1, CO prévoit que la partie qui résilie abusivement le contrat "doit" verser à l'autre une indemnité. Le législateur a fait cette distinction délibérément<sup>21</sup>. Le Tribunal fédéral interprète l'art. 337c, al. 3, CO comme donnant toujours droit à une indemnité, sauf cas exceptionnels. Ceux-ci doivent se fonder sur les circonstances du cas particulier et supposent l'absence de faute de l'employeur ou d'autres motifs qui ne sauraient être mis à sa charge<sup>22</sup>.

Le juge fixe l'indemnité "compte tenu de toutes les circonstances;..." (art. 336a, al. 2, 337c, al. 3, CO). Réaffirmée par la jurisprudence en même temps que la double nature réparatrice et punitive de l'indemnité<sup>23</sup>, la fixation en équité (art. 4 CC) de l'indemnité implique la prise en compte des circonstances de toute nature, notamment les effets économiques du congé<sup>24</sup>. Ainsi, sont à considérer la gravité de la faute de l'employeur, une éventuelle faute concomitante du travailleur, la manière dont s'est déroulée la résiliation, la gravité de l'atteinte à la personnalité du travailleur licencié, la durée des rapports de travail, leur étroitesse, l'âge du travailleur, d'éventuelles difficultés de réinsertion dans la vie économique et la situation financière des parties<sup>25</sup>. Entrent donc en ligne de compte, outre la gravité de l'acte et de l'atteinte, des éléments relevant des rapports entre les parties et de leur situation économique et sociale.

<sup>17</sup> Jurisprudence établie par l'ATF 123 III 391, cons. 3c. Pour l'ancienne jurisprudence: ATF 119 II 157, cons. 2b.

<sup>18</sup> Voir aussi: Arrêt du Tribunal fédéral du 8 janvier 1999, 4C.310/1998, cons. 4a, SJ 1999, p. 277

<sup>19</sup> ATF 121 III 64, cons. 2a

<sup>20</sup> ATF 121 III 64, cons. 2b

<sup>21</sup> BO 1988 E 58ss; BO 1988 N 169

<sup>22</sup> ATF 116 II 300, cons. 5a; 129 III 380, cons. 4.3 (non publié); 135 III 405, cons. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral du 16 août 2001, 4C.74/2000, cons. 5; arrêt du Tribunal fédéral du 12 janvier 2007, 4C.359/2006, cons. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral du 16 octobre 2007, 4A\_157/2007, cons. 3.2

<sup>23</sup> ATF 123 III 391, cons. 3c

<sup>24</sup> Voir aussi Arrêt du Tribunal fédéral du 8 janvier 1999, 4C.310/1998, cons. 3c, SJ 1999, p. 277

<sup>25</sup> ATF 135 III 405, cons. 3.1, 123 III 391, cons. 3c; arrêt du Tribunal fédéral du 16 juin 2005, 4C.84/2005, cons. 4; arrêt du Tribunal fédéral du 2 août 2006, 4C.406/2005, cons. 6.1

## Parité et caractère impératif

La révision de 1988 a maintenu le principe de la protection paritaire contre les congés et a prévu des exceptions lorsque cela se justifiait<sup>26</sup>. Les art. 336, al. 1 et 336a CO s'appliquent ainsi tant à l'employeur qu'à l'employé. Ils sont de nature absolument impérative (art. 361, al. 1, CO). Prise dans son sens usuel, la nature absolument impérative interdit de prévoir conventionnellement une protection plus étendue (extension des motifs abusifs, sanction plus sévère). Une interprétation plus souple qui admet en particulier une sanction conventionnelle plus sévère bénéficiant de manière égale aux deux parties est toutefois défendue dans la doctrine<sup>27</sup>.

Les conséquences d'un congé immédiat injustifié ne sont pas réglées paritairement. L'art. 337c CO ne s'applique qu'au licenciement par l'employeur et prévoit des conséquences différentes de l'art. 337d CO. L'art. 337c, al. 1, CO est de nature relativement impérative (art. 362, al. 1, CO), alors que l'art. 337c, al. 3, CO ne figure ni à l'art. 361 ni à l'art. 362 CO. Cela ne signifie pas qu'il est de droit dispositif, les listes de ces deux dispositions n'étant pas exhaustives<sup>28</sup>. Il figurait encore à l'art. 362 CO dans le projet du Conseil fédéral<sup>29</sup> et le Parlement n'a pas exprimé de volonté expresse d'exclure cette disposition de la liste des dispositions relativement impératives. Le Parlement semble bien plus parti de l'idée que cette disposition s'adresse au juge et ne peut relever de la libre disposition des parties<sup>30</sup>, ce qui amènerait à conclure que la norme est absolument impérative. La finalité de l'art. 337c CO qui est de protéger le travailleur parle toutefois en faveur du caractère relativement impératif de la norme, avis qui est partagé aujourd'hui par plusieurs auteurs<sup>31</sup>.

### 1.1.3.2 Protection de l'activité syndicale et des représentants des travailleurs contre les congés

Une protection spécifique a été introduite contre les congés donnés en raison d'une activité syndicale ou touchant un représentant des travailleurs. Cette protection se distingue tout d'abord des motifs de l'art. 336, al. 1, CO du fait qu'elle ne s'applique qu'au congé donné par l'employeur (art. 336, al. 2, CO). Le législateur a également laissé la place à une protection conventionnelle plus favorable aux travailleurs (art. 362 CO).

L'art. 336, al. 2, let. a, CO qualifie d'abusif le congé donné par l'employeur en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance du travailleur à une organisation de

<sup>26</sup> Message 1984, ch. 612.12, 612.32

<sup>27</sup> Basler Kommentar-Portmann, n. 1 ad art. 336 CO; Zürcher Kommentar-Staehelin, n. 39 ad art. 336 CO et n. 9 ad art. 336a CO; Streiff, Ullin/von Kaenel, Adrian, Arbeitsvertrag, 6e éd., n. 10 ad art. 336a CO; Brunner, Christiane/Bühler, Jean-Michel/ Waeber, Jean-Bernard/Bruchez, Christian, Commentaire du contrat de travail selon le code des obligations, 3e éd., Lausanne 2004, n. 5 ad art. 336a CO; Nordmann, Philippe, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Bâle et Francfort sur le Main 1998, p. 225.

<sup>28</sup> ATF 124 III 471, cons. 2a

<sup>29</sup> Message 1984, ch. 620.183

<sup>30</sup> BO 1988 N 169

<sup>31</sup> Basler Kommentar-Portmann, n. 8 ad art. 337c CO; Zürcher Kommentar-Staehelin, n. 28 ad art. 337c CO; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, n. 12 ad art. 337c CO; Nordmann, *op.cit.*, p. 242; von Kaenel, Adrian, Die Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung (Art. 337c Abs. 3 OR), Berne 1996, p. 179; Wyler, Rémy, Droit du travail, 2e éd., Berne 2008, p. 520.

travailleurs ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale. Cette protection concrétise la garantie constitutionnelle de la liberté syndicale, explicitement prévue à l'art. 28 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999<sup>32</sup>. Cette protection est plus étendue que la protection accordée à l'art. 336, al. 1, let. b, CO en cas d'exercice d'un droit constitutionnel, car l'exception tenant au préjudice grave au travail dans l'entreprise qui découle de l'exercice des autres droits constitutionnels n'est ici pas prévue.

L'art. 336, al. 2, let. b, CO qualifie d'abusif le licenciement d'un représentant élu des travailleurs pendant que celui-ci est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise, à moins que l'employeur ne prouve qu'il n'avait un motif justifié de résiliation. Le législateur a accordé une protection particulière aux représentants élus des travailleurs pour leur permettre d'accomplir les tâches qui leur incombent non seulement de par la loi mais aussi sur une autre base, une convention collective en particulier<sup>33</sup>. En effet, le seul fait d'être membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise rend tout licenciement illicite, sauf s'il est fondé sur un motif justifié, que l'employeur doit prouver.

Est justifié le motif qui peut raisonnablement donner lieu à une résiliation sans être pour autant un juste motif justifiant une résiliation immédiate<sup>34</sup>. Le motif justifié ne doit pas nécessairement être imputable au travailleur. Il peut s'agir d'un motif objectif, en particulier économique, une restructuration ne devant à cet égard pas être justifiée par la mauvaise situation de l'entreprise<sup>35</sup>. La suppression du poste du représentant des travailleurs doit par contre être apte à réaliser les objectifs de la restructuration et la rationalisation ainsi obtenue ne doit pas avoir pour origine le surcroît de travail occasionné par les tâches de représentation<sup>36</sup>.

Les représentants des travailleurs ne bénéficient par contre pas d'une protection particulière s'agissant de la sanction du licenciement. C'est l'art. 336a, al. 1 et 2 CO qui s'applique, comme pour tout autre motif abusif de résiliation.

La représentation des travailleurs au sein de l'entreprise et son rôle dans les rapports avec l'employeur a reçu un cadre légal avec l'adoption de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs (Loi sur la participation)<sup>37</sup>. L'art. 3 de la loi institue en particulier le droit d'élire des représentants dans les entreprises occupant au moins cinquante travailleurs. L'art. 12 de la loi protège les représentants des travailleurs. L'employeur ne peut les empêcher d'exercer leur mandat (art. 12, al. 1) et il ne peut les défavoriser en raison de l'exercice de leur activité (art. 12, al. 2). Les organisations d'employeurs et de travailleurs ont qualité pour agir en constatation en cas de conflit relatif à l'application de la loi (art. 15, al. 2). Le licenciement reste cependant régi par les art. 336, al. 1, let. b et 336a, al. 1 et 2, CO.

32 RS 101

33 Message 1984, ch. 620.11; BO 1985 N 1130ss et 1133ss

34 Message 1984, ch. 620.11

35 ATF 133 III 512, cons. 6.1 et 6.2

36 ATF 133 III 512, cons. 6.3

37 RS 822.14

### 1.1.3.3 Les conventions collectives de travail

Les conventions collectives de travail (CCT) ne peuvent déroger aux art. 336, al. 1 et 336a, CO (art. 361, al. 1, CO). Elles peuvent par contre améliorer la protection du travailleur prévue aux art. 336, al. 2 et 337c, al. 1, CO (art. 362, al. 1 CO) et, selon l'interprétation donnée par plusieurs auteurs<sup>38</sup>, à l'art. 337c, al. 3, CO. Les clauses conventionnelles prévoyant des dérogations au droit impératif qui ne sont pas admises par la loi sont nulles (art. 361, al. 2, 362, al. 2, CO) et ne peuvent bénéficier d'une éventuelle décision d'extension du champ d'application de la convention (art. 2, ch. 4 de la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail<sup>39</sup>).

L'aperçu qui suit ne prend en compte, parmi les 615 conventions collectives d'associations et d'entreprises recensées en Suisse, que celles qui regroupent plus de 5'000 travailleurs assujettis<sup>40</sup>. Les CCT de La Poste et des CFF n'ont pas été incluses dans l'aperçu, car les rapports de travail dans ces deux entreprises sont soumis au droit public en vertu de l'art. 2, al. 1, let. c et d de la loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers)<sup>41</sup>. La résiliation d'un contrat de durée indéterminée n'est possible, après le temps d'essai, que pour les motifs énumérés dans la loi (art. 12, al. 6 et 7, LPers) et donne lieu, si elle est contraire à la loi, à la réintégration de l'employé ou à son affectation à un autre travail pouvant raisonnablement être exigé de lui (art. 14, al. 1 à 3, LPers).

#### Fin des rapports de travail et protection contre les congés

Si plusieurs CCT ne prévoient pas de règles particulières pour la fin des rapports de travail ou reprennent les dispositions légales sur la protection contre les congés ou y renvoient<sup>42</sup>, d'autres prévoient des règles particulières de types divers. La forme écrite ou l'envoi recommandé peuvent ainsi être requis pour la résiliation<sup>43</sup> voire aussi une motivation<sup>44</sup>. Certaines conventions prévoient un avertissement préalable lié à un délai d'épreuve ou à des mesures pour remédier au comportement qui motive

<sup>38</sup> Voir ci-dessus, ch. 1.1.1.1, Parité et caractère impératif

<sup>39</sup> RS 221.215.311

<sup>40</sup> Les chiffres reposent sur: Office fédéral de la statistique, Enquête sur les conventions collectives de travail en Suisse, Neuchâtel 2007. Pour les CCT d'entreprises, le nombre de travailleurs assujettis repose sur les indications des rapports annuels de gestion. Les clauses conventionnelles sont celles en vigueur pour l'année 2010.

<sup>41</sup> RS 172.220.1

<sup>42</sup> Par exemple, let. G de la CCT du personnel bancaire; art. 9.5 à 9.9 et art. 10 Gesamtarbeitsvertrag (GAV) für die kaufmännischen und kaufmännisch-technischen Angestellten und das Verkaufspersonal im Detailhandel, Ville de Zurich; art. 58ss de la CCT de la branche suisse de l'installation électrique et de l'installation de télécommunication; art. 17 et 18 de la CCT pour la boucherie-charcuterie suisse; art. 15.1 et 15.5 de la convention collective nationale de travail (CCNT) du groupe Migros.

<sup>43</sup> Art. 219, al. 2 de la CCT pour l'industrie graphique; art. 55.2 de la CCT de la branche suisse de l'installation électrique et de l'installation de télécommunication; art. 59.3 de la CCT de la branche des techniques du bâtiment; art. 15.3 CCNT groupe Migros; art. 13.4 de la CCT de la Coop Société coopérative; art. 3.1 de la CCT pour le commerce de détail, Genève; art. 16, al. 3 CCT boucherie-charcuterie; art. 7.1 de la CCT pour la branche privée de la sécurité (contrat écrit).

<sup>44</sup> Art. 2.12.3 de la CCT Swisscom; art. 54.2 de la CCT de la société suisse de radiodiffusion et télévision (SRG SSR)

le licenciement<sup>45</sup> et d'autres, un entretien préalable<sup>46</sup>. L'avertissement ou la résiliation peut déclencher un délai pour l'employé pendant lequel il peut demander la reconsidération de la décision avec le droit d'être entendu et d'être assisté<sup>47</sup>. Une CCT donne aussi la possibilité de faire appel, en cas de licenciement économique de travailleurs plus âgés, à la Commission paritaire aux fins de la recherche d'emploi<sup>48</sup>.

Une protection matérielle contre les congés existe également dans les CCT. Plusieurs améliorent ainsi la protection contre le congé en temps inopportun (art. 336c CO) en allongeant la période de protection en cas de maladie ou d'accident<sup>49</sup> ou en interdisant le licenciement pendant les vacances<sup>50</sup>. Les délais de congé font aussi l'objet de règles spéciales, comme le prolongement de 3 mois du délai en cas de licenciement économique dès 60 ans et huit années de service, le doublement du délai en cas de licenciement économique dès 10 années de service ou la possibilité de prévoir un délai d'une année dès 55 ans<sup>51</sup>.

Une indemnité ou le bénéfice du même niveau de salaire pendant une durée déterminée est également prévue: une indemnité de deux mois de salaire est ainsi prescrite en cas d'omission de l'avertissement préalable<sup>52</sup>; également, une indemnité de trois mois, alternativement à la prolongation du délai de congé, en cas de licenciement économique dès 60 ans et huit années de service<sup>53</sup>; ou aussi la différence entre le dernier salaire perçu et les indemnités-chômage pour la personne qui n'a pas retrouvé de travail, pendant trois mois dès la 3e année de service ou pendant un an dès la 2e année de service en cas de suppression de poste en raison des contraintes de l'entreprise<sup>54</sup>.

### **Protection des représentants du personnel et des délégués syndicaux**

Plusieurs conventions prévoient également une protection particulière pour les représentants du personnel ou les délégués syndicaux. Sur le plan procédural, l'art. 38.5 de la CCT pour l'industrie des machines, des équipements électriques et des métaux protège ainsi les membres de commissions du personnel ou de conseils de fondation. Cette disposition requiert un avis préalable motivé et écrit (al. 2) et accorde à l'employé un délai de cinq jours pour demander une discussion entre la représentation des travailleurs et la direction (al. 3). L'intervention des organisations patronale et de travailleurs peut être demandée par l'une des parties pour examiner la situation et faire office de médiateur. La procédure ne doit pas durer plus d'un mois

<sup>45</sup> Art. 7.1 GAV für Basler Pharma-, Chemie- und Dienstleistungsunternehmen (CCT chimie bâloise); Annexe 4, ch. 123, al. 1 de la CCT pour les unités externalisées de La Poste Suisse.

<sup>46</sup> Art. 2.12.3 de la CCT Swisscom; art. 54.1 de la CCT SRG SSR (dès dix ans de service)

<sup>47</sup> Art. 7.2 CCT chimie bâloise; art. 54.3 de la CCT SRG SSR.

<sup>48</sup> Art. 55.3 de la CCT de la branche suisse de l'installation électrique et de l'installation de télécommunication.

<sup>49</sup> Art. 21, al. 1, de la convention nationale (CN) du secteur principal de la construction en Suisse; art. 10.1 de la CCT romande du second œuvre; art. 7.1 de la CCT pour l'industrie de la plâtrerie et de la peinture; art. 12.2, al. 1 de la CCT des industries horlogère et microtechnique suisses; art. 40, al. 4 GAV für das Schreinergerwerbe (Suisse allemande et TI).

<sup>50</sup> Art. 7, al. 1 de la CCNT pour les hôtels, restaurants et cafés.

<sup>51</sup> Respectivement: art. 12.1, al. 1 de la CCT des industries horlogère et microtechnique suisses; art. 10, ch. 5, let. b de la CCT romande du second œuvre; art. 6.3 de la CCT chimie bâloise.

<sup>52</sup> Annexe 4, ch. 123, al. 1 de la CCT pour les unités externalisées de La Poste Suisse

<sup>53</sup> Art. 12.1, al. 1 de la CCT des industries horlogère et microtechnique suisses

<sup>54</sup> Art. 54.5 et 54.6 de la CCT SRG SSR

et le licenciement ne peut intervenir dans le mois qui suit la fin du délai de cinq jours prévu à l'al. 3 (al. 4). Une protection additionnelle est prévue en cas de restructuration (al. 5). L'employé qui conteste l'avis préalable est alors protégé contre le licenciement pendant quatre mois. La direction doit informer la commission du personnel et faire appel à l'organisation patronale et à l'organisation de travailleurs désignée par l'employé pour examiner le cas et faire office de médiateur, à moins que l'employé concerné ne renonce à cette procédure (al. 5, 2<sup>ème</sup> parag.). L'art. 306 de la CCT pour l'industrie graphique prévoit, à l'exception des cas de restructuration, une procédure similaire à celle prévue par la CCT pour l'industrie des machines. Enfin, la CCT des industries horlogère et microtechnique suisses prévoit une discussion préalable entre le secrétaire patronal, le secrétaire syndical et la direction de l'entreprise en cas de licenciement d'un membre de la commission du personnel qui est membre du syndicat ou d'un délégué syndical (respectivement art. 4.3.9, al. 6 et 4.6, al. 9).

Sur le plan matériel, les dispositions des conventions citées ci-dessus prévoient une interdiction de licencier les employés concernés en raison de leurs activités respectives. L'art. 17.2 de la CCT cadre dans le commerce de détail dans le canton de Genève prévoit également une telle interdiction de licencier en raison de l'activité de représentant, de délégué syndical ou de membre des commissions du personnel<sup>55</sup>. L'art. 2.12.3 de la CCT de Swisscom prévoit un délai de congé de 6 mois pour les travailleurs élus dans un organe exécutif d'un syndicat signataire et annoncé comme tel. L'art. 123, al. 3 de l'Annexe 4 de la CCT pour les unités externalisées de La Poste Suisse prévoit une indemnité de douze mois de salaire au plus en cas de congé contraire à l'art. 336, al. 2, let. b, CO, cette disposition étant étendue aux collaborateurs siégeant dans un organe de participation conforme à la CCT ou annoncés comme personne de confiance d'un syndicat signataire.

#### **1.1.3.4 Les contrats-types de travail**

Trois des six contrats-types de travail édictés par le Conseil fédéral sur la base de l'art. 359a, al. 1, CO comprennent des règles sur la résiliation du contrat. Le contrat-type de travail du 16 janvier 1985 pour les éducateurs employés dans des foyers et internats<sup>56</sup> prévoit ainsi que le congé doit être donné par écrit (art. 4, al. 2) dans un délai de deux semaines pour la fin d'une semaine pendant le temps d'essai (art. 4, al. 1, let. a) et de trois mois pour la fin d'un mois après le temps d'essai (art. 4, al. 1, let. b). Le contrat-type de travail du 21 décembre 1971 pour le personnel soignant<sup>57</sup> prévoit les mêmes règles à son art. 5 à l'exception du délai de congé après le temps

<sup>55</sup> La Chambre des relations collectives de travail du canton de Genève (CRCT) a récemment jugé que cette clause entraîne la réintégration de l'employé licencié indûment: Décision sur mesures provisionnelles du 26 mai 2009, ch. 5 des considérants en droit (disponible sous: [http://www.cgas.ch/SPIP/IMG/pdf/2009-05-26crct\\_reintegration\\_Marisa\\_Parlong\\_160043.pdf](http://www.cgas.ch/SPIP/IMG/pdf/2009-05-26crct_reintegration_Marisa_Parlong_160043.pdf)). Voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral du 30 septembre 2009, 4A\_328/2009, qui ne se prononce toutefois pas sur cette question et la décision au fond de la CRCT du 16 mars 2010, qui déclare la demande de réintégration irrecevable mais confirme dans un obiter dictum son interprétation de l'art. 17.2 de la CCT (dépêche ats, 17.3.2010 publiée par la Tribune de Genève, [www.tdg.ch/print/node/149217](http://www.tdg.ch/print/node/149217)). Le Tribunal fédéral a confirmé la décision d'irrecevabilité de la CRCT dans son arrêt du 12 juillet 2010, 4A\_248/2010, cons. 4.

<sup>56</sup> RS 221.215.324.1

<sup>57</sup> RS 221.215.328.4

d'essai qui est de deux mois au lieu de trois (art. 5, al. 1, let. b). Le contrat-type de travail du 3 décembre 1979 pour les jardiniers privés<sup>58</sup> prévoit enfin un délai de congé de sept jours pour la fin d'une semaine de travail pendant le temps d'essai (art. 4, al. 1) et, après le temps d'essai, pour la fin d'un mois, un délai d'un mois pendant la première année de service, de deux mois de la deuxième à la neuvième année et de trois mois à partir de la dixième année (art. 4, al. 2). L'art. 5 règle la résiliation en temps inopportun, sous réserve de l'art. 336c, al. 1, CO qui est de droit relativement impératif (art. 362, al. 1, CO; art. 362, 2 CO et 359, al. 3 en relation avec l'art. 358 CO)

Les cantons sont tenus d'édicter des contrats-types pour les travailleurs agricoles et le service de maison (art. 359, al. 2, CO). Le législateur n'a plus jugé utile de compléter les règles sur le congé dans le contenu obligatoire des contrats-types, vu l'édiction de normes fédérales de droit impératif<sup>59</sup>. Les cantons restent toutefois libres de régler cette question dans les contrats-types.

#### **1.1.4 Examen du droit en vigueur et besoin de légiférer**

La pratique a montré que la protection contre les congés concerne avant tout le licenciement du travailleur par l'employeur. L'examen qui suit est effectué essentiellement dans cette optique. Le principe de la parité n'est toutefois pas remis en question de ce fait; il sera discuté ci-après (ch. 1.2.5).

### **1.2 Examen de la sanction dans le droit en vigueur**

#### **1.2.1 Indemnité**

Le choix de l'indemnité comme sanction d'un congé abusif ou injustifié répond à une décision de principe du législateur. Celle-ci consiste à respecter la volonté de la partie qui résilie le contrat dans tous les cas<sup>60</sup>. Le caractère personnel de la relation de travail et la difficulté de maintenir les rapports de travail lorsque cette relation devient conflictuelle parlent en faveur de ce choix<sup>61</sup>. Cette décision n'est pas remise en question. Aucune raison ne justifie le remplacement, à l'art. 336a CO, de l'indemnité par la nullité ou l'annulabilité du congé. Le maintien des rapports de travail n'est pas une solution praticable et une indemnité qui a une composante punitive est apte à sanctionner efficacement un congé abusif ou injustifié. La nullité ou l'annulabilité ne doit être envisagée que dans des situations exceptionnelles, comme en matière d'égalité entre femmes et hommes. A cet égard, l'évaluation de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, qui a fait l'objet d'un rapport du Conseil fédéral en 2006<sup>62</sup>, donne des indications sur l'efficacité de l'art. 10 LEg. Si l'utilité de cette disposition est confirmée dans ce contexte, le Conseil fédéral a pu constater que cette protection n'a pas permis d'écartier la peur des travailleuses de perdre leur emploi et que, dans

<sup>58</sup> RS 221.215.329.3

<sup>59</sup> Message 1967, 433

<sup>60</sup> Voir Message 1984, ch. 612.31

<sup>61</sup> Dans ce sens, BO 1985 N 1126ss

<sup>62</sup> Rapport du 15 février 2006 relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité en exécution de la motion Vreni Hubmann 02.3142, transmise par le Conseil national sous forme de postulat le 21 juin 2002, FF 2006 3061

les procédures - peu nombreuses - engagées dans le secteur privé, une seule a permis de maintenir le contrat<sup>63</sup>.

## 1.2.2 Fixation du montant par le juge

La révision de 1988 a voulu laisser une grande liberté au juge tant dans l'appréciation du caractère abusif ou injustifié du congé que pour déterminer la sévérité de la sanction dans ces cas<sup>64</sup>. Un tel choix permet de fixer une indemnité qui soit en adéquation avec les circonstances de chaque cas concret. Ce choix se justifie au vu de la diversité des situations qui peuvent se présenter. L'employeur peut ainsi être une petite ou une grande entreprise, le travailleur peut subir une atteinte plus ou moins grande en regard de sa relation de travail avec l'employeur et de sa situation économique et sociale et le caractère abusif ou injustifié du congé peut présenter un degré de gravité plus ou moins important. Le juge est le mieux placé pour pondérer la sanction en fonction de ces éléments.

Le Tribunal fédéral a confirmé que le pouvoir d'appréciation du juge n'était limité que par le maximum fixé par le législateur et a en particulier écarté une interprétation selon laquelle l'indemnité devrait tendre vers le maximum pour en assurer l'effet préventif<sup>65</sup>. La volonté législative clairement exprimée à l'art. 336a, al. 2, CO est ainsi confirmée par la jurisprudence fédérale et n'est pas contestable en regard du droit en vigueur. Elle met cependant en évidence l'opposition qui pourrait exister entre la fixation du montant par le juge et l'effet préventif de la sanction. Des montants trop bas pourraient enlever à la sanction son effet préventif. Si ce point de vue ne peut être contesté dans la mesure où il met l'accent sur l'effet préventif de la sanction, il ne peut être suivi en ce qu'il limite la possibilité de prononcer des sanctions différenciées qui soient en adéquation avec les circonstances de chaque cas. Garantir l'effet préventif de cette manière - ou en posant par exemple un minimum pour l'indemnité - enlève au juge le pouvoir d'adapter le montant de l'indemnité. Une intervention législative dans ce sens n'est donc pas indiquée. Le point de vue favorable au prononcé d'une sanction systématiquement haute se fonde sur le constat que le maximum fixé par le législateur serait trop bas pour permettre une sanction effective<sup>66</sup>.

La nécessité de pouvoir adapter le montant à chaque cas concret est confirmée en regard de la jurisprudence rendue en application des dispositions sur la protection contre les congés. Ainsi, un licenciement avec effet immédiat peut reposer sur de bonnes raisons qui ne sont toutefois pas de justes motifs, situation qui peut justifier de ne pas accorder d'indemnité sur la base de l'art. 337c, al. 3, CO<sup>67</sup>. Le travailleur peut aussi se voir imputer une faute concomitante<sup>68</sup> ou le licenciement reposer aussi

<sup>63</sup> Rapport, ch. 8.2.1

<sup>64</sup> Message 1984, ch. 612.33

<sup>65</sup> ATF 119 II 157, cons. 2a

<sup>66</sup> Voir: Tribunal cantonal du canton du Tessin, arrêt du 16 septembre 1998, JAR 1999, 256, cons. 3

<sup>67</sup> P.ex., ATF 120 II 243, licenciement suite à une violente altercation entre un machiniste et son contremaître; arrêt du Tribunal fédéral du 16 août 2001, 4C.74/2000, cons. 5, licenciement d'un gardien inculpé de brigandage.

<sup>68</sup> P.ex. arrêt du Tribunal fédéral du 2 juin 2004, 4C.135/2004, cons. 3.2.2: licenciement abusif, mais intention à titre de protestation et sans l'annoncer à l'employeur de ne pas effectuer le travail planifié le lundi de Pâques.

sur des motifs licites qui ne sont pas prépondérants<sup>69</sup>. Un congé peut par ailleurs être abusif en raison de la manière dont il est prononcé sans que l'intention de l'employeur sur le fond ne soit critiquable<sup>70</sup>. A l'opposé, le congé abusif ou injustifié peut constituer un acte grave qui justifie une sanction sévère<sup>71</sup>. La gradation dans la gravité du licenciement et la prise en compte de l'ensemble des circonstances confirmée par le Tribunal fédéral<sup>72</sup>, nécessite un large pouvoir d'appréciation du juge.

### 1.2.3 Maximum de l'indemnité

Le montant maximal de l'indemnité tel qu'il figure aujourd'hui à l'art. 336a, al. 2, CO a fait l'objet d'une décision politique lors de la révision de 1988. Le projet du Conseil fédéral proposait un maximum de 12 mois de salaire<sup>73</sup>. Le Parlement a réduit ce maximum à 6 mois. Il a mis en balance à cet égard l'efficacité de l'indemnité (fonction réparatrice et punitive et effet préventif) et la charge qu'elle peut constituer pour l'employeur, en particulier les petites ou moyennes entreprises<sup>74</sup>. L'examen à effectuer doit prendre en compte cette pesée des intérêts.

La jurisprudence a confirmé les choix législatifs effectués lors de la révision de 1988. Elle a notamment confirmé le non cumul des différentes indemnités et la double fonction réparatrice et punitive de celle-ci, qui implique que l'indemnité a un caractère exhaustif et que les conséquences d'ordre économique sont pleinement prises en compte. La réserve de l'art. 336a, al. 2, 2<sup>ème</sup> phr., CO se rapporte ainsi à un dommage subi sur la base d'un autre fait que le licenciement. La jurisprudence n'a pas non plus alloué systématiquement des montants élevés pour garantir l'effet préventif de la sanction. Etant donné ce cadre et le fait que le juge doit garder un large pouvoir d'appréciation, il s'agit de voir si le maximum actuel permet effectivement de prendre pleinement en compte toutes les fonctions que doit remplir l'indemnité dans toutes les situations qui peuvent se présenter. La sanction doit pouvoir être en particulier adaptée à la situation de l'employeur. L'effet de l'indemnité ne sera pas le même suivant qu'il s'agit d'une petite ou moyenne entreprise ou d'une grande entreprise, le critère déterminant à cet égard étant toutefois la capacité financière de l'employeur.

L'indemnité doit remplir une fonction réparatrice, même s'il ne s'agit pas de dommages-intérêts et qu'un dommage ne doit pas être prouvé. La réparation se rapporte à l'atteinte portée au travailleur. Celle-ci dépend notamment de la durée des rapports de travail, de l'âge du travailleur, de sa situation sociale et des effets économiques du licenciement. Ces éléments ont contribué à fonder une indemnité maximale ou proche du maximum dans le cas d'un travailleur âgé licencié après 44 années de

<sup>69</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 6 mars 2001, 4P.205/2000, cons. 3

<sup>70</sup> P.ex. ATF 123 III 247, cons. 6b: congé-modification visant une réduction de salaire justifiée par les prestations diminuées du travailleur malade.

<sup>71</sup> L'indemnité maximale a ainsi été allouée pour sanctionner le licenciement abusif en l'espèce d'un travailleur âgé, après de longs rapports de services, quelques mois avant la retraite (ATF 132 III 115), le congé-représailles contre un directeur adjoint qui s'est plaint du comportement dangereux du directeur que les collaborateurs ont dû subir plusieurs mois sans réaction de l'employeur (arrêt du Tribunal fédéral du 16 juin 2005, 4C.84/2005)

<sup>72</sup> ATF 123 III 391, cons. 3c

<sup>73</sup> Message 1984, ch. 620.6

<sup>74</sup> BO 1985 N 1128ss; BO 1987 E 346 s.

service proche de l'âge de la retraite<sup>75</sup>, dans celui d'un travailleur ayant plus de quinze années de services qui s'est retrouvé au chômage et dans un état dépressif important<sup>76</sup>, dans celui d'un employé ayant plus de trente années de service dont la situation professionnelle a été successivement péjorée par l'employeur et qui est tombé durablement malade<sup>77</sup> ou dans des cas de harcèlement entraînant des incapacités de travail durables<sup>78</sup> ou une situation de chômage après sept années de service<sup>79</sup>. Ils peuvent au contraire fonder une réduction de l'indemnité si les rapports de travail sont courts et qu'un emploi est retrouvé rapidement<sup>80</sup> même si le travailleur est âgé de 57 ans<sup>81</sup>.

La fonction punitive de l'indemnité doit permettre de répercuter la gravité du licenciement dans la sanction. Des actes assez graves pour contribuer à l'allocation d'une indemnité élevée ont pu être constatés à cet égard (voir ci-dessus ch. 1.2.2). Ceux-ci peuvent se cumuler avec une atteinte grave au travailleur ou s'opposer à un comportement sans reproche ou exemplaire de celui-ci<sup>82</sup>, ou toucher un travailleur après de longs rapports de travail<sup>83</sup>.

Enfin, les capacités financières de l'employeur sont également prises en compte pour garantir l'effectivité de la sanction notamment au vu de capacités importantes<sup>84</sup>. Ce critère peut également justifier une diminution de la sanction.

Au vu de la situation actuelle, le maximum de six mois peut légitimement être remis en question du fait qu'il constitue un cadre trop étroit pour le juge au vu des diverses fonctions de l'indemnité. Comme exposé ci-dessus, il se peut que le licenciement constitue un acte grave, qu'il ait des conséquences sérieuses pour l'employé et qu'il faille tenir compte des capacités financières importantes de l'employeur. Il est difficile, avec un maximum de six mois de salaire, de garantir un effet punitif lorsqu'une partie de l'indemnité se rapporte déjà à la réparation de l'atteinte portée au travailleur. Le Tribunal fédéral a même dû admettre une indemnité supplémentaire pour tort moral dans certains cas, reconnaissant qu'une atteinte peut être "à ce point grave qu'un montant correspondant à six mois de salaire du travailleur ne suffirait pas à la réparer."<sup>85</sup> Le but fondamental reste que l'employeur n'ait pas l'impression de pouvoir acheter un congé abusif ou injustifié à bas prix<sup>86</sup>. Les cas traités par la jurisprudence ne permettent pas de confirmer pleinement l'effet préventif voulu par le législateur. Outre les cas cités ci-dessus comme celui d'un travailleur à 4 mois de l'âge de la retraite qui avait 44 années de service licencié pour ne pas s'entendre avec un chef

75 ATF 132 III 115

76 Arrêt du Tribunal fédéral du 28 mars 2002, 4C.86/2001, cons. 1e

77 Arrêt du Tribunal fédéral du 26 mai 2009, 4A\_564/2008, cons. 2

78 ATF 126 III 395 = arrêt du Tribunal fédéral du 4 juillet 2000, 4C.463/1999, cons. 9c (non publié); arrêt du Tribunal fédéral du 19 décembre 2006, 4P.214/2006

79 Arrêt du Tribunal fédéral du 25 mai 2006, 4C.60/2006, cons. 8.3

80 Arrêt du Tribunal fédéral du 19 janvier 2001, 4C.238/2000, cons. 3;

81 Arrêt du Tribunal fédéral du 12 septembre 2008, 4A\_279/2008, cons. 4.2

82 Cas de harcèlement: Arrêt du Tribunal fédéral du 16 juin 2005, 4C.84/2005, cons. 4.2; engagement de longue date pour le respect des droits des employés: Arrêt du Tribunal fédéral du 28 mars 2002, 4C.86/2001, cons. 1e

83 Arrêt du Tribunal fédéral du 26 mai 2009, 4A\_564/2008, cons. 2

84 Arrêt du Tribunal fédéral du 28 mars 2002, 4C.86/2001, cons. 1e ("capacité financière importante"); arrêt du Tribunal fédéral du 27 février 2007, 4C.370/2006, cons. 3.2 (entreprise employant plus de quarante personnes); arrêt 4C.310/1998 du 8 janvier 1999, Praxis 1999, n° 112 = SJ 1999, 277, cons. 3d (mention de ce critère).

85 Arrêt 4C.310/1998, Praxis 1999, n° 112 = SJ 1999, 277, cons. 4a

86 Message 1984, ch. 620.6

de service et pour avoir critiqué des directives au fondement douteux et de collaboratrices ou de collaborateurs qui se sont plaints de harcèlement sexuel ou moral, on trouve également le cas d'un cadre au comportement exemplaire licencié pour maintenir la réputation de l'employeur ou un employé sérieux qui signale des malversations de la part de son supérieur licencié suite à une enquête interne confiée à ce même supérieur<sup>87</sup>.

Ces situations qui appellent une sanction élevée ou maximale doivent pouvoir être sanctionnées assez sévèrement pour que l'effet soit répressif et dissuasif. La sanction doit également pouvoir être assez différenciée en regard de cas peu graves, où l'employeur peut ne pas commettre de faute, où les conséquences ne sont pas graves pour le travailleur et où une atténuation est indiquée du fait des capacités financières limitées de l'employeur. Force est de constater que, en regard des diverses fonctions attribuées à l'indemnité, le maximum de six mois ne permet pas de fixer une indemnité assez élevée dans les cas graves et de faire une différence assez nette par rapport aux cas peu graves ou dans lesquels des facteurs d'atténuation existent.

Il s'avère par ailleurs que la situation de l'employeur est prise en compte dans la fixation de l'indemnité. Il n'est donc pas nécessaire de limiter la marge de manœuvre du juge dans tous les cas pour tenir compte de la situation de petites et moyennes entreprises. Cela empêche de sanctionner adéquatement des actes d'une certaine gravité dans des situations où l'employeur dispose de bonnes capacités financières sans apporter un avantage réel. Un maximum différencié pour les petites et moyennes entreprises ne doit par ailleurs pas nécessairement être fixé par le législateur, puisque le juge peut prendre en compte la situation de l'employeur dans la fixation de l'indemnité. Le critère des capacités financières de l'entreprise semble plus adéquat à cet effet que la taille de l'entreprise.

#### **1.2.4 Protection particulière pour les représentants du personnel et les délégués syndicaux**

##### **Sanction du congé abusif ou injustifié**

Comme exposé ci-dessus (ch. 1.1.1.2 et 1.1.2), le cas traité devant les instances de l'OIT porte sur la sanction d'un licenciement abusif ou injustifié de représentants ou de délégués syndicaux. Le Conseil fédéral a déjà eu l'occasion, dans ses prises de position sur la plainte de l'USS, d'examiner la pratique jurisprudentielle dans ces cas<sup>88</sup>. Le Conseil fédéral a de même relaté les discussions tripartites qui ont eu lieu dans ce cadre sur la situation en droit suisse. Il a aussi pris position sur la conformité du droit suisse à la convention (n°98) de l'OIT et sur l'interprétation qui en est donnée par le Comité de la liberté syndicale. Il reste d'avis que la plainte doit être classée sans qu'il y soit donné de suite.

S'agissant de la sanction d'un licenciement abusif ou injustifié, la situation actuelle ne démontre pas la nécessité, même dans le cas particulier du licenciement en raison de l'appartenance ou non à un syndicat ou d'une activité syndicale (art. 336, al. 2, let. a, CO) ou du licenciement d'un représentant élu du personnel (art. 336, al. 2, let. b,

<sup>87</sup> Respectivement: ATF 131 III 535; arrêt 4A\_2/2008 du 8 juillet 2008

<sup>88</sup> Observations supplémentaires du Conseil fédéral, du 16 juin 2006 et observations du Conseil fédéral suisse sur le suivi donné à la recommandation du Comité du 15 novembre 2006, du 26 septembre 2008

CO), de prévoir la possibilité de réintégrer le travailleur licencié à tort. Lors de la révision de 1988 déjà, le projet du Conseil fédéral, qui allait plus loin que le texte finalement adopté par le Parlement, n'a pas proposé la réintégration<sup>89</sup>. Il a bien au contraire prévu d'appliquer la sanction prévue pour les autres motifs de congé abusif et pour la résiliation sans justes motifs. Le Parlement a de même écarté une proposition qui voulait permettre au juge de réintégrer le travailleur licencié à tort<sup>90</sup>. Ces choix doivent être maintenus pour les raisons évoquées ci-dessus (ch. 1.2.1). La réintégration est peu praticable lorsque la situation devient conflictuelle et qu'elle doit être clarifiée dans une procédure qui peut être longue.

Cela étant, le présent projet vise à proposer une sanction en cas de congé abusif ou injustifié qui soit effective. Celle-ci s'appliquera également dans les cas prévus à l'art. 336, al. 2, let. a et b, CO. Si le but protecteur peut être atteint de cette manière, il n'est pas nécessaire d'examiner une sanction plus sévère pour ces cas. Les solutions conventionnelles, telles que prévues déjà aujourd'hui dans certaines CCT (voir ci-dessus ch. 1.1.3.3), restent possibles. Il est nécessaire à cet égard de faire en sorte que la protection légale ne pose pas d'obstacle à des solutions librement consenties par les partenaires sociaux ou les parties (ci-dessous, ch. 1.2.5).

### **Motif justifié**

La protection étendue dont bénéficient les représentants élus du personnel à l'art. 336, al. 2, let. b, CO, est bien établie et ne doit pas être remise en cause. L'inclusion de motifs objectifs, en particulier économiques, dans la notion de motif justifié mérite cependant d'être discutée. Le législateur a adopté cette notion en se référant à l'art. 340c, al. 2, CO<sup>91</sup>. Cette disposition prévoit que le motif justifié doit émaner du travailleur, c'est-à-dire qu'il doit lui être imputable<sup>92</sup>. Le Tribunal fédéral a pour sa part jugé que des motifs économiques étaient en principe justifiés au sens de l'art. 336, al. 2, let. b, CO<sup>93</sup>. Ce n'est que s'ils présentent un lien avec l'activité de représentant du personnel que leur caractère justifié pourrait être remis en cause. L'argument selon lequel la disposition fait partie de la protection à raison de motifs abusifs et non à raison de périodes de temps déterminées n'est pas en soi critiquable<sup>94</sup>. Mais il faut noter que le Parlement, en intégrant le licenciement de représentants du personnel dans l'article traitant du congé abusif, n'a pas voulu par là s'écarter du projet du Conseil fédéral et mettre ce motif de congé abusif sur le même niveau que les autres motifs<sup>95</sup>. Le législateur a donc voulu instaurer une protection particulière dans ce cas, qui réside notamment dans le fait que l'employeur doit prouver que le licenciement repose sur un motif justifié. Un tel motif ne doit pas avoir la gravité d'un juste motif, mais il doit avoir une certaine importance. On peut donc se demander si la condition du motif justifié et la protection qui en découle ne perdent pas une grande partie de leur portée avec l'interprétation proposée par le Tribunal fédéral. On peut aussi se demander s'il est cohérent d'exiger que le motif inhérent à la personne du travailleur présente un certain degré de gravité et d'admettre en même temps que tout motif économique est justifié sans exiger qu'il ait une certaine importance. L'argument selon lequel l'employeur doit pouvoir décider sans entraves des mesures

<sup>89</sup> Message 1984, art. 336e du projet

<sup>90</sup> BO 1985 N 1130-1133

<sup>91</sup> Message 1984, ch. 620.11; BO 1985 N 1131-1132

<sup>92</sup> ATF 130 III 353, cons. 2.2.1

<sup>93</sup> ATF 135 III 512, cons. 6.2

<sup>94</sup> ATF 135 III 512, cons. 6.1

<sup>95</sup> BO 1985 N 1134-1135

les plus rationnelles économiquement et les plus supportables socialement et que les autres travailleurs ne doivent pas subir le contrecoup de la protection de leurs représentants est certes pertinent<sup>96</sup>. Mais, là encore, la protection particulière voulue par le législateur pour les représentants des travailleurs en posant des conditions plus exigeantes à leur licenciement ne semble plus prise en compte.

La protection particulière accordée à l'art. 336, al. 2, let. b, CO et la portée qu'elle doit avoir en regard d'un licenciement pour un motif économique mérite d'autant plus d'être réexaminée que, depuis la révision de 1988, le législateur a institué un obligation d'informer la représentation des travailleurs des conséquences de la marche des affaires sur l'emploi et pour le personnel (art. 9, al. 2 de la loi sur la participation). Il a également introduit une obligation de consulter cette même représentation en cas de licenciement collectif, qui est donné par définition pour des motifs non inhérents à la personne du travailleur (art. 335d CO), et une obligation de consulter en cas de transfert de l'entreprise ou d'une partie de celle-ci (art. 333a CO)<sup>97</sup>. L'obligation de consulter prévue à l'art. 333a CO a été étendue par la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion, LFus)<sup>98</sup> aux cas de fusion et de scission de sociétés (respectivement art. 27, al. 1 et 28, al. 1, 49, al. 1 et 50, al. 1), de transfert de patrimoine (art. 76, al. 1 et 77, al. 1), de fusion ou de transfert de patrimoine de fondations (art. 85, al. 3) et de fusion ou de transfert de patrimoine d'institutions de prévoyance (art. 96, al. 5 et 98, al. 2). Ainsi, la représentation des travailleurs est aujourd'hui appelée, de par la loi, à être l'interlocuteur de l'employeur dans les cas où l'entreprise est réorganisée pour des raisons économiques.

### **1.2.5 Parité et caractère absolument impératif de la protection contre les congés abusifs**

La nature des règles protectrices contre les congés pose plusieurs questions. Le principe de parité ne justifie tout d'abord pas d'instituer des règles absolument impératives comme cela est prévu pour les art. 336, al. 1, et 336a CO. Il suffit que la protection plus étendue convenue par les parties bénéficie de la même manière à chacune d'elles. Par ailleurs, si le principe de parité a sa justification et que l'employeur doit pouvoir aussi bénéficier de la protection contre les congés abusifs, la pratique a montré que ces dispositions servent avant tout la protection des travailleurs. De ce fait et parce qu'il n'y a pas de raison de faire obstacle à des solutions plus favorables au travailleur si les parties en conviennent, le caractère absolument impératif des dispositions sur la protection contre le congé abusif n'est pas adéquat. A cela s'ajoute qu'une protection plus étendue est possible pour ce qui est des conditions du congé abusif au sens de l'art. 336, al. 2, CO, mais celle-ci n'est pas autorisée pour ce qui est de la sanction. Enfin, la nature de l'art. 337c, al. 3, CO mérite d'être clarifiée.

<sup>96</sup> ATF 135 III 512, cons. 6.2

<sup>97</sup> Le Conseil fédéral entend étendre l'application de l'art. 333a CO au transfert d'entreprises en cas d'insolvabilité. Voir le communiqué de presse du DFJP du 20 janvier 2010, Procédure d'assainissement des entreprises.

<sup>98</sup> RS 221.301

## **1.3 Les changements proposés**

### **Le maximum de l'indemnité est augmenté (art. 336a, al. 2, et 337c, al. 3, P-CO)**

Les critiques adressées à la sanction en cas de congé abusif ou injustifié et l'examen de la situation actuelle amènent à proposer un renforcement de la sanction prévue dans le droit en vigueur. Ce renforcement consiste à augmenter le maximum de l'indemnité, actuellement de six mois de salaire, à douze mois de salaire. Cette augmentation vaut pour tout congé abusif ou injustifié. Elle ne se limite pas à des motifs particuliers de congé. Le juge dispose du même pouvoir d'appréciation pour fixer l'indemnité.

### **Le licenciement pour motif économique des représentants des travailleurs est abusif (art. 336, al. 2, let. b, P-CO)**

L'avant-projet propose de limiter les motifs justifiés de licenciement de représentants du personnel aux motifs inhérents à la personne du travailleur. Il est nécessaire en effet de clarifier l'application des motifs justifiés en cas de licenciement pour un motif objectif, en particulier économique. Les représentants des travailleurs peuvent s'attendre à cet égard à ne pas être licenciés dans les situations typiques où ils sont amenés à engager des discussions avec l'employeur.

### **Des solutions conventionnelles plus favorables aux deux parties ou plus favorables au travailleur sont rendues possibles (art. 336, al. 3, 336a, al. 3, 361 et 362, P-CO)**

L'avant-projet propose d'admettre les solutions conventionnelles qui étendent la protection contre les congés abusifs, si elles sont plus favorables de manière égale aux deux parties ou plus favorables au travailleur. La nature de la protection contre les congés est ainsi mise en adéquation avec le principe de parité. Une protection plus étendue voulue par les parties est aussi ainsi rendue possible. Le fait que la protection s'applique en pratique en premier lieu au travailleur est pris en compte à cet égard.

## **1.4 Justification et appréciation de la solution proposée**

### **1.4.1 Maintien des principes du droit en vigueur**

#### **Validité du congé**

L'avant-projet propose de renforcer la sanction en cas de congé abusif ou injustifié. La validité du congé n'est cependant pas remise en cause. Outre qu'il est peu réaliste de vouloir maintenir les rapports de travail contre la volonté d'une partie, une sanction pécuniaire assez élevée peut être effective et remplir la fonction préventive qui lui est dévolue.

#### **Nature de l'indemnité**

Le caractère sui generis de l'indemnité qui a une fonction réparatrice et punitive, tel qu'il est établi depuis l'ATF 123 III 391 est également maintenu. Un maximum plus élevé permettra de réaliser la double fonction qui est assignée à l'indemnité sans devoir remettre en cause son caractère exhaustif ni le fait qu'elle ne doit pas correspondre à un dommage qui est prouvé.

## **Fixation du montant par le juge**

Le large pouvoir d'appréciation accordé au juge doit être maintenu vu que les cas de congé abusif ou injustifié peuvent être très divers. Une sanction différenciée et adaptée à chaque cas ne peut être réglée de manière abstraite dans la loi mais doit être laissée à l'appréciation du juge. L'augmentation du maximum de l'indemnité permettra aux tribunaux de prononcer des sanctions plus sévères sans restreindre leur pouvoir d'appréciation.

### **1.4.2 Meilleure protection contre les congés**

#### **Sanction effective en cas de congé abusif ou injustifié**

L'augmentation du maximum de l'indemnité de six à douze mois permet de renforcer clairement la sanction. Elle donne au juge une marge assez large pour tenir compte de toutes les circonstances du cas d'espèce, en particulier la gravité du congé et l'atteinte subie par le travailleur mais aussi de la situation économique de l'employeur. Si celui-ci a de grandes capacités financières, il pourra être sanctionné plus sévèrement. A l'inverse, si ces capacités sont limitées, le juge aura tout pouvoir de limiter le montant de l'indemnité.

La sanction aura aussi un effet préventif plus marqué. La perspective d'une sanction plus élevée incitera à ne pas recourir trop vite à un licenciement et encouragera la recherche de solutions alternatives.

La présente proposition ne va toutefois pas aussi loin que le projet du Conseil fédéral de 1984, qui donnait la possibilité de cumuler les indemnités si le congé abusif est en même temps injustifié ou s'il concerne un représentant des travailleurs. Il était donc possible d'aller jusqu'à un montant équivalant à 36 mois de salaire.

#### **Protection améliorée des représentants des travailleurs**

Le maximum proposé de l'indemnité permettra aussi de sanctionner de manière effective le licenciement de représentants des travailleurs ou de délégués syndicaux qui est abusif au sens de l'art. 336, al. 2, let. a et b, CO. Les partenaires sociaux ou les parties pourront également prévoir une sanction plus sévère. Il n'y a pas lieu en effet de ne pas admettre qu'un licenciement abusif soit annulé et qu'il entraîne la réintégration du travailleur, si cette conséquence est acceptée par les parties.

La limitation des motifs justifiés de licenciement au sens de l'art. 336, al. 2, let. b aux seuls motifs inhérents à la personne du travailleur permet aussi de mieux protéger les représentants des travailleurs. Cette protection ne fait que garantir que les représentants des travailleurs puissent accomplir leurs tâches dans de bonnes conditions dans des situations où ils sont particulièrement sollicités. Elle met aussi la protection contre les licenciements abusifs en accord avec le rôle qui leur est attribué de par la loi. Cette restriction ne réduit par ailleurs pas disproportionnellement la marge de manœuvre de l'employeur en cas de restructuration. Le cercle des bénéficiaires de cette protection est bien circonscrit et ne va pas soustraire un grand nombre de travailleurs aux éventuelles suppressions de postes justifiées économiquement. Par ailleurs, une restructuration peut comprendre d'autres mesures que le licenciement comme la réaffectation à un autre poste. Enfin, si effectivement un poste occupé par un représentant du personnel doit être supprimé et qu'aucune

mesure autre que le licenciement n'est envisageable, il peut être mis fin au contrat d'un commun accord.

## **1.5 Droit international, rapports avec le droit européen et droit comparé**

### **1.5.1 Droit international**

#### **Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels**

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels<sup>99</sup> garantit le droit au travail (art. 6), le droit à des conditions de travail justes et favorables (art. 7), le droit de former des syndicats et de s'affilier au syndicat de son choix (art. 8, al. 1, let. a) et, pour les syndicats, le droit d'exercer librement leur activité (art. 8, al. 1, let. c). Ces dispositions ne se réfèrent pas à la protection contre les congés de manière spécifique, mais l'art. 8 trouve sa concrétisation dans l'art. 336, al. 2, let. a et b, CO<sup>100</sup>. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels avait recommandé à la Suisse de ratifier la convention n°98 de l'OIT<sup>101</sup>, ce que la Suisse a fait en date du 17 août 1999.

#### **Charte sociale européenne**

La Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996 garantit spécialement la protection contre le licenciement. Ce texte n'a pas été ratifié par la Suisse<sup>102</sup>. L'art. 24 institue un droit à la protection en cas de licenciement, qui reprend les exigences posées dans la convention n° 158 de l'OIT (voir ci-dessous). Les Parties doivent reconnaître le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service (1<sup>er</sup> par., let. a); elles doivent aussi reconnaître le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée (1<sup>er</sup> par., let. b). Le travailleur doit avoir un droit de recours devant un organe impartial (2<sup>ème</sup> par.). L'annexe (art. 24, ch. 3) énumère des motifs qui ne constituent pas des motifs valables, notamment l'affiliation syndicale ou la participation à des activités syndicales (let. a) et le fait de solliciter d'exercer ou d'avoir un mandat de représentation des travailleurs (let. b). L'art. 28 de la Charte engage les Parties à assurer que les représentants des travailleurs bénéficient d'une protection effective contre les actes qui pourraient leur porter préjudice, y compris le licenciement, et qui seraient motivés par leur qualité ou leurs activités de représen-

<sup>99</sup> RS 0.103.1. La Suisse a adhéré au Pacte le 18 juin 1992. Le Pacte est entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992.

<sup>100</sup> Comme la liberté syndicale découle de la liberté d'association, elle est également garantie par l'art. 22 du pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2) et l'art. 11 de la convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101).

<sup>101</sup> Observations finales du 7 décembre 1998 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels: Suisse. E/C.12/1/Add.30., ch. 30

<sup>102</sup> Le Conseil fédéral a signé la Charte dans sa version d'origine le 6 mai 1996. Le Conseil national a classé le 17 décembre 2004 (BO 2004 N 2168) une initiative parlementaire, Iv.pa. Groupe socialiste (91.419) Ratification de la Charte sociale européenne, du 19 juin 1991. Un postulat Seydoux (10.3004) Compatibilité de la Charte sociale européenne avec l'ordre juridique suisse, du 12 janvier 2010, a été accepté par le Conseil fédéral le 24 février 2010 et adopté par le Conseil des Etats le 8 mars 2010.

tants des travailleurs dans l'entreprise (let. a). L'art. 29 institue un droit à l'information et à la consultation en cas de licenciements collectifs.

### **Organisation internationale du travail (OIT)**

La Conférence générale de l'OIT a adopté, le 22 juin 1982, la convention n°158 et la recommandation R166 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur (convention et recommandation sur le licenciement). Le Conseil fédéral a présenté ces textes de manière détaillée dans son Rapport du 4 mai 1983 sur la 68<sup>e</sup> session de la Conférence internationale du travail<sup>103</sup> et dans son message de 1984 en rapport avec la révision alors proposée<sup>104</sup>. Nous rappelons que l'art. 4 prévoit que tout licenciement doit reposer sur un motif valable tenant à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. Les art. 5 et 6 énumèrent des motifs qui ne constituent pas des motifs valables, notamment l'activité syndicale (art. 5, let. a) et la sollicitation ou l'exercice d'un mandat de représentation des travailleurs (art. 5, let. b). L'art. 10 prévoit que le licenciement injustifié doit être sanctionné par une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée, si l'annulation du licenciement et/ou la réintégration du travailleur ne sont pas prévues dans la législation et la pratique nationales ou si l'autorité qui connaît de l'affaire n'estime pas que ces mesures sont possibles dans le cas d'espèce. L'art. 12 prévoit enfin une indemnité de départ ou des prestations d'assurance-chômage ou d'une autre assurance sociale pour le travailleur licencié.

Le Conseil fédéral a examiné la conformité du droit suisse à la convention dans son Rapport du 4 mai 1983<sup>105</sup>. Se référant alors à l'ancien droit, il a constaté qu'il n'était pas conforme aux exigences qu'elle pose et n'a pas soumis la convention à l'approbation du Parlement. Dans son message de 1984 (ch. 333), le Conseil fédéral constate aussi que le contre-projet qu'il propose ne satisfait pas aux exigences de la convention. La protection contre les licenciements n'ayant pas été renforcée lors des débats parlementaires, ce constat vaut également pour les règles adoptées en 1988. Ce constat a été confirmé par la suite<sup>106</sup>. La divergence essentielle à cet égard est que la convention n° 158 fait dépendre la licéité du licenciement d'un motif valable alors que le principe en droit suisse est que licenciement peut être librement prononcé sous réserve des motifs considérés comme abusifs.

A ces textes qui traitent de manière générale du licenciement, s'ajoutent des textes qui traitent de domaines particuliers, énumérés dans le message du Conseil fédéral de 1984 (ch. 333). Nous rappellerons ici la convention n° 98 concernant l'application de principes du droit d'organisation et de négociation collective (ci-dessus ch. 1.1.1.2), ratifiée par la Suisse le 17 août 1999 et en vigueur depuis le 17 août 2000<sup>107</sup>. Cette convention demande notamment une protection adéquate contre tous actes de discrimination tendant à porter atteinte à la liberté syndicale en matière d'emploi (art. 1, al. 1), notamment les actes ayant pour but de congédier un travail-

<sup>103</sup> FF 1983 II 1138

<sup>104</sup> Message 1984, ch. 333

<sup>105</sup> Ch. 33 et 34

<sup>106</sup> Le 13 décembre 2000, le Conseil national a ainsi refusé de donner suite à une Iv.pa. Thanei (99.459) Droit du travail. Protection contre le licenciement. qui demandait de mettre le droit suisse en conformité avec la convention (n°158) de l'OIT et la Charte sociale européenne.

<sup>107</sup> RS 0.822.719.9

leur en raison de son affiliation syndicale ou de sa participation à des activités syndicales en dehors des heures de travail ou, avec le consentement de l'employeur, durant ces heures (art. 1, al. 2, let. b).

Et la convention n° 135 concernant la protection des représentants des travailleurs dans l'entreprise et les facilités à leur accorder a été adoptée par la Conférence générale de l'OIT le 23 juin 1971 (convention concernant les représentants des travailleurs)<sup>108</sup>, dans l'idée de compléter la convention n° 98<sup>109</sup>. L'art. 1 en particulier prévoit que les représentants des travailleurs dans l'entreprise doivent bénéficier d'une protection efficace contre toutes les mesures qui pourraient leur porter préjudice, y compris le licenciement, et qui seraient motivées par leur qualité ou leurs activités de représentants des travailleurs, leur affiliation syndicale, ou leur participation à des activités syndicales, pour autant qu'ils agissent conformément aux lois, conventions collectives ou autres arrangements conventionnels en vigueur. L'art. 3 précise que les représentants des travailleurs sont les personnes reconnues comme telles par la législation ou la pratique nationales qu'elles soient des représentants syndicaux (let. a) ou des représentants librement élus par les travailleurs (let. b). La convention n° 135 n'a pas été ratifiée par la Suisse<sup>110</sup>.

### 1.5.2 Rapports avec le droit européen

L'Union européenne n'a pas procédé à une harmonisation des règles nationales sur la protection contre les congés. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit tout de même à son art. 30 que tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales. En matière de licenciements collectifs, la directive 75/129/CEE a été remplacée par la directive 98/59/CE<sup>111</sup>. Cette dernière n'apporte pas de modifications fondamentales et ne prévoit pas de règles nouvelles en rapport avec la sanction de licenciements collectifs prononcés en violation des règles procédurales fixées. En matière de transfert d'entreprises, l'art. 4, al. 1 de la directive 2001/23/CE<sup>112</sup> stipule que le licenciement ne peut être prononcé du seul fait du transfert mais qu'il peut intervenir pour des raisons économiques, techniques

<sup>108</sup> Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 23 août 1972 sur la 56e session de la Conférence internationale du travail, FF 1972 II 375, Annexe 1

<sup>109</sup> Considérants 1 et 2 du préambule.

<sup>110</sup> Dans son rapport de 1972 (ch. III, 2) le Conseil fédéral ne s'est pas prononcé sur la ratification au vu du droit suisse en vigueur à ce moment et d'une initiative alors pendante. Plus récemment, une motion Levrat (06.3569) Ratification de la convention no 135 de l'OIT par la Suisse a été classée le 20 mars 2009 et le Conseil national n'a pas donné suite, le 18 septembre 2008, à une Iv.pa. Levrat (07.474) Pour une meilleure protection des représentants des travailleurs, (BO 2008 N 1182).

<sup>111</sup> Respectivement: directive 75/129/CEE du Conseil, du 17 février 1975, JO L 48 du 22.2.1975, p. 29, et directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, JO L 225 du 12.8.1998, p. 16.

<sup>112</sup> Directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, JO L 82 du 22.3.2001, p. 82. La directive remplace la directive 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977, JO L 61 du 5.3.1977, p. 26, modifiée par la directive 98/50/CE du Conseil du 29 juin 1998, JO L 201 du 17.7.1998, p. 88.

ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi<sup>113</sup>. Les directives traitant d'égalité de traitement, entre hommes et femmes (directive 2006/54/CE), en matière d'emploi et de travail (directive 2000/78/CE) et quant à la race et à l'origine ethnique (directive 2000/43/CE) laissent les Etats membres déterminer les sanctions applicables en cas de violation des dispositions nationales qui mettent en œuvre les directives mais précisent que ces sanctions peuvent comprendre le versement d'une indemnité et qu'elles doivent être effectives, proportionnées et dissuasives<sup>114</sup>. Ces directives s'appliquent aux conditions de licenciement et prévoient une protection contre les mesures de rétorsion<sup>115</sup>.

Plusieurs directives européennes traitent de la participation des travailleurs. L'art. 7 de la directive établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs<sup>116</sup> enjoint aux Etats membres de veiller à ce que les représentants des travailleurs jouissent, dans l'exercice de leurs fonctions, d'une protection et de garanties suffisantes leur permettant de réaliser d'une façon adéquate les tâches qui leur ont été confiées. Les autres directives, notamment l'art. 10, al. 3 de la directive 2009/38/CE instituant un comité d'entreprise européen ou une procédure d'information et de consultation des travailleurs dans les entreprises ou groupes de dimension européenne<sup>117</sup>, prévoient que les travailleurs exerçant des fonctions de représentation jouissent d'une protection et de garanties similaires à celles prévues pour les représentants des travailleurs par la législation et/ou la pratique nationale de leur pays d'emploi.

Le présent projet, en ce qu'il propose d'améliorer la protection contre les licenciements est compatible avec le droit de l'Union européenne.

- <sup>113</sup> Sur la portée de cette disposition voir: Arrêt de la Cour du Justice de l'Union européenne du 11 juin 2009, affaire C-561/07, Commission c. Italie, Rec. p. I-4959, n. 35; arrêt du 12.3.1998, affaire C-319/94, Dethier Equipement, Rec. p. I-1061, n. 35
- <sup>114</sup> Art. 25 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JO L 204 du 26.7.2006, p. 23; art. 17 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L 303 du 2.12.2000, p. 16; art. 15 de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JO L 180 du 19.7.2000, p. 22.
- <sup>115</sup> Respectivement: art. 14, al. 1, let. c et 24 de la directive en matière d'égalité entre hommes et femmes; art. 3, al. 1, let. c et art. 11 de la directive en faveur de l'égalité en matière d'emploi et de travail; art. 3, al. 1, let. c et art. 9 de la directive en matière d'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique.
- <sup>116</sup> Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, JO L 80 du 23.3.2002, p. 29
- <sup>117</sup> Directive 2009/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, JO L 122 du 16.5.2009, p. 28. Egalement: art. 10 de la directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs (JO L 294 du 10.11.2001, p. 22) et art. 12 de la directive 2003/72/CE du Conseil du 22 juillet 2003 complétant le statut de la société coopérative européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs (JO L 207 du 28.8.2003, p. 25).

### 1.5.3

## Droit comparé

### France

La rupture du contrat à durée indéterminée est régie par les art. L 1231-1ss du code du travail. Ces dispositions s'appliquent après la période d'essai (art. L 1231-1, al. 2). Un licenciement pour motif personnel doit être justifié par une cause réelle et sérieuse (art. L 1232-1). L'employeur doit convoquer le salarié à un entretien préalable (art. L 1232-2) puis notifier le cas échéant le licenciement par lettre recommandée (art. L 1232-6). Le licenciement pour motif économique est régi par les art. L 1233-1ss et doit également reposer sur une cause réelle et sérieuse (art. L 1233-2).

Le licenciement ordinaire (et aussi avec effet immédiat) qui n'est pas motivé par une cause réelle et sérieuse est considéré comme abusif. Le juge peut alors proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise (art. L 1235-3). Si l'une des parties refuse, le salarié a droit à une indemnité correspondant au minimum aux six derniers mois de salaire (*ibid.*). Ces règles ne s'appliquent pas au salarié qui a moins de deux années d'ancienneté et dans les entreprises employant habituellement moins de onze salariés (art. L 1235-5, ch. 2). Seule la réparation du préjudice peut être demandée dans ces cas. Le licenciement sans préavis, en l'absence de faute grave, donne droit à une indemnité distincte (art. L 1234-5). Tout licenciement, en l'absence de faute grave et après deux années d'ancienneté, donne droit à une indemnité de licenciement (art. L 1234-9). Les conséquences d'un licenciement pour motif économique sont réglées aux art. 1235-7ss.

Le droit français connaît la nullité de plein droit du licenciement dans certains cas: licenciement discriminatoire (art. L 1132-1 à 1132-4), licenciement en raison d'une action du salarié pour discrimination (art. L 1134-4 et L 1144-3), licenciement en cas de harcèlement sexuel (art. L 1153-1 à 1153-3) ou moral (art. L 1152-1 à 1152-3). La dénonciation d'actes de discrimination ou de harcèlement est également incluse (art. L 1132-3, 1152-2 et 1153-3) ainsi que le fait de relater, de bonne foi, à l'employeur ou aux autorités judiciaires ou administratives des faits de corruption dont le salarié a connaissance dans l'exercice de ses fonctions (art. 1161-1). Le licenciement du fait d'activités syndicales et mutualistes entre dans la catégorie des licenciements discriminatoires (art. L 1132-1).

La deuxième partie du code du travail traite des relations collectives de travail. Le livre quatre, intitulé "Les salariés protégés" règle la protection des salariés investis d'un mandat de représentation et comprend quatre chapitres. Le chapitre premier traite de la protection en cas de licenciement et le chapitre deuxième de la protection en cas de rupture d'un contrat de travail à durée déterminée. Parmi les dix-sept types de mandataires bénéficiant de la protection contre le licenciement, figurent le délégué syndical, le délégué du personnel, le membre élu du comité d'entreprise et le représentant syndical au comité d'entreprise (art. L 2411-1). Les délégués syndicaux, les délégués du personnel et les membres du comité d'entreprise institués par convention ou accord collectif de travail sont également protégés (art. L 2411-2). Le licenciement de ces mandataires requiert une autorisation préalable de l'inspecteur du travail (art. L 2411-3, L 2411-5 et L 2411-8). La protection s'étend pendant les douze mois qui suivent la cessation des fonctions de délégué syndical qui ont duré un an au moins et pendant les six mois qui suivent la fin du mandat du délégué du personnel, du membre élu ou du représentant syndical au comité d'entreprise désigné depuis deux ans (*ibid.*). Les salariés qui demandent l'organisation d'élections de délégués du personnel ou d'élections au comité d'entreprise et les candidats à ces

élections sont également protégés (art. L 2411-6, L 2411-7, L 2411-9 et L 2411-10). La demande d'autorisation de licenciement d'un délégué syndical est directement adressée à l'inspecteur du travail (art. L 2421-4) alors que celle d'un délégué du personnel, d'un membre élu du comité d'entreprise ou d'un représentant syndical au comité d'entreprise est d'abord soumis au comité d'entreprise si l'établissement en compte un (art. L 2421-3). La décision de l'inspecteur du travail autorisant le licenciement peut être portée devant le ministre compétent puis devant le juge administratif (art. 2422-1). Si ceux-ci annulent la décision, le salarié peut demander à être réintégré dans son emploi ou un emploi équivalent. Il a également droit à être indemnisé de la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et sa réintégration (art. L 2422-4). Le non-respect de la procédure administrative est passible d'une sanction pénale d'une année d'emprisonnement et de 2750 euros d'amende (art. L 2431-1, L 2432-1 et L 2433-1). La procédure de licenciement (entretien préalable et notification) s'applique également dans ces cas.

## Allemagne

La protection contre le licenciement est principalement réglée dans la *Kündigungsschutzgesetz* (KSchG)<sup>118</sup> et la *Betriebsverfassungsgesetz* (BetrVG)<sup>119</sup>. La KSchG ne s'applique pas pendant les six premiers mois de travail (art. 1, al. 1, KSchG). Sont également exclus du champ d'application les entreprises de moins de cinq employés et les employés engagés après le 31.12.2003 travaillant dans une entreprises occupant entre cinq et dix employés (art. 23, al. 1, KSchG) ainsi que les membres d'organes de personnes morales, les personnes ayant des pouvoirs de représentation d'une société de personnes et le personnel dirigeant habilité à prononcer un licenciement pour le compte de l'employeur (art. 14 KSchG). Une protection minimale contre le licenciement existe en dehors de la KSchG, sur la base de l'art. 138 BGB (bonnes mœurs) et de l'art. 242 BGB (bonne foi).

Un licenciement ordinaire doit être socialement justifié au sens de l'art. 1, al. 2 KSchG. Un licenciement injustifié n'est pas valable (art. 1, al. 1, KSchG). Un licenciement avec effet immédiat prononcé sans justes motifs n'est également pas valable (art. 626 du *Bürgerliches Gesetzbuch*; BGB)<sup>120</sup>. Pour toute entreprise disposant d'un comité d'entreprise selon l'art. 1, al. 1, BetrVG - c'est en principe le cas si elle occupe au moins cinq travailleurs -, l'employeur doit, sous peine de nullité du licenciement subséquent, entendre le comité d'entreprise avant de prononcer le licenciement et lui en communiquer les motifs (art. 102, al. 1, BetrVG). Le comité d'entreprise doit communiquer ses réserves par écrit dans le délai d'une semaine (art. 102, al. 2, BetrVG). Les motifs pouvant être invoqués tiennent notamment à la possibilité d'occuper le travailleur à un autre emploi dans l'entreprise (art. 102, al. 3, ch. 3 à 5, BetrVG). Dès que le licenciement est communiqué par écrit au travailleur, celui-ci doit agir dans un délai de 3 semaines (art. 4 KSchG) sauf exceptions prévues aux art. 5 et 6 KSchG. Dans le cas contraire, le licenciement prend effet dès le départ (art. 7 KSchG).

Le tribunal peut mettre fin aux rapports de travail et condamner l'employeur à verser une indemnité si le travailleur le demande et que la continuation des rapports de travail ne peut être exigée de lui ou si l'employeur le demande et qu'une collabora-

<sup>118</sup> Selon publication du 25 août 1969, BGBl I 1317

<sup>119</sup> Selon publication du 25 septembre 2001, BGBl I 2518

<sup>120</sup> Selon publication du 2 janvier 2002, BGBl. I 42, 2909; 2003 I 738

tion servant les intérêts de l'entreprise ne peut plus être attendue (art. 9, al. 1, KSchG). Une indemnité est alors versée au travailleur (*ibid*). Cette indemnité peut s'élever à douze mois de salaire (art. 10, al. 1, KSchG) voire 15 (travailleur de plus de 50 ans ayant quinze années d'ancienneté) ou 18 mois (55 ans, 20 ans d'ancienneté).

La continuation des rapports de travail pendant le procès n'est pas prononcée avant la décision de première instance, à moins que le licenciement ne soit manifestement injustifié<sup>121</sup>. Après la première instance, la réintégration est prononcée si la décision a été favorable au travailleur. Si le licenciement est valablement contesté par le comité d'entreprise et que sa validité est contestée en justice par le travailleur, le maintien du travailleur à son poste de travail pendant le procès est admis plus largement en vertu de l'art. 102, al. 5, BetrVG. Le tribunal ne peut en effet libérer l'employeur, à sa demande, de l'obligation de garder le travailleur à son service que si la demande du travailleur paraît téméraire ou vouée à l'échec, si l'employeur subit de ce fait un désavantage économique qu'il ne doit raisonnablement pas supporter ou si l'opposition du comité d'entreprise est manifestement infondée.

Un membre du comité d'entreprise ou de la représentation du personnel ne peut être licencié, pendant la durée de son mandat et jusqu'à une année après son expiration, que pour de justes motifs (art. 15, al. 1 et 2, KSchG). Les membres d'un comité électoral et les candidats à une élection bénéficient de la même protection jusqu'à la communication des résultats du vote et pendant les six mois qui suivent (art. 15, al. 3, KSchG). Le comité d'entreprise doit donner son accord au licenciement avec effet immédiat d'un membre du comité, du comité électoral ou d'un candidat (art. 103, al. 1, BetrVG). Si le comité la refuse, l'employeur peut demander au tribunal de la prononcer (art. 103, al. 2, BetrVG).

## **Italie**

La protection contre les licenciements est principalement réglée dans la *Legge 15 luglio 1996, n. 604 "Norme sui licenziamenti individuali"* (loi sur le licenciement) et dans la *Legge 20 maggio 1970, n. 300 "Statuto dei Lavoratori"* (loi sur les travailleurs) avec les modifications apportées par la *Legge 11 maggio 1990, n. 108 "Disciplina dei licenziamenti individuali"*. Le licenciement du travailleur n'est possible que pour de justes motifs au sens de l'art. 2119 du *Codice civile* (sans délai) ou pour un motif justifié (art. 1 de la loi sur le licenciement). Le licenciement doit faire l'objet d'une communication écrite et, si le travailleur le demande dans un délai de quinze jours, les motifs également (art. 2, al. 1 et 2 de la loi sur le licenciement). Le non-respect de ces prescriptions formelles entraîne la nullité du licenciement (art. 2, al. 3 de la loi sur le licenciement). Le licenciement peut être contesté dans un délai de soixante jours (art. 6 de la loi sur le licenciement). Les conséquences d'un licenciement donné sans motif justifié ou sans justes motifs dépendent de la taille de l'entreprise. Si l'employeur occupe plus de soixante travailleurs en Italie ou plus de quinze travailleurs dans une seule exploitation dans une commune (plus de cinq dans l'agriculture), il doit réintégrer le travailleur à son poste à moins que le travailleur ne renonce à la réintégration et ne demande une indemnité qui peut atteindre quinze mois de salaire (art. 18 al. 1 et 5 de la loi sur les travailleurs). Si l'employeur occupe soixante travailleurs ou moins en Italie ou quinze travailleurs ou moins (cinq ou moins dans l'agriculture) dans une seule exploitation dans une commune, il peut

<sup>121</sup> BAG, arrêt du 27.2.1985, GS 1/84

réengager le travailleur sur la base d'un nouveau contrat ou lui verser une indemnité. Le montant de l'indemnité peut varier de deux mois et demi au minimum à six mois de salaire et peut aller, dans les entreprises employant plus de quinze travailleurs, jusqu'à dix mois de salaire dès dix ans d'ancienneté ou jusqu'à 14 mois dès 20 ans (art. 8 de la loi sur le licenciement).

Le licenciement prononcé en raison de croyances politiques ou religieuses ou en raison de l'appartenance à un syndicat ou d'une activité syndicale est nul indépendamment de sa motivation (art. 4 de la loi sur le licenciement). Il en va de même d'un licenciement donné en raison de la participation à une grève ou qui est constitutif d'une discrimination à raison des opinions politiques, de la religion, de la race, de la langue ou du sexe (art. 15, al. 1, let. b et al. 2 de la loi sur les travailleurs).

Le droit italien prévoit également une indemnité de départ en cas de licenciement.

### **Autriche**

La protection contre les congés est principalement réglée dans la *Bundesgesetz vom 14. Dezember 1973 betreffend die Arbeitsverfassung (Arbeitsverfassungsgesetz - ArbVG)*<sup>122</sup>. Sont exclus du champ d'application les exploitations agricoles et les ménages privés (art. 33, al. 2, ch. 1 et 5 ArbVG) ainsi que les membres d'organes de l'entreprise habilités à la représenter et le personnel dirigeant qui a une influence tangible sur la direction de l'entreprise (art. 36, al. 2, ch. 1 et 3 ArbVG). Les entreprises ayant au moins cinq employés sont tenues de mettre en place une représentation des travailleurs (art. 40, al. 1, ArbVG). L'employeur a alors l'obligation, avant chaque résiliation ordinaire, d'avertir le comité d'entreprise qui doit rendre un avis dans les cinq jours (art. 105, al. 1, ArbVG). Le comité d'entreprise peut demander un entretien avec l'employeur dans ce délai (art. 105, al. 2). Une résiliation donnée avant l'écoulement du délai ou avant l'avis du comité est nulle (art. 105, al. 2, 2<sup>ème</sup> phr.). L'employeur doit informer le comité de la résiliation (art. 105, al. 4). Lorsque le comité s'est opposé à l'intention de licencier, il peut contester la résiliation en justice (*ibid.*). A défaut, ou si le comité d'entreprise n'a pas donné d'avis sur l'intention de licencier, le travailleur peut agir lui-même. La résiliation ordinaire peut être contestée pour les motifs illicites énumérés dans la loi et notamment l'appartenance à un syndicat ou l'activité syndicale (art. 105, al. 3, ch. 1, let. a et b), la participation aux élections dans l'entreprise, la candidature au comité d'entreprise ou un mandat échu au comité (art. 105, al. 3, ch. 1, let. d, e et f). La résiliation ordinaire peut également être contestée si elle est socialement injustifiée (art. 105, al. 3, ch. 2), c'est-à-dire qu'elle porte atteinte à des intérêts significatifs du travailleur sans que l'employeur ne prouve qu'elle est justifiée par un motif tenant à la personne du travailleur ou les besoins de l'entreprise (art. 105, al. 3, ch. 2, let. a et b). Une résiliation ordinaire socialement injustifiée est nulle (art. 105, al. 7). Le droit autrichien prévoit également une indemnité de départ en cas de licenciement.

Une résiliation avec effet immédiat est possible pour de justes motifs (art. 1162 de l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, ABGB*). En l'absence de justes motifs, la résiliation peut être contestée en justice sur la base de l'art. 105, al. 3 ArbVG (art. 106, al. 2, ArbVG). L'employeur doit informer le comité d'entreprise à chaque résiliation avec effet immédiat et accorder un entretien au comité d'entreprise si celui-ci en fait la demande dans un délai de trois jours (art. 106, al. 1, ArbVG).

<sup>122</sup> BGBl. Nr. 22/1974

Les membres du comité d'entreprise bénéficient d'une protection renforcée contre le licenciement. Une résiliation ordinaire ou avec effet immédiat doit être approuvée au préalable par un tribunal (art. 120, al. 1, ArbVG). La résiliation ordinaire ne peut être approuvée par le juge que pour une violation substantielle des devoirs contractuels telle, qu'une continuation des rapports de travail ne peut être exigée de l'employeur (art. 121, ch. 3), pour une incapacité durable de fournir la prestation de travail telle, qu'une continuation des rapports de travail ou une affectation à une autre tâche que le membre du comité d'entreprise a acceptée ne peut être exigée de l'employeur (art. 121, ch. 2) ou si l'entreprise subit une suspension durable de ses activités, si sa dimension est réduite ou si l'activité de certaines de ses parties est suspendue et que l'employeur ne peut affecter le travailleur, malgré sa demande, à un autre poste dans l'entreprise sans subir un dommage important (art. 121, ch. 1). La résiliation avec effet immédiat ne peut également être approuvée que pour les motifs énumérés dans la loi (art. 122, al. 1, ch. 1 à 5) et si le maintien du travailleur au service de l'employeur ne peut être exigé de ce dernier (art. 122, al. 2). L'approbation du tribunal peut être demandée postérieurement pour les motifs énumérés aux ch. 2 à 5 (art. 122, al. 3).

### **Etats-Unis**

Le droit américain n'a pas de législation spéciale qui traite de la fin des rapports de travail ou de la protection contre les congés à l'exception de l'Etat du Montana qui a adopté le *Wrongful Discharge from Employment Act* en 1987 et de l'Arizona, qui a adopté le *Employment Protection Act* en 1996. La fin du contrat de travail est régie par la doctrine dite du *at will* ou la liberté de licencier sans motif. Cette liberté est sujette à exceptions. Tout d'abord, les lois qui interdisent les pratiques discriminatoires visent également le licenciement. Est ainsi prohibé le licenciement donné en raison de la race, de la couleur de peau, de la nationalité, du sexe, de la religion, de l'âge ou d'un handicap<sup>123</sup>. Ces lois interdisent également le congé-représailles donné suite à une plainte de l'employé pour discrimination. Les employés qui dénoncent des actes illicites bénéficient également d'une protection contre un congé-représailles dans plusieurs lois sectorielles, dont la plus importante est la loi *Sarbanes-Oxley* adoptée en 2002<sup>124</sup>. L'employé licencié indûment au sens de ces dispositions législatives peut être réintégré et bénéficier du paiement d'arriérés de salaire depuis le licenciement<sup>125</sup>.

Ensuite, les tribunaux ont développé des exceptions à la liberté de licencier sans motif. Les exceptions principales entrent dans trois catégories<sup>126</sup>. L'exception dite de politique publique (*public policy*) permet d'apprécier la licéité du licenciement au regard de l'intérêt public ou d'intérêts collectifs exprimés clairement, la plupart des Etats se limitant aux règles constitutionnelles, légales ou édictées par des autorités administratives. Cette exception est appliquée dans la majorité des Etats américains.

<sup>123</sup> Civil Rights Act de 1964 (42 US Code (USC) Chapitre 21); Age Discrimination in Employment Act de 1967 (29 USC Chapitre 14); Americans with Disabilities Act de 1990 (42 USC Chapitre 126).

<sup>124</sup> Sur ce dernier point, voir le Rapport explicatif relatif à la révision partielle du code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur), ch. 1.6.3

<sup>125</sup> Par ex., Civil Rights Act de 1964, 42 USC 2000e-5, let. g, ch. 1; loi Sarbanes-Oxley, 18 USC 1504, c, 2, A et B

<sup>126</sup> Voir sur ces exceptions: Charles J. Muhl, The employment-at-will doctrine: three major exceptions, Monthly Labor Review, Janvier 2001, 3ss

La seconde se fonde sur l'existence d'une clause contractuelle implicite prévoyant que le licenciement est donné pour un motif justifié. Cette exception préserve la liberté contractuelle dans la mesure où l'employeur peut proposer des clauses explicites qui réservent le droit de résilier sans motif. Cette exception est également appliquée dans une majorité d'Etats. La troisième, appliquée dans une minorité d'Etats, consiste en une règle non écrite d'agir conformément à la bonne foi et à l'équité (*fair dealing*). Suivant l'interprétation qui en est faite par les tribunaux, elle peut impliquer l'exigence d'un motif justifié pour le licenciement ou interdire les licenciements de mauvaise foi ou dolosifs. Ces exceptions, si elles sont admises, donnent droit à une réparation, qui peut consister à réintégrer l'employé à son poste et à lui verser les arriérés de salaire, à lui octroyer des dommages-intérêts ou une indemnité pour tort moral ou des dommages punitifs si un dol est admis<sup>127</sup>.

Les droits syndicaux et de négociation collective sont réglés dans le *National Labor Relations Act* de 1935<sup>128</sup>. L'employeur ne peut faire dépendre l'engagement de ses employés ou leur maintien dans l'emploi de l'adhésion ou non à un syndicat et il ne peut les licencier ou les discriminer d'une autre manière parce qu'ils agissent en justice sur la base de la loi<sup>129</sup>. Si l'acte discriminatoire en cause a consisté à licencier l'employé, celui-ci peut être réintégré dans son emploi et se voir octroyer le paiement des arriérés de salaire<sup>130</sup>.

## Grande-Bretagne

La partie 10 de l'*Employment Rights Act 1996* règle les conditions et les conséquences d'un licenciement abusif de l'employé (*unfair dismissal*). Elle s'applique au licenciement ordinaire ou avec effet immédiat (art. 95, al. 1, let. a). Le droit de ne pas être licencié abusivement prévu à l'art. 94 ne s'applique que si les rapports de travail ont duré deux années jusqu'à la date de la fin du contrat (art. 108, al. 1). Des exceptions sont prévues, notamment s'agissant du licenciement de représentants des travailleurs (art. 108, al. 3, let. c et f) ou de trustee dans une caisse de pension (art. 108, al. 3, let. e).

Les art. 98 à 107 définissent la notion de licenciement abusif. L'art. 98 comprend une clause générale et les art. 99ss énoncent des motifs particuliers qui sont abusifs de par la loi. Ainsi, est abusif le licenciement prononcé parce que l'employé exerce des activités en tant que représentant des travailleurs pour la sécurité et la santé au travail ou en tant que membre d'un comité sur la sécurité (art. 100, al. 1, let. b), en tant que trustee d'une caisse de pension (art. 102) ou en tant que représentant des travailleurs ou candidat à la représentation des travailleurs dans le cadre d'une procédure de consultation selon la partie IV, chapitre II *Trade Union and Labor Relations Act* de 1992 ou selon les *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* de 1981 (art. 103). De plus, l'art. 152 du *Trade Union and Labor Relations Act* de 1992 qualifie d'abusif le licenciement donné en raison de l'appartenance à un syndicat ou d'activités syndicales. La durée minimale des rapports de travail normalement nécessaire pour bénéficier de la protection contre le licenciement abusif ne s'applique pas dans ces cas (art. 154).

<sup>127</sup> OIT, Droits nationaux, Etats-Unis, <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/info/termination/countries/usa.htm>

<sup>128</sup> 29 USC, Chapitre 7, Sous-chapitre II

<sup>129</sup> 29 USC 158, a, 3 et 4

<sup>130</sup> 29 USC 160, c



due est ainsi possible. Une amélioration peut ensuite être convenue en faveur du travailleur. Cette seconde alternative correspond à la règle posée à l'art. 362 CO.

*Art. 336a, al. 2 et al. 4*

L'al. 2 propose d'augmenter le maximum du montant de l'indemnité à douze mois de salaire du travailleur. La jurisprudence développée sur la base du droit en vigueur reste valable. Les tribunaux ne devront également pas modifier leur pratique. Le juge reste libre de fixer l'indemnité en fonction de toutes les circonstances du cas concret. Ainsi, les cas graves pourront comme actuellement être sanctionnés par des indemnités maximales ou proches du maximum, étant donné en particulier la volonté d'améliorer la protection contre les congés abusifs ou injustifiés et de réaliser pleinement les fonctions réparatrice et punitive de la sanction. Toutefois, des éléments d'appréciation comme les capacités financières limitées de l'employeur pourront aussi avoir un poids plus grand au vu du montant maximum plus élevé.

L'al. 4 est identique à l'art. 336, al. 4 P-CO. Il permet aux parties ou aux partenaires sociaux de prévoir des solutions plus favorables aux deux parties de manière identique ou plus favorables au travailleur.

*Art. 337c, al. 3*

Comme à l'art. 336a, al. 2 P-CO, le maximum de l'indemnité est augmenté à douze mois de salaire en cas de résiliation sans justes motifs. Ici aussi, la jurisprudence développée sur la base du droit en vigueur reste valable et l'indemnité sera fixée en équité par le juge dans le cadre du maximum plus élevé prévu par la loi.

*Art. 361 et 362*

L'avant-projet propose de renoncer au caractère absolument impératif des art. 336 et 336a CO. Des solutions conventionnelles plus favorables aux deux parties ou uniquement au travailleur deviennent ainsi possibles (art. 336, al. 4 et 336a, al. 4, P-CO).

L'avant-projet propose également d'inscrire l'art. 337c, al. 3, CO dans la liste de l'art. 362, CO. Le caractère relativement impératif de cette disposition, aujourd'hui reconnu, serait ainsi clairement établi.

*Art. 5, al. 4, LEg*

Le maximum de l'indemnité prévue en cas de résiliation discriminatoire ou de harcèlement sexuel est augmenté de six à douze mois. Cette indemnité a en effet été prévue sur le modèle de l'art. 336a, al. 1 et 2, CO.

Le maximum de trois mois prévu en cas de discrimination portant sur un refus d'embauche n'est pas augmenté. Le législateur avait, lors de l'adoption de la LEg, volontairement distingué ce cas de ceux du harcèlement sexuel et de la résiliation discriminatoire, car il n'implique pas d'atteinte à un rapport contractuel existant<sup>132</sup>.

<sup>132</sup> BO 1985 N 194 s.; BO 1985 E 318

### **3 Conséquences**

Les modifications envisagées du CO concernent avant tout le secteur privé. Elles n'auront pas de conséquences prévisibles sur la Confédération, les cantons et les communes. Les employés des collectivités concernées sont soumis au droit du personnel de la Confédération ou du canton ou de la commune concerné.

Les conséquences économiques ne peuvent être chiffrées précisément. L'augmentation du maximum de l'indemnité devrait permettre de prévenir des congés abusifs ou injustifiés ce qui peut réduire l'occurrence d'indemnités versées à ce titre. Celles-ci pourront par contre être plus élevées.

En ce qu'elle favorise un respect plus grand des règles sur le congé, une sanction plus sévère permet aussi une application effective des mêmes règles à tous les acteurs économiques et évite que des acteurs moins scrupuleux ne puissent se procurer un avantage indu de cette façon.

L'exclusion des motifs économiques pour le licenciement de représentants élus du personnel ne devrait pas affecter la capacité des entreprises de s'adapter au marché, vu le petit nombre de personnes concernées et la possibilité de trouver d'autres solutions pour ces personnes et de mettre fin au contrat d'un commun accord.

La possibilité pour les partenaires sociaux ou les parties de convenir d'une protection plus étendue devrait permettre de parvenir à des solutions acceptées par les employeurs et les travailleurs et devrait avoir un effet bénéfique indirect.

### **4 Liens avec le programme de législature et le plan financier**

Le présent avant-projet a été décidé en même temps que le Conseil fédéral a pris connaissance des résultats de la consultation sur l'avant-projet de révision partielle du code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur). Il n'est pas prévu au Programme de législature 2007 à 2011.

### **5 Aspects juridiques**

#### **5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois**

L'art. 122 Cst. donne compétence à la Constitution d'édicter du droit civil.

#### **5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse**

Le Conseil fédéral est d'avis que le droit suisse est compatible avec les exigences de la convention n° 98 de l'OIT (voir ch. 1.1.2). Le présent projet va par ailleurs dans le sens des recommandations formulées par le Comité de la liberté syndicale de l'OIT. Pour le reste, il ne contredit aucune obligation internationale contractée par la Suisse.

### **5.3                      Forme de l'acte à adopter**

La présente modification du code des obligations nécessite l'adoption d'une loi fédérale.

### **5.4                      Délégation de compétences législatives**

Une délégation de compétences législatives n'est pas requise.

## Annexe

### Code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié)

#### Modification du ...

---

Modification du  
*L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse*  
vu le message du Conseil fédéral du ...<sup>133</sup>,  
*arrête:*

#### I

Le code des obligations<sup>134</sup> est modifié comme suit:

*Art. 336, al. 2, let. b, et 4 (nouveau)*

<sup>2</sup> Est également abusif le congé donné par l'employeur:

- b. pendant que le travailleur, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise et que l'employeur ne peut prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation inhérent à la personne du travailleur.

<sup>4</sup> Il peut être dérogé aux al. 1 à 3 de manière également favorable à l'employeur et au travailleur ou en faveur du travailleur par accord, contrat-type de travail ou convention collective.

*Art. 336a, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase, et 4 (nouveau)*

<sup>2</sup> L'indemnité est fixée par le juge, compte tenu de toutes les circonstances; toutefois, elle ne peut dépasser le montant correspondant à douze mois de salaire du travailleur.

<sup>4</sup> Il peut être dérogé aux al. 1 à 3 de manière également favorable à l'employeur et au travailleur ou en faveur du travailleur par accord, contrat-type de travail ou convention collective.

RS .....

133 FF ...

134 RS 220

*Art. 337c, al. 3*

<sup>3</sup> Le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances; elle ne peut toutefois dépasser le montant correspondant à douze mois de salaire du travailleur. Sont réservés les dommages-intérêts qui pourraient être dus à un autre titre.

*Art. 361, al. 1*

*Les lignes concernant les art. 336 et 336a sont biffées.*

*Art. 362, al. 1*

*La ligne concernant l'art. 337c est remplacée par la ligne suivante :*

*art. 337c, al. 1 et 3 (conséquences de la résiliation injustifiée);*

II

*Modification du droit en vigueur*

La loi du 24 mars 1995 sur l'égalité<sup>135</sup> est modifiée comme suit:

*Art. 5, al. 4, 3<sup>e</sup> phrase*

<sup>4</sup> Lorsque la discrimination porte sur la résiliation de rapports de travail régis par le code des obligations ou sur un cas de harcèlement sexuel, l'indemnité prévue aux al. 2 et 3 n'excédera pas le montant correspondant à douze mois de salaire.

III

<sup>1</sup> La présente loi est soumise au référendum.

<sup>2</sup> Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.