

Le contrat de travail sous la loupe de 22 experts

Des experts auscultent le contrat de travail au fil d'un livre de plus de 1300 pages. Extraits portant sur le congé abusif

me mo **Commentaire du contrat de travail: c'est sous ce titre que vient de paraître un ouvrage de 1334 pages portant sur ce sujet qui ne cesse de se complexifier. Vingt-deux experts romands auscultent les multiples facettes de ce volet du Code des obligations en se fondant sur des cas de la pratique et une jurisprudence abondante. L'Événement syndical s'est penché sur les points essentiels concernant le congé abusif.**

Annoncé par l'Université de Neuchâtel, l'ouvrage vient de sortir de presse chez Stämpfli à Berne, une maison d'édition qui fait référence dans le domaine du commentaire du droit helvétique. Son titre *Commentaire du contrat de travail* ne saurait être plus sobre, plus dépourillé. Mais derrière cette austérité se cache en réalité une matière bien vivante qui se trouve au cœur de notre vie économique et sociale.

10 000 références

Sous la direction éditoriale de Jean-Philippe Dunand, docteur en droit, avocat, professeur, et Pascal Mahon, professeur de droit constitutionnel, les 22 auteurs romands, spécialistes du droit du travail, se sont plongés pendant plusieurs mois dans cette matière qui évolue constamment au fil des réalités devenant de plus en plus compliquées. «Le droit du contrat de travail n'a cessé de prendre de l'ampleur et de se complexifier au point que le Code suisse des obligations lui consacre aujourd'hui pas moins de 130 dispositions», note Jean-Philippe Dunand. La loi règle ainsi le contrat de travail, mais aussi

les conventions collectives et les contrats types de travail. Destiné notamment aux administrations, aux associations syndicales et patronales, aux juristes, aux responsables des ressources humaines patronaux ou syndicaux, l'ouvrage explore la manière dont ce droit est appliqué et s'attache à en faire comprendre la portée, les interprétations, les interactions et les nouveautés. Un travail de bénédictin étayé par plus de 10 000 références à des arrêts du Tribunal fédéral, à des jugements de Tribunaux cantonaux, de Cours d'appel ou de jugements de première instance présentant un intérêt particulier.

A voir l'ampleur que prend le droit et la jurisprudence, à voir également la multiplication des plaintes de certains employeurs dans le cadre de conflits du travail, on peut se demander si l'on ne va pas vers une judiciarisation à l'américaine. «Nous n'en sommes pas encore là! Mais il est vrai que dans quelques secteurs, les rapports sont plus tendus qu'il y a quelques années», répond Jean-Philippe Dunand. «Il peut aussi arriver que certains managers étrangers méconnaissent la pratique du dialogue social qui doit prévaloir dans notre pays.»

L'Événement syndical a choisi de se pencher plus particulièrement sur le chapitre consacré au licenciement abusif, signé par Jean-Philippe Dunand. «La question de la protection des travailleurs est traversée par deux tendances contradictoires. D'une part, la loi sur le travail s'est modifiée dans le sens d'une plus grande flexibilité, laissant à l'employeur une plus grande marge de manœuvre. Mais à l'inverse, le Tribunal fédéral a tendance à renforcer la protection des travailleurs. Il a par exemple ajouté aux critères définissant le congé abusif, celui de la violation de la personnalité des travailleurs, à savoir notamment dans les cas d'atteintes physiques ou psychiques comme le stress ou le mobbing.

Il y a une trentaine d'années, le droit, tout comme la société, ne parlait quasiment pas de ces problèmes-là, même s'ils existaient déjà». Autre changement: «Le congé abusif n'est plus seulement défini par le motif pour lequel il est donné mais aussi par la manière dont on licencie. Par exemple, le fait d'interdire à un salarié l'accès à sa place de travail, à sa machine ou son ordinateur peut être jugé abusif, même si cela n'est pas expressément inscrit dans la loi.»

Pierre Noverraz ■



Jean-Philippe Dunand.

Les syndicats se sont mobilisés à plusieurs reprises pour dénoncer des licenciements antisyndicaux et exiger une meilleure protection des personnes qui s'engagent sur ce front (photo prise à l'occasion de la remise d'une lettre munie de 1250 signatures au Conseil fédéral rédigée dans ce sens - mars 2010).



Neil Labradecor / Archives

Commentaires juridiques sur le licenciement abusif

Le professeur de droit Jean-Philippe Dunand consacre dans cet ouvrage une trentaine de pages portant sur le congé abusif. L'Événement syndical vous livre ici des extraits de ses commentaires mettant en lumière les différentes manières d'aborder cette question qui se trouve aujourd'hui au cœur des préoccupations du mouvement syndical. Les extraits sont en italique.

Preuve par indices

C'est au travailleur d'apporter la preuve du caractère abusif du licenciement dont il est victime, sauf lorsque le travailleur est ici un représentant du personnel. L'abus est souvent difficile à prouver, surtout lorsque l'employeur invoque des prétextes économiques. Les juges fédéraux y ont songé: «Selon le Tribunal fédéral, il y a lieu de tenir compte des difficultés liées à la preuve

d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui a résilié le contrat. Le juge peut ainsi présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue en définitive, une forme de "preuve par indices". De son côté, l'employeur ne peut rester inac-

tif; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres alléguations quant au motif du congé.» A noter que le fardeau de la preuve est inversé lorsqu'il s'agit du licenciement d'un représentant élu du personnel. En clair, c'est à l'employeur de prouver que ce congé n'est pas abusif.

Large pouvoir d'appréciation

«La loi accorde une grande liberté aux juges, lesquels se fondent sur l'ensemble des circonstances pour déterminer si un congé est abusif ou non. Il peut arriver que des cas relativement similaires soient tranchés de manière différente en fonction des paramètres singuliers des cas d'espèce. La jurisprudence est extrêmement abondante.»

Avec le risque d'ouvrir la porte à l'arbitraire? «Non, il faut faire confiance aux tribunaux de notre pays qui cherchent à concrétiser les principes de bonne foi et d'équité», répond Jean-Philippe Dunand. «Le Code civil précise qu'il faut respecter aussi bien la lettre que l'esprit de la loi. Cela signifie que le texte doit être interprété en fonction du contexte et de la finalité de la loi. Et dans ce sens, la jurisprudence joue un rôle fondamental.»

Age de l'employé

«Le licenciement d'un employé en raison de son âge est en principe abusif. Il faut cependant nuancer. En pratique, l'âge du travailleur constitue rarement le (seul) motif du licenciement. Dans un arrêt, le Tribunal fédéral a considéré que le licenciement d'un employé après 44 ans de bons et loyaux services dans l'entreprise, quelques mois avant sa retraite, était abusif.»

Liberté d'opinion

«Un employé a la possibilité de formuler certaines critiques envers son employeur, même publiquement, car il exerce sa liberté d'opinion, pour autant qu'il le fasse de manière objective, sans tomber dans la polémique. Il faut cependant peser dans chaque cas les intérêts en présence. Ainsi, le Tribunal fédéral a relevé qu'un travailleur n'est en principe pas en droit de faire prévaloir, en cas de divergence

d'opinions, sa propre vision du but social et des mesures à adopter. Par conséquent, l'employeur n'abuse pas de son droit de résiliation quand il licencie ce travailleur au motif qu'il a critiqué la stratégie ou l'organisation imposées par l'organe compétent.»

Espérons que cette considération sera revue à la lumière d'autres cas. En effet, les stratégies développées par exemple par les gérants de fonds spéculatifs visent dans de nombreux cas à engranger un maximum de profits à très court terme, en coupant le robinet des investissements, de la recherche et du développement ainsi qu'en procédant à des «licenciements boursiers». Au final, l'entreprise fait naufrage après avoir nourri la spéculation. Doit-on sanctionner le travailleur qui dénonce ce type de stratégie prédatrice et se fait licencier pour ce motif?

Plan social

«Le Tribunal fédéral a considéré que la résiliation du contrat de travail d'un employé destinée en réalité sous un motif fallacieux, à éviter de devoir lui verser les prestations d'un plan social était abusive.»

Congé de repréailles

«La loi tend à empêcher que le licenciement soit utilisé pour punir l'employé d'avoir fait valoir des prétentions juridiques résultant du contrat de travail, en supposant de bonne foi que les droits dont il soutenait être le titulaire lui étaient acquis. La disposition vise ici le «congé de repréailles» ou «congé vengeance». C'est dans un sens large qu'il faut entendre l'exercice de ces prétentions: il peut s'agir d'une intervention directe, orale ou écrite, auprès de l'employeur ou de l'ouverture d'une procédure, en ce sens que l'intéressé a saisi de l'affaire un tribunal, une autorité compétente ou une instance arbitrale compétente pour trancher un conflit issu d'une convention collective.»

Bonne foi du travailleur

«Pour que le congé soit considéré comme abusif, il faut que les prétentions aient été formulées de bonne foi. La bonne foi protège autant l'employeur que le travailleur. D'une

part, la réclamation ne doit pas permettre à un travailleur de bloquer un congé en soi admissible ou de faire valoir des prétentions totalement injustifiées (protection de l'employeur); d'autre part, il importe peu que les prétentions invoquées de bonne foi soient réellement fondées: il suffit que le travailleur soit légitimé, de bonne foi, à penser qu'elles l'étaient (protection de l'employé). En principe, la bonne foi du travailleur est présumée (cf. art. 3 al. 1 CC). Elle doit être d'autant plus facilement admise que la législation est complexe.»

Congé modification

«La jurisprudence admet la validité de principe du congé modification, car le contrat de travail n'est pas immuable, comme tout contrat. Toutefois, dans certaines circonstances un licenciement abusif. Il faut distinguer suivant que les modifications devaient entrer en vigueur avant ou après l'échéance du délai de congé.»

Modifications devant entrer en vigueur au terme du délai de congé

«Un congé notifié au travailleur du fait qu'il n'accepte pas une modification de son contrat de travail devant entrer en vigueur au terme du délai de congé est en principe licite. Un tel congé pourra cependant être considéré comme abusif lorsqu'il avait pour but de servir de moyen de pression pour imposer au travailleur une modification défavorable à ses intérêts, sans justification matérielle objective. Il en va ainsi, en particulier, lorsque la modification du contrat est clairement dépourvue de justification économique qui reposerait sur l'exploitation de l'entreprise ou les conditions du marché. Comme l'a relevé Aubry Girardin, ce raisonnement revient à modifier la conception suisse de la liberté du licenciement en introduisant l'exigence d'une justification matérielle du congé. Enfin, il va de soi qu'un licenciement motivé par le refus du travailleur de conclure un nouveau contrat qui viole la loi, une convention collective ou un contrat type applicables constitue également un congé modification abusif.»

Exercice d'une activité syndicale

«La disposition protège également l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale, c'est-à-dire la possibilité d'informer l'ensemble des travailleurs sur le rôle et l'organisation des syndicats, la défense des droits des travailleurs et le renforcement de l'organisation syndicale sur le lieu de travail. Est par exemple abusif le licenciement d'un employé parce qu'il a régulièrement fait valoir ses droits, ainsi que ceux de ses collègues, en qualité de membre d'un syndicat.»

Activité conforme au droit

«Pour que l'activité syndicale soit protégée, il faut qu'elle soit exercée conformément à la loi et au contrat de travail (respectivement à une convention collective ou un contrat type). Il faut donc tenir compte du fait que l'employeur a en principe le droit de limiter l'exercice de l'activité syndicale par contrat (avec l'accord de l'employé), règlement ou directives, (cf. art. 321d CO) pour autant que cette limitation repose sur des motifs objectifs, tels le souci de la bonne marche de l'entreprise ou les rapports avec la clientèle. Selon une instance cantonale, l'intervention d'un syndicat pour appuyer un affilié ou l'exercice d'une activité syndicale par le travailleur lui-même sont inévitablement la source potentielle d'une certaine tension au sein de l'entreprise qui doit être tolérée par l'employeur. Devraient par exemple être considérées comme des activités conformes au droit, la distribution d'un journal syndical pendant les pauses ou l'utilisation d'un local de l'entreprise mis à disposition par l'employeur pour une séance d'information en dehors des heures de travail. Le licenciement d'un employé en raison de tels actes sera donc considéré, en principe, comme abusif.»

Dans la foulée, Jean-Philippe Dunand rappelle que le licenciement d'un employé en raison de l'exercice d'un droit constitutionnel est en principe abusif, mais que l'employeur pourrait se prévaloir de l'article 336 al. 1 let. b du Code des obligations stipulant que «à moins que l'exercice de ce droit ne viole une obligation résultant du contrat de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise». Mais l'auteur note que la liberté syndicale prévaut. Elle

Quelques cas de congés abusifs admis par le Tribunal fédéral

Sept exemples de jurisprudence résumés par l'auteur

Participation à une grève licite

Est abusif le congé qui a été notifié à un travailleur ayant participé à une grève licite.

Employé proche de la retraite

Est abusif le congé donné à un employé ayant travaillé 44 ans dans l'entreprise, 14 mois avant qu'il n'atteigne l'âge de la retraite, sans aucun entretien préalable, sans la moindre tentative de solution et en le libérant immédiatement de l'obligation de travailler.

Employé victime d'un processus d'exclusion

Est abusif le licenciement d'un collaborateur que l'employeur a cherché à déstabiliser et à pousser à la démission avant d'utiliser le fait qu'il était malade pendant une longue durée pour lui signifier son licenciement.

Dénonciateur

Est abusif le licenciement d'un employé de banque qui a signalé à un avocat de son employeur qu'il soupçonnait le directeur d'actes délictueux et qui est notifié sans aucune explication avec l'obligation de quitter immédiatement les locaux.

Employé exclu d'un plan social

Est abusif le licenciement d'un employé suite à un procédé destiné à lui faire perdre des prétentions conférées par un plan social.

Employé venant s'établir en Suisse

Procédé à un licenciement abusif l'employeur qui ne retient pas un employé de quitter son domicile aux Etats-Unis et de s'établir en Suisse, alors qu'il sait qu'il va supprimer le poste, et qui lui notifie le congé lorsqu'il se présente pour la première fois sur son lieu de travail en Suisse.

«Fusible»

Est abusif le licenciement d'un cadre, pour sauvegarder l'image d'une banque ternie par les détournements commis par l'un des employés, parce qu'il fallait un responsable, un «fusible».

«jouit d'une position privilégiée» (cf. art. 336 al. 2 let. a CO). Résultat: «Un congé donné en raison de l'appartenance syndicale reste abusif même si l'exercice de la liberté syndicale a porté sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise.»

Renversement du fardeau de la preuve (licenciement de représentants élus des travailleurs)

«Le licenciement d'un représentant élu des travailleurs, pendant la durée de son mandat, est présumé abusif, à moins que l'employeur ne prouve qu'il avait un motif justifié de résiliation. Il s'agit d'un renversement du fardeau de la preuve. L'employeur ne doit pas seulement établir qu'il y avait, ou aurait pu avoir un motif justifiant la non-reconduction d'un contrat de travail en cause. Il lui faut encore prouver que le congé litigieux a effectivement été donné au travailleur pour ce motif-là.»

Motif d'ordre économique

«Certains auteurs sont d'avis qu'un motif d'ordre purement économique ne saurait constituer un "motif justifié" au sens de l'art. 336 al. 2 let. b CO, car c'est justement en cas de difficultés économiques que la représentation des travailleurs doit pouvoir jouer efficacement son rôle de défenseur des intérêts des travailleurs. Le Tribunal fédéral a cependant rejeté ce raisonnement en considérant qu'une restructuration d'entreprise justifiée par des motifs économiques objectifs, tenant par exemple à la prévention de difficultés envisageables dans la marche future des affaires, pouvait constituer un motif propre à renverser la présomption selon laquelle le congé est abusif. Il est clair que les motifs invoqués par l'employeur ne doivent cependant pas constituer un simple prétexte pour licencier un représentant élu des travailleurs.»

Procédure de consultation

L'auteur rappelle la réglementation portant sur les licenciements collectifs, avec l'obligation de consulter préalablement la représentation des travailleurs. «Un licenciement donné sans respecter cette procédure de consultation est abusif (art.



Giovanni Sammali, Unina

Le livre a été publié sous la direction éditoriale de Jean-Philippe Dunand, docteur en droit, avocat, professeur et Pascal Mahon, professeur de droit constitutionnel.

336 al. 2 let. c CO). En principe, l'article 335f CO est violé non seulement si la procédure de consultation est inexistante, mais aussi lorsqu'elle est insuffisante, par exemple parce que le délai octroyé aux travailleurs pour présenter leurs propositions est trop bref ou si la consultation a lieu après la décision définitive de procéder à des licenciements collectifs.»

Plainte de l'Union syndicale suisse

«En date du 14 mai 2003, l'Union syndicale suisse a déposé une plainte contre la Suisse auprès de l'Organisation internationale du travail (OIT) en violation de la liberté syndicale. Dans une recommandation intérimaire du 15 novembre 2006, le conseil d'administration du Bureau international du travail a prié le Conseil fédéral de prévoir une révision du droit suisse permettant de réintégrer les représentants syndicaux victimes d'un licenciement antisyndical, à l'instar de ce qui est prévu en matière d'égalité entre femmes et hommes. Le Conseil fédéral ne s'est toujours pas plié à cette décision. «Il y avait un projet du Conseil fédéral consistant notamment à porter les indemnités de six à douze mois de salaire, à l'appréciation du juge. Mais à ma connaissance, ce projet semble gelé», note Jean-Philippe Dunand. Face à cette situation, l'USS a récemment réactivé sa plainte auprès de l'OIT.



Giovanni Sammali, Unina