



Roger Rudolph

Dr en droit, avocat
Partenaire auprès de Streiff Pellegrini
& von Kaenel, Wetzikon
www.streiffpartner.ch

Questions actuelles du droit du travail: Développements récents dans la protection objective contre les congés

Il n'y a guère de matière juridique qui soit autant soumise à de constantes mutations dans la jurisprudence que le droit du travail. Il en va ainsi, notamment, de la protection objective contre les congés, destinée à défendre les travailleurs contre les résiliations abusives. Le présent article traite de quelques développements actuels, tout en proposant des solutions pour la pratique dans le domaine du conseil.

1. Introduction et bases juridiques

1.1 Le principe du libre exercice du droit de résiliation

Le droit privé du travail du code des obligations (CO) est marqué par le principe du libre exercice du droit de résiliation, dont les répercussions se situent tant au niveau de la forme qu'à celui du contenu. La liberté de résiliation formelle signifie que les rapports de travail peuvent être dissous en tout temps par les deux parties contractantes, moyennant observation des délais et des dates de congé applicables, sans qu'il y ait lieu de suivre une procédure particulière.¹ Les congés peuvent donc être prononcés très simplement, par exemple par pli recommandé, oralement lors d'un entretien,

voire par courrier électronique ou par SMS.²

Au plan du contenu, le libre exercice du droit de résiliation se manifeste dans le fait que l'efficacité d'un congé ne suppose pas de justification objective particulière. Partant, une résiliation selon le CO déploie sans autres ses effets même lorsque, considérée objectivement, elle n'apparaît pas nécessaire, voire déraisonnable – ce à la différence de la situation juridique au plan des règles applicables aux rapports de services dans la fonction publique (l'ancien droit des fonctionnaires), où l'on présume, aujourd'hui encore, l'existence d'un motif objectif pour la dissolution de rapports de services par des institutions organisées selon le droit public (par exemple, communes, cantons ou Confédération).

1.2 Les limites du libre exercice du droit de résiliation: La protection contre les congés *ratione temporis* et *ratione materiae*

Ce principe du libre exercice du droit de résiliation est restreint à deux égards. Tout d'abord, il existe – mais seulement lorsque le congé est prononcé par l'employeur – pendant des périodes déterminées, telles que maladie, accidents ou service militaire, une protection contre les congés limitée dans le temps (protection contre les congés dans le temps; art. 336c CO). Les résiliations prononcées durant de telles périodes de protection sont nulles. Si la période de protection (par exemple, une maladie) n'intervient que dans le délai de congé, la résiliation demeure certes valable, mais le délai de congé

ne court pas pendant cette période, ce qui mène à une extension afférente des rapports de travail.

La deuxième restriction du libre exercice du droit de résiliation se situe dans la protection objective contre les congés, laquelle est régie par les art. 336 à 336b CO et fait entrave aux résiliations prononcées pour des motifs abusifs. L'art. 336 CO cite, dans le sens d'une énumération d'exemples, divers états de fait d'abus, tels que congés pour des raisons inhérentes à la personnalité (par exemple, homosexualité), en raison de l'exercice de droits constitutionnels (par exemple, participation à une manifestation), à cause de l'appartenance à un syndicat, pour empêcher la naissance de prétentions juridiques (par exemple, résiliation juste avant le jour de référence déterminant pour le droit à un bonus) ou en raison de l'invocation de prétentions résultant du contrat de travail (licenciement dit «de rétorsion»).³ Si une résiliation se révèle effectivement abusive, cela ne modifie en rien l'efficacité du congé; c'est-à-dire que les rapports de travail prennent fin, en dépit de la nature abusive, après l'expiration du délai de résiliation. En d'autres termes, il n'existe pas de protection des acquis. La partie ayant fait l'objet d'un congé abusif a cependant une prétention à une sanction pécuniaire d'un montant de six salaires mensuels au maximum (art. 336a CO).⁴

En soi, cette protection objective du CO contre les congés est aménagée de manière paritaire, si bien qu'en théorie une résiliation par le travailleur pourrait aussi être abusive. Cependant, cette protection contre les congés se limite en fait à une pure protection du travailleur contre un congé abusif de l'employeur. Pendant longtemps, cette protection s'est révélée être une arme relativement inoffensive des travailleurs affectés par une résiliation. Or, depuis quelques années, il se profile dans la jurisprudence une tendance à un usage plus strict de ces dispositions sur la protection contre les congés en faveur des travailleurs. Ci-après sont mises en lumière quelques thématiques choisies qui sont particulièrement touchées par cette aggravation.⁵

2. Nature abusive de congés lors de situations conflictuelles à la place de travail

2.1 Vue d'ensemble de la jurisprudence récente

Ces derniers temps, des jugements ont été rendus à diverses reprises, lesquels ont déclaré abusifs des congés prononcés par des employeurs en relation avec des déficits au plan de la conduite ou avec des tensions à la place de travail. Un arrêt du Tribunal des prud'hom-

mes de Zurich du 13 décembre 2007 reposait sur l'état de fait suivant: déjà peu de temps après avoir commencé son activité, des tensions sont apparues entre la nouvelle responsable des finances et de la comptabilité et d'autres collaboratrices, principalement pour motif que les délimitations de compétences étaient dénuées de clarté en raison de l'absence de descriptifs des postes. Le chef d'entreprise X. a chargé un coach externe, Z., de rétablir le calme; les efforts de médiation de ce dernier sont cependant restés vains. Les tensions ont subsisté, suite à quoi un congé ordinaire a finalement été prononcé à l'encontre de la responsable précitée. Celle-ci actionna alors l'employeur pour cause de résiliation abusive. Le Tribunal des prud'hommes a admis l'action, en considérant ce qui suit:

«X. a cependant préféré déléguer la résolution du conflit à Z. (coach externe). Vu que la résolution de conflits de compétences dus à des descriptions de fonctions équivoques ne peut être réalisée par une personne externe, dépourvue de la compétence de déterminer les responsabilités, ni dans les secteurs marginaux, ni dans les domaines centraux, cette mesure de coaching ne peut pas être considérée comme résolution de conflit appropriée et nécessaire. Dans un tel cas, la seule mesure correcte et adéquate aurait consisté en une fixation et une délimitation claires des sphères d'attributions des collaboratrices concernées. (...) Si celle-ci était restée infructueuse et que les frictions s'étaient poursuivies, la demanderesse aurait pu être licenciée sans autres, même en l'absence de coaching, en raison d'une éventuelle incompatibilité des caractères. (...) Partant, la défenderesse a licencié la demanderesse sur la base d'un conflit qu'elle avait déclenché (...), sans prendre la seule mesure appropriée, nécessaire et raisonnablement exigible pour résoudre le conflit (...), et ce bien que la demanderesse ait plusieurs fois donné à comprendre qu'elle souhaitait, dans ce conflit, un soutien de la part de la défenderesse permettant de promouvoir la coopération des collaboratrices.»

Le Tribunal fédéral argumente de façon similaire dans des situations de conflit entre travailleurs. Ainsi, sur la base de son obligation d'assistance, l'employeur devrait, dans de tels cas, d'abord prendre toutes les dispositions raisonnablement exigibles de sa part afin de désamorcer le conflit. S'il ne le fait pas et qu'il prononce, en lieu et place, immédiatement ou prématurément le congé, celui-ci se révélerait abusif.⁶

2.2 Conclusion et recommandations pour la pratique en matière de conseil

La jurisprudence citée laisse une impression mitigée. Il est certain que des constellations

sont concevables, dans lesquelles la nature abusive doit être perçue dans le fait que l'employeur licencie simplement le premier travailleur venu – et probablement entièrement innocent – sans entreprendre le moindre effort élémentaire de médiation ou d'investigation. Cependant, la manière absolue avec laquelle l'arrêt du Tribunal fédéral précité proclame notamment une médiation obligatoire représente une extension excessive de l'obligation d'assistance. Aucune obligation générale de l'employeur d'entreprendre des tentatives de conciliation, voire une procédure de médiation, ne se laisse notamment déduire du devoir d'assistance.⁷ En lieu et place, il faut toujours procéder à une appréciation du cas d'espèce qui – dans des cas exceptionnels – peut être commandée par de telles mesures préalables, en dérogation au libre exercice fondamental du droit de résiliation. Une deuxième précision concerne la liberté de décision de l'employeur pour le cas où les efforts de médiation et/ou d'investigation ont certes eu lieu, mais n'ont ni mené au succès, ni abouti à un résultat. Si les tensions perdurent et que les rôles de victime et d'auteur des faits ne peuvent être attribués sans équivoque, l'employeur doit être libre de prononcer les congés qui, selon son appréciation, lui paraissent nécessaires.⁸

Même si la jurisprudence mentionnée doit faire, en partie l'objet d'interrogations critiques, les employeurs prudents sont bien avisés, dans des situations de conflits, de réfléchir à tout le moins brièvement avant de prononcer des congés. Si des efforts de médiation et/ou d'investigation sont effectivement entrepris par la suite, ceux-ci devraient être documentés pour le cas d'un différend, par exemple au moyen de procès-verbaux de réunions, de notes versées au dossier ou de lettres d'avertissement.

3. Nature abusive de congés liés à des altérations contractuelles

3.1 Généralités

C'est précisément dans des périodes de conjoncture difficile que les employeurs sont tentés et parfois aussi contraints d'exiger de leurs collaborateurs, à court terme, des péjorations au plan contractuel, par exemple par des réductions de salaire ou par la suppression d'avantages extra-salariaux, tels que diminution des prix de repas, semaines de vacances supplémentaires ou remise de véhicules d'entreprise à l'usage privé. En principe, l'employeur dispose, à cet effet, de deux variantes, l'une d'un commun accord et l'autre de nature unilatérale: soit il parvient à une entente avec ses travailleurs pour une modification du contrat à l'amiable, soit il prononce une résiliation dite

«pour cause de modification des conditions du contrat», c'est-à-dire qu'il résilie unilatéralement le contrat et propose simultanément au travailleur un nouveau contrat avec les conditions modifiées. Sous l'aspect de l'abus, des pièges se présentent à deux égards: d'une part, en ce qui concerne le moment de la mise en vigueur de telles péjorations de contrats et, d'autre part, pour ce qui est de la licéité de principe de résiliations pour cause de modification des conditions du contrat.

3.2 Nature abusive de congés consécutifs à une tentative d'imposition à court terme d'une péjoration du contrat

Le principe est celui que l'employeur et le travailleur peuvent en tout temps se mettre d'accord sur une modification du contrat. Il en va de même pour des détériorations contractuelles à la charge du travailleur. Dès lors, une réduction de salaire de 10% est, par exemple, valable en tout temps avec le consentement du travailleur et peut être mise en vigueur avec effet immédiat. Cependant, la situation devient régulièrement critique pour l'employeur lorsqu'un travailleur rejette une telle offre de contrat, qu'il refuse donc son consentement. Si l'employeur prononce subséquemment le congé (que ce soit une résiliation définitive ou pour cause de modification des conditions du contrat), celui-ci serait jugé abusif par les tribunaux. La pratique démontre que de nombreux employeurs ne sont pas conscients de ce danger.

Le motif pour admettre un abus est le suivant: le travailleur n'est pas obligé de consentir à une modification du contrat à sa charge, et encore moins à une modification qui doit être mise en vigueur sans respecter le délai de congé qui, hypothétiquement, doit être observé. Or, si le travailleur refuse d'approuver une telle péjoration à court terme, c'est son bon droit. Si l'employeur, en réaction à ce refus, prononce un congé, cela représente, selon la jurisprudence, un licenciement de rétorsion au sens de l'art. 336 al. 1^{er} let. d CO. Si l'employeur veut exclure ce risque, il doit s'assurer que l'on attende le délai de congé hypothétique entre la présentation de la modification du contrat et la mise en vigueur de la modification.⁹ Dans ce cas aussi, le travailleur est certes libre d'admettre la modification du contrat ou non. Toutefois, s'il la refuse, l'employeur peut alors prononcer le congé sans courir le danger d'un abus. En effet, dans cette constellation, l'élément réprouvé de la tentative à court terme d'une péjoration contractuelle et/ou de la punition du travailleur qui y est liée sera inexistant, après que celui-ci n'a pas accepté la modification du contrat.

3.3 Nature abusive de congés pour cause de modification des conditions du contrat

Sont désignés de résiliations pour cause de modification des conditions du contrat les congés conditionnels qui ne visent pas la dissolution effective des rapports de travail, mais servent à imposer des modalités contractuelles modifiées. La pratique connaît diverses formes de résiliation pour cause de modification des conditions du contrat. La variante qui, probablement, est la plus fréquente consiste à résilier les rapports de travail actuels et à soumettre simultanément avec la lettre de congé, pour acceptation, un nouveau contrat avec les conditions contractuelles modifiées. Si le travailleur accepte le nouveau contrat, les rapports de travail sont poursuivis. S'il le rejette, lesdits rapports prennent fin après l'expiration du délai de congé.

D'après la doctrine et la jurisprudence, les résiliations pour cause de modification des conditions du contrat sont en principe licites, en dépit de la pression exercée qui y est liée. Le Tribunal fédéral relève toutefois une exception: dans la mesure où la résiliation pour cause de modification des conditions du contrat doit permettre d'imposer une détérioration inéquitable à la charge du partenaire contractuel, il faut qu'il existe des motifs inhérents à l'entreprise ou dus au marché. Si tel n'est pas le cas, le Tribunal fédéral estime que la résiliation pour cause de modification des conditions du contrat sera abusive. Par conséquent, si une entreprise en pleine prospérité veut, par exemple, imposer – en l'absence de tout motif lié à l'entreprise ou dû au marché – par le biais d'une résiliation pour cause de modification des conditions du contrat une réduction de salaire de 30%, il se présente, selon cette jurisprudence, le risque de l'admission d'un abus.

A ce propos, il convient de dire ce qui suit: il est sans doute certain que les résiliations pour cause de modification des conditions du contrat peuvent également être abusives, à l'instar des congés habituels.¹⁰ Avec l'introduction du critère des raisons inhérentes à l'entreprise ou dues au marché, le Tribunal fédéral empêche toutefois sur un terrain dangereux, car il ne peut être du ressort du juge de vérifier la nature ab-

propiée d'une décision entrepreneuriale.¹¹ Cependant, en dépit de ces hésitations, la jurisprudence du Tribunal fédéral doit, jusqu'à nouvel avis, être acceptée comme étant donnée. Dans la plupart des cas, ce sont de toute manière des motifs inhérents à l'entreprise ou dus au marché qui seront la cause d'une résiliation pour cause de modification des conditions du contrat entraînant une péjoration de ces dernières, si bien que le problème ne se pose pas en l'espèce. Il en va de même si la résiliation pour cause de modification des conditions du contrat n'a pour conséquence qu'une détérioration minimale, voire aucune.

4. Nature abusive de congés en tant que conséquence de la procédure de congé

4.1 Généralités

Même si cela ne se laisse pas dégager sans autres du libellé de l'art. 336 CO, il est reconnu aujourd'hui non seulement qu'un congé peut être abusif en raison du motif qui en constitue la base, mais aussi que la manière dont la partie qui le prononce exerce son droit peut le faire apparaître comme abusif.¹² Cette extension au-delà de la teneur stricte du texte de la loi est justifiée, car une manière de procéder dénuée d'égards lors de la prononciation du congé n'est pas moins susceptible d'affecter le travailleur concerné dans sa personnalité que les états de fait mentionnés expressément à l'art. 336 CO.¹³ Un cas d'application d'un tel mode opératoire abusif se présenterait, par exemple, lorsqu'un travailleur auquel le congé serait donné de façon entièrement inattendue doit vider sa place de travail en l'absence de tout motif objectif et sous la surveillance de son chef, et se trouve escorté, tel un délinquant, jusqu'à l'entrée du bâtiment afin qu'il ne puisse plus faire ses adieux à ses collègues de travail. Si, au surplus, une information à l'attention des collaborateurs paraît sur l'Intranet, éveillant ainsi – à tout le moins entre les lignes – l'impression que la personne licenciée s'est rendue coupable de quelque chose, la nature abusive d'une telle façon de procéder ne peut plus être mise en doute.^{14 15}

De tels cas flagrants sont heureusement exceptionnels. Au centre du débat portant sur le droit du travail se trouve, au contraire, la question de savoir si et dans quelle mesure il peut se présenter, dans des procédures de résiliation plus ou moins «normales», un abus en raison du mode opératoire. Autrement dit, il s'agit de la question de savoir si un employeur doit observer, lors de la prononciation d'un congé, un certain standard minimum s'il ne veut pas s'exposer au grief d'une manière de procéder abusive. Ainsi, par exemple, l'employeur doit-il au pré-

alable entendre le travailleur, le cas échéant l'avertir d'abord et lui fixer un délai de mise à l'épreuve? L'employeur a-t-il même un devoir général de prendre d'abord des mesures plus clémentes, telles qu'un avertissement ou un déplacement interne à l'entreprise, avant de prononcer le congé? Ces questions, importantes pour la pratique, doivent être mises davantage en lumière à l'aide de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral.

4.2 L'arrêt du Tribunal fédéral 4C.174/2004 du 5 août 2004

Un congé a été prononcé à l'encontre du responsable d'une filiale d'un commerce d'électronique sans que celui-ci ait été entendu, ce en raison du soupçon qu'il aurait soustrait frauduleusement et/ou volé des articles provenant de l'assortiment. Ce soupçon n'a pas pu être corroboré par la suite, en dépit de l'ouverture d'une procédure pénale. Subséquemment, le travailleur a déposé une action pour congé abusif, afin de se voir alloué la pénalité maximale de six salaires mensuels. Il a fait valoir, entre autres, que l'employeur avait violé la maxime de l'exercice le moins dommageable du droit, en prononçant le congé sans rechercher auparavant le dialogue avec le travailleur. Le Tribunal fédéral a pris position sur cet argument comme suit:

«Il faut lui concéder [au travailleur] que cette façon de procéder est peu compréhensible. Fondamentalement, il est conforme à une manière d'agir policée dans les relations commerciales de rechercher le dialogue avec la partie adverse avant de prendre des mesures susceptibles d'avoir des conséquences dramatiques pour l'autre partie. Cependant, il y a lieu de distinguer entre un comportement inconvenant et un comportement illicite. Il n'appartient pas à l'ordre juridique de sanctionner tout comportement erroné. (...) Or, le droit suisse du contrat de travail ne prévoit précisément pas d'obligation d'être entendu avant le congé. (...) La défenderesse doit se laisser reprocher qu'il ne peut guère être qualifié de correct de ne même pas avoir recherché le dialogue avec le demandeur. La question, de savoir s'il n'y avait pas eu de possibilités moins dommageables pour tirer au clair les griefs soulevés, demeure ouverte. (...) Toutefois, eu égard au principe du libre exercice du droit de résiliation, applicable en Suisse, cela ne suffit pas pour admettre la nature abusive du congé.»

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a retenu, de manière tout aussi prononcée que correcte, qu'un congé inconvenant ne doit encore pas représenter une résiliation abusive. De plus, il n'existe pas d'obligation juridique de l'employeur d'entendre le travailleur avant de prononcer un congé. Enfin, le Tribunal considère que le dépôt d'une dénonciation pénale par l'employeur ne permet pas de percevoir un

abus.¹⁶ Logiquement, la résiliation a été taxée de légitime et le recours en réforme du travailleur rejeté.

4.3 L'arrêt du Tribunal fédéral 132 III 115 ss. du 20 décembre 2005

A peine une année plus tard, le Tribunal fédéral a fait retentir un véritable coup de timbale dans un cas à ce jour très discuté: un monteur en chauffage se trouvait depuis 44 ans, sans interruption et sans donner lieu à de quelconques plaintes, au service de son employeur. Quatorze mois avant le départ à la retraite, l'employeur a résilié les rapports de travail. Dans ce cas aussi, il avait été renoncé à une audition préalable. Des tensions entre le travailleur et un responsable de service – qui n'était pas son supérieur hiérarchique direct – représentaient, d'une part, l'arrière-plan du congé. D'autre part, le travailleur refusait d'assumer conjointement certaines mesures destinées à l'accroissement de la productivité.

Sur l'arrière-plan de l'arrêt de 2004, précédemment débattu, on aurait pu s'attendre à ce que le Tribunal fédéral conclue, là aussi, à un comportement inconvenant, mais que sur la base des considérants précités l'existence d'un abus au sens juridique du terme soit également niée. Telle avait d'ailleurs déjà été la conception des deux instances inférieures qui avaient rejeté l'action déposée par le travailleur pour cause d'abus – ce en opposition diamétrale au Tribunal fédéral, lequel a non seulement admis le recours en réforme du travailleur, mais lui a aussi alloué l'indemnité maximale de six salaires mensuels. Le noyau des considérants du Tribunal fédéral avait la teneur suivante:

«Il s'y ajoute qu'il existe un devoir d'assistance accru vis-à-vis d'un travailleur qui a consacré l'intégralité de sa vie active (dans le cas présent, 44 années) à un seul employeur, pour l'essentiel sans donner lieu à de quelconques plaintes. (...) Au demeurant, la défenderesse a commis une violation flagrante de la maxime de l'exercice le moins dommageable du droit, en licenciant le demandeur, sans le moindre entretien préalable et sans entreprendre la moindre tentative d'une solution plus acceptable du point de vue social, et ce au moyen d'une suspension immédiate. (...) Enfin, la nature juridiquement abusive du congé en raison de la disproportion flagrante des intérêts en jeu est également manifeste. Suite à ce qui a été affirmé plus haut, l'intérêt éminent au maintien du contrat de travail du demandeur – qui, à cause de son âge, ne devrait guère réussir à trouver un autre emploi et devra compter avec des déficits au plan des prestations pour perte de gain – ne fait pas face à un intérêt digne de protection de la défenderesse.»

Cet arrêt du Tribunal fédéral mérite d'être relevé avant tout à deux égards: d'une part, contrairement au jugement du 5 août 2004, il

reconnaît un devoir préalable de l'employeur de procéder à une audition. D'autre part – et c'est un point encore plus important – le Tribunal fédéral a également conféré à l'employeur une obligation de rechercher d'abord une solution plus acceptable d'un point de vue social (par exemple, un déplacement interne à l'entreprise) avant de procéder à une résiliation. Ainsi, le Tribunal fédéral a finalement admis un devoir de l'employeur de soumettre un congé envisagé d'abord à un contrôle de sa proportionnalité.

4.4 Développement ultérieur de la jurisprudence du Tribunal fédéral

Autant les considérants du Tribunal fédéral dans son arrêt du 20 décembre 2005 sont compréhensibles (que l'on se souvienne encore une fois des 44 années de service, durant lesquelles le travailleur n'a pas donné lieu à de quelconques plaintes), autant ils ne peuvent que difficilement être mis en compatibilité avec le principe du libre exercice formel et matériel du droit de résiliation. Il n'est dès lors pas étonnant que le Tribunal fédéral ait saisi l'occasion, déjà peu de temps après, de relativiser l'effet préjudiciel de son jugement. Il l'a fait en soulignant, dans un cas de 2008,¹⁷ que les circonstances dans l'arrêt du 20 décembre 2005 étaient «exceptionnelles», «extrêmes». Ainsi, le mécanicien en horlogerie, âgé de 55 ans et licencié après 27 années de service, a invoqué en vain l'arrêt du 20 décembre 2005. Le Tribunal fédéral a déclaré la résiliation légitime et retenu en outre expressément que l'employeur n'est pas obligé d'avertir le travailleur en la forme écrite avant de prononcer un congé. La même situation s'est présentée à un imprimeur offset âgé de 57 ans qui, après 33 années de service, avait reçu son congé pour des motifs économiques.¹⁸ Lui aussi avait invoqué, sans succès, le jugement du 20 décembre 2005. Le travailleur n'était pas parvenu à fournir la preuve que la possibilité d'une poursuite de l'occupation dans une autre fonction existait sérieusement. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a relevé sans détours que toute analogie avec l'arrêt du 20 décembre 2005 était exclue s'il manquait encore huit années jusqu'à la retraite.

4.5 Conclusion

Suite à la précision de la jurisprudence du Tribunal fédéral (4.4 ci-dessus), il y a lieu de continuer à procéder de ce qu'en principe les congés du droit du travail ne doivent pas satisfaire à des prescriptions de procédure particulières. Une obligation juridique d'entreprendre une audition préalable n'existe pas, et un employeur ne doit pas prononcer en premier lieu un avertissement assorti d'un délai de mise à l'épreuve. L'employeur n'est non plus touché par un devoir général de soumettre une résiliation envisagée à

un contrôle de sa proportionnalité et de prendre d'abord, le cas échéant, des mesures plus clémentes (par exemple, un blâme ou un déplacement). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, des exceptions à ces principes sont certes possibles, mais seulement dans des limites très étroites.¹⁹

5. Nature abusive de congés et signalement de dysfonctionnements («Whistleblowing»)

En guise de conclusion de ces considérations, il convient de mentionner encore que le licenciement de «dénoncateurs de dysfonctionnements» – soit de travailleurs qui luttent au sein d'une entreprise contre des pratiques illégales pour éventuellement en aviser ensuite des organes externes (autorités, médias) – peut tomber sous le coup de la législation relative aux abus de l'art. 336 CO.²⁰

De premiers cas de dénonciations de faits répréhensibles de ce genre ont déjà été tranchés. Ainsi, récemment, le Tribunal fédéral, dans un jugement du 8 juillet 2008,²¹ a déclaré abusif le licenciement d'un employé de banque, lequel avait informé de bonne foi un avocat de la banque de son soupçon qu'un directeur de la banque avait commis des actes punissables. Un tel signalement ne représente pas une violation des obligations de l'employé de banque. Vu que le congé avait apparemment été prononcé de manière humiliante et que l'employé de banque n'a pas eu la possibilité de donner des explications, la résiliation a été taxée d'abus par le Tribunal fédéral.

Enfin, il y a lieu d'ajouter que la Suisse se trouve actuellement sur la voie vers une législation sur le «Whistleblowing». Le délai de consultation s'est achevé le 31 mars 2009. Le projet de loi prévoit, dans un nouvel art. 321a^{bis} CO, que le signalement de dysfonctionnements est licite et ne doit pas représenter une violation de l'obligation de fidélité du droit du travail lorsque le travailleur observe une cascade de communications stipulée par la loi. Selon celle-ci, le travailleur qui constate des faits répréhensibles dans l'entreprise doit, en règle générale, toujours les signaler d'abord à l'employeur. Une communication aux autorités ou – en second lieu – au public (en particulier aux médias) n'est possible que s'il existe un intérêt public, et suppose en outre que l'employeur ne prenne pas lui-même, dans un délai approprié, des mesures pour éliminer le dysfonctionnement, qu'une telle réaction ne doive d'emblée pas être escomptée, que la poursuite pénale risque d'être mise en échec ou qu'il y ait péril en la demeure. De plus, le projet prévoit qu'en insérant un nouvel art. 336 al. 2 let. d CO il sera clair qu'une

résiliation en conséquence d'un signalement licite de faits répréhensibles représente un congé abusif. Ainsi, il est également dit qu'en ce qui concerne les congés consécutifs à des signalements de dysfonctionnements le concept légal du CO – selon lequel de telles résiliations abusives demeurent valables et peuvent uniquement déclencher le paiement d'indemnités – doit être maintenu.²²

La question, de savoir si et sous quelle forme le projet aura effectivement force de loi, est actuellement ouverte. Ce n'est pas entièrement à tort que dans le cadre de la procédure de consultation des voix critiques se sont fait entendre, lesquelles s'interrogent de façon tout à fait fondamentale sur la nécessité d'une telle réglementation. En effet, de bonnes raisons plaident pour que l'interprétation dynamique de l'art. 336 CO par les tribunaux – qui, dans l'ensemble, a fait ses preuves – suffit à doter le phénomène du «Whistleblowing» d'une réglementation adéquate et praticable.²³ ■

saire, par exemple lorsque des actes délictueux ont été constatés à la place de travail et qu'il est à présumer que seul un blocage immédiat de son accès est susceptible d'écartier tout dommage additionnel.

¹⁵ La suspension comme telle n'est pas à critiquer, car en règle générale, il n'existe, selon la conception juridique qui reste prédominante à l'heure actuelle, aucun droit à une occupation effective.

¹⁶ Cet arrêt et ses considérants étaient en harmonie avec la littérature prédominante du droit du travail.

¹⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_419/2007 du 29 janvier 2008.

¹⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_72/2008 du 2 avril 2008.

¹⁹ Peut-être considérées comme autre exception les obligations de médiation et d'investigation lors de situations conflictuelles à la place de travail. A ce propos, cf. n° 2 ci-dessus.

²⁰ Streiff/von Kaenel, op. cit., N 8 ad art. 336 CO.

²¹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_2/2008 du 8 juillet 2008.

²² Le projet de loi peut être consulté sous www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/pressemitteilung/2008/pm_2008-12-05.Par.0005.File.tmp/entw-f.pdf

En complément pour l'ensemble, l'avant-projet de l'administration fédérale peut être consulté sous www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/pressemitteilung/2008/pm_2008-12-05.Par.0002.File.tmp/vn-ber-f.pdf

²³ Une bonne justification à cet effet est fournie par l'exemple de cas précité au ch. 2.

¹ Une exception s'applique aux licenciements collectifs selon les art. 335d à 335g CO, pour lesquels des obligations particulières d'information et de consultation sont à observer.

² Sous l'aspect de la preuve, les dernières variantes sont certes délicates – en cas de litige, la personne prononçant le congé doit pouvoir prouver que la résiliation est parvenue au destinataire.

³ Il y a lieu de souligner que cette protection contre les congés ne change rien non plus au fait que le droit de prononcer le congé selon le CO ne suppose aucun motif objectif de résiliation. Le principe, selon lequel même une résiliation objectivement incompréhensible est tout à fait légitime, reste valable aussi longtemps qu'elle ne doit pas être taxée d'abus au sens de l'art. 336 CO. En d'autres termes, l'absence d'un motif objectif de congé ne représente pas encore un abus au sens du CO.

⁴ La procédure que doit suivre la personne licenciée pour faire valoir un tel droit est régie par l'art. 336b CO: opposition en la forme écrite jusqu'à l'expiration du délai de congé et, cumulativement, action dans les 180 jours depuis la fin du contrat de travail.

⁵ Les arrêts du Tribunal fédéral discutés ci-après peuvent être consultés sur le site Web de ce dernier: www.bger.ch > Jurisprudence (gratuit).

⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 132 III 115 du 20 décembre 2005; de même ATF 125 III 70.

⁷ De même: Tribunal des prud'hommes de Zurich, dans: JAR 2004, p. 602 s.

⁸ Même opinion: Tribunal des prud'hommes de Zurich, dans: JAR 2003, p. 245.

⁹ Exemple: Avec un délai de congé de trois mois, une modification de contrat, présentée pour contresignature à la mi-août, devrait être mise en vigueur au plus tôt au 1^{er} décembre.

¹⁰ Par exemple lorsqu'une réduction de salaire visée par le biais d'une résiliation pour cause de modification des conditions du contrat sert à sanctionner un travailleur pour les prétentions liées aux heures supplémentaires qu'il a fait valoir auparavant (licenciement de rétorsion).

¹¹ En complément à ce propos: Streiff/von Kaenel, *Arbeitsvertrag*, Commentaire, 6^e éd., Zürich 2006, N 4 ad art. 336 CO.

¹² Arrêts du Tribunal fédéral 118 II 157, 125 III 70 et 132 III 115.

¹³ Il s'y ajoute que d'après la conception juridique tout à fait prédominante l'énumération de l'art. 336 CO ne doit pas être entendue comme exhaustive. Il y a donc encore place pour la création de nouveaux états de fait par le droit judiciaire. C'est à juste titre qu'il est exigé que les tribunaux doivent s'efforcer, dans ce domaine, de faire preuve d'une certaine retenue.

¹⁴ Il en va tout autrement lorsque des motifs objectifs font apparaître une telle façon de procéder comme néces-