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

Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs,

Par le présent message nous vous proposons de soumettre au peuple et aux cantons l'initiative populaire «pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail», en recommandant le rejet de ladite initiative, sans présenter un contre-projet formel.

Nous vous demandons également
- d'adopter la révision des dispositions du code des obligations sur la résiliation du contrat de travail, telle que nous vous la proposons;
- de classer les postulats suivants:

1975 P 75.439	Contrat de travail. Protection contre les licenciements (N 18. 12. 75, Schmid-Saint-Gall)
1975 P 75.442	Contrat de travail. Protection contre les licenciements (N 17. 12. 75, Welter)
1976 P 75.434	Protection des travailleurs contres les licenciements (N 4. 3. 76, Trottmann)
1978 P 77.462	Protection contre les résiliations du contrat de travail (N 17. 1. 78, Dirren)
1980 P 79.532	Protection des travailleurs (N 6. 3. 80, Deneys)
1980 P 79.555	Droit du contrat de travail. Résiliation avec effet immédiat (N 6. 3. 80, Leuenberger)
1980 P 79.543	Protection des salariés contre les licenciements (N 2. 6. 80, Muheim)
1980 P 80.484	Contrat de travail. Procédure civile (art. 343) (E 16. 12. 80, Weber)
1981 P 81.365	Conflits de travail. Valeur litigieuse (N 19. 6. 81, Ziegler-Soleure)
1983 P 83.324	Conflits de travail. Procédure (N 7. 10. 83, Darbellay)

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

9 mai 1984

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Schlumpf
Le chancelier de la Confédération, Buser

Vue d'ensemble

Le 26 octobre 1981, la Confédération des syndicats chrétiens de la Suisse a déposé une initiative populaire intitulée «pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail». Elle était munie de 118 586 signatures valables. L'initiative demande que la Confédération édicte des prescriptions sur la protection des travailleurs contre les licenciements. Ces prescriptions doivent prévoir que l'employeur est tenu de motiver le licenciement par écrit au travailleur qui en fait la demande. Le travailleur doit pouvoir attaquer un licenciement injustifié, à savoir un licenciement résultant de l'exercice par le travailleur de ses droits fondamentaux ou ne correspondant pas à des intérêts prépondérants et dignes de protection de l'employeur. Même un licenciement justifié peut avoir des conséquences particulièrement rigoureuses pour le travailleur ou pour sa famille: dans un tel cas, la prolongation du rapport de travail doit être admise. Doivent être interdits les licenciements donnés pendant les six premiers mois d'une incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident ou aussi longtemps que le travailleur malade ou accidenté a droit au salaire ou à des indemnités journalières versés par l'assurance-maladie, l'assurance-accident ou l'assurance militaire; sont en outre interdits les licenciements donnés pendant la grossesse et pendant les dix semaines qui suivent l'accouchement d'une travailleuse. Enfin, selon l'initiative, le législateur doit régler la protection des travailleurs en cas de licenciements collectifs pour raisons économiques.

Nous vous recommandons de rejeter l'initiative. Une réglementation de la protection contre les licenciements à l'échelon constitutionnel serait inadéquate. Cette matière n'a pas sa place dans la constitution, étant donné que la Confédération a déjà la compétence de légiférer dans le domaine visé par l'initiative (art. 64 et art. 34ter cst.). De plus, la constitution ne doit pas se perdre dans des détails qui peuvent être réglés dans une loi. Pour ces raisons, nous renonçons à vous présenter un contre-projet direct.

Quant au fond, l'initiative va trop loin sur deux points. Premièrement, elle donne au juge la possibilité de prolonger les rapports de travail lorsque le congé – même s'il est justifié – a des conséquences rigoureuses pour le travailleur ou pour sa famille. Une telle solution n'est pas praticable. En cas de demande de prolongation, les tribunaux ne pourraient rendre une décision avant l'expiration du délai ordinaire de résiliation, de sorte qu'il existerait une incertitude quant au maintien des relations de travail. Ainsi, on imposerait à l'employeur des charges qui, selon le droit social en vigueur, ne doivent pas être supportées par lui, mais par l'Etat, en particulier par les assurances sociales. Secondement, l'initiative interdit à l'employeur de licencier un travailleur malade ou accidenté, aussi longtemps que celui-ci reçoit des indemnités journalières de l'assurance en cas de maladie ou d'accident ou de l'assurance militaire. Avec une telle protection, l'employeur

ne pourrait jamais connaître la durée maximale de l'interdiciton de licencier.

En revanche, il faut reconnaître que la résiliation du contrat de travail par l'employeur peut entraîner des désavantages très graves pour le travailleur. En période de marché du travail favorable et de haute conjoncture, le travailleur perd les avantages liés à l'ancienneté (p. ex. paiement du salaire pendant une plus longue durée en cas de maladie et d'accident, vacances plus longues, délais de résiliation plus longs, indemnité de départ); lorsque le marché du travail est défavorable, le travailleur doit en outre compter avec le chômage. De même, la peur d'un licenciement peut retenir le travailleur de faire valoir ses prétentions légales et contractuelles envers l'employeur.

Nous sommes d'avis que la protection du travailleur contre les congés et les licenciements immédiats peut être améliorée, sans porter une grave atteinte à la position de l'employeur et sans engendrer des effets secondaires défavorables pour le travailleur; c'est pourquoi nous vous proposons une révision du code des obligations qui a pour but d'étendre cette protection.

Notre projet s'en tient au principe de la liberté de résiliation. La volonté d'une partie de mettre fin au contrat de travail doit être en principe respectée. L'extension de la protection actuelle contre les licenciements ne peut donc avoir pour conséquence de limiter essentiellement les droits des parties au contrat. Une fois prononcé, le congé produit pleinement effet, sous réserve d'une résiliation intervenue en temps inopportun. La résiliation du contrat de travail n'est donc liée à aucune condition de validité. Le projet énumère les cas les plus importants de congés abusifs. Même si la résiliation est abusive, la partie qui a reçu le congé ne peut en aucun cas demander son annulation; elle n'a que le droit de réclamer une indemnité pécuniaire.

Le projet de révision réglemente de manière paritaire la protection contre les congés; en particulier, les mêmes délais de résiliation sont applicables aux deux parties. On ne déroge à ce principe que lorsque la nature des choses le demande – c'est le cas de la protection des membres d'une représentation des travailleurs dans l'entreprise – ou lorsque la nature différente des prestations des deux parties l'exige.

A l'instar du droit actuel, la révision accorde au juge un large pouvoir d'appréciation, notamment lors de la fixation de l'indemnité due en cas de résiliation abusive ou en cas de licenciement immédiat sans juste motif.

En outre, le projet est caractérisé par les points suivants:
- *droit à la motivation du congé (prescription d'ordre);*
- *introduction d'une protection contre les congés prononcés à cause de ou pendant l'accomplissement d'un service féminin de l'armée ou d'un service à la Croix-Rouge;*
- *extension à 360 jours au maximum, compris dans une période de trois ans, de la protection contre le congé du travailleur malade ou accidenté;*

- *extension de la protection contre le congé à toute la durée de la grossesse et aux 16 semaines suivant l'accouchement d'une travailleuse;*
- *introduction d'une protection contre le congé pour les membres d'une représentation des travailleurs dans l'entreprise;*
- *droit à une indemnité pécuniaire pour le travailleur licencié immédiatement sans juste motif;*
- *pas de réglementation légale sur la protection contre les licenciements collectifs pour raisons économiques.*

Message

1 Aspect formel

11 Teneur de l'initiative

Le 26 octobre 1981 était déposée une initiative populaire «pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail» (initiative pour la protection contre les licenciements). L'initiative est présentée sous la forme d'un projet rédigé de toutes pièces et a la teneur suivante:

> La constitution fédérale est complétée comme il suit:
>
> *Art. 34^octies (nouveau)*
>
> [1] La Confédération édicte des prescriptions sur la protection des travailleurs contre les licenciements, en s'inspirant en particulier des principes suivants:
>
> a. L'employeur doit, si le travailleur le demande, motiver le licenciement par écrit.
> b. Un licenciement injustifié peut être attaqué par le travailleur. Le licenciement est notamment injustifié s'il intervient à la suite de l'exercice par le travailleur de ses droits fondamentaux ou s'il ne correspond pas à des intérêts prépondérants et dignes de protection de l'employeur.
> c. Lorsqu'un licenciement justifié aurait pour le travailleur ou sa famille des conséquences particulièrement rigoureuses, le rapport de travail peut être prolongé.
> d. En cas d'incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident, l'employeur ne peut pas licencier un travailleur pendant les six premiers mois d'incapacité ou aussi longtemps que le travailleur a droit à des prestations plus étendues dérivant du contrat de travail ou à des indemnités journalières de l'assurance en cas de maladie ou d'accident ou de l'assurance militaire. Le licenciement n'est pas admis non plus pendant la grossesse ni pendant les dix semaines qui suivent l'accouchement.
>
> [2] Le législateur règle la protection des travailleurs en cas de licenciements collectifs pour raisons économiques.

12 Aboutissement

Par décision du 23 novembre 1981, la Chancellerie fédérale a constaté que l'initiative avait recueilli 118 586 signatures valables et qu'elle avait donc formellement abouti (FF *1981* III 925).

13 Délai

Le délai imparti au Conseil fédéral pour soumettre aux Chambres un message sur l'initiative populaire expire le 25 octobre 1984 (art. 29, 1^er al., de la loi sur les rapports entre les conseils).

2 Validité

21 Unité de la forme et de la matière

211 Unité de la forme

Une initiative peut revêtir la forme d'une proposition conçue en termes généraux ou celle d'un projet rédigé de toutes pièces (art. 121, 4e al., cst); les formes mixtes ne sont pas admises (art. 75, 3e al., de la loi fédérale sur les droits politiques). La présente initiative revêt uniquement la forme du projet rédigé de toutes pièces. L'unité de la forme est ainsi respectée.

212 Unité de la matière

Une initiative ne doit avoir pour objet qu'une seule matière (art. 121, 3e al., cst.). L'unité de la matière est respectée lorsqu'il existe un raport intrinsèque entre les différentes parties d'une initiative (art. 75, 2e al., de la loi fédérale sur les droits politiques). L'initiative en question impose à la Confédération d'édicter des dispositions visant à protéger les travailleurs contre les licenciements (1er al.) et, en particulier, contre les licenciements collectifs pour raisons économiques (2e al.). Les principes de la protection contre les licenciements en général sont fixés au 1er alinéa. Le travailleur doit pouvoir demander à l'employeur la motivation écrite du licenciement (let. a). Il doit pouvoir attaquer un licenciement injustifié; un licenciement est injustifié lorsqu'il intervient à la suite de l'exercice de droits fondamentaux de la part du travailleur ou lorsqu'il ne correspond pas à des intérêts prépondérants et dignes de protection de l'employeur (let. b). En cas de licenciement justifié qui a pour le travailleur des conséquences particulièrement rigoureuses, le rapport de travail doit être prolongé (let. c). Sont enfin déclarés illicites les licenciements prononcés: pendant la grossesse ou les dix semaines qui suivent l'accouchement; pendant les six premiers mois d'une incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident ou – si l'incapacité dure plus de six mois – pendant que le travailleur a droit au salaire ou à des indemnités journalières versés par une assurance (let. d). La condition du rapport intrinsèque entre les diverses parties de l'initiative est donc remplie.

3 Protection contre les congés: droit comparé

31 En Suisse

311 La réglementation légale

Dans le code des obligations, la réglementation sur la résiliation du contrat de travail repose sur trois principes: *l'absence de forme, la liberté de résiliation et la parité.* Le congé ne nécessite ni forme spéciale ni motivation et la même réglementation, en particulier la même protection contre les congés, vaut pour le travailleur et l'employeur, sauf dans deux cas (cf. art. 336c CO sur la résiliation du contrat de travail agricole avec communauté

domestique et art. 336*d* CO concernant le «contrat de longue durée»). Par la construction paritaire de la réglementation sur la résiliation, on voulait tenir compte du fait que le travailleur et l'employeur ne procèdent pas à un simple échange entre travail et salaire, mais qu'ils sont tenus à une collaboration d'une certaine durée qui exige des égards réciproques accrus (cf. message du 25 août 1967 sur la révision du contrat de travail, FF *1967* 288). Il fallait également prendre en considération qu'en période de plein emploi et de suremploi, telle qu'elle existait lors des travaux de révision des années soixante, ce n'était plus le travailleur qui devait chercher une place mais l'employeur qui était contraint à rechercher de la main-d'œuvre (cf. message du 25 août 1967, FF *1967* 282).

La validité de la résiliation d'un contrat de travail dépend en principe du seul respect de délais et de termes de congé déterminés. Les délais de congés légaux diffèrent selon la durée des relations de travail (cf. art. 334, 336 à 336*b* CO); ils peuvent être modifiés conventionnellement, mais, pour le contrat qui a duré plus d'un an, le délai de congé ne peut être inférieur à un mois (art. 336*b*, 2e al., CO). La loi prévoit pour les deux parties les mêmes délais de résiliation; il en est de même lorsque ces délais ont été fixés contractuellement (art. 336, 2e al., CO).

Selon l'article 336*e* du code des obligations, le travailleur bénéficie d'une *protection contre les congés durant des périodes déterminées*. Ce sont le temps pendant lequel le travailleur accomplit un service militaire ou un service de protection civile obligatoire selon le droit suisse ainsi que les quatre semaines qui précèdent et qui suivent ce service, pour autant qu'il ait duré plus de douze jours; les quatre premières semaines et, dès la deuxième année de service, les huit premières semaines d'une incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident dont le travailleur est victime sans faute de sa part; les quatre premières semaines d'un service d'aide à l'étranger ordonné par l'autorité fédérale. De plus, les travailleuses bénéficient d'une période de protection de huit semaines avant et après l'accouchement. Les congés donnés pendant ces périodes sont nuls; si, avant l'une de ces périodes, le congé a été prononcé sans que le délai de résiliation ait expiré avant le début de cette période, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de la période.

L'article 336*g* du code des obligations offre une *protection en cas de résiliation pour cause de service militaire ou de protection civile*: le travailleur congédié pour ce motif peut faire opposition par écrit auprès de l'employeur dans un délai déterminé. En cas d'opposition valable et si les parties ne s'entendent pas sur la continuation des rapports de travail, le congé produit pleinement effet; cependant, le travailleur a droit à une indemnité qui est fixée par le juge et qui ne peut dépasser six mois de salaire. Ce droit est périmé si l'action en justice ou la poursuite n'est pas introduite dans les 30 jours dès la fin du contrat.

Le code des obligations a renoncé à une protection générale quant aux motifs et a réservé à la jurisprudence la faculté d'appliquer par analogie l'article 336*g* à des cas apparentés (cf. message du 25 août 1967, FF *1967* 395), faculté qui n'a toutefois pas été utilisée. De même, la protection géné-

rale quant aux motifs, garantie par l'article 2, 2e alinéa, du code civil suisse, n'a pas connu d'application pratique.[1)*)] En vertu de cette disposition, la résiliation du contrat de travail – comme l'exercice de tout droit – est illicite lorsqu'elle constitue un abus de droit manifeste. Selon la doctrine, il s'agit de congés qui sont donnés sans intérêt objectivement justifié, qui visent un but illicite ou qui portent atteinte à la personne congédiée sans que ne l'exige l'intérêt de la personne qui a prononcé le congé.[2)] L'exercice abusif d'un droit est, en principe, frappé de nullité; la résiliation abusive d'un contrat de travail serait donc inopérante: le contrat serait maintenu et le travailleur aurait un droit à être réintégré dans son emploi. Une continuation des relations de travail contre la volonté de la partie qui a donné le congé est toutefois peu raisonnable et n'est guère réalisable.[3)] C'est pourquoi, la doctrine est d'avis qu'en cas de congés abusifs, le travailleur a droit à une indemnité selon l'article 336*g* du code des obligations[4)] ou à des dommages-intérêts pour cause de violation du contrat[5)] ou d'acte illicite[6)].

Il a déjà été mentionné que des décisions de tribunaux appliquant par analogie l'article 336*g* du code des obligations à des cas apparentés ou déclarant un congé abusif font totalement défaut. Cela est sans doute dû, pour l'essentiel, aux difficultés probatoires auxquelles se heurte le travailleur. Comme le congé ne nécessite aucune motivation, il est pratiquement impossible pour le travailleur de prouver que les motifs qui ont conduit l'employeur à prendre cette mesure ne méritent aucune protection juridique.[7)]

Les *articles 336e, 336f et 336g* du code des obligations figurent dans la liste des dispositions *absolument impératives* (art. 361, 1er al., CO). Est-il néanmoins admissible de déroger à la réglementation légale sur la protection contre les congés par le biais de contrats-type, de conventions collectives ou de contrats individuels de travail?

Cette question est controversée. La doctrine unanime est d'avis que des conventions ne peuvent restreindre la protection légale contre les congés[8)]; en revanche, les avis divergent quant à la validité d'une extension contractuelle de la protection.[9)] La majorité des auteurs estiment que des conventions plus favorables que la réglementation légale sur la protection contre les congés ne sont licites que si cette protection vaut pour les deux parties.[10)]

Se référant à notre message du 25 août 1967 sur la révision du contrat de travail (FF *1967* II 392)[11)], le Tribunal fédéral a jugé que le caractère absolument impératif des dispositions énumérées à l'article 361 du code des obligations ne vaut que dans la mesure où ces dispositions protègent les deux parties au contrat de travail. Quant aux dispositions ou éléments de dispositions édictés en faveur d'une seule partie, il est interdit d'y déroger au détriment de cette partie, mais non pas de l'autre.[12)] Il s'ensuit que des dérogations à l'article 336*e* du code des obligations ne sont admissibles qu'en faveur du travailleur et, à l'article 336*f*, qu'en faveur de l'employeur.

*) La note 1) comme les autres notes figurent à la fin du message.

312 Les conventions collectives de travail

Certaines conventions collectives de travail dérogent à la réglementation légale sur la protection contre les congés.[13] Certes, la plupart des conventions collectives n'ont pas de disposition sur la protection contre les congés, reprennent la réglementation légale ou y renvoient[14]; cependant, on trouve aussi des clauses qui restreignent la protection légale contre les congés ou qui l'élargissent en faveur du travailleur, de l'employeur ou des deux parties.[15] Il y a principalement des dispositions qui prolongent les périodes de protection en cas d'incapacité de travail résultant de maladie ou d'accident ou en cas de grossesse ou d'accouchement, qui considèrent les vacances comme des périodes de protection, ou qui interdisent les congés pour cause d'appartenance ou d'activité syndicales ou pour cause d'exercice de droits légaux ou contractuels. Dans le même ordre d'idées, signalons que quelques conventions prévoient la forme écrite pour la résiliation et le droit du travailleur à la communication du motif de la résiliation.

Enfin, il faut relever que certaines conventions collectives prévoient l'obligation pour les entrepreneurs d'informer et de consulter les représentants des travailleurs avant de procéder à des licenciements pour raisons économiques.[16] Ces conventions visent à réduire le plus possible le nombre des licenciements et leurs conséquences négatives pour les travailleurs. Elles ne représentent pas à proprement parler une protection contre les congés; toutefois, il ne faut pas sous-estimer leur importance, car elles servent aussi au maintien de l'emploi.

313 Les contrats-types de travail

Par contrat-type de travail peuvent être établies entre autres des clauses sur la fin des rapports de travail (art. 359, 1er al., CO). Comme nous l'avons déjà dit, les contrats-types de travail peuvent déroger à la réglementation légale sur la protection contre les congés.

Les *contrats-types de travail édictés par le Conseil fédéral* n'ont toutefois pas adopté de normes allant plus loin que la réglementation légale sur la protection contre les congés. Quatre de ces contrats réglementent la fin des rapports de travail: le contrat-type de travail pour le personnel des laiteries du 11 janvier 1984 (RS *221.215.329.2*)[17] ne contient cependant aucune disposition sur la protection contre les congés; le contrat-type pour les jardiniers privés du 3 décembre 1979 (RS *221.215.329.3*) et celui pour le personnel chargé de l'éducation dans les maisons et internats du 11 juin 1970 (RS *221.215.324.1*) reproduisent la norme légale sur la protection contre les congés quant au temps; le contrat-type pour le personnel soignant du 23 décembre 1971 (RS *221.215.328.4*) renvoie à cette même norme. Ces contrats-types de travail – à l'exception de celui pour les jardiniers privés – prescrivent que le congé doit être donné par écrit.

De même, la plupart des *contrats-types de travail cantonaux sur l'agriculture et le service de maison* renoncent à une réglementation de la protection contre les congés, renvoient à la réglementation légale ou la reprennent

textuellement. Ils prévoient parfois la forme écrite pour la résiliation et, dans quelques cas, une protection contre les congés plus étendue en faveur des travailleurs mariés ou des travailleuses enceintes.[18)]

32 La protection contre les licenciements dans d'autres pays d'Europe

320.1 Introduction

La complexité de la matière et, en particulier, le fait que la protection contre les licenciements est souvent réglée dans plusieurs lois dont le champ d'application est différent, nous oblige à nous en tenir à l'essentiel. Une vue d'ensemble de droit comparé permettra cependant de confronter les réglementations étrangères entre elles et avec celle de la Suisse.

Avant d'aborder la réglementation de la forme de la résiliation et de la protection contre les licenciements dans les divers pays, il nous paraît opportun d'examiner les normes relatives aux délais de résiliation. On peut ainsi particulièrement se rendre compte de la multiplicité des solutions offertes en droit comparé.

Dans la plupart des pays, l'employeur désirant congédier un travailleur doit respecter des délais qui dépendent de la durée des rapports de travail (ainsi, en République fédérale d'Allemagne, au Danemark, en France, en Italie, en Autriche, en Suède, ainsi qu'en Espagne, où il faut en outre qu'on soit en présence d'un motif objectif) ou du type de travail (ainsi, en Belgique, en République fédérale d'Allemagne, en Italie, au Pays-Bas et en Autriche). Aux Pays-Bas et en Suède, les délais de résiliation sont en outre échelonnés d'après l'âge du travailleur. En Autriche, ils diffèrent selon le montant et les délais de paiement du salaire. En Belgique, au Danemark et aux Pays-Bas, la loi prévoit des délais de résiliation plus longs pour l'employeur que pour le travailleur. En Belgique et en Italie, les délais de résiliation valables pour l'employeur ne peuvent en aucun cas être raccourcis; en République fédérale d'Allemagne, aux Pays-Bas et en Suède, ils ne peuvent l'être que par convention collective de travail. Les clauses contractuelles prévoyant des délais de résiliation plus longs pour l'employeur que pour le travailleur sont autorisées en Belgique, au Danemark, en France, en Italie et en Suède; toutefois, au Danemark, les délais de résiliation valables pour le travailleur – qui sont plus courts – doivent être prolongés dans la même proportion. Aux Pays-Bas, de par la loi, les délais de résiliation applicables à l'employeur sont deux fois plus longs que les délais prévus contractuellement pour le travailleur; en République fédérale d'Allemagne, les délais de résiliation contractuels doivent être de même durée pour les deux parties. Enfin, au Portugal, l'employeur n'a pas à respecter un délai de résiliation particulier; mais, il doit mener à bien une procédure spéciale et il ne peut résilier le contrat que pour de justes motifs.

320.2 Belgique

En Belgique, la validité du *congé* donné par l'employeur est subordonnée à la forme écrite; le congé ne nécessite cependant ni motivation ni consentement d'une autorité.

Une *protection contre les licenciements* n'existe que pour les travailleurs qui accomplissent principalement un travail manuel («ouvriers»): l'employeur qui licencie un travailleur pour des motifs qui ne tiennent ni à sa conduite ou à ses capacités ni aux nécessités de l'entreprise, de l'exploitation ou du service doit lui verser une indemnité correspondant à six mois de salaire.

Une *protection contre les congés quant au temps* existe pendant les empêchements de travail résultant d'un service militaire, d'un service de protection civile ou d'un service de remplacement imposé aux objecteurs de conscience ainsi que pendant les six premiers mois d'une incapacité de travail résultant de maladie ou d'accident; durant ces périodes, le délai de résiliation ne commence pas à courir ou est suspendu. Une protection semblable est prévue en cas de grossesse.

Le *licenciement immédiat* d'un travailleur doit être signifié par lettre recommandée et avec indication des motifs; l'employeur peut seulement invoquer des motifs qui lui étaient connus depuis trois jours au plus. Les «ouvriers» bénéficient de la même protection en cas de licenciement immédiat qu'en cas de congé ordinaire.

320.3 République fédérale d'Allemagne

Le *congé* est valable sans observation d'une forme spéciale, sans motivation et sans le consentement d'une autorité.

Une *protection générale contre les licenciements* existe pour les travailleurs qui sont depuis six mois au moins au service d'une entreprise soumise à la loi sur l'organisation des entreprises, c'est-à-dire d'une entreprise qui emploie au minimum six travailleurs. Les travailleurs qui représentent une personne morale en qualité d'organe ne bénéficient pas de la protection contre les licenciements.

Toute entreprise soumise à la loi sur l'organisation des entreprises dispose d'un *conseil d'entreprise*. Celui-ci doit être entendu avant tout licenciement d'un travailleur – sauf s'il s'agit d'un employé de direction – faute de quoi, la résiliation est sans effet et le travailleur a le droit de continuer à travailler. Le conseil d'entreprise peut consentir expressément ou tacitement à la résiliation, il peut émettre des critiques ou faire opposition. La loi prévoit trois motifs d'opposition: lorsque l'employeur n'a pas ou pas suffisamment tenu compte des facteurs sociaux dans le choix du travailleur à congédier, lorsque la résiliation viole les directives légales sur le choix des travailleurs et lorsque le travailleur peut occuper une autre place de travail dans la même entreprise.

Le *travailleur* peut attaquer le congé lorsqu'il est socialement injustifié, c'est-à-dire, lorsqu'il n'est pas dû à des motifs liés à sa personne ou à sa conduite ou à des nécessités impérieuses de l'entreprise ou que l'employeur n'a pas suffisamment tenu compte des facteurs sociaux dans le choix du travailleur congédié. Le congé est de même annulable lorsqu'il viole les directives légales sur le choix des travailleurs ou lorsque le travailleur peut occuper une autre place dans la même entreprise; dans les deux cas, le congé ne peut être attaqué par le travailleur que si le conseil d'entreprise a fait opposition.

Dans les trois semaines dès la réception du congé, le travailleur peut faire constater par le juge que le congé est socialement injustifié. S'il n'agit pas, le congé produit pleinement effet, sauf s'il est nul pour d'autres raisons, par exemple parce qu'il est contraire aux mœurs. Si le conseil d'entreprise a fait opposition au congé, le travailleur peut continuer à travailler jusqu'au jugement exécutoire, à condition que l'action ait des chances de succès, que la poursuite du travail puisse être exigée de l'employeur et que l'opposition ne soit pas manifestement infondée. Si le conseil d'entreprise n'a pas fait opposition au congé, la poursuite du travail ne peut être ordonnée que par une décision provisoire selon le code de procédure civile.

En cas de bien-fondé de l'action, le tribunal constate que la résiliation n'a pas mis fin au contrat de travail; en conséquence, le travailleur a droit au salaire pour la période postérieure à la résiliation. Toutefois, le tribunal peut, au lieu du jugement en constatation, mettre fin au contrat de travail pour une date qu'il détermine, à partir de laquelle le travailleur n'a plus droit au salaire; dans ce cas, il accorde au travailleur une indemnité équitable d'un montant maximum de douze mois de salaire et, pour les travailleurs âgés ayant un nombre élevé d'années de service, d'un montant maximum de dix-huit mois de salaire. Une indemnité ne peut être accordée que si l'une des deux parties demande la fin du contrat de travail. Mais l'employeur – au cas où la personne congédiée n'est pas un employé de direction – ne peut demander la cessation des rapports de travail que s'il existe des motifs qui rendent impossible une collaboration utile à la marche de l'entreprise.

Une *protection spéciale contre les congés* existe notamment pour les membres des conseils d'entreprise, pour les femmes enceintes et accouchées et pour les personnes astreintes à la défense du pays. Les membres des conseils d'entreprise ne peuvent être licenciés pendant la durée de leur fonction ainsi que durant l'année qui suit la fin de leur mandat. Sont en principe nuls les congés donnés pendant la grossesse et durant les quatre mois suivant l'accouchement, pendant un éventuel congé de maternité ainsi que durant les deux mois qui le suivent. Le travailleur ne peut être licencié dès la notification de l'ordre de marche jusqu'à la fin du service militaire.

Le *licenciement immédiat* n'est subordonné à aucune forme spéciale. Les motifs du licenciement doivent être communiqués immédiatement par écrit au travailleur qui en fait la demande; même si l'employeur ne le fait pas, le licenciement demeure valable, mais le travailleur a droit à des dommages-intérêts. Dans les cas où la loi sur l'organisation des entreprises est appli-

cable, c'est-à-dire lorsque l'entreprise occupe six personnes au moins, le licenciement immédiat n'est valable que si le conseil d'entreprise a été préalablement entendu. Cependant, le conseil d'entreprise peut seulement faire part à l'employeur d'éventuelles critiques contre le licenciement. Le travailleur peut attaquer un licenciement immédiat comme une résiliation ordinaire en alléguant qu'il est socialement injustifié; en outre, le travailleur peut demander le paiement du salaire ou la poursuite des rapports de travail.

Une *protection spéciale contre les licenciements immédiats* est assurée notamment aux membres des conseils d'entreprise, qui ne peuvent être licenciés immédiatement qu'avec le consentement préalable du conseil d'entreprise, ainsi qu'aux femmes enceintes et accouchées; celles-ci ne peuvent être licenciées immédiatement qu'exceptionnellement et qu'avec le consentement d'une autorité.

320.4 Danemark

Au Danemark, la forme écrite est une condition de validité du *congé*. Sur demande du travailleur, les motifs du congé doivent lui être communiqués. En revanche, l'approbation d'une autorité n'est pas nécessaire.

La *protection* légale *contre les congés* s'applique aux employés de commerce et de bureau qui se consacrent à l'achat ou à la vente de marchandises, à des travaux de bureau ou de magasinage équivalents, aux travailleurs qui exécutent des prestations d'assistance technique ou médicale ainsi qu'aux contremaîtres. Si le congé n'est justifié ni par des impératifs propres à l'entreprise ni par des motifs inhérents au travailleur, celui-ci a droit à une indemnité, pour autant qu'il soit âgé de vingt ans au moins et qu'il ait plus d'une année de service.

Le *licenciement immédiat* est soumis à la réglementation applicable à la résiliation ordinaire.

320.5 France

En France, les conditions formelles du *congé* diffèrent selon la grandeur de l'entreprise et selon l'ancienneté du travailleur. Dans les entreprises occupant plus de dix personnes, l'employeur qui envisage de licencier un travailleur ayant plus de deux années de service doit l'avertir par écrit et lui fixer une date en vue d'un entretien préliminaire. Au cours de cet entretien, l'employeur donne connaissance des motifs de licenciement et le travailleur a l'occasion de se défendre. Si l'employeur maintient le congé, il doit le communiquer par écrit au travailleur après un délai de réflexion d'un jour au moins. Sur demande écrite du travailleur, l'employeur doit indiquer par écrit les causes réelles et sérieuses du licenciement. En cas d'inobservation de cette procédure – mais en présence de motifs justifiant le licenciement – le travailleur a droit à une indemnité fixée librement par le juge, qui ne peut toutefois dépasser un mois de salaire. L'indemnité pour cause d'inobservation de la procédure n'est pas accordée lorsque le licencie-

ment n'est pas fondé; en ce cas, ce sont les dispositions sur la protection matérielle contre les licenciements qui sont applicables.

Le même procédure s'applique, quelle que soit la grandeur de l'entreprise, lorsque le travailleur qui doit être licencié a entre un et deux ans de service. Quand le travailleur a moins d'une année de service ou que l'entreprise occupe moins de onze personnes, seul l'entretien préliminaire est obligatoire. Dans tous ces cas, le travailleur a droit à une indemnité pour rupture abusive du contrat qui est fixée par le juge en fonction du dommage subi, que la résiliation soit justifiée ou non.

En cas de licenciements individuels ou collectifs pour raisons économiques, l'employeur doit observer une procédure spéciale qui diffère entre autres selon la grandeur de l'entreprise et le nombre de travailleurs à licencier. Cependant, dans tous les cas, une autorisation administrative est nécessaire. L'employeur qui ne respecte pas cette procédure est pénalement responsable et doit au travailleur des dommages-intérêts pour rupture abusive du contrat, en plus des autres indemnités légales ou contractuelles.

La *protection générale contre les licenciements* diffère également selon l'ancienneté du travailleur et la grandeur de l'entreprise. Indépendamment de la grandeur de l'entreprise, le travailleur licencié après deux années de service a droit à une indemnité de licenciement correspondant au dixième du salaire mensuel ou au salaire de vingt heures de travail pour chaque année de service. Dans les entreprises occupant plus de dix personnes, l'employeur ne peut licencier un travailleur ayant au moins deux années de service que pour une cause réelle et sérieuse. Est réelle une cause liée à l'exécution du contrat, qui tient soit à la personne du travailleur ou à son aptitude au travail soit à l'organisation ou au fonctionnement de l'entreprise, et qui a été déterminante pour le licenciement. Est sérieuse une cause qui rend impossible sans dommages pour l'entreprise le maintien des rapports de travail.

Dans les entreprises occupant moins de onze personnes ainsi que, indépendamment de la grandeur de l'entreprise, pour les travailleurs ayant moins de deux années de service, l'employeur qui licencie sans cause réelle et sérieuse doit verser au travailleur une indemnité correspondant au dommage subi.

Une *protection spéciale contre les licenciements* est assurée notamment aux membres des conseils d'entreprise, aux délégués du personnel et des syndicats, aux femmes enceintes et accouchées ainsi qu'aux personnes astreintes au service militaire. Pendant la durée de leur mandat et les six mois suivants, les membres du conseil d'entreprise et les délégués du personnel et des syndicats ne peuvent être licenciés qu'avec le consentement du conseil d'entreprise ou de l'inspecteur du travail. Sont nuls les congés donnés pendant la grossesse d'une travailleuse et durant les douze semaines qui suivent l'accouchement. Les congés donnés pour cause de service militaire sont nuls; si le congé est prononcé pour un autre motif, le délai de résiliation est suspendu pendant toute la durée du service militaire.

Le *licenciement immédiat* d'un travailleur n'est admis qu'en cas de faute

grave. Il est soumis à la procédure prévue pour la résiliation ordinaire. En l'absence de faute grave, le travailleur qui a plus de deux années de service a droit à l'indemnité compensatrice de préavis, à l'indemnité de licenciement, ainsi qu'à la réintégration ou à une indemnité de six mois de salaire au moins ou encore à des dommages-intérêts lorsque le licenciement ne repose sur aucune cause réelle et sérieuse. Dans les six semaines qui précèdent et les huit semaines qui suivent l'accouchement, une travailleuse ne peut être licenciée immédiatement, même en cas de faute grave.

320.6 Italie

Le *congé* doit être donné par écrit et l'employeur doit indiquer par écrit les motifs du congé sur demande du travailleur, lorsqu'un travailleur – qui n'exerce pas de fonction dirigeante – est au service d'un employeur qui occupe au moins 36 personnes, ou qu'il s'agit d'une entreprise industrielle ou commerciale dont l'unité de production dans laquelle le travailleur est occupé comprend au moins seize personnes (dans l'agriculture, au moins six personnes), ou lorsque l'entreprise, indépendamment de la grandeur de l'unité de production, occupe au moins seize personnes (dans l'agriculture, au moins six) dans la même commune.

Dans les mêmes conditions – et ici également à l'exclusion des employés de direction – une *protection générale contre les licenciements* est prévue. Le travailleur peut attaquer le licenciement, lorsqu'il est prononcé sans respect des prescriptions de forme ou sans motif objectivement ou subjectivement justifié («giustificato motivo»), c'est-à-dire sans qu'il soit justifié par une violation grave du contrat de la part du travailleur ou par des nécessités impérieuses de l'entreprise. Enfin, quelle que soit la grandeur de l'entreprise ou de l'unité de production, un licenciement est injustifié lorsqu'il est donné en raison de convictions religieuse ou politique ou pour cause d'appartenance ou d'activité syndicales («licenziamento di rappresaglia»).

Les conséquences de l'annulation d'un licenciement diffèrent selon la grandeur de l'entreprise. Est nul le licenciement donné par un employeur occupant au moins 36 personnes, lorsqu'il ne respecte pas les formes prescrites ou qu'il s'agit d'un «licenziamento di rappresaglia»; dans ces cas, les rapports de travail se poursuivent et le travailleur continue à avoir droit au salaire. Lorsque la condition précitée, relative à la grandeur de l'entreprise, est remplie et que le licenciement ne présente pas un «giustificato motivo», l'employeur peut réengager le travailleur ou lui verser une somme d'argent dont le montant varie de $2\frac{1}{2}$ à 14 mois de salaire selon la grandeur de l'entreprise, l'ancienneté de service et le comportement des deux parties. Lorsque, dans une usine, faisant partie d'une entreprise industrielle ou commerciale, qui occupe au moins seize personnes (dans l'agriculture, au moins six) ou dans une entreprise industrielle ou commerciale qui, indépendamment de la grandeur des unités de production, occupe au moins seize personnes dans la même commune (dans l'agriculture, au moins six personnes), l'employeur licencie un travailleur, le juge doit prononcer la réintégration du travailleur, si l'une des trois causes d'annulation du licen-

ciement (inobservation des exigences de forme, défaut d'un «giustificato motivo» et «licenziamento di rappresaglia») est réalisée. Pour la période qui court entre le prononcé du licenciement et la réintégration, l'employeur doit verser au travailleur une indemnité forfaitaire de cinq mois de salaire au moins et réparer, le cas échéant, les autres dommages subis. Si l'employeur ne donne pas suite au jugement de réintégration, il doit continuer à payer le salaire et, si le travailleur exerçait des fonctions syndicales, il doit verser en plus à un fonds de pension un montant équivalant au salaire.

Une *protection spéciale contre les licenciements* existe notamment pour les femmes enceintes et les mères, pour les travailleurs malades ou accidentés, ainsi que pour les personnes astreintes au service militaire. Les femmes enceintes et les mères ayant un enfant dans sa première année ne peuvent être licenciées, à moins qu'il ne s'agisse de travailleuses à domicile ou d'employées de maison; cette protection n'intervient pas en cas de licenciements consécutifs à une fermeture d'entreprise. Le travailleur malade ou accidenté ne peut être licencié aussi longtemps qu'il a droit à un salaire en vertu de la loi, du contrat, de l'usage ou de l'équité. Est également illicite le licenciement donné à un travailleur qui est au service militaire ou qui accomplit comme objecteur de conscience un service civil de remplacement.

Le *licenciement immédiat* est soumis aux mêmes conditions formelles que la résiliation ordinaire. Le licenciement immédiat d'un travailleur n'est possible que s'il existe un juste motif («giusta causa»), c'est-à-dire en cas de violation particulièrement grave du contrat de la part du travailleur. L'employeur qui licencie un travailleur immédiatement sans justes motifs doit lui verser une indemnité correspondant au salaire du délai de résiliation qui n'a pas été respecté. De plus, le travailleur peut faire valoir les prétentions qui lui sont garanties par la loi, en cas de violation par l'employeur des dispositions sur la protection contre les licenciements.

320.7 Pays-Bas

La loi ne prescrit aucune forme pour le *congé*. Toutefois, la motivation est pratiquement obligatoire pour les deux parties, car un congé sans indication de motifs est considéré comme injustifié.

Lorsque la *résiliation* est *manifestement injustifiée*, la partie qui a dénoncé le contrat doit verser à l'autre partie une indemnité fixée par le juge «ex aequo et bono». Comme déjà dit, la résiliation est notamment injustifiée lorsqu'elle n'indique aucun motif. Au lieu de fixer une indemnité, le juge peut décider la reprise des rapports de travail. Abstraction faite des personnes soumises à des rapports de travail de droit public, des instituteurs et des professeurs, des ecclésiastiques et du personnel de ménage, les résiliations prononcées par l'employeur ou par le travailleur nécessitent une autorisation de l'office du travail. A défaut d'une telle autorisation, la personne qui a reçu le congé peut, dans un délai de six mois, demander au juge de le déclarer nul. En règle générale, l'employeur obtient l'autorisation de licencier lorsqu'il prouve qu'il est dans l'obligation de diminuer l'effectif de son

personnel et que les mesures déjà prises ont été insuffisantes, lorsqu'il prouve que le travailleur n'a manifestement pas les capacités requises pour son emploi et qu'il ne peut être occupé à une autre place dans l'entreprise, ou lorsqu'il prouve que la continuaton des rapports de travail ne peut être raisonnablement exigée de lui.

L'employeur qui envisage de mettre fin aux rapports d'au moins 30 travailleurs en l'espace de trois mois doit en informer l'office du travail et le syndicat. La demande d'autorisation de licencier ne peut être traitée qu'un mois après cette information. Au cours d'une procédure compliquée à laquelle se joignent les conseils d'entreprise et le ministère des affaires sociales, on essaie autant que possible d'éviter des licenciements en masse, le cas échéant de rechercher des places de travail pour les personnes licenciées et de créer des conditions convenables de licenciement.

Une *protection spéciale contre les licenciements* existe notamment dans les deux premières années d'une incapacité de travail due à la maladie, pendant un empêchement de travail résultant de la grossesse et de l'accouchement, ainsi que pendant le service militaire d'un travailleur majeur ou d'un travailleur mineur au cas où son contrat de travail a déjà duré une année au moment de l'entrée en service. Dans tous ces cas, le travailleur peut faire valoir la nullité du congé auprès de l'employeur dans un délai de deux mois.

Le *licenciement immédiat* d'un travailleur n'est subordonné à aucune forme ni à l'accord d'aucune autorité. Comme pour la résiliation ordinaire, la motivation d'un licenciement immédiat est pratiquement obligatoire, car sinon, il est considéré comme injustifié. La partie qui met fin au contrat de travail sans juste motif doit verser une somme d'argent à l'autre partie. Celle-ci peut à choix demander la réparation complète du dommage ou une indemnité. Cependant, le juge peut décider la reprise des rapports de travail.

320.8 Autriche

En Autriche, le *congé* ne nécessite ni forme spéciale, ni motivation, ni consentement d'une autorité.

A l'exclusion des employés de direction et des membres de la famille de l'employeur, une *protection générale contre les licenciements* est prévue pour les travailleurs qui font partie d'une entreprise ayant l'obligation d'instituer un conseil d'entreprise, c'est-à-dire d'une entreprise occupant au moins cinq personnes. L'employeur doit informer le conseil d'entreprise de son intention de licencier. Dans un délai déterminé, le conseil d'entreprise peut consentir ou s'opposer au licenciement; le silence vaut opposition. Sont nuls les licenciements donnés sans l'accord du conseil d'entreprise ou prononcés avant l'avis du conseil ou avant l'expiration du délai fixé. Lorsque le conseil d'entreprise a consenti au licenciement, celui-ci peut être valablement prononcé: il déploie alors définitivement ses effets. En revanche, lorsque le conseil d'entreprise a fait opposition au licenciement –

expressément ou tacitement – celui-ci peut être attaqué soit par le conseil d'entreprise, s'il y a expressément fait opposition et que la personne congédiée demande l'annulation du licenciement, soit par la personne congédiée elle-même, dans les cas où le conseil d'entreprise n'a pas fait expressément opposition, a retiré la demande en annulation, ou n'a pas donné suite à la demande en annulation déposée par la personne congédiée.

Le licenciement est annulable lorsqu'il résulte d'un motif illicite ou qu'il est socialement injustifié; dans le deuxième cas, il faut cependant que les rapports de travail aient duré au moins six mois. Les motifs illicites qui rendent le licenciement annulable sont l'appartenance et l'activité syndicales, la convocation d'une assemblée d'entreprise, l'activité lors des élections du conseil d'entreprise, le fait de postuler ou d'appartenir au conseil d'entreprise, l'activité dans la commission de conciliation ou en qualité de personne de confiance préposée à la sécurité et, éventuellement, l'activité antérieure dans un conseil de jeunesse. Relevons encore que les licenciements prononcés en raison de l'exercice de droits fondamentaux tels que l'appartenance ou l'activité politique ou religieuse sont contraires aux mœurs et, partant, nuls. Le licenciement est également annulable lorsqu'il est socialement injustifié. C'est le cas lorsque le licenciement porte atteinte à des intérêts essentiels du travailleur, sans qu'il soit justifié par des circonstances propres à la personne du travailleur et qui nuisent aux intérêts de l'entreprise, ni qu'il soit fondé sur des nécessités économiques de l'entreprise. Ainsi, le licenciement n'est pratiquement justifié que lorsque l'on ne peut raisonnablement exiger de l'employeur qu'il garde le travailleur à son service au-delà du délai de résiliation.

Certaines catégories de travailleurs ne peuvent être licenciés – ou ne peuvent l'être qu'avec le consentement d'une autorité – pendant le temps où ils ont besoin d'une protection spéciale. Exceptionnellement, cette protection empêche même de mettre fin à des contrats de durée déterminée. Une *protection quant au temps* existe notamment pour les membres des conseils d'entreprise pendant la durée de leur mandat et les trois mois suivants, pour les femmes pendant toute la durée de la grossesse et durant quatre mois après l'accouchement ou durant quatre semaines dès la fin du congé de maternité, qui peut durer une année au plus, ainsi que pour les personnes astreintes au service militaire dès la réception de l'ordre de marche jusqu'à l'expiration d'un délai déterminé à partir de la fin du service militaire.

Le *licenciement immédiat* du travailleur par l'employeur n'est soumis à aucune forme spéciale ni à une motivation. Une protection générale et une protection spéciale contre les licenciements immédiats permettent d'éviter que la protection légale contre les licenciements ordinaires ne soit éludée.

320.9 Portugal

L'employeur doit communiquer par écrit au travailleur et, le cas échéant, à la commission d'entreprise son intention de licencier et les motifs du *congé*.

Le travailleur dispose d'un bref délai pour donner son avis. Dans un délai tout aussi court, la commission d'entreprise prend position sur le licenciement. A l'expiration de ce délai, l'employeur a le droit de licencier moyennant une déclaration écrite au travailleur et à la commission d'entreprise. Lorsqu'il n'y a pas de commission d'entreprise ou que celle-ci s'est prononcée contre le congé, le travailleur peut demander la suspension provisoire des effets du congé.

Le congé est nul lorsqu'il est prononcé pour des raisons politiques ou idéologiques ou sans juste motif. Constitue un juste motif le comportement fautif qui, en raison de sa gravité ou de ses conséquences, rend impossible la continuation des rapports de travail. Comme exemples de justes motifs, la loi cite la désobéissance injustifiée aux ordres des supérieurs, le manque répété d'intérêt et de diligence dans l'exécution du travail et la baisse anormale de la productivité du travailleur.

Le congé donné sans respect de la procédure ou sans juste motif est nul. En conséquence, le travailleur a droit à la réintégration dans son emploi et au paiement du salaire pour la période située entre le congé et la réintégration. Au lieu de la réintégration, le travailleur peut réclamer une indemnité équivalente à un mois de salaire par année de service, mais en tout cas à trois mois de salaire.

Une procédure particulière, avec le concours d'une autorité, est prévue pour les licenciements collectifs résultant de fermetures d'entreprise ou de réduction du personnel pour des raisons d'ordre structurel, technologique ou conjoncturel. Les licenciements donnés en inobservation de la procédure prescrite sont nuls. Même si les licenciements collectifs sont prononcés conformément à la procédure, le travailleur a droit à une indemnité équivalente à un mois de salaire par année de service, mais en tout cas à trois mois de salaire.

Une *protection spéciale contre les licenciements* est assurée aux femmes enceintes ainsi qu'aux membres des syndicats et des commissions d'entreprise.

La loi ne distingue pas le *licenciement immédiat* de la résiliation ordinaire. La même protection est offerte dans les deux cas.

320.10 Suède

En Suède, les travailleurs occupant une position dirigeante, les membres de la famille de l'employeur et les employés de maison sont exclus de la *protection contre les licenciements*. Les autres travailleurs ne peuvent être licenciés que moyennant une lettre indiquant les conditions d'annulation du congé. A la demande du travailleur, le congé doit être motivé.

Lorsque l'employeur a l'intention de licencier pour des motifs inhérents à la personne du travailleur, il doit en informer celui-ci et son syndicat deux semaines au moins avant la notification du congé; le travailleur et le syndicat ont le droit de discuter avec l'employeur sur le licenciement envisagé. La même procédure vaut pour un licenciement en raison de manque de

travail, si ce n'est que l'intention de licencier ne doit être communiquée qu'au syndicat et au moins un mois à l'avance.

Le travailleur peut attaquer le congé lorsqu'il ne repose sur aucun motif objectif. Les motifs objectifs, qui justifient un congé, sont les motifs inhérents à la personne du travailleur qui rendent impossible pour l'employeur la continuation des rapports de travail, ainsi que le manque de travail.

Lorsque le travailleur attaque le congé, le contrat de travail reste en vigueur pendant toute la durée du procès et, donc le cas échéant, même au-delà du délai de congé. Lorsque le congé a été prononcé sans motif objectif, le tribunal le déclare sans effet. L'employeur qui refuse de reprendre à son service le travailleur congédié doit lui verser une indemnité. Cette indemnité équivaut à 16, 24 ou 32 mois de salaire, selon que le travailleur a moins de cinq, de six à dix, ou dix années ou plus de service. Pour les travailleurs âgés de 60 ans au moins, l'indemnité équivaut à 24, 36 ou 48 mois de salaire.

Il existe une *protection spéciale* contre les congés donnés pour cause de service militaire, de congé de formation ou de perfectionnement professionnels ainsi qu'en raison d'un congé parental.

L'employeur ne peut *licencier immédiatement* le travailleur qu'en cas de violation grave des obligations contractuelles. Tant les conditions formelles que les conséquences de l'annulation d'un licenciement immédiat sont réglées de la même manière que pour la résiliation ordinaire.

320.11 Espagne

En Espagne, la *protection* légale *contre les congés* ne s'applique pas aux conseillers et aux organes des personnes morales, aux travailleurs occupant une position dirigeante, aux employés de maison, aux sportifs professionnels ainsi qu'aux artistes et aux acteurs qui donnent des représentations publiques.

Le *congé* doit être donné par écrit et avec indication des motifs; simultanément au congé, l'employeur doit verser au travailleur une indemnité équivalente à 20 jours de salaire par année de service, mais au maximum à douze mois de salaire. Si le congé est justifié, cette indemnité est acquise au travailleur; en revanche, si le congé est injustifié, l'indemnité est remboursée à l'employeur, lorsque celui-ci reprend à son service le travailleur, ou alors elle est déduite de l'indemnité pour licenciement injustifié, lorsque le travailleur n'est pas réintégré dans l'entreprise. En cas d'inobservation de ces prescriptions de forme, le licenciement est nul.

Un *licenciement* est *justifié* seulement s'il est prononcé pour un motif objectif. Un tel motif existe par exemple lorsque le travailleur est incapable d'exécuter son travail ou lorsqu'il ne peut s'adapter à une modification technique introduite dans l'entreprise depuis deux mois au moins et qu'on peut raisonnablement lui imposer.

Lorsque le licenciement est injustifié, l'employeur peut, dans un délai de cinq jours, décider s'il veut reprendre le travailleur à son service (s'il ne dit rien, on présume que tel est le cas) ou s'il veut lui payer une indemnité équivalente à 45 jours de salaire par année de service, mais au maximum à 42 mois de salaire. Dans les entreprises occupant moins de 25 travailleurs, l'indemnité est réduite à 80 pour cent, dont 40 pour cent est payé par un fonds de garantie des salaires. Lorsqu'un représentant des travailleurs dans l'entreprise est licencié, c'est lui et non l'employeur qui a le droit de choisir entre la réintégration et l'indemnité.

Les licenciements pour raisons technologiques ou économiques supposent des négociations avec les représentants des travailleurs pendant une période minimale de 30 jours et ne peuvent intervenir qu'avec le consentement d'une autorité. Lorsque le consentement est accordé, le travailleur a droit à une indemnité équivalente à 20 jours de salaire par année de service, mais au maximum à douze mois de salaire.

Une *protection spéciale contre les licenciements* existe pour les membres des conseils d'entreprise ou des commissions de travailleurs ainsi que pour les femmes enceintes et accouchées.

Le *licenciement immédiat* du travailleur par l'employeur est subordonné à la forme écrite et à l'indication des motifs; en cas d'inobservation de ces prescriptions de forme, le licenciement est nul et le travailleur a droit à la réintégration et au salaire pour la période située entre le licenciement immédiat et la réintégration. Un licenciement immédiat ne peut intervenir qu'en cas de violation grave et fautive du contrat. En l'absence d'une telle violation, l'employeur doit, dans un délai de cinq jours, décider s'il reprend à son service le travailleur (on présume que tel est le cas s'il ne dit rien) ou s'il veut lui verser une indemnité. Cette indemnité comprend le salaire pour la période située entre le licenciement et le jugement du tribunal ou l'entrée en service à une nouvelle place, ainsi qu'un montant équivalent à 45 jours de salaire par année de service, mais au maximum à 42 mois de salaire; dans les entreprises occupant moins de 25 travailleurs, cette indemnité est réduite à 80 pour cent, dont 40 pour cent est payé par un fonds de garantie des salaires. Il est également prévu qu'en cas de licenciement immédiat d'un représentant des travailleurs dans l'entreprise, c'est lui et non l'employeur qui peut choisir entre la réintégration et l'indemnité.

33 Conseil de l'Europe, Communautés européennes et Organisation internationale du Travail

331 Conseil de l'Europe

La *Charte sociale européenne*, dont nous vous avons proposé la ratification (FF *1983* II 1273 ss), peut être considérée comme l'expression d'un standard européen moyen de la protection des travailleurs contre les licenciements. Selon la Charte, les employeurs doivent respecter un délai de congé raisonnable pour mettre fin aux rapports de travail (art. 4, par. 4, de la Charte sociale). Le licenciement immédiat est en revanche autorisé en

cas de faute grave du travailleur (cf. annexe à la Charte sociale). Enfin, est illicite le licenciement donné à une travailleuse durant son absence en congé de maternité ou donné à une date telle que le délai de congé expire pendant cette absence (art. 8, par. 2, de la Charte sociale).

332 Communautés européennes

Le Conseil des Communautés européennes a arrêté, le 17 février 1975, une *Directive concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs.* En cas de licenciements collectifs, c'est-à-dire de licenciements d'un certain nombre de travailleurs d'une entreprise[19], l'employeur est tenu de consulter les représentants des travailleurs en vue d'aboutir à un accord. La consultation porte au moins sur les possibilités d'éviter ou de réduire les licenciements collectifs ainsi que sur les possibilités d'en atténuer les conséquences; afin de permettre aux représentants des travailleurs de formuler des propositions constructives, l'employeur est tenu de leur fournir tout renseignement nécessaire, en particulier sur les motifs de licenciement (art. 2). Les mêmes renseignements doivent être donnés par l'employeur à l'autorité publique à laquelle il est tenu de communiquer les licenciements envisagés (art. 3). Les licenciements collectifs dont le projet a été ainsi communiqué, prennent effet seulement après un certain délai; pendant ce délai, l'autorité publique compétente cherche des solutions aux problèmes posés par les licenciements (art. 4). Les Etats membres avaient deux ans pour se conformer à la Directive (art. 6). Deux ans supplémentaires leur étaient accordés pour transmettre les données nécessaires à l'établissement d'un rapport sur l'application de la Directive (art. 7).

333 Organisation internationale du Travail

En 1963, la Conférence internationale du Travail a adopté la recommandation (n° 119) (FF *1964* I 84 ss) sur la cessation de la relation de travail. Entre-temps, la législation, la pratique des tribunaux et la teneur des conventions collectives de travail ont fortement évolué dans de nombreux pays. Une attention particulière a été vouée aux problèmes causés par les changements économiques, technologiques et autres.

La question intitulée «La cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur» était à l'ordre du jour des 67e et 68e sessions de la Conférence internationale du Travail (1981 et 1982). A la dernière de ces sessions, ont été adoptées la *convention n° 158* et la *recommandation n° 166 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur* (FF *1983* II 1177 ss), qui remplacent la recommandation n° 119. Ces deux instruments internationaux sont l'œuvre de la coopération entre les représentants des employeurs et des travailleurs au sein de la Commission technique de la Conférence. Les dispositions ont été rédigées en des termes souples pour permettre au plus grand nombre possible d'Etats de ratifier la convention.

La *convention n° 158* comprend, outre les dispositions finales usuelles, 14 articles. Elle s'applique en principe à toutes les branches économiques et à tous les travailleurs salariés (art. 2). Toutefois, la législation nationale peut prévoir des exceptions pour les travailleurs qui jouissent d'une protection contre les licenciements au moins égale à celle accordée par la convention, ainsi que pour les travailleurs auxquels la convention ne pourrait s'appliquer sans poser des problèmes importants, en raison des conditions d'emploi particulières ou de la taille ou du genre de l'entreprise. De plus, la législation nationale peut prévoir que l'ensemble des dispositions de la convention ou certaines d'entre elles ne s'appliqueront pas aux travailleurs engagés à temps déterminé, pour une tâche déterminée, à titre d'essai ou à titre occasionnel pour une courte période, ainsi qu'aux travailleurs n'ayant pas l'ancienneté de service requise; la législation nationale doit toutefois empêcher que la protection qui découle de la convention ne soit éludée par la conclusion de contrats de travail de durée déterminée.

Un licenciement ne peut être prononcé que s'il existe un motif valable; un tel motif doit être fondé sur l'incapacité ou le comportement du travailleur ou encore sur les nécessités de l'entreprise (art. 4). Ne constituent pas des justes motifs, par exemple, l'affiliation syndicale et la participation à des activités syndicales (art. 5) ainsi que l'absence à cause de maladie ou d'accident, pour autant qu'elle soit temporaire selon la législation nationale (art. 6).

En cas de licenciement pour comportement fautif ou mauvaises prestations, le travailleur doit pouvoir se défendre contre les allégations formulées, à moins que l'on ne puisse raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité (art. 7).

Le travailleur licencié a le droit de recourir, dans un délai raisonnable, devant un organisme impartial, en faisant valoir que le licenciement est injustifié (art. 8); si cet organisme conclut que le licenciement est injustifié, il doit obliger l'employeur à verser une indemnité adéquate ou à réparer le dommage d'une autre manière appropriée, si l'annulation du licenciement et/ou la réintégration ne paraît pas opportune ou n'est pas prévue par la législation nationale (art. 10). Celle-ci peut disposer que l'employeur a seul la charge de prouver l'existence d'un motif valable de licenciement ou prescrire une procédure qui permette à l'organisme impartial de se forger sa propre conviction sur la base des éléments de preuve fournis par les deux parties (art. 9).

Lorsque la cessation de la relation de travail n'est pas due à une faute grave du travailleur, l'employeur doit respecter un préavis d'une durée raisonnable ou verser une indemnité (art. 11); le travailleur licencié a également droit à une indemnité financée par l'employeur et/ou à des prestations d'une assurance sociale (art. 12).

Des dispositions complémentaires sont prévues pour la cessation de la relation de travail due à des motifs économiques, technologiques, structurels ou similaires: les représentants des travailleurs doivent être informés à temps des motifs et de l'ampleur des licenciements envisagés; ils doivent en outre avoir l'occasion, aussitôt que possible, d'être consultés sur les mesures pré-

ventives (art. 13). L'autorité compétente doit avoir le même droit à l'information que les représentants des travailleurs, pour autant que la législation nationale le prévoit (art. 14).

La convention n° 158 est complétée par la *recommandation n° 166*, qui a le même champ d'application (point 2). La recommandation précise les mesures susceptibles d'éviter que la protection accordée par la convention ne soit éludée par la conclusion de contrats de travail de durée déterminée: un des moyens préconisés consiste à assimiler les contrats de travail de durée déterminée, qui ont été renouvelés une ou plusieurs fois, à des contrats de travail de durée indéterminée (point 3). Selon la recommandation, les licenciements sont injustifiés, lorsqu'ils sont donnés en raison de l'âge du travailleur ou de son absence due au service militaire (point 5). Il est recommandé que le licenciement soit notifié par écrit (point 12) et que le travailleur ait le droit d'exiger que les motifs du licenciement lui soient communiqués (point 13). Pendant le délai de congé, le travailleur devrait avoir droit à une période de temps libre d'une durée raisonnable, sans perte de salaire, pour chercher un nouvel emploi (point 16); à la fin du contrat, le travailleur devrait avoir le droit de se faire délivrer un certificat de travail qui porte sur la nature et la durée des rapports de travail ou, à sa demande, qui atteste de manière qualitative sa conduite au travail (point 17).

Comme la convention, la recommandation contient des dispositions complémentaires concernant les licenciements pour des motifs économiques, technologiques, structurels ou similaires: des licenciements de ce type devraient, dans la mesure du possible, être évités (point 19) et n'être prononcés qu'après consultation des représentants des travailleurs (point 20). Les travailleurs qu'il faut licencier devraient être désignés selon des critères établis autant que possible d'avance (point 23). Les travailleurs touchés par un licenciement de ce type devraient, par rapport aux travailleurs dont les qualifications sont identiques, avoir la priorité lors de réembauchages ultérieurs (point 24).

Dans notre *Rapport sur la 68e session de la Conférence internationale du Travail* (FF *1983* II 1138 ss) nous vous avons indiqué les incompatibilités qui existent entre la convention n° 158 et le droit suisse; par conséquent, nous avons renoncé à vous proposer la ratification de cet instrument international. On peut considérer que celui-ci pourrait être ratifié, si l'initiative pour la protection contre les licenciements était acceptée. Mais nous vous proposons le rejet de l'initiative et, en tant que contre-projet indirect, une révision du code des obligations qui ne satisfait pas aux exigences de la convention n° 158.

Outre la protection contre les licenciements en général accordée par la convention n° 158, il existe une *protection spéciale contre les congés* accordée par d'autres conventions de l'Organisation internationale du travail.

Ainsi, la *convention (n° 103) concernant la protection de la maternité*, de 1952 (FF *1953* III 1094 ss), qui a révisé la convention (n° 3) concernant l'emploi des femmes avant et après l'accouchement, de 1919 (FF *1920* V

487 ss), prévoit que les travailleuses ont droit à un congé de maternité de douze semaines au moins, dont six semaines au minimum doivent être prises après l'accouchement (art. 3). L'employeur ne peut signifier valablement le licenciement ni pendant le congé de maternité ni à une date telle que le délai de préavis expire pendant ce congé (art. 6). Le premier article de la *convention (nº 98) concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective*, de 1949 (FF *1950* II 988 ss), protège les travailleurs contre les licenciements signifiés en raison de leur affiliation à un syndicat ou de leur participation à des activités syndicales en dehors des heures de travail ou, avec le consentement de l'employeur, durant les heures de travail. Une protection analogue est prévue pour les représentants des travailleurs dans l'entreprise par la *convention (nº 135) concernant la protection des représentants des travailleurs dans l'entreprise et les facilités à leur accorder*, de 1971 (FF *1972* II 392 ss). Enfin, selon l'article 8 de la *convention (nº 156) concernant l'égalité des chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes: travailleurs ayant des responsabilités familiales* (FF *1983* I 78 ss), les responsabilités familiales ne peuvent en tant que telles constituer un motif valable pour mettre fin à la relation de travail. La Suisse n'a ratifié aucune de ces conventions.

4 L'initiative pour la protection contre les licenciements

41 Genèse de l'initiative

Lors de son assemblée générale d'octobre 1979, la Fédération chrétienne des ouvriers sur métaux décida le principe du lancement d'une initiative visant à améliorer l'actuelle protection contre les congés. En mai 1980, le Comité directeur de la Confédération des syndicats chrétiens de la Suisse approuva cette proposition à une large majorité, car le programme d'action de la Confédération réclamait entre autres le développement d'une protection contre les licenciements individuels et collectifs.

Le feu vert pour l'initiative sur la protection contre les licenciements fut donné le 30 septembre 1980; l'initiative fut lancée conjointement par l'Association suisse des salariés évangéliques et fut soutenue sur le plan national par l'Union suisse des syndicats autonomes. En juin 1981 déjà – donc, après environ six mois de collecte – le nombre de signatures récoltées dépassait la limite des cent mille. Par conséquent, les organes syndicaux compétents décidèrent d'interrompre la collecte des signatures, sans attendre fin mars 1982, date de l'expiration du délai légal prévu pour le dépôt de l'initiative. Rappelons que celle-ci, munie de 118 586 signatures valables, fut déposée le 26 octobre 1981.

42 Buts de l'initiative

L'initiative demande que des prescriptions sur la protection des travailleurs contre les licenciements soient édictées. L'employeur doit motiver le licenciement par écrit, si le travailleur le demande. Un licenciement injustifié, à

savoir un licenciement résultant de l'exercice par le travailleur de ses droits fondamentaux ou ne correspondant pas à des intérêts prépondérants et dignes de protection de l'employeur, peut être attaqué par le travailleur. Même un licenciement justifié peut avoir des conséquences particulièrement rigoureuses pour le travailleur ou pour sa famille: dans un tel cas, la prolongation du rapport de travail doit être admise. Doivent être interdits les licenciements donnés pendant les six premiers mois d'une incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident ou aussi longtemps que le travailleur malade ou accidenté a droit au salaire ou à des indemnités journalières versés par l'assurance-maladie, l'assurance-accident ou l'assurance militaire; sont en outre interdits les licenciements donnés pendant la grossesse et pendant les dix semaines qui suivent l'accouchement d'une travailleuse.

Enfin, le législateur doit régler la protection des travailleurs en cas de licenciements collectifs pour raisons économiques.

43 Motifs des auteurs de l'initiative

Les auteurs de l'initiative soulignent que la perte d'un emploi a des conséquences bien plus graves que la fin de toute autre relation contractuelle; elle représente une rupture encore plus brutale en période de ralentissement économique, car elle implique un chômage passager ou durable. En de tels cas, le licenciement touche directement aux intérêts vitaux du travailleur. Le droit suisse étant régi par le principe de la liberté contractuelle, il s'ensuit en particulier que le motif d'une résiliation n'est pas pertinent. A la différence des législations étrangères, le droit suisse ne prévoit contre les licenciements aucune protection digne de ce nom. Les actuelles limitations au droit de résiliation quant au temps et quant aux motifs ne confèrent aucune véritable protection contre les licenciements, car la résiliation reste juridiquement valable et elle peut seulement donner lieu à une indemnité, pour autant qu'une transaction n'intervienne pas. De même, l'article 2 du code civil suisse n'est pratiquement d'aucun secours contre les licenciements: les tribunaux hésitent à se référer à cette norme; de plus, il est rare qu'on soit en présence d'un abus de droit *manifeste*, qui est en général difficile à prouver. La réglementation actuelle présente deux défauts majeurs, à savoir l'absence de l'obligation de motiver, qui ouvre la porte aux licenciements abusifs et socialement injustifiés, et la parité, c'est-à-dire l'égalité de traitement totale de l'employeur et du travailleur. Il s'agit pratiquement de la même protection contre les licenciements que celle qui existait déjà en 1914.

Les auteurs de l'initiative relèvent que les nombreuses tentatives des syndicats en vue d'améliorer la protection contre les licenciements par la voie des conventions collectives de travail ont conduit à des résultats très variables et, dans l'ensemble, bien modestes. Un grand nombre de conventions collectives ne contiennent aucune disposition de protection; d'autres ont repris sans changement la réglementation légale. Les conventions collectives qui vont au-delà de la réglementation du code des obligations ont

surtout renforcé la protection des personnes malades, accidentées ou enceintes, prolongé les périodes légales de protection et étendu à l'appartenance et à l'activité syndicales la protection contre les congés quant aux motifs. Dans les cas de licenciements pour raisons économiques, on prévoit çà et là le droit d'être entendu, le droit à l'information ou à la discussion de la commission d'entreprise ou du partenaire social, ainsi que le droit à l'élaboration d'un plan social. Généralement, il s'agit de conventions qui atténuent les conséquences du licenciement, sans améliorer toutefois la garantie de l'emploi. Même si les conventions collectives de travail offraient une protection plus étendue contre les licenciements, une réglementation légale serait tout de même nécessaire, car les nombreux travailleurs qui ne sont soumis à aucune convention collective ne bénéficieraient pas d'une telle protection.

Les auteurs de l'initiative exigent une réglementation s'écartant du principe de la liberté de résiliation et qui introduirait ainsi un concept qui – contrairement aux législations étrangères – n'existe pas en droit suisse. En outre, l'initiative abandonne le principe de l'égalité du travailleur et de l'employeur et cherche à compenser la supériorité de fait de l'employeur, en accordant au travailleur des droits qui n'appartiennent pas à l'employeur.

D'après ses auteurs, le texte de l'initiative populaire ne contient que les principes importants selon lesquels la protection contre les licenciements doit être améliorée. L'obligation pour l'employeur de motiver par écrit le congé sur demande du travailleur correspond au droit légitime du travailleur de savoir pourquoi il perd son emploi dans l'entreprise; en outre, elle crée une situation claire pour le cas où le travailleur envisage d'entamer des démarches juridiques. En offrant au travailleur la possibilité d'attaquer le licenciement devant une autorité judiciaire, on veut empêcher que l'employeur demeure l'instance suprême qui décide de par son bon vouloir des licenciements. Les cas dans lesquels un congé n'est pas justifié sont décrits de manière générale et non exhaustive. Un licenciement est injustifié s'il intervient à la suite de l'exercice de droits fondamentaux. Cela est tout à fait normal, car celui qui exerce de tels droits agit dans le cadre de l'ordre juridique et il ne doit pas subir de désavantage dans sa vie professionnelle. Le licenciement est en outre injustifié s'il ne correspond pas à des intérêts prépondérants et dignes de protection de l'employeur. La protection contre les licenciements proposée par l'initiative n'est donc pas absolue; elle prévoit une mise en balance entre l'intérêt de l'employeur au maintien et aux capacités de fonctionnement de l'entreprise et l'intérêt du travailleur à conserver son emploi.

Etant donné que le congé ne touche pas de la même manière chaque travailleur, le juge doit avoir la possibilité de prolonger les rapports de travail – même si le congé est justifié – dans certains cas particuliers: ainsi, par exemple, lorsque le travailleur a des ennuis de santé, des difficultés liées à l'âge ou des charges familiales. De plus, l'initiative étend l'actuelle protection contre les congés prévue pour les personnes malades, accidentées et enceintes, qui est tout à fait insuffisante. Enfin, après les expériences de ces

dernières années, la nécessité d'édicter des dispositions spéciales sur les licenciements collectifs pour raisons économiques n'est plus à démontrer. Ces dispositions doivent avant tout régler la discussion et la participation des travailleurs et de leurs représentants (commissions d'entreprise et syndicats) ainsi que l'information des autorités régionales.

L'initiative a renoncé à traiter certaines questions que le législateur devrait cependant résoudre. Il s'agit, par exemple, du problème des conséquences juridiques lorsque la poursuite des relations de travail ne peut être raisonnablement exigée d'une partie, de la définition du «cas de rigueur», de la durée de la prolongation dans les cas de rigueur et de la délimitation du congé avec le licenciement immédiat.

5 Jugement porté sur l'initiative par le Conseil fédéral

51 Rejet de l'initiative quant à la forme

Base juridique fondamentale de l'Etat, la constitution fédérale ne devrait contenir que l'essentiel; elle ne devrait pas se perdre dans les détails. Ce principe n'a cessé d'être battu en brèche, ce qui ne veut pas dire qu'il faille renoncer à son application. La constitution ne devrait pas non plus s'encombrer de règles qui se limitent à fixer de manière précise et détaillée la façon d'exercer les compétences existantes. On peut affirmer en principe que l'initiative pour la protection contre les licenciements n'a pas sa place dans la constitution, si elle a uniquement pour but d'indiquer au législateur fédéral, dans le détail, comment il doit utiliser une compétence constitutionnelle qu'il possède déjà.

Des dispositions qui prévoient l'annulabilité ou la nullité de licenciements prononcés par l'employeur limitent sa liberté contractuelle et – ce qui est plus important – la liberté du commerce et de l'industrie dont il jouit. Car cette liberté protège entre autres le droit de l'employeur de choisir librement ses travailleurs et de déterminer librement les rapports de travail.[20)]

La limitation de la liberté du commerce et de l'industrie est soumise à des règles particulières, qui diffèrent en partie de celles qui régissent la limitation d'autres droits fondamentaux. C'est seulement si la constitution l'y autorise que la Confédération peut édicter des dispositions qui ne font pas que limiter la liberté du commerce et de l'industrie, mais qui y dérogent. Cette autorisation peut être donnée expressément (art. 27ter, 1er al., let. b, 31bis, 3^{e} al. et 31^{quinquies}, 2^{e} al., cst.); elle peut être incluse dans une compétence législative globale régissant tout un domaine (art. 24ter, 24^{quinquies}, 1er al., 26, 26bis, 28 et 37ter, cst.); elle peut enfin résulter de mesures citées dans la constitution (art. 23bis, 24^{quater}, 31ter, 38, 39, 41 et 69ter, cst.).[21)] Les limitations de la liberté du commerce et de l'industrie qui ne constituent pas des dérogations sont admises selon les règles généralement applicables aux limitations des droits fondamentaux. Elles doivent notamment reposer sur une base légale et servir l'intérêt public.

La compétence de droit privé (art. 64, 1er al., cst.) n'autorise pas la Confédération à déroger à la liberté du commerce et de l'industrie. La réglemen-

tation de droit privé doit au contraire créer les conditions permettant d'user effectivement de cette liberté fondamentale. Il ne saurait par conséquent être question de viser dans le droit du contrat de travail des buts de politique structurelle ou conjoncturelle, en se basant sur la compétence de droit privé. Il s'agit donc d'examiner si l'initiative pour la protection contre les licenciements contient des exigences dont la réalisation signifierait une dérogation à la liberté du commerce et de l'industrie.

Selon la doctrine dominante et la pratique du Tribunal fédéral, les limitations de la liberté du commerce et de l'industrie ne sont pas, en principe, des dérogations à ce droit fondamental, si elles relèvent de mesures de police, du domaine social ou socio-politique. En revanche, on a affaire à des dérogations – sous certaines réserves qui ne sont pas décisives en l'occurrence – lorsqu'il s'agit de limitations relevant de la politique économique.[22)]

On peut affirmer d'emblée que les requêtes formulées dans l'initiative pour la protection contre les licenciements ne relèvent ni de la politique économique ni du domaine de la police (sanitaire). Il s'agit plutôt d'exigences socio-politiques. Dans ces conditions, leur réalisation ne dérogerait pas, en principe, à la liberté du commerce et de l'industrie. On notera toutefois que n'importe quelle mesure socio-politique n'est pas compatible avec cette liberté. Elle ne l'est que si elle respecte le principe de la proportionnalité.[23)] Il n'est pas facile de dire quand cette condition est réalisée. On le vérifiera d'autant mieux qu'on exclura toute mesure constituant une menace pour la capacité concurrentielle des entreprises. Cela ne peut dépendre en l'occurrence de la capacité concurrentielle des producteurs marginaux. La base de référence doit être l'entreprise moyenne. Quant à savoir dans quels cas la capacité concurrentielle ainsi décrite est menacée, on en décidera chaque fois sur la base de pronostics plausibles. La précision scientifique n'étant pas possible, l'appréciation politique jouera un rôle d'autant plus grand. On peut partir de l'idée que les exigences formulées dans l'initiative pour la protection contre les licenciements seraient supportables pour une entreprise moyenne. On ne peut donc pas prétendre qu'une réglementation légale sur la protection des travailleurs contre les licenciements, semblable à celle de l'initiative, constituerait a priori une dérogation à la liberté du commerce et de l'industrie. Il en irait autrement si, dans le but de protéger le travailleur, on introduisait par exemple des délais de résiliation plus longs, en cas de difficultés économiques notamment conjoncturelles ou structurelles affectant les entreprises. Cependant, l'initiative ne couvrirait pas du tout une telle solution. Certes, son 2e alinéa est formulé de manière très vague. On ne peut toutefois en déduire n'importe quelle compétence en matière de protection contre les licenciements collectifs pour raisons économiques. Cette disposition devrait plutôt être interprétée à la lumière de l'ensemble de la constitution, afin d'aboutir ainsi à une concordance, notamment avec la liberté du commerce et de l'industrie.

S'il en est ainsi, l'initiative pour la protection contre les licenciements se présente au fond comme une simple indication donnée au législateur sur la manière dont il doit faire usage de sa compétence de droit privé dans le do-

maine de la réglementation sur la protection des travailleurs contre les congés. Elle n'a donc pas sa place dans la constitution.

Ce jugement suppose que le législateur de droit privé puisse viser des objectifs de nature sociale. On n'a cependant pas encore examiné s'il en a la compétence et dans quelle mesure. La raison en est que, dans ce domaine, le législateur ne dispose pas seulement de la compétence de droit privé, mais aussi de l'article 34ter, 1er alinéa, lettre a, de la constitution, en vertu duquel la Confédération a le droit de légiférer sur la protection des travailleurs. Cette disposition peut de toute manière justifier des restrictions socio-politiques à la liberté du commerce et de l'industrie.[24] Si l'on suivait l'opinion divergente[25], selon laquelle l'article 34ter, 1er alinéa, lettre a, de la constitution n'autorise que des restrictions légales de police, une grande partie de l'actuelle législation sur la protection du travail serait anticonstitutionnelle. Car la protection des biens visés par les mesures de police (notamment la santé, l'intégrité corporelle et la vie) ne constitue plus depuis longtemps la limite de l'intervention de l'Etat. Il importe donc peu de savoir si la Confédération peut édicter des règles sur la protection contre les licenciements, correspondant à celles de l'initiative, en se fondant exclusivement sur l'article 64 de la constitution. Cela est confirmé notamment par le fait que le droit du contrat de travail se situe de toute manière dans une zone limite entre le droit privé et le droit public. Aussi, il serait indiqué de se fonder également sur l'article 34ter, 1er alinéa, lettre a, de la constitution.

52 Rejet de l'initiative quant au fond

Le rejet de l'initiative n'est pas seulement dicté par les motifs formels indiqués ci-avant. Il existe aussi des raisons matérielles qui s'opposent à son acceptation.

Selon l'initiative, même un congé justifié, c'est-à-dire un congé qui correspond à des intérêts prépondérants et dignes de protection de l'employeur, n'est pas valable dans tous les cas: le travailleur peut demander une prolongation judiciaire du rapport de travail lorsqu'un tel congé aurait des conséquences rigoureuses pour lui ou pour sa famille.

Assurément, même un congé tout à fait valable juridiquement peut dans certains cas avoir des conséquences particulièrement rigoureuses pour le travailleur, ainsi par exemple en cas de maladie d'un membre de sa famille. Mais si en présence d'un tel cas de rigueur le rapport de travail était prolongé, les charges en résultant seraient reportées sur l'employeur, alors que ce n'est pas lui, mais l'Etat, en particulier les assurances sociales, qui doit supporter ces charges et qui les supporte effectivement, lorsque la prévoyance privée est insuffisante. Grâce à l'assistance sociale, il n'y a en Suisse personne qui se retrouve démuni, même en cas de coup du sort particulièrement pénible. En conséquence, la responsabilité sociale de l'employeur peut et doit se limiter aux relations de travail.

La solution proposée par l'initiative est de plus impraticable: les circonstances pénibles devraient être invoquées dans un court délai, afin que l'employeur sache à temps si une prolongation du rapport de travail est demandée. Afin d'éviter une incertitude indésirable quant au maintien des rapports de travail, le jugement du tribunal devrait être prononcé avant l'expiration du délai de résiliation, généralement court; mais cela serait pratiquement impossible à réaliser.

Sur un autre point, l'initiative va trop loin: elle interdit à l'employeur de licencier aussi longtemps que le travailleur malade ou accidenté reçoit des indemnités journalières de l'assurance en cas de maladie ou d'accident ou de l'assurance militaire. Une telle protection ne tient pas compte du désir légitime de l'employeur de savoir pendant quelle durée maximale il ne peut licencier le travailleur; car la durée des prestations d'assurance dépend aussi du degré de l'incapacité de travail. La détermination concrète de la durée de la protection contre les licenciements supposerait en outre des connaissances approfondies sur les conditions d'assurance légales et contractuelles; les questions relatives au contrat de travail devraient cependant dans la mesure du possible être traitées dans le code des obligations seulement et offrir une réponse claire et simple. Enfin, une réglementation qui ne fixerait même pas la durée de la protection contre les congés engendrerait des difficultés supplémentaires pour l'employeur dans la recherche d'un travailleur appelé à remplacer la personne malade ou accidentée. Et même pour le travailleur de remplacement, il y aurait une incertitude peu souhaitable sur la durée maximale de son engagement.

6 Révision de la réglementation sur la protection contre les congés dans le code des obligations

61 Partie générale

611 Pas de contre-projet direct à l'initiative pour la protection contre les licenciements

Comme déjà dit, une disposition qui ne fait qu'indiquer de quelle manière les travailleurs doivent être protégés concrètement contre les licenciements n'a pas sa place dans la constitution. Ne serait-ce que pour cette raison, nous ne vous soumettons pas de contre-projet direct qui introduirait dans la constitution une réglementation sur la protection des travailleurs contre les congés différente de l'initiative.

612 Révision du code des obligations en tant que contre-projet indirect

Avant le dépôt de l'initiative pour la protection contre les licenciements, nous avons déjà pris position, à l'occasion de réponses à des interventions parlementaires[25a)], sur le problème d'une protection générale des travailleurs contre les congés. Nous avons reconnu que le travailleur pouvait subir de graves préjudices à la suite de la résiliation du contrat de travail par

l'employeur: lorsque la situation sur le marché du travail est favorable et en période de haute conjoncture, le travailleur perd les avantages liés à l'ancienneté (cf. le calcul des délais de résiliation, la détermination des conditions et du montant de l'indemnité de départ, etc.); lorsque la situation sur le marché du travail est défavorable, le travailleur doit en plus compter avec le chômage. Nous relevions aussi que la peur d'un licenciement empêche souvent le travailleur de faire valoir ses prétentions légales et contractuelles à l'égard de l'employeur.

Par conséquent, nous nous sommes déclarés prêts à rechercher une solution adéquate à ce problème. Nous affirmions cependant qu'il faut observer une certaine retenue, car une telle protection représente une grave atteinte à la liberté de résiliation de l'employeur. Il faut aussi tenir compte du fait que le droit actuel est construit de manière paritaire. Enfin, il faut se demander si la nullité est la sanction appropriée aux résiliations abusives des relations de travail ou s'il faut plutôt prévoir dans ce cas une indemnité en espèce.

Nous estimions que le licenciement immédiat représente la mesure la plus brutale qui puisse toucher un travailleur, car il porte gravement atteinte à la réputation du travailleur, même s'il s'avère après coup que le licenciement immédiat était injustifié.[25b)] C'est pourquoi nous avons promis d'examiner de quelle manière nous pourrions rendre plus difficiles les licenciements immédiats.

Nous sommes toujours partisans d'un renforcement de l'actuelle protection des travailleurs contre les licenciements; c'est pourquoi, nous vous proposons à cet effet une révision du code des obligations en tant que contre-projet indirect à l'initiative pour la protection contre les licenciements.

612.1 Genèse de la révision

612.11 Travaux de la commission d'experts

L'initiative pour la protection contre les licenciements a été déposée le 26 octobre 1981. Nous avons pris acte de son aboutissement formel le 21 décembre 1981 et avons chargé le Département fédéral de justice et police de traiter cette question en collaboration avec le Département fédéral de l'économie publique.

Par décision du 10 décembre 1982, le Département fédéral de justice et police a institué une commission d'experts composée de représentants des associations des employeurs et des travailleurs ainsi que de représentants de la science et de l'administration. La commission a reçu le mandat d'examiner l'initiative pour la protection contre les licenciements et de déterminer si le but visé par l'initiative ne pouvait être atteint que par une révision constitutionnelle ou pouvait l'être par la seule révision du code des obligations (contre-projet indirect). Le 1er juillet 1983, la commission nous a soumis un rapport contenant les résultats de ses délibérations.

Sur la base de ce rapport, le Département fédéral de justice et police nous a proposé de vous recommander le rejet de l'initiative et de vous soumettre une révision du code des obligations.

612.12 Principes de la révision

Le 19 septembre 1983, nous avons approuvé les propositions du Département fédéral de justice et police et avons établi simultanément les principes devant guider la révision du code des obligations:

- droit du travailleur d'exiger la motivation du congé et du licenciement immédiat;
- réglementation de la protection contre les congés abusifs (clause générale, énumération de cas particuliers de congés abusifs donnés par l'employeur, indemnité élevée sanctionnant le congé abusif);
- extension de la protection contre les congés pour cause de service militaire et de protection civile (art. 336*g* CO) à tous les services en rapport avec la défense du pays;
- extension à 360 jours, compris dans une période de trois ans, de la protection contre le congé du travailleur malade ou accidenté (art. 336*e*, 1er al., let. b, CO);
- introduction d'une protection contre le congé en faveur des membres d'une représentation des travailleurs dans l'entreprise (le congé ne peut être donné que pour un motif justifié);
- maintien de principe de la protection paritaire contre le congé;
- amélioration de la protection contre la résiliation immédiate sans justes motifs (indemnité élevée à titre de sanction supplémentaire);
- application des dispositions fédérales sur la procédure civile (art. 343 CO) à tous les litiges relevant des rapports de travail indépendamment de la valeur litigieuse.

612.13 Projet soumis en consultation

Le Département fédéral de justice et police a été chargé, en collaboration avec le Département fédéral de l'économie publique, d'élaborer un projet de message et de nous le soumettre à votre intention jusqu'à fin avril 1984.

Pour exécuter ce mandat, le Département fédéral de justice et police a rédigé un projet de révision du code des obligations. Ce projet réalisait tous les principes mentionnés ci-dessus. En outre, la protection des travailleurs et des employeurs contre les congés prononcés durant l'accomplissement d'un service militaire ou de protection civile était étendue à la période de l'accomplissement d'une obligation légale incombant à une partie sans qu'elle ait demandé de l'assumer; la *protection de l'employeur* contre les résiliations en temps inopportun était limitée à ces seuls cas (art. 336*f* CO). De plus, ce projet prolongeait, de quatre semaines actuellement à toute la durée du service, la protection contre les congés du travailleur qui participe à un service d'aide à l'étranger (art. 336*e*, 1er al., let. d, CO). Enfin, il fixait une indemnité maximale uniforme (douze mois de salaire) dans tous les cas où une indemnité en argent était prévue comme sanction, c'est-à-dire en cas de résiliations abusives, de résiliations pour cause d'accomplissement d'obligations légales, de licenciements d'un membre d'une représentation des travailleurs dans l'entreprise et en cas de résiliations immédiates sans justes motifs.

612.14 Résultats de la procédure de consultation

Par décision du 16 novembre 1983, nous avons autorisé le Département fédéral de justice et police à consulter les gouvernements cantonaux, les partis représentés à l'Assemblée fédérale ainsi que les organisations intéressées sur le projet précité.

Nonobstant le très court délai de consultation (qui expirait le 20 janvier 1984), 25 cantons, 9 partis et 21 des 26 organisations consultées ont fait parvenir leurs réponses. En outre, diverses organisations ont spontanément donné leurs avis. Ils ont aussi été analysés et pris en considération dans ce message.

Plusieurs partis et les organisations directement concernées ont qualifié le projet de trop progressiste ou de pas assez progressiste et se sont prononcés soit pour le maintien du statu quo soit pour la réalisation de tous les postulats contenus dans l'initiative. Une forte majorité des cantons ont approuvé le projet dans son principe, confirmant ainsi notre opinion, à savoir que le projet soumis en consultation a prévu dans l'ensemble des solutions praticables et supportables, qui étendent la protection des travailleurs, sans restreindre exagérément la liberté de résiliation de l'employeur. Nous n'avons donc pas de raison de nous écarter de la conception de l'avant-projet et nous estimons que nos propositions offrent une bonne base de discussion et une véritable alternative à l'initiative pour la protection contre les licenciements.

Cette conviction est renforcée si l'on considère les avis exprimés sur certains principes et solutions du projet. Ainsi, on a approuvé, mais aussi critiqué, le fait que les licenciements pour raisons économiques n'ont pas été spécialement réglés, que la période de protection en cas de grossesse et d'accouchement a été sensiblement prolongée ou que la limite de la valeur litigieuse pour les conflits relevant du contrat de travail a été abandonnée.

Pratiquement aucune disposition n'est restée à l'abri des critiques; mais, en règle générale, ces critiques reposaient sur des motifs diamétralement opposés et il n'est donc pas étonnant que les propositions de modification empruntaient également des voies divergentes. On a désapprouvé le fait que le congé doive être motivé sur demande du travailleur, mais aussi que la motivation ne soit pas une condition de validité du congé. D'un côté, on a estimé que l'employeur qui résilie abusivement le contrat devrait verser au travailleur des dommages-intérêts et non une indemnité; le maximum de cette indemnité serait en tout cas trop élevé. D'un autre côté, on a souhaité que la sanction aux congés abusifs soit la réintégration du travailleur et non une indemnité pécuniaire; de plus, en aucun cas un maximum ne devrait être prévu pour cette indemnité. On a encore reproché au projet de n'avoir pas réalisé avec conséquence le principe de la parité, mais aussi de ne pas l'avoir complètement abandonné.

Certaines critiques et propositions faites lors de la procédure de consultation seront traitées avec les normes en question.

612.2 Etendue de la révision

La révision a pour *principal objet* les dispositions actuelles concernant le temps d'essai (art. 334 et 346, 1er al., CO), la résiliation du contrat de travail de durée déterminée (art. 335 CO) et la résiliation du contrat de travail de durée indéterminée (art. 336 à 336*g* CO). Certaines dispositions sont reprises sans modifications matérielles (art. 335, 1er et 2e al., 336, 336*b*, 336*d*, CO), d'autres, avec des modifications matérielles (art. 334, 336*a*, 1er al., 336*e*, 336*f* et 336*g*, CO).

Sont nouvelles par rapport au droit actuel les dispositions sur la résiliation abusive (art. 336 et 336*a*), sur la résiliation pour cause d'accomplissement d'une obligation légale incombant à une partie sans qu'elle ait demandé de l'assumer (art. 336*b*) et sur la résiliation du contrat des représentants des travailleurs dans l'entreprise (art. 336*e*). Est également nouvelle l'obligation imposée à la partie qui résilie le contrat de motiver par écrit le congé et la résiliation immédiate, si l'autre partie le lui demande (art. 335, 2e al., et 337, 1er al.). Une nouvelle disposition concerne les *licenciements pour raisons économiques*: l'employeur qui, par suite d'un manque de travail, envisage de licencier ou qui a déjà procédé à des licenciements pourra accorder aux travailleurs la faculté de se libérer du contrat, moyennant des délais plus courts que ceux qu'il doit lui-même respecter (art. 335*a*, 2e al.).

En ce qui concerne la *résiliation immédiate*, les modifications portent sur les conséquences de la résiliation immédiate prononcée sans justes motifs par l'employeur (art. 337*c*) et sur les conséquences de la non-entrée en service ou de l'abandon injustifié de l'emploi par le travailleur (art. 337*d*).

Nous proposons en outre une révision partielle de la *disposition sur la procédure civile* en matière de litiges relevant du contrat de travail (art. 343 CO).

Enfin, nous avons examiné et révisé l'inventaire des dispositions impératives (art. 361, 1er al., et 362, 1er al., CO).

612.3 Principes de la révision

612.31 Protection contre le congé et liberté de résiliation

Le contrat de travail est un contrat de durée; les parties doivent fournir de manière continue les prestations promises: le travailleur, son travail; l'employeur, le salaire. Le contrat ne se termine pas automatiquement par l'échange des prestations; on doit spécialement y mettre fin.[26] Les parties peuvent conclure un contrat de durée déterminée, c'est-à-dire se lier pour une période limitée dont le terme est prévisible, ou s'obliger pour un temps indéterminé. Dans ce dernier cas, chaque partie a le droit de provoquer la fin du contrat en donnant le congé; l'exercice du droit de résilier est laissé au bon vouloir de l'une ou l'autre partie. Le congé peut ainsi être donné arbitrairement au sens propre du terme, c'est-à-dire sans indication de motifs. Cela permet d'empêcher les engagements illimités dans le temps,

qui supprimeraient le libre jeu de l'autonomie contractuelle, base de notre droit privé, et qui porteraient atteinte au développement de la personnalité des parties.[27)]

La révision s'en tient au *principe de la liberté de résiliation*. Même si, dans le cadre de cette révision, la protection contre les congés est étendue, il ne s'agit en aucune façon de limiter essentiellement le droit d'une partie de mettre fin au contrat; la volonté d'une partie de mettre fin aux rapports de travail doit être en principe respectée.

On en vient ainsi aux *idées de base* dont s'inspire la révision proposée des dispositions sur la protection contre les congés quant aux motifs: *le congé n'est lié à aucune condition objective de validité*; une fois prononcé, il produit pleinement effet.

Le congé ne nécessite ni forme spéciale ni motivation; l'existence de motifs justifiant le congé n'est pas exigée. La partie congédiée aura seulement le droit de demander à l'autre le motif du congé. La violation de cette obligation n'entraîne toutefois aucune conséquence juridique directe; il appartiendra aux tribunaux de tirer les conclusions du refus d'indiquer le motif du congé.

En outre, le congé donné est en tout cas valable, à moins qu'il ait été prononcé en temps inopportun. Par conséquent, les parties ont la certitude que le congé ne sera pas annulé par le juge et que les rapports de travail ne dureront pas au-delà du terme de résiliation. Ainsi, le travailleur ne peut, en particulier, obtenir la réintégration à son poste de travail sans l'accord de l'employeur.

Si l'on veut s'en tenir à ces principes et offrir cependant aux parties une protection efficace contre les congés quant aux motifs, il faut trouver une *sanction* qui exerce avant tout des effets préventifs. Le projet prévoit comme sanction une *indemnité en espèce avec un maximum élevé*, présentant des éléments pénalisants et des éléments de réparation. Matériellement, la protection contre le congé consiste à préciser des éléments constitutifs de *l'abus de droit*, éléments qui sont implicitement inclus à l'article 2, 2e alinéa, du code civil suisse[28)], ainsi qu'à élargir l'actuel article 336*g* du code des obligations.

A côté de la protection contre les congés quant aux motifs, nous proposons de protéger les personnes qui seraient gravement touchées par le congé, en raison d'une situation personnelle particulière. Mais on ne saurait se fonder de manière générale sur l'existence d'une situation pénible chez la personne qui a reçu le congé; car, dans ce cas, le juge devrait trancher entre la situation concrète du travailleur et l'intérêt abstrait de l'entreprise et contrôler, voire corriger, les décisions prises par le chef d'entreprise. Afin d'éviter cela, le projet énumère exhaustivement les différents *cas de rigueur* et renonce à toute pesée d'intérêts effectuée par le juge.

Les cas de congés les plus importants qui représentent un cas de rigueur sont déjà réglés dans le droit actuel. C'est pourquoi le projet reprend dans une large mesure les dispositions relatives à la résiliation donnée par l'employeur en temps inopportun (art. 336*e* CO), tout en étendant leur champ

d'application et en prolongeant les délais actuels. En revanche, il réduit le champ d'application des dispositions relatives à la résiliation donnée par le travailleur en temps inopportun (art. 336*f* CO).

612.32 Parité

Dans le but d'assurer sa propre existence et celle de sa famille, le travailleur est intéressé à ce que le contrat de travail dure le plus longtemps possible; c'est pourquoi, il réclame une protection très étendue contre les congés et des longs délais de résiliation pour l'employeur. D'un autre côté, le travailleur aimerait pouvoir se libérer du contrat rapidement et sans difficultés lorsqu'il a l'occasion d'améliorer sa situation professionnelle et financière. L'employeur est en revanche intéressé à une grande stabilité du personnel, afin de limiter les frais de formation; il aimerait en conséquence garder longtemps le bon travailleur et le lier solidement par contrat. D'un autre côté, l'employeur veut que ses décisions concernant le nombre et le choix des travailleurs deviennent effectives rapidement et sans entraves.

Ces intérêts sont compréhensibles et légitimes; il dépend de la conjoncture économique et en particulier du marché du travail de savoir lequel des intérêts mentionnés est déterminant pour une partie dans un cas concret. Cependant, une réglementation légale doit être applicable en tout temps et offrir une solution équitable et raisonnable qui tienne compte des intérêts en présence, quelle que soit la situation conjoncturelle. Ces considérations nous conduisent à maintenir le *principe de la parité* réalisé dans le droit en vigueur. Les mêmes délais de résiliation ainsi que la même protection contre les congés doivent en principe s'appliquer aux deux parties; des *exceptions* à ce principe ne sont dès lors justifiées que si des motifs importants l'exigent.

C'est ainsi que le projet prévoit pour tous les contrats de travail les mêmes délais et termes de résiliation (art. 335*b* et 335*c*), à l'exception des contrats conclus pour plus de dix ans (art. 334, 3^{e} al.; cf. art. 336*d* CO), et il interdit en principe toute convention fixant des délais de congé différents (art. 335*a*, 1er al.). Chacune des parties peut demander que l'autre lui donne par écrit les motifs du congé. Chaque partie bénéficie de la même protection en cas de résiliation abusive, de résiliation pour cause de service militaire ou de protection civile ainsi que pour cause d'accomplissement d'une obligation légale qui lui incombe sans qu'elle ait demandé de l'assumer.

Le projet ne s'écarte du principe de la parité que lorsque la nature des choses l'exige – ainsi, en cas de protection des représentants des travailleurs dans l'entreprise – ou lorsque cela s'impose en raison de la nature différente des prestations fournies – ainsi, en cas de résiliation en temps inopportun et de résiliation immédiate sans justes motifs.

612.33 Pouvoir d'appréciation du juge

Le droit du contrat de travail accorde au juge un large pouvoir d'appréciation dans la constatation d'un état de fait. Il suffit de rappeler ici la réglementation des heures de travail supplémentaires (nécessité et possibilité d'en faire; art. 321*c*, 1er al., CO), de la protection de la vie et de la santé du travailleur (nécessité et possibilité de prendre des mesures concrètes; art. 328, 2e al., CO) et de la résiliation immédiate du contrat pour de justes motifs (impossibilité de continuer les rapports de travail; art. 337 CO). Le juge a un pouvoir d'appréciation tout aussi important lorsqu'il doit décider des conséquences juridiques, par exemple, dans la détermination de la durée du salaire en cas de maladie ou d'accident dès la deuxième année de service (art. 324*a*, 2e al., CO), dans la fixation de l'indemnité de départ (art. 339*c*, 2e al., CO) et dans la réduction d'une prohibition de concurrence excessive (art. 340*a*, 2e al., CO).

Les expériences faites jusqu'à maintenant nous autorisent à continuer dans cette voie et à accorder à nouveau *aux juges une grande liberté*. C'est ce que fait le présent projet, tant en fixant les conditions d'application d'une norme qu'en fixant les conséquences juridiques en cas de violation d'une disposition. Ainsi, le projet n'énumère pas de manière exhaustive tous les cas de licenciements abusifs, mais il se borne à établir les catégories les plus importantes de ces congés (art. 336 et 336*a*); par exemple, il prévoit en général que les représentants des travailleurs dans l'entreprise ne peuvent être licenciés que pour un «motif justifié» (art. 336*e*).

Là où il prévoit une indemnité pécuniaire à titre de sanction (art. 336, 336*b*, 336*e* et 337*c*), le projet se limite à fixer un maximum uniforme élevé et à imposer au juge, de manière générale, l'obligation de tenir compte de toutes les circonstances du cas concret dans la fixation de l'indemnité.

612.34 Pas de réglementation spéciale sur les licenciements collectifs pour raisons économiques

L'initiative demande que le législateur règle la protection des travailleurs en cas de licenciements collectifs pour raisons économiques.

Il faut d'abord rappeler à ce propos que les *cantons* ont la compétence d'édicter des normes de droit public visant des buts de politique sociale ou de politique de marché du travail, pour autant que le droit public cantonal n'empiète pas sur le droit privé fédéral et que la Confédération n'ait pas fait usage d'autres compétences législatives qu'elle possède en cette matière. Ainsi, les cantons peuvent prescrire aux employeurs de communiquer à une autorité les licenciements prévisibles pour raisons économiques, en vue d'une meilleure politique du marché du travail. Des dispositions cantonales prévoyant une telle obligation sont déjà en vigueur.[28a)] Dans le cadre de cette révision, nous contestons la nécessité et l'utilité d'une réglementation de la part de la Confédération, parce que le législateur cantonal est mieux à même de juger si ce problème doit être réglementé et, dans l'affirmative, de prendre les mesures les plus appropriées.

A notre avis, il faut également renoncer à une réglementation fédérale qui irait au-delà des compétences cantonales en matière de droit public. La réglementation des conditions et des conséquences des licenciements collectifs pour raisons économiques doit demeurer réservée aux partenaires sociaux; les associations d'employeurs et de travailleurs peuvent en effet mieux tenir compte dans leurs pourparlers des particularités des diverses entreprises et professions que ne pourrait le faire la Confédération au moyen d'une loi générale. Les *conventions collectives* de travail offrent de plus aux intéressés une procédure qui se déroule à l'abri de toute intervention étatique. Enfin, les partenaires sociaux ont suffisamment de moyens à disposition pour faire respecter leurs engagements réciproques. Les expériences de ces dernières années montrent aussi que des solutions satisfaisantes ont pu être trouvées par la voie contractuelle, particulièrement par l'établissement de plans sociaux. C'est pourquoi un empiètement de l'Etat dans ce domaine n'est pas nécessaire.

Tels sont les motifs qui nous ont conduit à rejeter une réglementation spéciale sur la protection des travailleurs contre les licenciements collectifs pour raisons économiques. Toutefois, le projet tient compte, dans un cas, de ce type de licenciements: en cas de licenciements pour raisons économiques imminents ou déjà prononcés, les parties ont la possibilité de convenir de délais de résiliation plus courts pour le travailleur que pour l'employeur (art. 335*a*, 2e al.). Comme on peut le constater, cette disposition ne concerne ni la protection contre les congés ni la garantie de la place de travail, mais elle permet simplement aux parties, lorsque les rapports de travail ont été dénoncés ou qu'ils sont devenus précaires, de raccourcir les délais de résiliation, afin que le travailleur puisse occuper plus rapidement un nouvel emploi.

612.4 Systématique de la révision

Comme on l'a déjà fait observer, ce sont les dispositions concernant les congés et la protection contre les congés qui sont l'objet principal de cette révision.

Nous avons repris de nombreuses dispositions du droit actuel avec ou sans modifications matérielles. La *systématique* est en revanche *nouvelle*: sont réglés d'abord les *contrats de durée déterminée* (art. 334, 1er et 2e al.; cf. art. 335, 1er et 2e al., CO), qui comprennent également les contrats conclus pour plus de dix ans (art. 334, 3e al.; cf. art. 336*d* CO). Suivent les articles sur la résiliation des *contrats de durée indéterminée*, à savoir le congé en général (art. 335; cf. art. 336, 1er al., CO), les délais de congé en général (art. 335*a*; cf. art. 336, 2e al., CO) ainsi que les délais de congé pendant le temps d'essai (art. 335*b*; cf. art. 334 CO) et après le temps d'essai (art. 335*c*; cf. art. 336*a*, 1er al., et 336*b* CO).

Dans la réglementation de la *protection contre les congés* (art. 336 à 336*e*), se trouvent d'abord les dispositions sur la *résiliation abusive*: une clause générale définit le congé abusif (art. 336, 1er al.) et règle les conséquences

juridiques d'un congé abusif (art. 336, 2e et 3e al.); en outre, les cas les plus importants de congés abusifs donnés par l'employeur sont énumérés dans un catalogue non exhaustif (art. 336*a*).

Suit l'article sur le congé donné par une partie parce que l'autre partie a exécuté ou va exécuter un *service militaire ou de protection civile*, obligatoire selon le droit suisse, ou parce qu'elle a accompli, accomplit ou va accomplir une *obligation légale* qui lui incombe sans qu'elle ait demandé de l'assumer (art. 336*b*).

Après la réglementation de la protection contre les congés quant aux motifs, qui vaut pour l'employeur *et* pour le travailleur, intervient la *protection contre les congés quant au temps*, applicable aux congés donnés par l'employeur et, dans une moindre mesure, aux congés donnés par le travailleur (art. 336*c* et 336*d*).

Finalement, le projet règle le cas particulier de la *protection des membres d'une représentation des travailleurs*, qui de par sa nature ne vise que les travailleurs (art. 336*e*).

Trois dispositions du droit actuel ne sont *pas reprises* dans le projet. L'*article 335, 3e alinéa*, du code des obligations règle le cas dans lequel les parties ont prévu un congé pour la résiliation d'un contrat de durée déterminée: si le congé n'est pas donné, le contrat est réputé continuer pour un temps indéterminé. Comme on l'exposera ci-après en détail, il s'agit dans ce cas d'un contrat de durée indéterminée avec une durée minimale, pendant laquelle les parties renoncent à leur droit de résiliation. Il n'est donc pas nécessaire de prévoir une disposition particulière pour ce contrat de durée indéterminée.

De plus, l'*article 336a, 2e alinéa*, du code des obligations est supprimé, car il ne fait que constater la primauté des dispositions spéciales sur les normes générales, ce qui va de soi.

Enfin, nous avons renoncé à reprendre l'*article 336c* du code des obligations, qui règle la résiliation du contrat de travail agricole avec communauté domestique. Cette norme, qui a créé des difficultés d'interprétation[29)], est d'une importance pratique minime. Son application est liée à deux conditions: il faut, d'une part, qu'on soit en présence d'un contrat de travail agricole avec communauté domestique et, d'autre part, que le travailleur ait travaillé pendant tout l'été ou que l'employeur ait gardé le travailleur à son service pendant tout l'hiver. Ces deux conditions remplies, le travailleur, pendant les mois de février à mai inclus, et l'employeur, pendant les mois de septembre à décembre inclus, ne peuvent donner congé qu'en observant un délai de six semaines, pour n'importe quel terme.

Ce délai de six semaines est plus long que le délai légal de congé d'un contrat de moins d'une année, mais pour lequel un terme est prévu (la fin d'un mois); il est cependant plus court que le délai de congé d'un contrat de plus d'une année (deux mois de la deuxième à la neuvième année, trois mois ultérieurement).

La protection particulière prévue à l'article 336*c* du code des obligations est minime, même si l'on se réfère aux délais de congé contractuels; en ef-

fet, selon notre proposition (art 355*c*), ceux-ci ne peuvent en aucun cas être inférieurs à un mois et ce, également pendant la première année de service. Si l'on considère en outre que les contrats-types cantonaux concernant le travail agricole prévoient, en règle générale, un délai de congé de deux mois et que ces contrats sont effectivement appliqués, il devient encore plus évident que cette disposition peut être supprimée.

Les *autres modifications proposées* concernent des dispositions diverses du titre dixième du code des obligations (art. 337, 1er al., 337*c*, 337*d*, 3e et 4e al., 343, 2e et 4e al., 346, 1er al., 361, 1er al., et 362, 1er al.) et n'exigent donc aucune modification de la systématique.

62 Commentaire article par article

620.1 Article 334

L'article 334 règle les *contrats de durée déterminée proprement dits*, c'est-à-dire les contrats qui prennent fin automatiquement, donc sans congé.[30] Si le contrat prend fin sans qu'il soit nécessaire de donner congé, les dispositions sur la protection contre le congé ne sont pas applicables.

La durée déterminée d'un contrat peut être prévue par la loi (ainsi pour le contrat d'apprentissage), résulter de la nature du contrat ou faire l'objet d'une convention entre les parties.

Lorsque la *durée déterminée du contrat résulte de sa nature*, du but du travail à exécuter ou de la tâche confiée au travailleur (p. ex. dans le cas d'un engagement «jusqu'à ce que la comptabilité soit établie» ou «pour la fabrication de 1000 paires de souliers»)[31], le contrat n'est valable – à condition qu'il s'agisse effectivement d'un contrat de travail – que si chacune des deux parties connaît la durée du contrat et que le travailleur sait pour quelle date il doit chercher un nouvel emploi.[32]

Les parties peuvent *convenir d'une période déterminée* à l'expiration de laquelle le contrat prend fin ou prévoir que la fin du contrat dépend de la survenance d'un événement futur. La durée des rapports de travail peut être fixée explicitement (p. ex. «du 1er au 31 juillet» ou «jusqu'à la fin de l'année») ou implicitement (p. ex. «pour la saison d'hiver» ou «pour la durée de l'exposition»). Dans ce dernier cas, le début et la fin des rapports de travail doivent être déterminables pour les deux parties.[33]

Lorsque les parties ont fait dépendre la fin du contrat d'un *événement futur*[34], la durée du contrat doit être objectivement déterminable et l'événement provoquant la fin du contrat ne peut dépendre de l'influence d'une seule partie.[35] Puisque la durée du contrat doit être *objectivement déterminable*, le contrat conclu par exemple «jusqu'au rétablissement du travailleur X» n'est pas un contrat à durée déterminée mais à durée indéterminée, car la fin du contrat n'est pas prévisible[36], ni même certaine. La validité de telles conventions n'est pas reconnue par tous les tribunaux[37]; cependant, une réglementation légale dans le sens indiqué ci-dessus n'est pas nécessaire: en présence de telles conventions, la durée du travail n'est pas déterminée par le but[38] – le but du travail est en ce cas l'accomplisse-

ment des tâches qui devraient être exécutées par n'importe quel travailleur occupant *cet* emploi – mais elle dépend de la survenance d'un événement futur déterminé: le rétablissement du travailleur. Cet événement doit alors être certain et prévisible.

Dans ce cadre limité et avec les restrictions précitées, l'intérêt légitime des employeurs et des travailleurs à conclure des contrats de durée déterminée peut être pris en considération sans crainte d'abus. C'est pourquoi, il faut rejeter la proposition, contenue dans quelques consultations, de n'autoriser les contrats de durée déterminée que pour certains cas énumérés exhaustivement dans la loi (p. ex. pour un surcroît de travail extraordinaire et passager ou pour des activités saisonnières). D'autre part, il faut aussi rejeter l'idée, émise en consultation, d'admettre des contrats de travail de durée déterminée se rapportant à des projets dont la durée est incertaine.

Le *1er alinéa* déclare simplement que le contrat de durée déterminée prend fin sans qu'il soit nécessaire de donner congé. Une définition légale du contrat de durée déterminée est superflue, car la doctrine en a donné une définition suffisamment précise.

Le 1er alinéa correspond quant au fond au 1er alinéa de l'article 335 du code des obligations; il s'en différencie sur deux points rédactionnels. Premièrement, l'utilisation du terme «contrat de durée déterminée» évite la formulation compliquée du droit actuel[39] – qui de plus, n'indique pas expressément toutes les possibilités de fixer la durée déterminée d'un contrat – et elle permet d'unifier la terminologie.[40]

Deuxièmement, le texte légal ne mentionne plus la faculté pour les parties de faire dépendre la fin du contrat d'une résiliation préalable. Par cette clause, les parties conviennent de fixer à leur contrat une durée maximale, une durée minimale ou une combinaison des deux. Lorsque les parties conviennent d'une *durée minimale* (p. ex. «le contrat dure au moins jusqu'à la fin de l'année» ou «le contrat commence le 1er janvier et peut être résilié au 31 décembre en observant un délai de congé d'un mois»), on n'est pas en présence d'un contrat de durée déterminée mais bien d'un *contrat de durée indéterminée* (c'est-à-dire d'un contrat de durée déterminée improprement dit); en effet, même si le congé est exclu pour une période déterminée, le contrat doit néanmoins être résilié moyennant un congé.[41] Ces types de contrat sont donc soumis aux articles 335 à 335*c* et toutes les dispositions sur la protection contre les congés leur sont applicables, car, de par la volonté des parties, la résiliation est une condition sine qua non de la fin du contrat.[42] En l'absence de congé, le contrat demeure un contrat de durée indéterminée, pour lequel le congé n'est dès lors plus exclu pendant une période déterminée, sauf convention contraire expresse.

Lorsque les parties conviennent d'une *durée maximale* (p. ex. «le contrat prend fin au plus tard le 31 décembre 1987» ou «le contrat peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de deux mois; si aucune partie ne le résilie, il prend fin le 30 juin 1989»), elles peuvent résilier le contrat, pendant cette durée, en observant les délais et termes contractuels ou légaux; si le contrat n'est pas résilié, il prend fin de lui-même à l'expira-

tion de la durée maximale convenue.[43] Si, pendant cette durée maximale, un congé est donné, les dispositions sur la protection contre les congés sont applicables; la partie ayant reçu le congé pourra, par exemple, faire valoir que le congé est abusif et demander une indemnité pour cause de résiliation abusive.

Le projet soumis à consultation consacrait une disposition à la limitation temporelle de la protection contre les licenciements en temps inopportun, en cas de contrats de travail conclus pour une durée maximale (art. 334, 3^{e} al., AP). Elle indiquait que la protection contre les congés quant au temps n'existe que durant cette durée maximale. Lors de la procédure de consultation, cette disposition a été jugée superflue, car son contenu dérive de la nature même de ce genre de contrat. Cette critique est justifiée. On peut donc renoncer à régler ce problème dans la loi et s'en tenir à ces considérations: en cas de contrat de travail conclu pour une durée maximale, les délais prévus à l'article 336*c* expirent dans tous les cas le jour où le contrat aurait pris fin de toute façon.[44] Si, par exemple, l'employeur résilie pour fin octobre 1984 un contrat qui doit durer au maximum jusqu'au 31 décembre 1984 et que le travailleur tombe malade à la mi-octobre, le contrat prend fin le 31 décembre 1984, même si le travailleur ne se rétablit que plus tard.

Un contrat de durée déterminée proprement dit peut être *prolongé tacitement* après l'expiration de la durée convenue. Le *2^{e} alinéa* contient la *présomption* qu'il s'agit dans ce cas d'un contrat de durée indéterminée. Cet alinéa correspond matériellement au texte du droit actuel: la continuation «pour un temps indéterminé», prévue à l'article 335, 2^{e} alinéa, du code des obligations, ne signifie pas seulement que le contrat continue en fait, mais aussi en droit, de sorte que la durée déterminée déjà écoulée du contrat doit être prise en compte chaque fois qu'une conséquence juridique est liée à un élément temporel (cf. p. ex. art. 324*a*, 331*a* et 331*b*, 336*a* et 336*b*, 339*b* CO).[45] Etant donné que le contrat de durée déterminée tacitement prolongé est, sauf convention contraire, considéré comme un contrat de durée indéterminée, la fin de ce contrat nécessite un congé et les dispositions sur la protection contre les congés sont applicables.

Mais les parties peuvent aussi convenir que le contrat de durée déterminée, tacitement prolongé, sera considéré comme un nouveau contrat de durée déterminée, d'une même ou d'une autre durée. De telles conventions sont en principe autorisées; elles trouvent cependant une limite dans *l'interdiction de la fraude à la loi*. La conclusion de «contrats en chaîne», c'est-à-dire de contrats de durée déterminée se renouvelant d'eux-mêmes, est abusive lorsqu'elle a pour but d'éluder l'application des dispositions sur la protection contre les congés ou d'empêcher la naissance de prétentions juridiques dépendant d'une durée minimale des rapports de service (cf. p. ex. art. 324*a*, 331*a*, 331*b* et 339*b* CO).[46] Dans ces cas, la clause prévoyant une durée déterminée n'a aucun effet et le contrat est considéré comme un contrat de durée indéterminée: la durée du contrat est calculée en fonction de la somme de toutes les périodes d'emploi. Il en est de même lorsqu'il y a entre plusieurs contrats des interruptions ayant pour but d'éluder la loi.[47]

On a réclamé en procédure de consultation une disposition qui puisse englober toutes les situations de fraude à la loi. Cependant, il serait impossible de les énumérer exhaustivement et une clause générale ne faciliterait pas non plus la solution du problème. C'est pourquoi nous renonçons à une telle disposition et laissons au juge le soin de décider de cas en cas si la conclusion répétée de contrats de durée déterminée est objectivement justifiée. Tel serait par exemple le cas pour les collaborateurs indépendants de la radio et de la télévision, lorsque le renouvellement de contrats de travail de durée déterminée est indispensable au maintien et à la promotion de la créativité et de la diversité des programmes.

Le *3e alinéa* correspond matériellement à l'article 336*d* du code des obligations. Selon cet alinéa, le contrat de travail qui a été conclu pour plus de dix ans peut être résilié en tout temps par le travailleur, après dix années. Comme cette disposition a pour objet la résiliation d'un contrat de durée déterminée, elle doit – du point de vue de la systématique – être insérée à l'article 334.

On a formulé le désir en procédure de consultation, d'une part, que ce droit de résiliation soit étendu aux contrats conclus pour plus de cinq ans et, d'autre part, que ce droit soit introduit pour les deux parties. La première proposition pourrait peut-être se justifier car, depuis l'adoption de cette norme – elle était déjà en vigueur en 1912 – les temps ont bien changé. Cependant, le projet renonce à une telle révision, car une présomption légale de violation des droits de la personnalité (art. 27, 2e al., CC) ou de convention contraire aux mœurs (art. 20 CO) ne doit intervenir qu'en cas de très longs engagements contractuels. Il est de même superflu d'appliquer ici le principe de la parité, parce que l'engagement de l'employeur est essentiellement de nature patrimoniale et que sa liberté personnelle n'est pas considérablement restreinte; en revanche, l'obligation assumée par le travailleur peut ruiner son avenir ou, du moins, le rendre beaucoup plus difficile.[47a)]

620.2 Article 335

Le *1er alinéa* correspond matériellement au 1er alinéa de l'article 336 du code des obligations. Par opposition à la terminologie de l'article 334, on parle de «contrat de durée indéterminée».

Sont des contrats de durée indéterminée tous les contrats dont la fin – sous réserve de la résiliation immédiate pour de justes motifs et de l'extinction conventionnelle du contrat – nécessite un congé. Comme nous l'avons déjà exposé, les contrats de durée déterminée improprement dits, c'est-à-dire les contrats conclus pour une durée minimale, sont aussi des contrats de durée indéterminée.

Le *2e alinéa* introduit le droit pour les parties de demander la *motivation écrite du congé*. Pour le travailleur, le droit de connaître les motifs du congé découle de l'obligation légale incombant à l'employeur de protéger la personnalité du travailleur (art. 328, 1er al., CO); ce droit est également

justifié par le fait que l'employeur est tenu de communiquer les motifs du congé aux caisses de chômage (art. 96 LACI; RS *837.0*).

Le projet soumis en consultation ne prévoyait pas le droit pour l'employeur d'exiger du travailleur la motivation du congé. Cela fut critiqué en procédure de consultation pour la bonne raison qu'il peut y avoir des cas où l'employeur a un intérêt légitime à connaître les motifs du départ d'un travailleur. D'ailleurs, dans certaines grandes entreprises, on a institué à cette fin un entretien dit de départ. La construction paritaire de l'article 335, 2e alinéa, est en outre justifiée par le fait que le devoir de motiver le congé correspond à une règle de bienséance qui vaut pour l'employeur et pour le travailleur.

De plus, la motivation facilite aux deux parties l'évaluation des chances en cas de litige concernant la protection contre les congés. Finalement, elle rend plus facile aussi la tâche du juge dans le cadre d'un tel procès.

Fait nouveau par rapport au projet soumis en consultation, la résiliation doit être motivée *par écrit*, sur demande de la partie ayant reçu le congé. On a relevé à juste titre dans quelques consultations qu'aussi bien les parties que le juge rencontreraient des difficultés insurmontables si aucun document écrit ne pouvait être présenté dans un éventuel procès. Nous partageons ces craintes et proposons en conséquence de donner à la partie ayant reçu le congé la faculté de choisir entre la motivation orale et l'indication écrite des motifs. Cette solution n'entraînera sans doute pour les parties ni de grandes difficultés ni de surcharge administrative démesurée. D'abord, on peut partir de l'idée que la motivation ne sera exigée que dans des cas exceptionnels, car, généralement, une partie sait pourquoi elle a reçu le congé. De plus, il s'agit simplement d'exposer les réflexions que chaque partie au contrat fait avant une résiliation et qui, dans le cas concret, ont conduit effectivement au congé.

Le congé produit pleinement effet même si la partie qui l'a donné refuse d'en communiquer les motifs par écrit à l'autre partie. La violation de l'obligation de motiver est *sanctionnée indirectement*: en cas de procès, le juge prendra en considération le comportement de la partie qui a donné le congé, principalement lors de la répartition des frais du procès.

Comme la motivation n'est pas une condition de validité du congé, l'obligation de motiver ne limite pas la liberté de résiliation des parties ou, du moins, elle ne la restreint pas dans une mesure considérable.

620.3 Article 335*a*

Le *1er alinéa* reprend quant au fond le 2e alinéa de l'actuel article 336 du code des obligations.

Le *2e alinéa* contient une exception au principe de l'égalité des délais de résiliation. On a critiqué en procédure de consultation le fait que, selon le droit en vigueur, ce principe est aussi applicable lorsque l'employeur est sur le point de prononcer des licenciements pour raisons économiques ou l'a déjà fait. Dans ces cas particuliers, l'employeur devrait avoir la possi-

bilité de convenir, avec quelques travailleurs ou avec les syndicats, que le travailleur est soumis à des délais de résiliation plus courts que ceux de l'employeur. Il faut admettre que de telles conventions sont dans l'intérêt des deux parties: le travailleur, qui doit compter avec la possibilité d'un licenciement, peut plus rapidement mettre fin au contrat et s'engager à une autre place de travail; l'employeur peut parvenir plus facilement à la réduction de personnel désirée et peut-être même sans avoir à opérer le choix délicat des travailleurs à licencier et sans prononcer de licenciements. Pour ces raisons, le projet prévoit qu'en cas de licenciements pour des motifs économiques, des *conventions* contraires au principe de l'égalité des délais de résiliation sont licites. Dans ce cadre restreint, la liberté contractuelle aura ainsi le pas sur le principe de la parité.

Le libellé de cette disposition s'inspire de la convention (n° 158) et de la recommandation (n° 166) concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur adoptées par la Conférence internationale du travail (FF *1983* II 1177 ss).

620.4 Article 335*b*

Par rapport au droit actuel, le projet innove en ceci que les *conventions contraires* à la réglementation légale sur le temps d'essai (suppression, réduction ou prolongation du temps d'essai, modification des délais et des termes de résiliation – 2e al. –) ne sont autorisées que moyennant un *accord écrit.* Cette modification – de même que l'article 335*c*, 2e alinéa – est dans l'intérêt de la *sécurité juridique.*[48)]

Du point de vue *systématique*, l'article 335*b* se trouve, comme auparavant, dans les dispositions sur la «fin des rapports de travail». Il ne figure cependant plus avec une note marginale propre, mais comme cas particulier de la résiliation d'un contrat de durée indéterminée.

Les 1er et 3e alinéas de l'actuel article 334 du code des obligations sont réunis au *1er alinéa* de l'article 335*b* du projet. Le *2e alinéa* contient la disposition sur la forme de conventions contraires, que l'actuel article 334 du code des obligations répète dans les trois alinéas, et la disposition sur la durée maximale du temps d'essai, qui correspond à l'actuel article 334, 2e alinéa, du code des obligations.

La nouvelle systématique permet d'adopter une formulation plus simple pour la *2e phrase du 1er alinéa*, qui correspond au 1er alinéa de l'article 334 du code des obligations: il n'est plus mentionné expressément que le temps d'essai n'existe, de par la loi, que pour les contrats de durée indéterminée. Les parties restent libres de prévoir un temps d'essai, dans les limites de l'article 335*b*, pour les contrats de durée déterminée[49)]: dans ce cas, la durée déterminée vaut comme durée maximale dont l'expiration entraîne ipso facto la fin du contrat, sous réserve d'une résiliation antérieure pendant le temps d'essai.

La *1re phrase du 1er alinéa* diffère de l'actuel article 334, 3e alinéa, du code des obligations: il est précisé que le congé doit être donné de telle sorte que

le délai de résiliation expire, au plus tard, le dernier jour de la durée contractuelle ou légale du temps d'essai. Si le congé n'est pas donné à temps, ce sont les termes et délais de résiliation applicables après le temps d'essai (art. 335*c*) qui sont déterminants.

620.5 Article 335*c*

A l'*article 335c*, sont réglés les délais de congé après le temps d'essai, auxquels le droit en vigueur consacre deux articles (art. 336*a* et 336*b* CO).

Par rapport à la réglementation actuelle, il y a *deux nouveautés. Premièrement*, la possibilité de convenir d'un délai de congé inférieur à un mois n'est plus admise, et cela même pendant la première année de service.

La loi établit la présomption que le premier mois d'un rapport de travail vaut comme temps d'essai et prévoit, dans ce cas, un délai de congé d'une semaine (art. 335*b*, 1er al.; cf. art. 334, 1er et 3e al., CO). Les parties peuvent, par contrat, porter le temps d'essai à trois mois au plus et raccourcir ou même supprimer les délais de congé pendant le temps d'essai (art. 335*b*, 2e al.; cf. art. 334, 2e et 3e al., CO).

Après le temps d'essai, les parties se connaissent suffisamment: on peut donc leur imposer impérativement un délai de résiliation d'une certaine durée. La possibilité offerte par le droit actuel de convenir de délais de résiliation très brefs, pendant la première année de service, ou même de les supprimer, peut pratiquement conduire à ce que la première année de service – contrairement à l'article 334, 2e alinéa, du code des obligations – soit transformée en temps d'essai. C'est précisément ce que l'on veut empêcher par la suppression de cette faculté et par l'obligation pour les parties de respecter, après le temps d'essai, un délai de congé d'un mois au minimum. Ce délai, même s'il est impératif, est court; il permet donc d'empêcher qu'une collaboration indésirable ne dure trop longtemps. Ce délai impératif minimum répond aux *intérêts des deux parties*: l'employeur ne devra plus trouver au pied levé un remplaçant pour le travailleur qui a donné congé et le travailleur n'aura plus à chercher un nouvel emploi du jour au lendemain.

Ces considérations sont de nature fondamentale et générale. C'est pourquoi nous rejetons la proposition, exprimée en procédure de consultation, de prévoir une réglementation spéciale pour le travail temporaire. La plupart des contrats de travail temporaire durent moins de trois mois. Dans ces cas, les parties peuvent convenir que le contrat de travail temporaire peut être résilié dans un très court délai ou même du jour au lendemain. Dans les cas très rares où l'engagement du travailleur temporaire dure plus de trois mois, les parties peuvent être tenues de respecter le délai de congé minimum d'un mois, comme pour les autres contrats de travail. Sans doute, objecte-t-on que cette obligation peut différer le passage de l'engagement auprès de l'entreprise de travail temporaire à une embauche durable auprès de l'entreprise qui occupe effectivement le travailleur. Mais on peut répondre à cela que les parties ont en tout temps la possibilité de mettre fin conventionnellement au contrat.

La *seconde nouveauté* par rapport au droit en vigueur consiste en ce que la prolongation des délais de résiliation pendant la première année de service n'est permise que moyennant un accord écrit. Un accord écrit offre aux deux parties la clarté souhaitable sur la durée du délai de résiliation et facilite l'établissement des preuves.

Pour le reste, le contenu du *1er alinéa* correspond au 1er alinéa de l'actuel article 336*a* ainsi qu'au 1er alinéa de l'article 336*b* du code des obligations, alors que le *2e alinéa* correspond au 2e alinéa de l'actuel article 336*b* du code des obligations.

620.6 Article 336

Nous avons déjà relevé qu'en pratique ni l'article 336*g* du code des obligations ni l'article 2, 2e alinéa, du code civil n'ont offert une protection contre les licenciements abusifs. Ainsi – pour reprendre les propos d'Eugène Huber – il convient de refuser la protection d'un droit de résiliation qui existerait seulement en apparence mais qui, après un examen plus approfondi de son bien-fondé subjectif, s'avère n'être qu'un excès (cf. BSt. *1906* N 1037).

C'est le but que vise l'*article 336*, dont la réalisation dépend du motif du congé. Si ce motif est répréhensible, le congé est abusif précisément parce qu'il est prononcé pour un motif qui n'est pas digne de protection. Par conséquent, les seuls éléments déterminants sont le motif du congé et la causalité entre ce motif et le congé lui-même: le congé ne peut et ne doit donc être considéré comme abusif que parce qu'il a été prononcé pour un motif qui n'est pas digne de protection. En l'absence d'un tel lien de causalité, le congé n'est pas abusif; le juge doit alors protéger le congé et il ne peut ni mettre en balance l'intérêt des parties à mettre fin au contrat ni examiner si la continuation des relations de travail peut être raisonnablement exigée de la partie qui a donné le congé.

Le *1er alinéa* définit quand un congé peut et doit être considéré comme abusif et établit trois catégories. La disposition tient compte du lien de causalité entre le motif du congé et la résiliation tant du point de vue rédactionnel («en raison de», «parce que», «afin de») que par les restrictions prévues aux lettres *a* et *b*: lorsque la qualité propre à la personne ou l'exercice de droits constitutionnels a des conséquences sur les rapports de travail, le congé n'est pas abusif, parce qu'il n'est pas donné en raison de la qualité propre ou de l'exercice de ces droits, mais pour des motifs liés au contrat de travail.

Selon la *lettre a* est abusif le congé donné pour une raison inhérente à la personnalité de la partie congédiée. A la différence du projet soumis à la consultation, notre projet n'énumère aucun exemple des raisons inhérentes à la personnalité auxquelles se rapporte la norme. Ce sont en particulier le sexe, le statut familial, l'origine, la race et la nationalité. Est aussi compris dans cette catégorie le congé donné par exemple pour cause d'homosexualité, d'âge ou d'antécédents judiciaires. Pour qu'il y ait abus, il faut que la

qualité propre à la personne congédiée ne présente *aucun rapport avec le contrat de travail*, en particulier avec l'obligation de travailler et le devoir de fidélité du travailleur. Ainsi, le congé donné à cause d'un changement du statut familial ou de la nationalité ne serait pas abusif, si un statut familial ou une nationalité déterminés formait une condition de l'engagement du travailleur.

Ensuite, selon la *lettre b*, est abusif le congé donné parce que l'autre partie exerce un droit constitutionnel. Il faut penser ici notamment à la liberté de croyance, à l'appartenance à un parti politique, à l'exercice légal d'une activité politique et à l'organisation des loisirs.

Mais le congé n'est abusif que si l'exercice du droit considéré *ne viole aucune obligation relevant du contrat de travail.* Ainsi, le congé donné à cause de l'appartenance religieuse d'un travailleur serait abusif si celle-ci n'a aucune influence sur les obligations contractuelles. Il en serait autrement si le travailleur ne pouvait travailler le mercredi, par exemple, en raison de ses croyances religieuses; il ne pourrait alors pas remplir, ce jour-là, son devoir de travailler. Le congé serait en revanche abusif, si le temps de travail avait été réparti sur quatre jours par semaine, à l'exclusion du mercredi. Il serait par exemple abusif de congédier un ouvrier d'usine en raison de son appartenance à un parti politique. En revanche, le congé donné par un parti politique, en tant qu'employeur, au secrétaire du parti ne serait pas abusif, si le secrétaire a adhéré à un autre parti; car le congé serait alors prononcé non pas à cause de l'appartenance du travailleur à un parti, mais en raison de la violation du devoir de fidélité envers l'employeur.

Par cette limitation, on résout les problèmes posés par les *entreprises* dont le but n'est pas essentiellement lucratif et *qui exercent une activité à caractère spirituel ou intellectuel*, c'est-à-dire politique, confessionnel, syndical, scientifique, artistique, caritatif ou similaire («Tendenzbetriebe»). La personne qui conclut un contrat de travail avec une telle entreprise accepte tacitement un devoir de fidélité plus exigeant que celui d'un travailleur ordinaire; même en dehors de son activité professionnelle, cette personne doit éviter tout comportement qui pourrait nuire à l'image souhaitée par l'entreprise.[49a)]

Enfin, selon la *lettre c*, le congé est abusif lorsqu'il est donné afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques relevant du contrat de travail. Serait par exemple abusif le congé donné par l'employeur au travailleur avant la fin de l'année de travail afin d'éviter le versement de la gratification.

La prolongation des rapports de travail contre la volonté d'une partie est inopportune, voire irréalisable. Par conséquent, nous refusons de prévoir comme *sanction* aux congés abusifs la nullité ou l'annulabilité ainsi que la réintégration du travailleur. C'est pourquoi le *2e alinéa* prescrit que la partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre partie une *idemnité*. Cette indemnité est une sanction de droit divil qui a une fonction pénalisante et de réparation. En prévoyant comme sanction une indemnité, le projet n'introduit aucunement une nouveauté ou un corps étranger dans

le droit privé, comme on l'a prétendu dans quelques consultations; au contraire, le projet s'inspire de l'article 336*g* du code des obligations, lequel garantit aussi dans des cas analogues le droit à une indemnité, afin d'éviter la conséquence juridique de la nullité (cf. FF *1967* II 396 s.).

L'indemnité prévue à l'article 336, 2e alinéa, n'est *pas un salaire*; elle n'est donc pas couverte par l'indemnité en cas d'insolvabilité prévue aux articles 51 ss de la loi sur l'assurance-chômage. Comme il s'agit d'une prétention relevant des rapports de travail, cette indemnité bénéficie du privilège de la première classe dans la faillite de l'employeur (art. 219 LP; RS *281.1*). Elle ne présente *pas* non plus le caractère de *dommages-intérêts*. Par conséquent, l'existence du droit à l'indemnité n'est pas liée à celle de la preuve d'un préjudice. Le montant de l'indemnité doit être fixé indépendamment du préjudice subi par la partie qui a reçu le congé: il ne dépend que du caractère abusif du congé (le préjudice résultant du congé en tant que tel, c'est-à-dire le préjudice qu'aurait également causé un congé non abusif, ne doit en aucun cas être pris en considération). A ce propos, il faut mentionner que la personne congédiée pourrait en outre, le cas échéant, faire valoir une prétention juridique à un autre titre. Il faut penser ici surtout aux cas réglés par la lettre *c* du 1er alinéa: si, par exemple, l'employeur donne congé dans le but d'éviter le paiement d'une gratification au travailleur, le montant de la gratification ne sera pas imputé sur l'idemnité pour résiliation abusive, mais il devra être versé en sus.

Le *3e alinéa* prescrit au juge de fixer l'indemnité «compte tenu de toutes les circonstances». Les circonstances que le juge peut prendre en considération dans un cas concret sont, par exemple, la situation sociale et économique des deux parties, la gravité de l'atteinte à la personnalité de la partie congédiée, l'intensité et la durée des relations de travail antérieures au congé ainsi que la manière dont celui-ci a été donné. Il faudra également tenir compte du refus injustifié d'une partie de poursuivre ou de reprendre les relations contractuelles, bien que l'autre partie se soit déclarée prête à le faire, spontanément ou à l'instigation du juge. Il est préférable de renoncer à une énumération légale de circonstances particulières que le juge devrait prendre en considération, afin de lui garantir un pouvoir d'appréciation aussi large que possible.

C'est également dans ce but que l'on a fixé un *maximum légal de l'indemnité* (douze mois de salaire) aussi *élevé*. Ce maximum met en évidence l'effet préventif de l'indemnité et doit empêcher que les congés abusifs soient achetés à bas prix.

Le droit à l'indemnité pour résiliation abusive est soumis au *délai de prescription de cinq ans* (cf. art. 341, 2e al., en relation avec l'art. 128, ch. 3, CO). Les motifs suivants nous ont incité à ne pas fixer un bref délai de péremption pour faire valoir cette prétention. D'abord, on ne voit pas pourquoi on devrait prévoir une exception qui privilégierait des faits aussi graves que les congés abusifs. Ensuite, il n'est pas certain que le congé abusif puisse être constaté et prouvé dans un court délai. De plus, la partie qui ne réagit pas immédiatement et qui, des années plus tard, fait valoir le congé abusif, supportera elle-même les difficultés liées à la preuve de

l'abus. Finalement, l'article 2 du code civil offre une protection suffisante en cas de procès manifestement abusif.

620.7 Article 336*a*

L'article 336a traite du *congé abusif donné par l'employeur* et mentionne trois cas. Il s'agit dans tous ces cas de congés donnés parce que le travailleur exerce des droits constitutionnels.

Selon la *lettre a*, le congé est tout d'abord abusif lorsqu'il est donné en raison de l'appartenance ou de le non-appartenance d'un travailleur à un syndicat; la liberté d'association – positive et négative – de l'employeur est couverte par la clause générale (art. 336, 1er al.). Pour que le congé soit abusif, il faut que l'exercice de la liberté d'association positive ou négative ne viole aucune obligation relevant du contrat de travail. Une telle violation ne peut intervenir que pour les entreprises exerçant une activité à caractère idéal; car, dans les autres cas, une clause qui interdirait ou rendrait obligatoire l'organisation syndicale serait nulle. Par conséquent, il ne serait pas abusif qu'un syndicat licencie son secrétaire parce que celui-ci a adhéré à un autre syndicat.

Le deuxième cas cité à la *lettre a* est l'activité syndicale. Dans ce cas aussi, il s'agit seulement des activités du travailleur qui ne constituent pas une violation du contrat de travail. L'activité syndicale n'est protégée que si elle est conforme au droit, c'est-à-dire qu'elle respecte le contrat et la loi. Outre les dispositions légales, notamment de droit pénal, le travailleur doit donc aussi respecter les clauses des conventions collectives de travail et les réglements d'entreprise.

Enfin, la *lettre b* concerne le congé-vengeance. Est abusif le congé donné par l'employeur parce que le travailleur fait valoir contre l'employeur une prétention découlant de la loi ou du contrat de travail. On ne vise pas seulement les cas où le travailleur fait valoir ses droits par la voie judiciaire ou administrative ou par le recours à une instance de contrôle prévue par convention collective, mais aussi le cas où il fait valoir directement ses prétentions auprès de l'employeur. Si l'on excluait ce dernier cas, le travailleur serait chaque fois obligé d'engager un procès afin de bénéficier de la protection contre les congés. D'un autre côté, conformément à une suggestion émise en procédure de consultation, on précise que le travailleur qui fait valoir une telle prétention est tenu de respecter le principe de la bonne foi. Le travailleur ne sera donc protégé contre le congé abusif que s'il peut supposer de bonne foi que les droits qu'il a prétendus lui sont acquis. Une utilisation de cette disposition dans le but de bloquer le droit de résiliation de l'employeur est ainsi exclue.

620.8 Article 336*b*

L'article 336b est calqué sur l'actuel article 336*g* du code des obligations; il en diffère cependant quant à l'étendue de la protection, au montant de l'indemnité et à la procédure.

L'article 336*g* du code des obligations règle la protection contre les congés donnés «parce que l'autre partie accomplit un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile». Cet article se rapporte aux congés donnés en raison d'un service déjà accompli ou à accomplir, car les congés donnés pendant un service obligatoire sont nuls (cf. art. 336*e* CO). La question controversée de savoir si l'article 336*g* du code des obligations est applicable au *service féminin de l'armée*[50] est résolue par l'affirmative dans le présent projet. Sans doute, la mention du service féminin de l'armée n'est pas nécessaire, si vous approuvez notre projet concernant la révision partielle de la loi fédérale sur l'organisation militaire de la Confédération suisse; en effet, ce projet qualifie le service féminin de l'armée de service obligatoire au sens de l'organisation militaire (RS *510.10*).[51] La mention du service féminin de l'armée à l'article 336*b* nous paraît toutefois opportune, puisqu'elle permet d'apprendre par une simple lecture du texte que ce service est couvert par la norme. Ajoutons que le *service de la Croix-Rouge* doit absolument être cité, étant donné que, selon l'organisation militaire, il n'est pas considéré comme un service obligatoire.

Le *1er alinéa* étend la protection de l'actuel article 336*g* du code des obligations à l'accomplissement des obligations légales qui incombent impérativement à une partie sans qu'elle ait demandé de les assumer; il s'agit par exemple de l'obligation d'être tuteur, juré ou scrutateur. Comme pour le service militaire et le service de protection civile, la protection vise les obligations légales déjà accomplies ou à accomplir, car, selon notre projet, les congés donnés pendant l'accomplissement d'une telle obligation sont nuls dans ce cas aussi.

La partie qui résilie le contrat en raison de l'accomplissement d'un service militaire, de protection civile, d'un service féminin de l'armée ou d'un service de la Croix-Rouge ou en raison de l'accomplissement d'une obligation légale par l'autre partie doit verser à celle-ci une indemnité. Le maximum de l'idemnité, qui équivaut actuellement à six salaires mensuels, est porté à douze mois de salaire en vertu du *2e alinéa*. Ce maximum est identique à celui qui s'applique à l'idemnité pour résiliation abusive (art. 336). Certes, le congé abusif suppose que le motif du congé n'ait aucun rapport avec le contrat de travail, en particulier avec l'obligation de travailler, alors que les motifs prévus à l'article 336*b* occasionnent une absence du travailleur de l'entreprise. Cependant, le législateur qui impose aux citoyens des obligations légales doit veiller à ce que l'accomplissement de ces obligations ne constitue pas un motif valable de résiliation, comme il le fait pour les cas prévus à l'article 336; il est donc justifié de prévoir dans les deux cas la même sanction.

Un maximum élevé de l'indemnité est finalement dans l'intérêt de la défense du pays et du bon accomplissement des tâches publiques auxquels l'employeur et le travailleur sont astreints de par la loi.

A la différence de l'article 336*g* du code des obligations, l'article 336*b* ne prévoit *pas de procédure particulière* pour faire valoir cette indemnité. Par conséquent, les prétentions qui découlent de l'article 336*b* sont également soumises aux dispositions applicables aux autres prétentions relevant du

contrat de travail (cf. art. 341 CO). Cette solution est justifiée déjà par le fait que la procédure doit être la même qu'en cas de congé abusif.

620.9 Article 336*c*

L'article 336c est consacré à la protection des travailleurs contre les *résiliations en temps inopportun prononcées par l'employeur*, protection qui est actuellement réglée à l'article 336*e* du code des obligations. Comme le droit en vigueur le prévoit déjà, cette protection n'intervient qu'après le temps d'essai. Il résulte en outre de la systématique que la résiliation immédiate pour justes motifs continue d'être admissible pendant ces périodes de protection.

Le *1er alinéa* fixe pour les différentes situations les périodes pendant lesquelles le congé ne peut être prononcé. La *lettre a* vise l'*accomplissement d'obligations légales*. Il s'agit en premier lieu, comme dans le droit actuel, du service militaire ou de protection civile suisse obligatoire. Est *nouvelle* la mention expresse du *service féminin de l'armée et du service de la Croix-Rouge*; les raisons de cette innovation sont les mêmes que pour l'article 336*b*, 1er alinéa.

Autre nouveauté: l'extension de la protection aux périodes dans lesquelles le travailleur doit s'absenter en raison de *l'accomplissement d'une obligation légale lui incombant sans qu'il ait demandé de l'assumer*. Est ainsi déterminant pour la protection non pas le temps durant lequel le travailleur exerce, par exemple, sa fonction de tuteur, mais la durée de l'absence du travail résultant de cette obligation. Cette nouveauté est justifiée par le fait qu'aussi bien la situation des travailleurs concernés que les intérêts publics en présence sont ici les mêmes que dans les cas du service militaire et du service de protection civile. L'extension de la protection au temps de l'accomplissement des obligations autres que le service militaire et le service de protection civile est justifiée en outre par l'égalité de traitement entre les congés donnés pour cause de service militaire ou de protection civile et ceux donnés en raison de l'accomplissement des obligations légales prévues à l'article 336*b*.

La *longueur des périodes de protection* (durée du service et, s'il a duré plus de douze jours, les quatre semaines qui précèdent et qui suivent ce service) demeure *inchangée*.

Relevons encore que nous avons profité de cette révision pour corriger une erreur rédactionnelle dans le texte français: la conjonction «et» est remplacée par la conjonction «ou» entre le service militaire et le service de protection civile.

La *lettre b* règle la protection contre les congés en cas de *maladie et d'accident* du travailleur. Le droit actuel ne prend en considération que les accidents et les maladies dont le travailleur n'est pas responsable. Le projet soumis en consultation a étendu cette protection aux cas où le travailleur a *provoqué par sa faute* la maladie ou l'accident. Malgré les critiques exprimées en procédure de consultation, le projet s'en tient à cette modifi-

cation qui permet de supprimer le seul élément subjectif contenu dans l'article 336*e* du code des obligations. Cet élément se justifie en cas de prestations en argent (cf. art. 324*a* CO), car on peut alors échelonner le montant de ces prestations selon le degré de la faute imputable au travailleur; en matière de protection contre les congés, la faute du travailleur ne doit en revanche jouer aucun rôle, car la protection se justifie déjà par la situation particulière du travailleur, à savoir l'empêchement de travailler par suite de maladie ou d'accident. Dans le doute, il ne serait en outre pas possible d'attendre qu'un juge se prononce sur l'existence ou non d'une protection contre le congé. Même après cette modification, il est peu probable que des travailleurs tombent malade ou se blessent volontairement afin de bénéficier de la protection contre les congés. Contre de tels abus, l'article 2 du code civil offre d'ailleurs une possibilité d'intervention suffisante, si bien qu'il n'est pas nécessaire de prévoir une réserve expresse dans la nouvelle disposition.

La norme précise clairement que la protection contre les congés existe *aussi bien lorsque l'empêchement de travail*, dû à la maladie ou à l'accident, *est complet que lorsqu'il est partiel.* En fait, il s'agit uniquement de fixer dans la loi ce que la jurisprudence[52)] a déjà établi: la protection contre les congés existe, non pas du fait que le travailleur ne peut chercher un emploi à cause de l'empêchement de travailler[53)], mais parce qu'un engagement du travailleur par un nouvel employeur à la fin du délai de congé ordinaire paraît hautement invraisemblable, en raison de l'incertitude quant à la durée et au degré de l'incapacité de travail.

On servirait au mieux les intérêts des travailleurs en prévoyant une protection contre les congés pendant toute la durée de l'empêchement de travail dû à la maladie ou à l'accident. Une telle solution ne serait cependant pas supportable pour les employeurs; en effet, ils ne pourraient même pas savoir pendant combien de temps ils devraient prendre des mesures dans le cadre de l'entreprise ou engager un remplaçant. Pour le même motif, on ne peut prévoir une protection contre les congés qui soit valable aussi longtemps que le travailleur reçoit d'une assurance collective des indemnités journalières pour perte de salaire. Une telle protection pourrait en outre – surtout en cas d'incapacité partielle de travail – durer de nombreuses années. Ces motifs nous conduisent à ne pas étendre la protection prévue par l'avant-projet, contrairement aux exigences formulées en procédure de consultation.

Mais nous refusons également de raccourcir le *délai de protection maximum de 360 jours dans une période d'observation de trois ans*, qui est proposé, car ce délai tient compte de manière équitable des intérêts des deux parties. Des statistiques représentatives de toute la Suisse et portant sur 318 000 cas d'absences dues à la maladie et à l'accident montrent que les absences de plus de 60 jours constitutent 2,9 pour cent des cas seulement; une absence supérieure à 360 jours n'intervient que dans un cas sur mille. Par rapport à l'ensemble du personnel des entreprises inclus dans la statistique (120 000 personnes observées pendant une période de trois ans), cela signifie que 1,74 pour cent des travailleurs sont empêchés de travailler

en raison de maladie et accident pendant plus de 60 jours et que 0,6 pour mille le sont pendant plus de 360 jours. Les empêchements de travail de longue durée dus à la maladie et à l'accident étant extrêmement rares, la protection contre les congés proposée n'entraînera pas des charges insupportables pour les employeurs et ne contribuera pas à affaiblir la position des personnes handicapées physiquement ou mentalement sur le marché du travail.

D'autre part, un délai de protection d'une durée de 360 jours facilitera le rétablissement du travailleur – avec des effets positifs sur les assurances sociales – et lui garantira, dans la plupart des cas, sa place de travail jusqu'à la décision sur son invalidité. Le délai de protection a été fixé à 360 jours exactement, parce que le droit à une rente selon la loi fédérale sur l'assurance-invalidité existe – au cas où une invalidité permanente n'est pas prouvée plus tôt – dès que l'assuré «a subi, sans interruption notable, une incapacité de travail de la moitié au moins en moyenne pendant 360 jours et qu'il présente encore une incapacité de gain de la moitié au moins» (art. 29, 1er al., LAI). Il faut en outre prendre en considération que, dans la détermination de la durée de la protection contre les congés, les empêchements de travail ne sont pas calculés séparément, selon qu'ils sont dus à la maladie ou à l'accident, mais pris en compte globalement.

Enfin, la protection contre les congés n'intervient pas in extenso pour chaque maladie ou accident, mais les délais de protection se rapportent à l'ensemble des jours, durant lesquels le travailleur a été absent pour cause de maladie ou d'accident dans une période d'observation déterminée.

Comme l'avant-projet soumis en consultation, la présente révision prévoit un délai de protection maximum de 360 jours dans une période d'observation de trois ans. A la différence de l'avant-projet, ce projet règle expressément les cas dans lesquels le *contrat de travail a duré moins de trois ans* et pour lesquels il faut donc se référer à une période d'observation plus courte. Dans ces cas, ce sont les *années de service* qui sont *déterminantes*: la durée maximale de la protection est de 90 jours pour la première année de service, de 180 jours pour les deux premières années de service, et de 270 jours pour les trois premières années de service. Pour les années de service ultérieures, la période d'observation est de trois ans avant la résiliation du contrat ou avant la maladie ou l'accident du travailleur.

D'une part, ce système empêche qu'après chaque rétablissement, fût-il passager, la totalité du délai de protection recommence à courir dès le début et qu'ainsi le travailleur puisse prolonger la protection contre le congé, en reprenant le travail avant l'expiration du délai de protection, sans être entièrement rétabli. D'autre part, ce système tient compte de l'ancienneté du travailleur, c'est-à-dire d'un élément qui est également pris en considération dans la réglementation d'autres problèmes (p. ex. paiement du salaire en cas de maladie ou d'accident, délais de résiliation).

Lors de la procédure de consultation, cette méthode de calcul se référant à une période d'observation a été jugée – non sans fondements – trop compliquée. La portée pratique de cette critique ne doit cependant pas être surestimée car, nous l'avons déjà dit, les empêchements de travail de

longue durée, dus à la maladie ou à l'accident, sont extrêmement rares. Les deux exemples suivants de l'application de cette méthode de calcul, dans des cas où les rapports de travail ont déjà duré plus de trois ans, montrent que cette méthode, même si elle n'est pas très simple, est sans aucun doute praticable: l'employeur donne congé le 1er juillet 1986 à un travailleur malade depuis le 21 juin 1986. Si, pendant la période allant du 1er juillet 1983 au 30 juin 1986, le travailleur a été absent 360 jours ou plus pour cause de maladie ou d'accident, le congé est valable; dans le cas contraire, le congé est nul. Si, par exemple, le travailleur n'a pas été absent en 1983, a été empêché de travailler, en 1984, du 1er juin ou 30 novembre (183 jours) et, en 1985 du 1er mars au 30 juin (122 jours) et qu'il tombe malade le 21 juin 1986 (comme on l'a supposé auparavant), il comptabilisera 315 jours d'absence le jour du congé (1er juillet 1986). Si sa maladie dure au-delà du 30 juin, il ne peut être congédié que 45 jours plus tard, soit le 15 août 1986.

Il faut procéder de manière analogue, dans le cas où un travailleur en bonne santé ayant reçu le congé est victime d'une maladie ou d'un accident avant la fin du délai de résiliation; mais, dans ce cas, le *dies a quo* de la période d'observation de trois ans ne part pas du jour de la résiliation mais du jour de la maladie ou de l'accident. Supposons que l'employeur ait résilié le contrat le 20 mars 1986 dans le délai de deux mois (terme: 31 mai 1986) et que le travailleur tombe malade le 1er mai 1986. Il faut tout d'abord déterminer si et, le cas échéant, combien de jours le travailleur a été empêché de travailler par suite de maladie ou d'accident durant la période du 1er mai 1983 au 30 avril 1986. S'il n'a jamais été absent pendant cette période, le délai de résiliation – interrompu le 1er mai 1986 – recommence à courir après 360 jours au cas où le travailleur demeure malade pendant 360 jours ou plus. Si, pendant cette période d'observation de trois ans, le travailleur a été malade 100 jours, par exemple, la protection contre le congé dure encore 260 jours et le délai de résiliation recommence à courir après ces 260 jours, à supposer que la maladie ait duré plus de 260 jours. Si, enfin, le travailleur a déjà été absent 360 jours ou plus pendant cette même période d'observation, sa maladie au 1er mai 1986 n'a aucune incidence sur le congé: le délai de résiliation n'est pas interrompu et le congé produit pleinement effet au 31 mai 1986.

Selon la *lettre c* du 1er alinéa, les travailleuses bénéficient d'une protection contre le congé pendant tout la durée de la *grossesse et* les seize semaines suivant l'*accouchement*. Il s'agit donc de la même réglementation que nous vous avons déjà soumise dans notre projet concernant la révision partielle de l'assurance-maladie[54)], réglementation qui, au surplus, satisfait aux exigences de l'article 8, paragraphe 2, de la Charte sociale européenne (FF *1983* II 1358 et 1359). Notre proposition vise à assurer la concordance avec la nouvelle loi fédérale sur l'assurance-maladie et maternité pour le cas où vous n'adopteriez cette loi qu'après notre projet. Il n'est en conséquence pas nécessaire de la développer. Il faut cependant mentionner que cette solution a été rejetée en procédure de consultation pour la raison qu'il n'y a pas de certitude immédiate sur le moment de la conception et

que la travailleuse peut très bien n'apprendre qu'après l'expiration du délai de résiliation qu'elle était enceinte au moment où elle a reçu le congé. Indépendamment du fait que ces cas seront rares en pratique, on peut opposer à cette objection que le même problème se pose à propos de la réglementation de la protection contre les congés en cas de grossesse, qui – comme le droit actuel – se réfère au moment de l'accouchement; car le début de la période de protection n'est alors déterminable qu'a posteriori, c'est-à-dire au moment de l'accouchement seulement.

La *lettre d* du 1er alinéa règle la protection contre les congés donnés pendant l'accomplissement, par le travailleur, d'un *service d'aide à l'étranger* ordonné par l'autorité fédérale. Le droit en vigueur (art. 336*c*, 1er al., let. d, CO) protège le travailleur pendant les quatre premières semaines de service. Le projet étend la protection à toute la durée du service et précise que la protection n'existe que lorsque le travailleur s'absente du travail avec l'*accord de son employeur* afin d'accomplir un service d'aide à l'étranger. Si l'employeur a donné son accord, le travailleur doit bénéficier de la protection contre le congé pendant toute la durée du service.

Les différents cas de protection contre les congés, prévus à l'article 336*c*, 1er alinéa, sont applicables *cumulativement* en faveur du travailleur. Le travailleur qui, par exemple, accomplit un service militaire et tombe malade durant la même année bénéficie ainsi de la protection complète de l'article 336*c*, 1er alinéa, lettres *a et b*.

Le *2e alinéa* reprend textuellement le 2e alinéa de l'actuel article 336*c* du code des obligations. Les versions française et italienne sont adaptées au texte allemand: les mots manquants «bis dahin»[55] sont maintenant traduits dans ces deux langues.

Le *3e alinéa* correspond à la lettre au 3e alinéa de l'article 336*c* du code des obligations.

620.10 Article 336*d*

L'article 336d règle la *protection de l'employeur* contre la résiliation en temps inopportun par le travailleur.

Dans les cas de service militaire ou de protection civile, de maladie et d'accident, de grossesse et d'accouchement ainsi que lors d'un service d'aide à l'étranger, le droit en vigueur garantit à l'employeur et au travailleur la même protection contre les congés (cf. art. 336*f* et 336*c*, 1er al., CO).

Le *1er alinéa* restreint considérablement cette protection. Est maintenue la protection pendant l'*accomplissement d'un service militaire ou de protection civile* et durant les quatre semaines qui précèdent et qui suivent ce service, pour autant qu'il ait duré plus de douze jours. Cette protection – ainsi que celle du travailleur (cf. art. 336*c*, 1er al., let. a) – est étendue au service féminin de l'armée, au service de la Croix-Rouge et au temps de l'accomplissement d'une *obligation légale* incombant à l'employeur sans qu'il ait demandé de l'assumer. Il s'agit, dans tous ces cas, d'empêchements de l'employeur qui sont connus longtemps à l'avance et qui peuvent être annoncés

à temps au travailleur, afin qu'il puisse tenir compte des délais de protection s'il envisage de donner congé.

Il en va autrement dans les cas d'empêchements de l'employeur dus à la *maladie et* à l'*accident* ainsi que lors de la *grossesse* d'une employeuse: ces faits se produisent de façon soudaine et ne peuvent ainsi être pris en considération par le travailleur qui veut donner le congé. Lorsque le travailleur a déjà un nouvel emploi, il ne peut pas commencer son travail le jour convenu si l'employeur qu'il doit remplacer tombe malade pendant le délai de résiliation. Dans le cas inverse, l'employeur devrait certes payer un salaire aussi bien à la personne congédiée, ayant retrouvé sa santé, qu'au travailleur nouvellement engagé, mais il pourrait exiger des deux la prestation de travail. C'est donc la nature différente des prestations de l'employeur et du travailleur qui justifie dans ce cas l'abandon du principe de la parité. C'est pourquoi, nous ne pouvons nous rallier à la proposition, faite en procédure de consultation, de garantir la même protection contre les congés aux employeurs qu'aux travailleurs.

Le projet renonce enfin à une protection de l'employeur contre le congé donné par le travailleur lorsque l'employeur participe à un *service d'aide à l'étranger*. En effet un tel service dépend de la volonté du participant. La participation de l'employeur – contrairement à celle du travailleur – ne nécessite aucune autorisation du cocontractant. Il ne serait donc ni équitable ni justifié de limiter la liberté de résiliation du travailleur parce que l'employeur a librement décidé de s'absenter pendant un certain temps.

Le *2e alinéa* correspond à l'actuel alinéa 2 de l'article 336*f* du code des obligations; le renvoi à une autre disposition est simplement adapté à la nouvelle numérotation.

620.11 Article 336*e*

L'article 336e règle la *protection spéciale contre les congés donnés aux membres d'une représentation des travailleurs dans l'entreprise.*

Sont des représentations de travailleurs dans l'entreprise au sens de cette disposition les organismes, tels que les conseils d'entreprise et les commissions d'entreprise, qui défendent les intérêts des travailleurs face aux employeurs et qui disposent de droits de participation.

Il importe de garantir aux membres de ces représentations une protection spéciale contre les congés, afin que le mandat qui leur est confié par la loi ou par une convention collective de travail puisse être exercé sans entraves, et pour éviter que des élections libres soient pratiquement soumises au veto de l'employeur.

Une telle protection contre les congés doit figurer *dans le code des obligations*, car elle doit être applicable non seulement aux représentations de travailleurs prescrites par la loi (p. ex. par une loi sur la participation), mais aussi à celles que les partenaires sociaux prévoient sans obligation légale.

Le *1er alinéa* prévoit que l'employeur ne peut congédier les représentants des travailleurs dans l'entreprise que pour un *«motif justifié»*. Est un «motif justifié» tout motif qui peut raisonnablement donner lieu à résiliation même s'il n'est pas suffisamment grave pour justifier une résiliation immédiate du contrat.[56] La notion de «motif justifié» est connue du droit suisse du contrat de travail depuis 1912 (cf. art. 360, 2e al., aCO, et art. 340*c*, 2e al., CO)[57] et a été clarifiée de manière satisfaisante par la jurisprudence et par la doctrine.[58]

Le *2e alinéa* règle les conséquences juridiques en cas de violation du 1er alinéa: lorsque l'employeur a congédié sans motif justifié un représentant des travailleurs dans l'entreprise, il doit lui verser une *indemnité* en espèce. En prévoyant comme sanction une indemnité, il est implicitement admis que le *congé* est *valable* et qu'il produit plein effet, même s'il a été donné sans aucun motif.

Le *3e alinéa* fixe à douze mois de salaire le maximum de l'indemnité et prescrit au juge de tenir compte de toutes les circonstances du cas concret dans la fixation de l'indemnité.

Le *4e alinéa* précise que l'employeur qui congédie un membre d'une représentation des travailleurs dans l'entreprise non seulement sans motif justifié, mais encore abusivement (art. 336) ou pour cause de service militaire ou de protection civile ou encore d'accomplissement d'une obligation légale incombant au travailleur sans qu'il ait demandé de l'assumer (art. 336*b*), doit verser cumulativement l'indemnité prévue à l'article 336*e* et celle prévue à l'article 336 ou 336*b*. Le *cumul des sanctions* dans les cas cités a été critiqué en procédure de consultation pour le motif qu'une double sanction serait rattachée au même état de fait abusif. Cette critique oublie que l'article 336*e* offre aux représentants des travailleurs dans l'entreprise une protection spéciale, c'est-à-dire que le congé ne peut être donné sans motif justifié, et ce de manière générale, donc indépendamment du fait que le congé est abusif ou non. C'est pourquoi nous maintenons le principe du cumul, afin que l'employeur qui non seulement viole l'article 336*e*, mais encore résilie abusivement doive s'attendre à une sanction plus lourde.

620.12 Suppression des articles 336*f* et 336*g*

Les problèmes réglés aux articles 336*f* et 336*g* du droit en vigueur sont maintenant régis aux articles 336*d* et 336*b* de ce projet. C'est pourquoi, les articles 336*f* et 336*g* du code des obligations doivent être abrogés.

620.13 Article 337, 1er alinéa

Le *1er alinéa* de l'article 337 du code des obligations est complété en ce sens que la partie qui résilie immédiatement le contrat doit, sur demande de l'autre partie, *communiquer par écrit les motifs* de sa décision.

Cette obligation est dictée par les mêmes raisons que celles qui justifient l'obligation de motiver le congé ordinaire (cf. art. 335, 2e al.). A cela s'ajoute le fait que la loi elle-même (art. 337, 1er al., CO) subordonne la validité de la résiliation immédiate à l'existence d'un juste motif. Quant au licenciement immédiat prononcé par l'employeur, relevons que la communication des motifs est une pratique courante dans les entreprises dont l'administration du personnel est bien développée.

En l'occurrence, comme dans le cas d'un congé ordinaire, l'obligation d'indiquer les motifs par écrit n'est qu'une simple prescription d'ordre; il n'est en effet pas opportun de faire de la motivation une condition de validité de la résiliation immédiate. En cas de licenciement immédiat prononcé par l'employeur, la motivation pourrait nuire encore plus aux intérêts du travailleur que ce n'est le cas pour un congé ordinaire. De plus, une telle solution serait la source d'insécurités qui conduiraient à des difficultés insurmontables dans la pratique: la partie qui a reçu le congé ne saurait si la motivation sera donnée ou non et, donc, si les rapports de travail sont maintenus ou non. Le travailleur licencié ne saurait pas non plus s'il doit offrir ses services et se tenir à disposition de l'employeur ou s'il peut accepter un nouvel emploi sans crainte d'ennuis.

Lors de la procédure de consultation, d'aucuns ont demandé que l'on interdise expressément dans la loi *l'invocation postérieure de motifs qui n'étaient pas connus au moment de la résiliation* pour le cas où l'on ne prévoirait pas dans la loi que l'indication des motifs est une condition de validité de la résiliation immédiate. Nous considérons cependant qu'une telle précision est inutile, car nous sommes d'avis, à l'encontre de la jurisprudence du Tribunal fédéral, mais avec une partie de la doctrine, qu'une telle possibilité est déjà exclue par le droit en vigueur[59]: la résiliation immédiate du contrat de travail suppose l'existence de justes motifs, c'est-à-dire de «circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail» (art. 337, 2e al., CO). On suppose donc la présence d'un motif qui rende impossible la poursuite des relations contractuelles. Des motifs qui sont découverts ou qui surviennent après la résiliation immédiate ne peuvent toutefois avoir rendu impossible déjà antérieurement la continuation des rapports de travail et ils ne peuvent par conséquent représenter un juste motif de résiliation immédiate. Un motif qui est découvert ou qui survient après la résiliation immédiate justifie seulement une nouvelle résiliation immédiate, au cas où – éventuellement additionné aux motifs antérieurs insuffisants – il constitue un juste motif au sens de la loi.[60]

Selon l'article 337, 3e alinéa, du code des obligations, le juge ne peut en aucun cas considérer comme juste motif le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler. A la suite de certaines suggestions formulées lors de la procédure de consultation, nous avons examiné si cette disposition devait être révisée, étant donné que, dorénavant, la protection contre les résiliations en temps inopportun devrait aussi exister en cas d'absences fautives dues à la maladie ou à l'accident du travailleur. Une telle révision est cependant superflue: en rapport avec la maladie et l'accident, nous pen-

sons qu'il résulte obligatoirement de l'interprétation de la loi qu'un licenciement immédiat ne peut être valablement fondé sur des motifs constituant une cause de nullité de la résiliation ordinaire; quant aux autres empêchements de travail – par exemple, en cas de détention préventive – la faute du travailleur doit toutefois continuer à jouer un rôle.

620.14 Article 337*c*

Comme le droit en vigueur, la présente révision part de l'idée que la résiliation immédiate sans justes motifs doit être convertie en un congé ordinaire. Cette conversion se justifie du seul fait que l'employeur pourrait, tout de suite après le licenciement immédiat, notifier un congé ordinaire pour être sûr que les rapports de travail prennent fin au plus tard à la fin du délai de congé, même s'il n'existait pas de justes motifs de résiliation immédiate.

Le droit actuel accorde au travailleur licencié immédiatement sans justes motifs un droit au salaire pour la durée du contrat, si elle est déterminée, ou pour la durée du délai de congé, si le contrat est de durée indéterminée, ainsi que le droit «au remplacement des avantages résultant des rapports de travail» (art. 337*c*, 1er al., CO). Sont des avantages au sens de cette norme, par exemple, la gratification, la treizième mensualité et l'indemnité de départ, auxquels le travailleur aurait eu droit si le contrat avait pris fin normalement.[61)]

S'appuyant sur le commentaire relatif à l'article 337*c* du code des obligations contenu dans le message du Conseil fédéral (FF *1967* II 399), la jurisprudence du Tribunal fédéral considère que la résiliation immédiate sans justes motifs met fin de facto, mais non pas de jure aux rapports de travail.[62)] Cette jurisprudence a été critiquée par la doctrine selon laquelle, en cas de résiliation immédiate sans justes motifs, les rapports de travail cesseraient de fait *et* de droit.[63)]

Le projet tient compte de ces critiques: le *1er alinéa* prévoit que le travailleur licencié immédiatement sans justes motifs peut demander à l'employeur de lui verser ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à l'expiration de la durée déterminée du contrat. Cette prétention du travailleur ne diffère guère, quant au montant, de celle que lui garantit le droit en vigueur. Mais, à la différence du droit actuel, notre projet ne prévoit plus un droit du travailleur au *salaire* et exprime par là que les rapports de travail sont terminés aussi bien en fait qu'en droit. En effet, l'existence d'un droit au salaire présuppose l'existence de rapports de travail, du moins en droit.

Le *but principal* de ce changement est de nature *pratique*. Si les rapports de travail se terminent seulement en fait, le travailleur devrait offrir ses services après le licenciement s'il ne veut pas perdre son droit au salaire, pour autant qu'on puisse raisonnablement le lui demander.[64)] Or, il est recommandé au travailleur de continuer à offrir ses services, afin qu'on ne puisse pas affirmer qu'il s'agit d'une résiliation consensuelle du contrat, et non d'un licenciement[65)]; mais, une telle offre des prestations de travail ne

saurait être une condition d'applicabilité de l'article 337*c*, sinon la norme resterait lettre morte dans de nombreux cas.

La révision du 1er alinéa de l'article 337*c* répond *aussi* à des *considérations dogmatiques*: le *2e alinéa* prévoit – comme le droit actuel – que le travailleur doit imputer sur sa créance le revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou le revenu auquel il a intentionnellement renoncé. Or, une telle imputation est justifiée, s'agissant de dommages-intérêts, mais ne l'est pas si le travailleur a droit au salaire.

Selon le système de sanctions prévu par ce projet, une éventuelle faute concomitante du travailleur qui aurait conduit au licenciement immédiat ne permet aucune réduction de la prétention accordée au travailleur par le 1er alinéa[66], bien qu'il s'agisse d'une prétention en dommages-intérêts. La faute concomitante du travailleur n'est à considérer que pour la fixation de l'indemnité prévue au 3e alinéa.

Le 1er alinéa ne prévoyant plus de droit au salaire, la question controversée de savoir si les créances dérivant de l'article 337*c* sont exigibles au moment même du licenciement immédiat est résolue de façon indirecte par l'affirmative.[67]

Selon le projet, le licenciement immédiat n'est subordonné à aucune autorisation préalable (p. ex. de la part du juge ou des représentants des travailleurs); comme dans le droit actuel, il s'agit d'un droit formateur de l'employeur et le licenciement a donc un effet immédiat et définitif, même si les justes motifs font défaut. En outre, le licenciement immédiat n'est – comme dans le droit en vigueur – lié à aucune condition de validité, telle que la forme écrite ou la motivation.

Le *licenciement immédiat* constitue d'autre part la *mesure la plus incisive* dans la vie du travailleur. Il porte une très grave atteinte à sa personnalité et, même en l'absence de justes motifs, il affecte le travailleur d'un handicap qui affaiblit considérablement ses chances sur le marché du travail.

Pour ces raisons et compte tenu du fait que les délais de congé sont en général courts[68], la loi doit pourvoir à ce que les *licenciements immédiats* ne soient prononcés *que dans des cas vraiment exceptionnels* et qu'ils ne soient utilisés qu'en dernier ressort.

C'est précisément le but que vise l'indemnité prévue au *3e alinéa*, indemnité qui tend à la fois à pénaliser et à permettre la réparation du tort moral.

Le juge doit aussi fixer cette indemnité «compte tenu de toutes les circonstances». Il considérera, en particulier, si le comportement du travailleur, sans constituer un juste motif, a cependant donné à l'employeur une raison de résilier le contrat.

Ici encore, le *maximum* de l'indemnité est *élevé*; un tel maximum aura un effet préventif et évitera que des licenciements immédiats soient prononcés sur un coup de tête de l'employeur. Le maximum est également de douze mois de salaire: on ne saurait en effet trouver des motifs qui justifieraient des maxima différents de l'indemnité prévue aux articles 336 et 337*c*, ainsi qu'aux articles 336*b* et 336*e*. Par contre, le juge est en mesure de fixer sans

difficultés l'indemnité adéquate dans le cas d'espèce, même si une indemnité maximum identique est prévue pour les différents cas. La tâche du juge est en outre facilitée par le fait que le maximum est élevé.

Le *4e alinéa* correspond au 3e alinéa de l'actuel article 337*c* du code des obligations, qui accorde au travailleur licencié immédiatement en raison d'un service militaire ou de protection civile exécuté ou à exécuter le droit au salaire selon l'article 337*c* du code des obligations ainsi que l'indemnité prévue à l'article 336*g* du code des obligations. Le *cumul des sanctions* est justifié, car l'employeur qui licencie le travailleur avec effet immédiat pour une de ces raisons viole deux dispositions ayant un but de protection différent. Selon notre projet, le principe du cumul des sanctions s'applique aussi aux nouveaux cas du congé abusif et du congé donné sans motif justifié à un représentant de travailleurs dans l'entreprise.

620.15 Article 337*d*, 3e et 4e alinéas

Le travailleur qui n'entre pas en service ou abandonne son emploi abruptement sans justes motifs doit à l'employeur une indemnité et des dommages-intérêts (art. 337*d*, 1er al., CO).

Le 3e alinéa de l'actuel article 337*d* du code des obligations prévoit la péremption du droit de l'employeur à l'indemnité, si ce droit n'est pas exercé, par voie d'action en justice ou de poursuite, dans les trente jours dès la non-entrée en service ou l'abandon de l'emploi. Le droit de l'employeur aux dommages-intérêts peut par contre être exercé dans le délai légal de prescription, car aucune péremption n'est prévue pour ce droit. Un traitement différent de ces deux droits n'est pas justifié: ils ont en effet tous les deux leur source dans un seul et unique comportement du travailleur; il existe en outre un lien étroit entre le droit aux dommages-intérêts et l'indemnité, car l'employeur ne peut demander que la réparation du dommage qui dépasse l'indemnité.

La *suppression du 3e alinéa* de l'article 337*d* vise à régler de manière uniforme les deux prétentions et entraîne l'abandon d'une péremption pour le droit de l'employeur à une indemnité. L'autre solution possible, à savoir l'introduction d'un court délai de péremption pour faire valoir le droit aux dommages-intérêts, enlèverait à ce droit toute portée pratique, car le dommage ne peut pas être établi dans un bref laps de temps. La révision tient compte du principe de la parité: en effet, le droit en vigueur (art. 337*c* CO) – ainsi que le projet – ne prévoit aucun délai de péremption pour les prétentions du travailleur licencié immédiatement sans justes motifs.

Le 4e alinéa de l'actuel article 337*d* du code des obligations précise que le travailleur qui n'entre pas en service ou quitte son emploi abruptement, parce que l'employeur a accompli ou accomplira un service militaire ou de protection civile, ne lui doit pas seulement les prestations prévues par l'article 337*d*, 1er alinéa, du code des obligations (indemnité et dommages-intérêts), mais encore l'indemnité prévue par l'article 336*g* du code des obligations. Le *4e alinéa* du projet reprend le principe du *cumul des sanctions* et l'étend, comme à l'article 337*c*, au nouveau cas du congé abusif.

620.16 Article 343, 2e et 4e alinéas

Selon l'actuel *article 343* du code des obligations, les cantons sont tenus de soumettre à une procédure simple et rapide tous les litiges relevant du contrat de travail dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 5000 francs (2e al.); dans ces litiges, les parties n'ont à supporter ni émoluments ni frais judiciaires, sous réserve de procès téméraire (3e al.); enfin, le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves (4e al.).

Le projet soumis en consultation reconçait à fixer un maximum de la valeur litigieuse; la procédure simple, rapide et gratuite ainsi que la maxime d'office étaient ainsi étendues à tous les litiges relevant des rapports de travail, indépendamment de la valeur litigieuse. Cette solution a soulevé une vive opposition des cantons lors de la procédure de consultation. Ceux-ci craignaient que la nouvelle réglementation favorise l'augmentation du nombre des procédures et entraîne ainsi une surcharge insupportable des tribunaux. De plus, pour les litiges de valeur élevée, une procédure simple et rapide serait inappropriée, car les problèmes posés ne pourraient être résolus de manière satisfaisante que dans le cadre d'une procédure ordinaire. Enfin, une réglementation spéciale et, en particulier, la gratuité de la procédure, ne sont indiquées que si le salaire représente un moyen de subsistance, mais non lorsque le demandeur n'a pas un besoin urgent de son gain.

Le présent projet tient compte, dans une certaine mesure, de l'opposition manifestée par les cantons en portant, au *2e alinéa* de l'article 343, la *limite de la valeur litigieuse* de 5000 à *20 000 francs*. Cette augmentation répond aussi au désir général d'adapter le montant de la valeur litigieuse au renchérissement intervenu depuis 1972, désir qui a été exprimé tant lors de la procédure de consultation que dans les interventions adoptées par le Parlement (P Weber, E 16. 12. 80; P Ziegler-Soleure, N 19. 6. 81; P Darbellay, N 7. 10. 83).

Il faut encore mentionner que les cantons – quelques-uns ont approuvé l'abandon d'un maximum de la valeur litigieuse proposé dans l'avant-projet – ont la compétence d'introduire une limite plus élevée de la valeur litigieuse ou de ne pas en prévoir du tout. Ils peuvent de même prescrire une tentative de conciliation, afin d'endiguer, le cas échéant, les demandes en justice.

La *valeur litigieuse* ne doit jouer un rôle *qu'en rapport avec la rapidité, la simplicité et la gratuité de la procédure, mais non en rapport avec la maxime d'office*. A notre avis, cette maxime doit s'appliquer à tous les litiges relevant des relations de travail, indépendamment de la valeur litigieuse. C'est la raison pour laquelle nous vous proposons de modifier le *4e alinéa* de l'article 343. Cette révision veut surtout empêcher que les dispositions sur la protection contre les congés abusifs ne demeurent lettre morte, car l'existence d'un motif de congé qui ne mérite pas de protection ne doit pas se heurter à la difficulté d'en apporter la preuve. Le principe de l'instruction d'office obligera le juge à établir les faits de sa propre initiative; sous réserve de l'obligation des parties de collaborer, il devra se préoccuper de la

recherche des preuves nécessaires et apprécier librement les résultats de la procédure probatoire (ATF *104* V 211).

A notre avis, la maxime d'office suffit à garantir aux parties une réelle protection contre les congés abusifs. C'est pourquoi, contrairement à ce qui a été demandé à plusieurs reprises lors de la procédure de consultation, il n'est pas opportun d'imposer à l'employeur le *fardeau de la preuve* dans les procès concernant un congé abusif. Une telle disposition aurait pour effet que les congés donnés par l'employeur sont considérés comme abusifs, jusqu'à preuve du contraire. Nous rejetons cette présomption, car elle serait en totale contradiction avec la réalité et elle limiterait le droit de résiliation de l'employeur d'une manière inacceptable.

Aussi bien l'augmentation de la valeur litigieuse au 2e alinéa que l'extension de la maxime d'office à tous les litiges relevant des rapports de travail profitent aux deux parties, parce qu'elles sont applicables aux actions introduites par l'employeur et par le travailleur, et qu'il est impossible de dire à l'avance qui gagnera le procès.

620.17 Article 346, 1er alinéa

Selon l'actuel article 346, 1er alinéa, du code des obligations, pendant le temps d'essai, le contrat d'apprentissage peut être résilié en tout temps moyennant un préavis de sept jours.

Le projet prévoit que le contrat d'apprentissage, comme les autres contrats de travail (art. 335*b*), ne peut être résilié au plus tard que pour la fin du temps d'essai.

620.18 Articles 361 et 362

620.181 Généralités

La révision totale du droit du contrat de travail de 1972 avait innové en divisant de nombreux articles en dispositions dites absolument impératives et relativement impératives; les premières étaient énumérées à l'article 361, les secondes à l'article 362 du code des obligations. On pensait améliorer ainsi la sécurité juridique (FF *1967* II 435); cependant, tant la fonction de ces deux listes que leur libellé se sont avérés problématiques.[69)]

La présente révision nous a donné l'occasion d'entreprendre un examen critique des articles 361 et 362. On a d'abord déterminé les dispositions du titre dixième du code des obligations dont le texte permet d'emblée de constater si et dans quelle mesure des dérogations contractuelles sont autorisées. Partout où la loi elle-même prévoit la nullité de conventions contraires, la mention de ces dispositions dans la liste des normes absolument impératives de l'article 361 est superflue. De même, les dispositions prévoyant clairement à quelles conditions formelles et dans quelles limites matérielles des dérogations sont licites ne doivent pas non plus figurer dans l'inventaire des normes absolument impératives (art. 361) ou relativement

impératives (art. 362). Enfin, la question de la nature absolument ou relativement impérative ne se pose pas pour les normes qui ne concernent pas les parties, mais les autorités (art. 325, 1er al., 2e phrase, CO), ou qui n'ont de signification que dans le cadre du droit dispositif (art. 355 CO).

Les résultats de notre examen nous amènent à *biffer* de la liste des dispositions absolument impératives *de l'article 361* du code des obligations les articles suivants: *321c, 3e alinéa, 325, 1er alinéa, 339, 2e et 3e alinéas, 340b, 3e alinéa, 347a, 2e et 3e alinéas, et 355.* En outre, *les articles suivants doivent disparaître* de la liste des dispositions relativement impératives *de l'article 362: 323, 1er, 2e et 3e alinéas, 323a, 2e alinéa, 323b, 3e alinéa, 324a, 2e alinéa, 327a, 2e et 3e alinéas, 327c, 1er alinéa, 330, 2e alinéa, 339c, 1er alinéa, 340, 2e alinéa, 344a, 4e alinéa, 348a, 349a, 2e et 3e alinéas, 349d et 351a.*

Les *dispositions* suivantes *de ce projet* ne doivent figurer *ni à l'article 361, ni à l'article 362*: articles *334, 1er et 2e alinéas, 335a, 335b, 335c et 343, 2e et 4e alinéas.*

620.182 Article 361

L'*article 361* devrait énumérer toutes les dispositions, qui «ne peuvent être exclues ni modifiées» (FF *1967* II 298). La doctrine a cependant démontré qu'indubitablement plusieurs normes figurent à l'article 361, bien que leur texte et leur genèse indiquent qu'elles sont dispositives ou qu'on ne peut y déroger qu'en faveur du travailleur.[70] La jurisprudence du Tribunal fédéral a aussi amoindri la portée de l'article 361 du code des obligations. Selon cette jurisprudence, le caractère absolument impératif des dispositions énumérées à l'article 361 ne vaut que dans la mesure où elle protège les *deux parties* au contrat du travail; quant aux dispositions ou éléments de dispositions édictés en faveur d'une seule partie, il est interdit d'y déroger au détriment de cette partie, mais non pas de l'autre.[71]

On trouve donc à l'article 361 non seulement des dispositions qui ne peuvent pas être modifiées, mais aussi des dispositions auxquelles il est possible de déroger dans certaines limites.[72] Font partie de la première catégorie les dispositions qui ne visent pas directement les rapports entre employeur et travailleur, mais qui jouent tout de même un certain rôle dans les rapports de travail et qui ont été édictées en tenant compte des intérêts publics (cf. art. 325, 2e al., 331, 1er et 2e al., 342, 2e al., CO). N'admettent pas non plus de dérogations les normes par lesquelles le législateur, après avoir pesé les intérêts opposés des deux parties, a tranché de manière définitive un problème (cf. art. 321*c*, 1er al., 329*d*, 2e et 3e al., 337, 2e al., 337*b*, 1er al., 337*d*, 339, 1er al., 339*a*, 340 *b*, 1er et 2e al., 346 et 350*a*, 2e al., CO; cf aussi les art. 335*a*, 1er al., et 336*d* de ce projet).

A l'autre catégorie appartiennent les dispositions qui garantissent aux deux parties une protection minimum. Si les intérêts protégés par la norme existent parallèlement, les dérogations à la réglementation légale ne sont possibles que si les accords contractuels favorisent les deux parties dans la même mesure (cf. art. 336, 336*b*, 2e al., 336*c* et 350 CO). Dans les autres cas où

la protection d'une partie peut être indépendante de la protection de l'autre, des dérogations à la réglementation légale sont possibles, même si elles sont favorables à une seule des parties; sont par contre exclues les dérogations qui réduiraient la protection légale minimale de l'une ou de l'autre partie (cf. art. 323*b*, 2e al., 336*e*, 336*f* et 336*g* CO; cf. aussi les art. 335, 2e al., 336, 336*b* et 337, 1er al., de ce projet).

Nous sortirions du cadre de la présente révision si nous ancrions dans la lois les différentes catégories de normes absolument impératives établies par la doctrine et la jurisprudence. Une pareille entreprise risquerait en outre de modifier involontairement les décisions du législateur de 1971, car les documents relatifs à la genèse des normes ne permettent pas toujours d'établir à coup sûr le but de protection visé à l'époque. Les principes indiqués plus haut permettent toutefois de déterminer si l'énumération de l'article 361 doit être complétée ou si des dispositions qui y figurent doivent être biffées.

Cet examen montre que les *articles 323, 4e alinéa, 326, 2e alinéa, 331c, 343, 1er alinéa, et 349c, 3e alinéa*, doivent être *introduits dans* le catalogue de *l'article 361*. Les trois premières de ces normes sont, selon le droit en vigueur, relativement impératives.

L'*article 323, 4e alinéa,* protège le travailleur en lui accordant, à certaines conditions, un droit impératif à demander des avances à l'employeur; mais, l'employeur aussi est protégé par la norme, car il peut refuser les avances si l'on ne peut raisonnablement pas les exiger de lui.

En mentionnant l'article *326, 2e alinéa*, parmi les dispositons absolument impératives, nous corrigeons une erreur qui s'est produite pendant les délibérations parlementaires.[73)]

L'*article 331c* prévoit la manière dont une institution de prévoyance peut s'acquitter, à la fin des rapports de travail, de son obligation en faveur du travailleur. La disposition a créé quelques difficultés dans la pratique; en effet, on a souvent affirmé, qu'en dehors des cas réglés au 4e alinéa, le paiement en espèces au travailleur lui était, dans le cas concret, plus favorable que la prestation de libre passage. Si l'on veut assurer que les buts de la législation sur le deuxième pilier soient atteints, il faut empêcher que la réglementation de ces points et de questions semblables dépende des parties; l'article 331*c* doit par conséquent être absolument impératif.

En édictant l'*article 343, 1er alinéa*, le législateur voulait permettre aux parties de choisir entre deux fors, celui du domicile du défendeur ou celui du lieu de travail.[74)] Nous vous proposons de mentionner cette disposition à l'article 361, afin de garantir ce choix des parties et d'empêcher qu'un for prévu par convention ne puisse être invoqué que très difficilement par une partie.

L'*article 349c, 3e alinéa*, permet à l'employeur d'obliger à certaines conditions le voyageur de commerce à travailler dans l'établissement. Dans cette mesure, la disposition protège l'employeur. Elle doit par conséquent être absolument impérative.

Si l'on applique les critères énoncés plus haut aux *dispositions de ce projet,*

les *articles 335, 336, 336b, 336d, 337, 1er alinéa, et 337d* doivent être énumérés *à l'article 361.*

L'examen de toutes les dispositions du droit du contrat de travail à la lumière de leur but de protection montre que des normes figurant à l'article 361 ne visent que la protection du travailleur. Il s'agit des articles *326, 4e alinéa, 331, 3e et 4e alinéas, 339d et 350a, 1er alinéa.* Ces normes doivent par conséquent être biffées de l'article 361 et figurer dorénavant parmi les dispositions relativement impératives de l'*article 362.*

L'*article 326, 4e alinéa*, accorde au travailleur aux pièces ou à la tâche, à qui l'employeur ne peut donner ni du travail aux pièces ni du travail à la tâche ni du travail payé au temps, le droit à une rémunération équivalant au moins au salaire dû en cas de travail payé au temps.[75)]

Le texte de l'*article 331, 3e alinéa*, montre, à lui seul, que l'employeur peut verser à l'institution de prévoyance professionnelle des contributions plus élevées que celles du travailleur.[76)] L'*article 331, 4e alinéa*, impose à l'employeur une obligation minimale d'informer le travailleur; la disposition ne protège que le travailleur et des accords plus favorables au travailleur ne doivent par conséquent pas être exclus.[77)]

Les parties peuvent prévoir conventionnellement que l'indemnité de départ sera octroyée à des conditions plus favorables pour le travailleur que celles prévues par la loi; par convention, on peut en outre fixer une indemnité plus élevée que le maximum légal. Il est donc possible, par le moyen indirect de ces conventions, de prévoir que le travailleur a droit à une indemnité de départ dont le montant est plus élevé que les prestations versées par l'institution de prévoyance. Il n'y a alors aucune raison d'empêcher que le même résultat soit atteint directement par des conventions prévoyant que les éventuelles prestations de l'institution de prévoyance professionnelle ou d'un tiers ne sont pas imputées sur l'indemnité de départ. L'*article 339d* doit par conséquent être relativement impératif.[78)]

Selon l'*article 350a, 1er alinéa*, toutes les créances du voyageur de commerce portant sur des provisions deviennent exigibles à la fin des rapports de travail. La disposition n'a pour but que de garantir le revenu du voyageur; elle doit par conséquent être mentionnée à l'article 362.[79)]

620.183 Article 362

L'article 362 doit énumérer toutes les dispositions qui offrent au travailleur une protection minimum et dont la teneur ne permet pas, à elle seule, d'établir sans équivoque que des dérogations au détriment du travailleur ne sont pas valables.

Comme on l'a déjà relevé, les *articles 326, 4e alinéa, 331, 3e et 4e alinéas, 339d et 350a, 1er alinéa,* doivent être biffés de l'article 361 et insérés dorénavant à *l'article 362.*

L'article 329, 3e alinéa, doit lui aussi être mentionné *à l'article 362.* L'adjonction de cette disposition à l'article 362 permet de corriger une

erreur qui s'est apparamment produite lors des travaux de la commission de rédaction.[80)]

Parmi les dispositions du projet qui vous est soumis, *les articles 334, 3e alinéa, 336a, 336c, 336e et 337c, 1er, 3e et 4e alinéas*, sont relativement impératifs et doivent donc figurer à *l'article 362*.

7 Aspects économiques de l'initiative et de la révision du code des obligations

Pour apprécier du point du vue économique l'initiative et la révision proposée du code des obligations, il convient de mettre en regard les buts socio-économiques de la protection contre les licenciements et les effets que cette protection a sur la capacité d'adaptation du marché du travail et de l'économie. Il faut aussi examiner dans quelle mesure d'autres moyens – notamment dans le domaine des assurances sociales – peuvent réaliser les buts de l'initiative et de la révision.

D'une part, il faut constater que le congé prononcé par l'employeur entraîne parfois pour le travailleur des difficultés matérielles et, généralement, une plus ou moins forte tension psychique. D'autre part, l'employeur supporte des frais supplémentaires s'il doit maintenir une relation de travail qu'il désire dénoncer pour des motifs liés au fonctionnement de l'entreprise. Toute protection des travailleurs contre les licenciements rend plus difficile le congé donné par l'employeur ou l'interdit. Les conséquences négatives du congé pour le travailleur sont remplacées par les frais de l'employeur; une protection contre les licenciements se traduit nécessairement par une autre répartition des charges. L'aménagement concret d'une protection contre les licenciements est donc un problème d'optimalisation: il s'agit de trouver la ligne idéale entre deux objectifs qui s'opposent, à savoir entre l'efficacité du marché du travail et les buts de politique sociale.

L'analyse des années de haute conjoncture montre que, dans les 15 dernières années, le chômage a suivi dans le monde une courbe ascendante continue. Ce phénomène ne peut donc s'expliquer par l'accroissement de la demande générale des biens et des services. D'autres facteurs en sont responsables, notamment la forte augmentation de l'offre du travail (en particulier aux Etats-Unis), la rapidité des mutations technologiques et les modifications des conditions cadre établies par l'Etat. Comme exemples de ces dernières causes, on peut citer la législation sur les salaires minimaux, le développement des assurances sociales ainsi que les dispositions sur la protection contre les licenciements. Des études relatives aux effets de ces interventions sur le chômage ont été effectuées. Si leurs conclusions sont variables, elles reconnaissent toutes cependant que, par rapport au chômage actuel, l'ensemble des diverses interventions n'exerce qu'une influence minime. Une analyse purement partielle est toutefois problématique pour deux raisons: d'une part, tous les facteurs pris ensemble sont de nature à détériorer de manière sensible le fonctionnement et la flexibilité du marché du travail; d'autre part, il existe entre les diverses mesures des relations

croisées et des interdépendances qui ne sont pas prises en considération dans une analyse partielle.

La capacité de fonctionnement et la flexibilité du marché du travail sont considérées aujourd'hui, sur le plan international, comme l'un des problèmes centraux de la politique économique. Il s'agit d'améliorer à nouveau la flexibilité du marché, qui a été perdue au cours des dernières années. Comparativement à d'autres pays, la Suisse présente un taux de chômage peu élevé. C'est pourquoi, il serait faux d'affirmer que, dans notre pays, la flexibilité du marché s'est détériorée. Les expériences faites à l'étranger nous montrent cependant qu'il ne faut pas prendre à la légère les appréhensions face à une protection contre les congés trop étendue. Notre projet tient compte de ces craintes, en garantissant en principe à l'employeur la liberté de résilier et, à la différence de l'initiative, en ne prévoyant aucune prolongation des rapports de travail dans les cas de rigueur.

Cette révision du code des obligations est dictée par le souci de lutter contre les abus et non par des considérations touchant la politique de l'emploi. Il s'ensuit que la sanction prévue n'est pas le maintien des relations de travail, mais une indemnité pécuniaire ayant pour la partie qui résilie abusivement les mêmes effets qu'une amende. Le maximum de cette indemnité est assez élevé pour garantir que la nouvelle réglementation – il s'agit d'une législation contre les abus – ait les effets de prévention souhaités. Compte tenu de la nature de cette réglementation, il n'y a pas lieu de craindre, même en prévoyant un maximum de douze mois de salaire, que les personnes qui cherchent un emploi soient désavantagées sur le marché du travail parce qu'elles pourraient, en raison de leurs qualités personnelles ou de leurs opinions, profiter plus facilement de la protection contre les licenciements.

En ce qui concerne la protection contre les résiliations en temps inopportun, il s'agit de maintenir, pendant un certain temps, une relation de travail que l'employeur aimerait interrompre. Ici aussi, il y a le risque qu'un employeur pouvant choisir parmi plusieurs candidats à qualités égales accorde la préférence à la personne qu'il pourra le plus facilement licencier. Ce danger, existant déjà dans le droit en vigueur, est cependant inhérent à la protection contre les résiliations en temps inopportun. De par sa nature, une telle protection est en effet liée à des situations particulières, dans lesquelles les travailleurs sont en général censés avoir besoin d'une protection. On est donc en présence d'une antinomie insoluble. D'une part, on admet qu'une protection spéciale contre les congés doit être offerte au travailleur dans des cas déterminés; on reconnaît ainsi implicitement que cette protection doit précisément être garantie aux personnes qui en ont le plus besoin. D'autre part, il faut admettre que les chances de ces personnes sur le marché du travail peuvent être amoindries en raison de cette protection, si, malgré elle, ces travailleurs deviennent chômeurs.

Il importe que le législateur, conscient de ce problème, propose des solutions qui offrent aux intéressés une protection effective, mais qui ne produisent pas d'effets contraires. C'est ce que fait le présent projet. Comme nous l'exposerons ci-après (cf. ch. 82), cette protection n'occasionne pas

aux employeurs des coûts excessifs, de sorte qu'elle ne devrait pas avoir d'incidences majeures sur l'engagement des travailleurs. A cela s'ajoute que la protection ne profite pas à des groupes marginaux, mais à une grande partie de la population active, voire à tous les travailleurs; en conséquence, l'influence de cette protection sur le marché du travail est fortement relativisée.

L'initiative demande l'adoption de normes sur la protection contre les licenciements collectifs pour raisons économiques. A ce propos, il faut remarquer que la protection contre les licenciements n'est pas l'unique possibilité de répartir les frais consécutifs à un licenciement. Des solutions de remplacement ne permettent sans doute pas d'éviter les problèmes psychiques liés à un licenciement; cependant, elles en atténuent au moins les conséquences matérielles. De telles mesures sont déjà prises en vertu de la loi sur l'assurance-chômage et l'indemnité en cas d'insolvabilité. Il ne s'agit pas seulement des prestations pécuniaires versées aux chômeurs, mais surtout des montants destinés au recyclage, au perfectionnement et à l'intégration professionnelle ainsi que des mesures prises dans le cadre des bureaux de placement qui améliorent les perspectives de trouver un nouvel emploi. Ces mesures ont l'avantage de faciliter les adaptations structurelles. En revanche, une protection contre les licenciements pour raisons économiques a pour effet de conserver des structures dépassées; elle empêche les redimensionnements et oblige les entreprises à occuper inutilement des travailleurs, ce qui peut mettre en péril même les secteurs rentables de l'entreprise.

Les partisans d'une telle protection relèvent que lors de fluctuations économiques passagères les licenciements sont souvent prononcés de manière précipitée; dans ces cas, une meilleure protection contre les licenciements éviterait un chômage inutile. Cependant, lors de variations conjoncturelles, les prestations de l'assurance-chômage en cas de réduction de travail offrent une solution que même les employeurs préfèrent à d'éventuels licenciements. Si toutefois, la nécessité d'entreprendre des restructurations durables se fait sentir, il importe que les licenciements ne soient pas rendus plus difficiles.

C'est aussi pour ces raisons que nous renonçons à une réglementation sur la protection contre les licenciements collectifs pour raisons économiques.

8 Effets sur l'état du personnel et conséquences financières de l'initiative et de la révision du code des obligations

81 Confédération, cantons et communes

La révision proposée du code des obligations n'implique pas de nouvelles tâches d'exécution pour les pouvoirs publics et n'a donc aucune incidence sur l'effectif du personnel. Il en va de même en principe pour l'initiative, à moins que la législation concernant les licenciements collectifs pour raisons économiques, demandée par les auteurs de l'initiative, n'exige une collaboration de l'autorité.

Tant l'initiative que notre projet de révision du code des obligations se limitent à une réglementation de droit privé, qui n'est donc pas applicable aux fonctionnaires et aux employés de la Confédération, des cantons et des communes, dont les rapports de service sont régis par le droit public.

Selon le droit actuel, les procès relevant du droit du travail dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 5000 francs sont gratuits. La présente révision du code des obligations prévoit la gratuité jusqu'à une valeur litigieuse de 20 000 francs. Jusqu'à cette nouvelle limite, les cantons doivent mettre en place une procédure simple et rapide. Enfin, la maxime d'office est applicable à tous les litiges relevant du contrat de travail, quelle que soit la valeur litigieuse.

Il n'est pas possible d'évaluer avec précision les conséquences financières de ces modifications. Nous ne disposons pas en effet de données suffisantes sur les montants de la valeur litigieuse en droit du travail, sur les coûts effectifs d'un procès en procédure accélérée ou ordinaire, ni sur les émoluments et frais judiciaires imposés aux parties en procédure ordinaire. L'extension de la gratuité fera sans doute baisser les recettes, mais la simplicité de la procédure et la maxime d'office devraient diminuer les frais effectifs de l'Etat. On peut donc partir de l'idée que la révision proposée n'entraîne pas ou guère de frais supplémentaires pour la Confédération et les cantons.

82 Economie privée

Selon l'initiative pour la protection contre les licenciements, un licenciement est justifié lorsqu'il correspond à des «intérêts prépondérants et dignes de protection de l'employeur». Il doit certainement s'agir d'intérêts économiques. D'après les auteurs de l'initiative, l'employeur peut donc licencier lorsqu'il veut notamment supprimer un emploi ou qu'il veut remplacer un travailleur dont les prestations sont insuffisantes. Sont injustifiés les licenciements qui interviennent «à la suite de l'exercice par le travailleur de ses droits fondamentaux». Dans ces cas, l'initiative prévoit l'annulation du congé; le congé est déclaré sans effet et le contrat de travail est maintenu sans changement. Le motif du congé n'est ici en aucune relation avec le contrat de travail. L'employeur ne subit en conséquence aucune perte économique si la prestation de travail – satisfaisante et nécessaire – continue d'être fournie contre le même salaire. La protection contre les licenciements injustifiés, proposée par l'initiative, n'a donc aucune incidence financière sur l'entreprise.

Il en est autrement pour la prolongation des rapports de travail dans les cas de rigueur. L'employeur devrait maintenir une relation de travail, bien qu'il souhaite y mettre fin pour des raisons économiques. Même si le travailleur licencié pouvait être maintenu à plein temps dans son emploi, ce qui ne sera pas possible dans toutes les entreprises, l'employeur subirait des désavantages financiers. Il est impossible de donner un ordre de grandeur de ces désavantages; ils correspondent aux avantages que l'employeur pouvait légitimement escompter du licenciement.

L'initiative oblige l'employeur à motiver le congé, si le travailleur le demande. La présente révision du code des obligations prévoit l'obligation de motiver le congé pour les deux parties. Dans les rares cas où la communication des motifs du congé sera exigée, il en résultera une certaine surcharge administrative. Cependant, les frais supplémentaires en découlant peuvent être considérés comme insignifiants.

En matière de protection contre les congés abusifs, le projet définit de manière suffisamment précise les éléments constitutifs de l'abus, afin d'éviter que la protection ne s'applique aussi lors de licenciements économiquement justifiés. Les employeurs et travailleurs corrects n'ont ainsi à craindre aucun désavantage financier.

L'extension des périodes de protection en cas de maladie et d'accident du travailleur peut occasionner des frais supplémentaires aux employeurs. Il faut relever au préalable que d'éventuelles prétentions en paiement du salaire de la part du travailleur malade ou accidenté n'entrent absolument pas en ligne de compte, parce que le paiement du salaire et la protection contre le congé sont réglés de manière indépendante aussi bien quant aux conditions (problème de la faute) que quant à la durée. Il s'agit donc exclusivement de coûts destinés à maintenir libre une place de travail pour une personne qui reprendra le travail après 360 jours d'absence au maximum ou peut-être jamais. Il n'est pas possible de chiffrer de manière générale ces frais, car ils peuvent être très variables selon l'entreprise. Il est de même impossible de procéder à des évaluations pour les divers types d'entreprises.

Quoi qu'il en soit, on peut partir de l'idée que l'absence d'un travailleur pendant un certain temps peut être surmontée par des dispositions prises à l'intérieur de l'entreprise, sans frais supplémentaires pour l'employeur. La durée d'application de ces dispositions ne peut être estimée de manière générale; elle dépend en effet du type d'entreprise, de l'effectif du personnel et de l'activité exercée par le travailleur absent. Lorsque l'empêchement de travail dure au point que de telles dispositions ne s'avèrent plus possibles, des mesures entraînant une augmentation de coûts seront alors nécessaires. Si l'employeur suppose que l'absence du travailleur durera assez longtemps, il ordonnera en règle générale des heures supplémentaires ou engagera un travailleur temporaire; dans le premier cas, il devra payer les heures supplémentaires et, dans le second cas, il devra rétribuer l'entreprise de travail temporaire. S'il est en renvanche certain que le travailleur sera absent pendant très longtemps ou qu'il est improbable que celui-ci revienne un jour, l'employeur décidera plutôt d'engager directement un nouveau collaborateur. En l'occurrence, l'employeur doit supporter une charge supplémentaire sous forme de frais d'engagement et de mise au courant, pour autant que le travailleur malade ou accidenté réintègre son emploi. Sinon, il s'agit de dépenses que l'employeur aurait dû tôt ou tard assumer. Une charge supplémentaire pour l'employeur peut aussi intervenir lorsqu'il doit rétribuer pendant un certain temps le travailleur rétabli ainsi que son remplaçant. Cependant, le paiement de deux salaires correspond au travail de deux personnes. De plus, cette double charge ne dure au plus que pendant le temps nécessaire à licencier un des deux travailleurs. Comme les délais

de congé sont courts et que la date de retour du travailleur absent est généralement connue plusieurs semaines à l'avance, ce double engagement ne durera pas très longtemps.

Si l'on considère enfin que le droit actuel prévoit déjà une période de protection de huit semaines dès la deuxième année de service et que moins de trois pour cent des empêchements de travail dus à la maladie et à l'accident durent plus de 60 jours, il n'y a pas à craindre que la protection contre la résiliation en temps opportun, qui est proposée, ait des effets négatifs.

En ce qui concerne le délai de protection en cas de grossesse et d'accouchement, la situation est foncièrement différente dans la mesure où, normalement, la personne enceinte continue à travailler pendant la majeure partie du délai de protection. Les développements relatifs aux coûts de la protection contre les licenciements en cas d'empêchements de travail pour cause de maladie ou d'accident ne sont ainsi valables que dans une mesure restreinte ou lorsque la grossesse est difficile.

9 Grandes lignes de la politique gouvernementale

Le projet est prévu dans notre *Rapport sur les Grandes lignes de la politique gouvernementale 1983–1987* (FF *1984* I 153 ss, ch. 431). La révision proposée du code des obligations vous est présentée en tant que contre-projet indirect à l'initiative.

10 Constitutionnalité

La constitutionnalité du projet a été examinée de manière appronfondie sous chiffre 51.

29186

Notes

[1] Cf. Message du 25 août 1967, FF **1967** II 395; J. Brühwiler, Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Berne 1978, p. 196; Ch. Hohler, Kündigungsschutz durch Gesamtarbeitsvertrag, thèse de droit, Zurich 1981, p. 28 s.; J.A. Konopka, La protection de l'emploi dans les rapports contractuels de travail, thèse de droit, Lausanne 1978, p. 101; M. Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 7e édit., Berne 1983, p. 96; U. Sigrist, Die ordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter besonderer Berücksichtigung des Kündigungsschutzes, thèse de droit, Bâle 1982, p. 94 s.; P.A. Triponez, Ungleiche Kündigungsfristen und einseitige Kündigungsbeschränkungen, thèse de droit, Berne 1975, p. 62 et 136; F. Vischer, Le contrat de travail, in: Traité de droit privé suisse VII/I 2, Fribourg 1982, p. 161; C. Voegeli, Le licenciement abusif, in: La protection des travailleurs contre les licenciements, publiée par Juristes démocrates de Suisse, Genève 1979, p. 101 ss.

[2] Cf. H. Merz, Berner Kommentar I/1: Einleitungsband, Berne 1966, n. 316 ad art. 2 CC; cf. aussi Voegeli (annot. 1), p. 106 ss.

[3] Cf. Hohler (annot. 1), p. 29 s.; Merz (annot. 2), n. 317 ad art. 2 CC; Sigrist (annot. 1), p. 95 s.; Vischer (annot. 1), p. 161. D'un autre avis, Voegeli (annot. 1), p. 112 ss, qui accorde en priorité au travailleur un droit à la réintégration.

[4] Ainsi, Sigrist (annot. 1), p. 96 ss.

[5] Ainsi, Hohler (annot. 1), p. 30 s. et 33 s.; Konopka (annot. 1), p. 103; Rehbinder (annot. 1), p. 96.

[6] Ainsi, H. Daxelhoffer, Untersuchungen zu den zweiseitig zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts, thèse de droit, Berne 1980, p. 106 annot. 22 et p. 108; Merz (annot. 2), n. 317 ad art. 2 CC; Vischer (annot. 1), p. 161.

[7] Cf. W. Egloff/M. Jäggi, Probleme der gerichtlichen Durchsetzung des Kündigungsschutzes, in: La protection des travailleurs contre les licenciements, publiée par Juristes démocrates de Suisse, Genève 1979, p. 132; Hohler (annot. 1), p. 34; Rehbinder (annot. 1), p. 96; Sigrist (annot. 1), p. 94; Triponez (annot. 1), p. 62 s. et 137; Vischer (annot. 1), p. 157.

[8] Cf. Daxelhoffer (annot. 6), p. 98 s.; Th. Geiser, Die Kündigung zur Unzeit, in: La protection des travailleurs contre les licenciements, publiée par Juristes démocrates de Suisse, Genève 1979, p. 64 s.; Hohler (annot. 1), p. 50 et 61; Konopka (annot. 1), p. 191; Sigrist (annot. 1), p. 77; Triponez (annot. 1), p. 138 et 168. Les autres auteurs ne traitent que la question de l'admissibilité d'une protection contre les congés contractuelle plus étendue que la protection légale et semblent exclure la possibilité d'une limitation conventionnelle de la protection légale contre les congés. Il faut toutefois signaler – même si c'est extrêmement rare – qu'il arrive que des conventions collectives de travail prévoient des restrictions: cf. Geiser (annot. 8), p. 64 s.; Hohler (annot. 1), p. 89. On aboutit à la même solution en se basant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral, cf. Semaine judiciaire **1982** 230 ss.

[9] Cf. pour l'illicéité de l'extension de la protection contre les congés quant au temps: Daxelhoffer (annot. 6), p. 101 s. De même apparemment Brühwiler (annot. 1), p. 190 et 196, selon lequel il est pratiquement impensable que des dérogations contractuelles puissent produire leurs effets au détriment ni de l'une ni de l'autre partie, ce qui serait contraire à la réglementation légale sur les dispositions absolument impératives.

Selon d'autres auteurs, des dérogations sont permises seulement si elles n'ont d'effets qu'en faveur du travailleur: ainsi, Triponez (annot. 1), p. 138 ss et 186 ss,

et – limité à l'extension de la protection contre les congés quant aux motifs – Hohler (annot. 1), p. 71 ss; Voegeli (annot. 1), p. 115.

[10] Cf. Konopka (annot. 1), p. 190 s.; Rehbinder (annot. 1), p. 96; Sigrist (annot. 1), p. 77 s. Dans le même sens, mais limité à l'extension de la protection contre les congés quant aux motifs: Daxelhoffer (annot. 6), p. 107 s. Pour la protection contre les congés quant au temps: Geiser (annot. 8), p. 64; Hohler (annot. 1), p. 50 ss, lequel toutefois, en cas d'établissement de nouveaux faits de protection contre les congés quant au temps, refuse la nullité de la convention, mais étend cette protection à l'autre partie.

[11] Le fait que les articles 336*e* et 336*f* figurent à l'article 361 CO n'exclut pas, selon le message, que des restrictions encore plus étendues soient apportées au droit de résilier le contrat, si elles ne sont pas au détriment des parties.

[12] Cf. l'arrêt du Tribunal fédéral du 27 octobre 1981, in: Semaine judiciaire **1982** 231.

[13] Cf. des exemples concrets chez Geiser (annot. 8), p. 64 s.; Hohler (annot. 1), p. 79 ss; Konopka (annot. 1), p. 191 s.; Sigrist (annot. 1), p. 71 annot. 8 et p. 72 annot. 3 et 4; Triponez (annot. 1), p. 140 s. et 170.

[14] Cf. Hohler (annot. 1), p. 79 ss: des 69 conventions collectives nationales qui étaient en vigueur à fin 1980, 46,5 pour cent dérogeaient à la protection légale contre les congés. Ce pourcentage serait nettement moins élevé si l'on tenait compte des conventions collectives de travail, dont le champ d'application est plus restreint, et qui règlent rarement ces problèmes de fond.

[15] Dans la plupart des cas, il s'agit d'améliorations en faveur du travailleur seulement; cf. Hohler (annot. 1), p. 82 ss.

[16] Cf. à ce sujet Chr. Brunner-Closset, La protection contre les licenciements pour cause économique en Suisse, in: La protection des travailleurs contre les licenciements, publiée par Juristes démocrates de Suisse, Genève 1979, p. 47 ss.

[17] Ce contrat ne s'applique pas au canton du Valais.

[18] Cf. Hohler (annot. 1) p. 41 s.; Konopka (annot. 1), p. 205 s.

[19] Selon la directive, on est en présence de licenciements collectifs:
a. Lorsqu'en l'espace de 90 jours, 20 travailleurs au moins sont licenciés ou
b. Lorsqu'en l'espace de 30 jours, on procède au licenciement de 10 travailleurs au moins dans une entreprise employant plus de 20 et moins de 100 personnes, de 10 pour cent au moins des travailleurs dans une entreprise employant plus de 100 et moins de 300 personnes, ou de 30 travailleurs au moins dans une entreprise employant 300 personnes au moins.

Les Etats membres peuvent choisir entre les deux définitions et, par conséquent, se référer ou non à la grandeur de l'entreprise (art. 1).

[20] Cf. ATF **80** I 162, **106** Ib 134; F. Gygi, Wirtschaftsverfassungsrecht, Berne 1981, p. 40; H. Marti, Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Bâle/Stuttgart 1976, p. 58 et 65.

[21] Cf. en outre le message du 11 juin 1979 sur l'initiative populaire «pour la protection des droits des consommateurs», FF **1979** II 713 s.

[22] Cf. sur ce problème le message du 11 juin 1979 sur l'initiative populaire «pour la protection des droits des consommateurs», FF **1979** II 713 s.; P. Richli, Zur Leitung der Wirtschaftspolitik durch Verfassungsgrundsätze und zum Verhältnis zwischen Wirtschaftspolitik und Handels- und Gewerbefreiheit, Berne 1983, p. 62 ss, spéc. 94 s.

[23] Cf. aussi P. Saladin, Grundrechte im Wandel, 3e édit., Berne 1982, p. 241 s.

[24] Cf. notamment Saladin (annot. 23), p. 241 s.; F. Gygi, Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, 2e édit., Berne 1978, p. 159 ss.

[25] Cf. notamment Marti (annot. 20), p. 92; L. Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2e édit., Berne 1983, p. 75.

[25a] Cf. motion Deneys du 4 octobre 1979, BO **1980** N 108 s.; motion Muheim du 2 juin 1980, BO **1980** N 443 ss.

[25b] Cf. motion Leuenberger du 6 décembre 1979, BO **1980** N 114 ss.

[26] Cf. P. Gauch, System der Beendigung von Daueverträgen, Fribourg 1968, p. 35 s.

[27] Cf. K. Spoendlin, Zur Bedeutung des Kündigungsgrundes im Arbeitsvertrag, in: Revue de droit suisse **1980** 141; Triponez (annot. 1), p. 46.

[28] Cf. surtout Merz (annot. 2), n. 316 ad art. 2 CC.

[28a] Cf. la loi genevoise concernant l'annonce de licenciements ou de mises à pied du 9 novembre 1976.

[29] Cf. R. Notter, Das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis unter besonderer Berücksichtigung des St. Galler Normalarbeitsvertrages, thèse de droit, Fribourg 1976, p. 221 ss; U. Streiff, Leitfaden zum neuen Arbeitsvertrags-Recht, Glattbrugg/Zurich 1974, p. 127.

[30] Cf. T. Brender, Rechtsprobleme des befristeten Arbeitsvertrages, thèse de droit, Zurich 1976, p. 3 (avec renvois); Sigrist (annot. 1), p. 8.

[31] Cf. sur ce point Brender (annot. 30), p. 32 ss.

[32] Cf. Brender (annot. 30), p. 32 s.

[33] Cf. Sigrist (annot. 1), p. 11. La clause de durée déterminée «travail pour une saison» a été considérée comme trop imprécise; cf. Basler Juristische Mitteilungen (BJM) **1981** 301.

[34] Cf. sur ce point Brender (annot. 30), p. 27 ss.

[35] Cf. ATF **108** II 115 ss, **96** II 55 ss; Solothurnische Gerichtspraxis **1975** 63 s.; Brender (annot. 30), p. 28 et 31; Sigrist (annot. 1), p. 11.

[36] Cf. D. Meyer, Unbeachtliche Befristungen von Einzelarbeitsverträgen im schweizerischen Recht, in: Rechtsprobleme befristeter Arbeitsverträge, publié par MM. Ekonomi et Rehbinder, Berne 1978, p. 34. Il en est de même pour une embauche «jusqu'à la fonte des neiges».

[37] Elle a été approuvée par le Tribunal d'appel de Bâle-Ville, mais refusée par le Tribunal des prud'hommes de Bâle-Ville; cf. BJM **1981** 35 s. et 301 s.

[38] Le Tribunal d'appel de Bâle-Ville et les auteurs cités dans cet arrêt partent de cette hypothèse; cf. BJM **1981** 35 s.

[39] «Le contrat conclu pour une durée déterminée ou dont la durée résulte du but auquel vise le travail convenu . . .»; cf. art. 335, 1er al., ainsi que art. 334, 1er al., et 336, 1er al., CO.

[40] Aux 2e et 3e al. de l'art. 335 CO, il est question d'un «contrat conclu pour une durée déterminée».

[41] Cf. Brender (annot. 30), p. 4 et 20 ss; Sigrist (annot. 1), p. 12 s.

[42] Cf. Brender (annot. 30), p. 57; d'un autre avis Brühwiler (annot. 1), p. 180.

[43] Cf. Brender (annot. 30), p. 18 ss.

[44] Cf. Brender (annot. 30), p. 53 et 57.

[45] Cf. dans ce sens déjà le message du 25 août 1967 sur la révision du contrat de travail, FF **1967** II 383. En ce sens également: BJM **1960** 178 s.; Brender (annot. 30), p. 74 annot. 51; Brühwiler (annot. 1), p. 179; Rehbinder (annot. 1), p. 88; Streiff (annot. 29), p. 123; Vischer (annot. 1), p. 151 s.

[46] Cf. Brühwiler (annot. 1), p. 179; Rehbinder (annot. 1), p. 88 s.; M. Rehbinder, Sachliche rechtfertigende Gründe für die Befristung von Arbeitsverträgen, in: Rechtsprobleme befristeter Arbeitsverträge, publié par MM. Ekonomi et Rehbinder, Berne 1978, p. 45 s. et 61; Schweingruber, Kommentar zum Arbeitsvertrag, Berne 1974, p. 223.

[47] Cf. Rehbinder (annot. 1), p. 89 s.

[47a] Cf. W. Hug, Das Kündigungsrecht, 2e vol., Aarau 1927, p. 218 ss, avec renvois.

[48] Ainsi, le message du 25 août 1967 sur la révision du contrat de travail, FF **1967** II 385 s., en référence à l'art. 336, 2e al., CO.

[49] Cf. Repertorio di giurisprudenza patria **1979** 119.

[49a] Cf. sur ce problème: M. Rehbinder, Arbeitsvertragliche Schranken der politischen Betätigung von Medienschaffenden, in: Revue Suisse de Jurisprudence **1974** 133 ss notamment 134 et 138.

[50] Le Conseil fédéral est d'avis que le droit au salaire prévu à l'art. 324*a* CO existe aussi en cas d'accomplissement du service féminin de l'armée (cf. la réponse à la motion Huggenberger du 22 juin 1983, in BO **1983** N 1499 ss; cf. dans le même sens: Droit du travail et assurance-chômage **1981** 69). Cette opinion plaide en faveur de l'application des art. 336*g* et 336*e* CO au service féminin de l'armée. Une telle application est toutefois niée par la doctrine (cf. Brühwiler (annot. 1), p. 88 et 190; Schweingruber (annot. 46), p. 110 et 243).

[51] Cf. le message du 28 février 1983, FF **1983** II 486 ss et spéc. art. 3bis, 1er al.

[52] Cf. Blätter für Zürcherische Rechtssprechung **1980** 114 s. no 56.

[53] Dans ce sens Brühwiler (annot. 1), p. 191, qui exclut la protection en cas d'incapacité partielle de travail.

[54] Cf. le message du 19 août 1981, FF **1981** II 1069 ss.

[55] Cf. sur ce point: Extraits des principaux arrêts rendus par les diverses sections du Tribunal Cantonal de Fribourg en **1976**, p. 32 s.

[56] Cf. le message du 25 août 1967 sur la révision du contrat de travail, FF **1967** II 412 (ad art. 340c, 2e al., CO).

[57] La disposition prévoit qu'une prohibition de faire concurrence cesse lorsque l'employeur résilie le contrat sans que le travailleur lui ait donné un motif justifié ou lorsque le travailleur résilie le contrat pour un motif justifié imputable à l'employeur.

[58] Cf. ATF **105** II 200 ss; A. Haefliger, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, thèse de droit, Berne 1974, p. 89 ss (avec renvois).

[59] Cf. dans ce sens A.B. Brunner, Die ausserordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach schweizerischem im Vergleich zum deutschen Recht, thèse de droit, Zurich 1979, p. 104 ss; Vischer (annot. 1), p. 163. La jurisprudence du Tribunal fédéral ainsi que d'autres auteurs sont cependant d'avis contraire: cf. ATF **92** II 184 ss; Brühwiler (annot. 1), p. 204 s.; Rehbinder (annot. 1), p. 99; Streiff (annot. 29), p. 138 s.

[60] Cf. Brunner (annot. 59), p. 109 ss.

[61] Cf. message du 25 août 1967 sur la révision du contrat de travail, FF **1967** II 399.

[62] Cf. récemment ATF **103** II 274 s. Sur l'évolution de la pratique du Tribunal fédéral, cf. Konopka (annot. 1), p. 127 ss.

[63] Cf. Brühwiler (annot. 1), p. 209; Konopka (annot. 1), p. 130 ss; P. Müller, Die ausserordentliche Kündigung des Arbeitsvertrages nach Art. 337 OR, thèse de droit, Bâle 1977, p. 129 ss; Schweingruber (annot. 46), p. 268.

[64] L'offre des services du travailleur est exigée aussi bien par les tribunaux (cf. BJM **1976** 330; Jahresbericht des Arbeitsgerichts der Stadt Bern **1978** 12 ss) que par une partie de la doctrine (cf. Brühwiler (annot. 1), p. 209; Streiff (annot. 29), p. 139 s.; Vischer (annot. 1), p. 164). D'un avis contraire toutefois: BJM **1978** 281 s. (changement de jurisprudence); F. Rapp, Die fristlose Kündigung des Arbeitsvertrages, in: BJM **1978** 180 s.; Rehbinder (annot. 1), p. 100.

[65] Cf. dans ce sens Rapp (annot. 64), p. 181.

[66] Une telle possibilité de réduction est approuvée par la jurisprudence (cf. ATF **78** II 441, 444; BJM **1977** 289 ss, **1978** 297 ss, **1979** 298; Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden **1974** 24; cf. aussi dans ce sens, mais avec une grande retenue: Extraits des principaux arrêts rendus par les diverses sections du Tribunal Cantonal de Fribourg en **1976**, p. 36 s.) et par une partie de la doctrine (cf. Brühwiler (annot. 1), p. 213; Schweingruber (annot. 46), p. 270 s.; Streiff (annot. 29, p. 144 et – cependant nuancé – Rapp (annot. 64), p. 184 ss), bien qu'il s'agisse, selon le droit en vigueur, d'une prétention en salaire. Cf. pour l'opinion opposée: Repertorio di giurisprudenza patria **1981** 373 s.; T. Guhl/H. Merz/M. Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7e édit., Zurich 1980, p. 415 s.; Müller (annot. 63), p. 133 ss; Rehbinder (annot. 1), p. 100; Vischer (annot. 1), p. 165.

[67] Cf. pour l'exigibilité immédiate ATF **103** II 274 ss; Semaine judiciaire **1979** 38 s.; Schweingruber (annot. 46), p. 268. Cette opinion est critiquée par Rapp (annot. 64), p. 189 annot. 85, et Rehbinder (annot. 1), p. 100 s.

[68] En cas de longs délais de résiliation et de contrats à terme fixe d'une longue durée, il existe un correctif dans le fait que les motifs justifiant le licenciement sont admis plus facilement; cf. p. ex. ATF **104** II 31.

[69] Cf. Schweingruber (annot. 46), p. 403 s.; Streiff (annot. 29), p. 237 ss; H.P. Tschudi, Neue Probleme im schweizerischen Arbeitsrecht, in: Revue Suisse de Jurisprudence **1982** 88.

[70] Cf. Daxelhoffer (annot. 6), p. 27; Schweingruber (annot. 46), p. 403; Streiff (annot. 29), p. 238 s.; Tschudi (annot. 69), p. 88.

[71] Cf. l'arrêt du Tribunal fédéral du 27 octobre 1981, in: Semaine judiciaire **1982** 230 ss.

[72] Au sujet de la formation de catégories, cf. Daxelhoffer (annot. 6), p. 27 s.; Tschudi (annot. 69), p. 88 s.

[73] Le projet du Conseil fédéral de 1967 mentionnait l'art. 326, 2e al., parmi les dispositions absolument impératives (cf. FF **1967** II 350, 447 et 472). La disposition a été divisée en deux alinéas, déclarés relativement impératifs, par la commission du Conseil national (BO **1969** N 468 s.). Il s'agissait surtout de garantir le salaire au travailleur. Le 3e al. a pour seul but de donner cette garantie; le 2e al., par contre, ne sert manifestement qu'à la protection de l'employeur.

[74] La norme a été introduite par le Conseil des Etats, lors des débats parlementaires (BO **1969** E 364). C'est probablement la raison pour laquelle ne s'est jamais posée la question du caractère contraignant de cette disposition pour les parties.

[75] Daxelhoffer (annot. 6), p. 72 s., relève, à juste titre, que la mention de l'art. 326, 4e al., parmi les dispositions absolument impératives n'a aucun sens: l'employeur ne serait en effet protégé que dans la mesure où il ne devrait verser que le salaire dû en cas de travail payé au temps. Ce salaire équivaut toutefois au salaire moyen gagné en exécutant du travail aux pièces ou à la tâche (art. 326, 3e al.); la protection offerte à l'employeur par le 4e al. devient alors illusoire. Cette interprétation permet ainsi de conclure que l'art. 326, 4e al., est une disposition offrant une protection minimale au travailleur.

[76] Cf. Daxelhoffer (annot. 6), p. 80 s.; Schweingruber (annot. 46), p. 403.

[77] Cf. Daxelhoffer (annot. 6), p. 80.

[78] Cf. Schweingruber (annot. 46), p. 294 et 296. Opinion partagée par Daxelhoffer (annot. 6), p. 128; apparemment d'une autre opinion: Brühwiler (annot. 1), p. 228.

[79] Cf. Daxelhoffer (annot. 6), p. 148 s.

[80] La disposition correspond au 1er al. de l'art. 329 du projet du Conseil fédéral de 1967, disposition qui était relativement impérative (cf. FF **1967** II 356, 449 et 474). Le Parlement n'a rien changé à la norme (cf. BO **1969** N 776, 779, 787 et 816; **1970** E 332 et 366). La commission de rédaction a fait du 1er alinéa le 3e alinéa, mais elle a vraisemblablement oublié d'adapter à cette modification le catalogue de l'art. 362.

Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire «pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail»

(Initiative pour la protection contre les licenciements)

Projet

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

après examen de l'initiative, déposée le 26 octobre 1981, «pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail»[1];

vu le message du Conseil fédéral du 9 mai 1984[2],

arrête:

Article premier

[1] L'initiative populaire «pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail» est soumise au vote du peuple et des cantons.

[2] L'initiative populaire demande l'insertion dans la constitution fédérale d'un nouvel article 34^{octies} ayant la teneur suivante:

Art. 34^{octies} (nouveau)

[1] La Confédération édicte des prescriptions sur la protection des travailleurs contre les licenciements, en s'insprant en particulier des principes suivants:

a. L'employeur doit, si le travailleur le demande, motiver le licenciement par écrit.
b. Un licenciement injustifié peut être attaqué par le travailleur. Le licenciement est notamment injustifié s'il intervient à la suite de l'exercice par le travailleur de ses droits fondamentaux ou s'il ne correspond pas à des intérêts prépondérants et dignes de protection de l'employeur.
c. Lorsqu'un licenciement justifié aurait pour le travailleur ou sa famille des conséquences particulièrement rigoureuses, le rapport de travail peut être prolongé.
d. En cas d'incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident, l'employeur ne peut pas licencier un travailleur pendant les six premiers mois d'incapacité ou aussi longtemps que le travailleur a droit à des prestations plus étendues dérivant du contrat de travail ou à des indemnités journalières de l'assurance en cas de maladie ou d'accident ou de l'assurance militaire. Le licenciements n'est pas admis non plus pendant la grossesse ni pendant les dix semaines qui suivent l'accouchement.

[2] Le législateur règle la protection des travailleurs en cas de licenciements collectifs pour raisons économiques.

[1] FF **1981** III 925
[2] FF **1984** II 574

Art. 2

L'Assemblée fédérale recommande au peuple et aux cantons de rejeter l'initiative populaire.

29186

Modification du

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu le message du Conseil fédéral du 9 mai 1984[1],
arrête:

I

Le titre dixième du code des obligations[2] est modifié comme il suit:

Art. 334

G. Fin des rapports de travail
I. Contrat de durée déterminée

[1] Le contrat de durée déterminée prend fin sans qu'il soit nécessaire de donner congé.

[2] Si, après l'expiration de la période convenue, le contrat de durée déterminée est reconduit tacitement, il est considéré comme un contrat de durée indéterminée.

[3] Le contrat conclu pour plus de dix ans peut être résilié après dix ans par le travailleur pour la fin d'un mois, moyennant un délai de congé de six mois.

Art. 335

II. Contrat de durée indéterminée
1. Congé en général

[1] Le contrat de durée indéterminée peut être résilié par chaque partie.

[2] La partie qui donne le congé doit le motiver par écrit, à l'autre partie, si elle le demande.

Art. 335a

2. Délais de congé
a. En général

[1] Les délais de congé doivent être identiques pour les deux parties; si un accord prévoit des délais différents, le plus long est applicable aux deux parties.

[2] Lorsque l'employeur a manifesté son intention de résilier ou qu'il a résilié le contrat de travail pour des motifs de nature économique, technologique, structurelle ou similaire, des

[1] FF **1984** II 574
[2] RS **220**

délais de congé plus courts peuvent toutefois être prévus en faveur du travailleur par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective.

Art. 335b

b. Pendant le temps d'essai

[1] Chaque partie peut, pendant le temps d'essai, résilier le contrat pour la fin d'une semaine de travail, mais au plus tard pour la fin du temps d'essai, moyennant un délai de congé de sept jours; le premier mois de travail est considéré comme temps d'essai.

[2] Des dispositions contraires peuvent être prévues par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective; toutefois, le temps d'essai ne peut dépasser trois mois.

Art. 335c

c. Après le temps d'essai

[1] Le contrat peut être résilié pendant la première année de service moyennant un délai d'un mois, de la deuxième à la neuvième année de service inclusivement moyennant un délai de deux mois et ultérieurement moyennant un délai de trois mois, mais dans tous les cas pour la fin d'un mois.

[2] Ces délais peuvent être modifiés par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective; toutefois, ils ne peuvent être inférieurs à un mois.

Art. 336

III. Protection contre le congé
1. Résiliation abusive
a. En général

[1] Le congé est abusif lorsqu'il est donné:

a. Pour une raison inhérente à la personnalité de la partie ayant reçu le congé et que cette raison n'a aucun rapport avec le contrat de travail;
b. En raison de l'exercice d'un droit constitutionnel et que l'exercice de ce droit ne viole aucune obligation relevant du contrat de travail;
c. Afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques relevant du contrat de travail.

[2] La partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité.

[3] L'indemnité est fixée librement par le juge, compte tenu de toutes les circonstances; elle ne peut toutefois dépasser le montant correspondant à douze mois de salaire du travailleur.

Art. 336a

b. Par l'employeur

Est notamment abusif le congé donné par l'employeur:

a. En raison de l'appartenance ou de la non-appartenance

du travailleur à une organisation de travailleurs ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale;

b. Parce que le travailleur fait valoir de bonne foi des prétentions relevant du contrat de travail.

Art. 336b

2. Résiliation pour cause de service militaire ou d'accomplissement d'une obligation légale

[1] La partie qui résilie le contrat, en raison de l'accomplissement d'un service militaire ou de protection civile obligatoire à teneur de la législation fédérale, d'un service féminin de l'armée ou d'un service de la Croix-Rouge, ou en raison de l'accomplissement par l'autre partie d'une obligation légale lui incombant sans qu'elle ait demandé de l'assumer, doit verser à celle-ci une indemnité.

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

Art. 336c

3. Résiliation en temps inopportun a. Par l'employeur

[1] Après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat:

a. Pendant l'accomplissement d'un service militaire ou de protection civile obligatoire à teneur de la législation fédérale, d'un service féminin de l'armée ou d'un service de la Croix-Rouge, ainsi que pendant l'absence d'un travailleur due à l'accomplissement d'une obligation légale lui incombant sans qu'il ait demandé de l'assumer ni durant les quatre semaines qui précèdent et qui suivent ce service ou cet accomplissement, pour autant qu'ils aient duré plus de douze jours;

b. Pendant une ou plusieurs absences dues à une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident du travailleur, et cela, durant 90 jours au plus au cours de la première année de service, 180 jours au plus au cours des deux premières années de service, 270 jours au plus au cours des trois premières années de service, et, durant 360 jours au plus en trois ans, à partir de la quatrième année de service;

c. Pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement d'une travailleuse;

d. Pendant que le travailleur participe, avec l'accord de l'employeur, à un service d'aide à l'étranger ordonné par l'autorité fédérale.

[2] Le congé donné pendant une des périodes prévues à l'alinéa précédent est nul; si, avant l'une de ces périodes, le congé a été donné sans que le délai de résiliation ait expiré avant le début de cette période, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de la période.

[3] Lorsque les rapports de travail doivent cesser à un terme, tel que la fin d'un mois ou d'une semaine de travail, et que ce terme ne coïncide pas avec la fin du délai de résiliation qui a recommencé à courir, ce délai est prolongé jusqu'au prochain terme.

Art. 336d

b. Par le travailleur

[1] Après le temps d'essai, le travailleur ne peut pas résilier le contrat si un supérieur dont il est en mesure d'assumer les fonctions ou l'employeur lui-même se trouve empêché pour les motifs indiqués à l'article 336*c*, 1er alinéa, lettre a, et s'il incombe audit travailleur d'assurer le remplacement.

[2] L'article 336*c*, 2e et 3e alinéas, est applicable par analogie.

Art. 336e

4. Représentants des travailleurs dans l'entreprise

[1] Si le travailleur est membre d'une représentation des travailleurs dans l'entreprise, l'employeur ne peut résilier le contrat que pour un motif justifié.

[2] En cas de résiliation sans motif justifié, l'employeur doit verser une indemnité au travailleur.

[3] L'indemnité est fixée librement par le juge, compte tenu de toutes les circonstances; elle ne peut toutefois dépasser le montant correspondant à douze mois de salaire du travailleur.

[4] L'employeur doit également verser au travailleur l'indemnité prévue à l'article 336 ou 336*b*, si les conditions en sont remplies.

Art. 336f et 336g

Abrogés

Art. 337, 1er al.

[1] L'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs; la partie qui résilie immédiatement le contrat doit en indiquer le motif par écrit, à l'autre partie, si elle le demande.

Art. 337c

b. Résiliation injustifiée

[1] Lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné, si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à l'expiration de la durée déterminée du contrat.

[2] Le travailleur y impute ce qu'il a épargné par suite de la résiliation des rapports de travail ainsi que le revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou le revenu auquel il a intentionnellement renoncé.

[3] L'employeur verse au travailleur une indemnité supplémentaire fixée librement par le juge, compte tenu de toutes les circonstances; elle ne peut toutefois dépasser le montant correspondant à douze mois de salaire du travailleur.

[4] L'employeur doit également verser au travailleur l'indemnité prévue à l'article 336 ou 336*b* ainsi que l'indemnité prévue à l'article 336*e*, si les conditions en sont remplies.

Art. 337d, 3e et 4e al.

[3] *Abrogé*

[4] Le travailleur doit également verser à l'employeur l'indemnité prévue à l'article 336 ou 336*b*, si les conditions en sont remplies.

Art. 343, 2e et 4e al.

[2] Les cantons sont tenus de soumettre à une procédure simple et rapide tous les litiges relevant du contrat de travail dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 20 000 francs; le montant de la demande détermine la valeur litigieuse, sans égard aux conclusions reconventionnelles.

[4] Le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves dans tous les litiges relevant du contrat de travail, indépendamment de la valeur litigieuse.

Art. 346, 1er al.

[1] Pendant le temps d'essai, le contrat d'apprentissage peut être résilié moyennant un délai de congé de sept jours, mais au plus tard pour la fin du temps d'essai.

Art. 361, 1er al.

[1] Il ne peut être dérogé aux dispositions ci-après par voie d'accord, contrat-type de travail ou convention collective, ni au détriment de l'employeur ni au détriment du travailleur:

article 321*c*, 1er alinéa (heures de travail supplémentaire);
article 323, 4e alinéa (avances);
article 323*b*, 2e alinéa (compensation avec des créances contre l'autre partie);
article 325, 2e alinéa (cession et mise en gage de créances de salaire);
article 326, 2e alinéa (fourniture de travail);
article 329*d*, 2e et 3e alinéas (salaire afférent aux vacances);
article 331, 1er et 2e alinéas (prestations pour la prévoyance en faveur du personnel);
article 331*c* (exécution de l'obligation de l'institution de prévoyance en faveur du personnel);
article 335 (résiliation du contrat);
article 336 (résiliation abusive);
article 336*b* (résiliation pour cause de service militaire ou d'accomplissement d'une obligation légale);
article 336*d* (résiliation en temps inopportun par le travailleur);
article 337, 1er et 2e alinéas (résiliation immédiate pour justes motifs);
article 337*b*, 1er alinéa (conséquences de la résiliation justifiée);
article 337*d* (conséquences de la non-entrée en service ou de l'abandon injustifié de l'emploi);
article 339, 1er alinéa (exigibilité des créances);
article 339*a* (restitution);
article 340*b*, 1er et 2e alinéas (conséquences des contraventions à la prohibition de faire concurrence);
article 342, 2e alinéa (effets de droit civil du droit public);
article 343, 1er alinéa (choix du for ordinaire);
article 346 (résiliation anticipée du contrat d'apprentissage);
article 349*c*, 3e alinéa (empêchement de voyager);
article 350 (cas spécial de résiliation);
article 350*a*, 2e alinéa (restitution).

Art. 362, 1er al.

[1] Il ne peut pas être dérogé aux dispositions ci-après par voie d'accord, contrat-type de travail ou convention collective, au détriment du travailleur:

article 321*e* (responsabilité du travailleur);
article 322*a*, 2e et 3e alinéas (participation au résultat de l'exploitation);
article 322*b*, 1er et 2e alinéas (naissance du droit à la provision);

article 322*c* (décompte de la provision);
article 323*b*, 1er alinéa, 2e phrase (décompte de salaire);
article 324, 1er alinéa (salaire en cas de demeure de l'employeur);
article 324*a*, 1er et 3e alinéas (salaire en cas d'empêchement du travailleur);
article 324*b* (salaire en cas d'assurance obligatoire);
article 326, 1er, 3e et 4e alinéas (travail aux pièces ou à la tâche);
article 326*a* (salaire pour travail aux pièces ou à la tâche);
article 327*a*, 1er alinéa (remboursement des frais en général);
article 327*b*, 1er alinéa (remboursement des frais en cas d'utilisation d'un véhicule à moteur);
article 327*c*, 2e alinéa (avances pour les frais);
article 328 (protection de la personne du travailleur en général);
article 328*a* (protection de la personne du travailleur en cas de communauté domestique);
article 329, 1er, 2e et 3e alinéas (congé);
article 329*a*, 1er et 3e alinéas (durée des vacances);
article 329*b*, 2e et 3e alinéas (réduction de la durée des vacances);
article 329*c* (continuité et date des vacances);
article 329*d*, 1er alinéa (salaire afférent aux vacances);
article 330, 1er, 3e et 4e alinéas (sûreté);
article 330*a* (certificat);
article 331, 3e et 4e alinéas (contributions et renseignements en matière de prévoyance en faveur du personnel);
article 331*a* (créance du travailleur contre un fonds d'épargne);
article 331*b* (créance du travailleur contre une institution d'assurance);
article 332, 4e alinéa (rétribution en cas d'invention);
article 333, 3e alinéa (responsabilité en cas de transfert des rapports de travail);
article 334, 3e alinéa (résiliation en cas de contrat de longue durée);
article 336*a* (résiliation abusive de la part de l'employeur);
article 336*c* (résiliation en temps inopportun par l'employeur);
article 336*e* (résiliation de représentants des travailleurs dans l'entreprise);
article 337*a* (résiliation immédate pour cause d'insolvabilité de l'employeur);

article 337*c*, 1er, 3e et 4e alinéas (conséquence du licenciement injustifié);
article 338 (décès du travailleur);
article 338*a* (décès de l'employeur);
article 339*b* (conditions pour l'indemnité de départ);
article 339*d* (prestations de remplacement);
article 340, 1er alinéa (conditions de la prohibition de faire concurrence);
article 340*a*, 1er alinéa (limitations de la prohibition de faire concurrence);
article 340*c* (fin de la prohibition de faire concurrence);
article 341, 1er alinéa (impossibilité de renoncer);
article 345*a* (obligations du maître d'apprentissage);
article 346*a* (certificat d'apprentissage);
article 349*a*, 1er alinéa (salaire du voyageur de commerce);
article 349*b*, 3e alinéa (paiement de la provision);
article 349*c*, 1er alinéa (salaire en cas d'empêchement de voyager);
article 349*e*, 1er alinéa (droit de rétention du voyageur de commerce);
article 350*a*, 1er alinéa (provision à la fin des rapports de travail);
article 352*a*, 3e alinéa (responsabilité du travailleur à domicile);
article 353 (acceptation du produit du travail);
article 353*a* (paiement du salaire);
article 353*b*, 1er alinéa (paiement du salaire en cas d'empêchement de travailler).

II

[1] La présente loi est sujette au référendum facultatif.

[2] Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

29186

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdruckschriften
Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées
Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali

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 ma...

In Dans In	Bundesblatt Feuille fédérale Foglio federale
Jahr Année Anno	1984
Band Volume Volume	2
Heft Cahier Numero	24
Geschäftsnummer Numéro d'affaire Numero dell'oggetto	84.041
Datum Date Data	19.06.1984
Seite Page Pagina	574-664
Ref. No	10 104 045

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv digitalisiert.
Le document a été digitalisé par les. Archives Fédérales Suisses.
Il documento è stato digitalizzato dell'Archivio federale svizzero.