

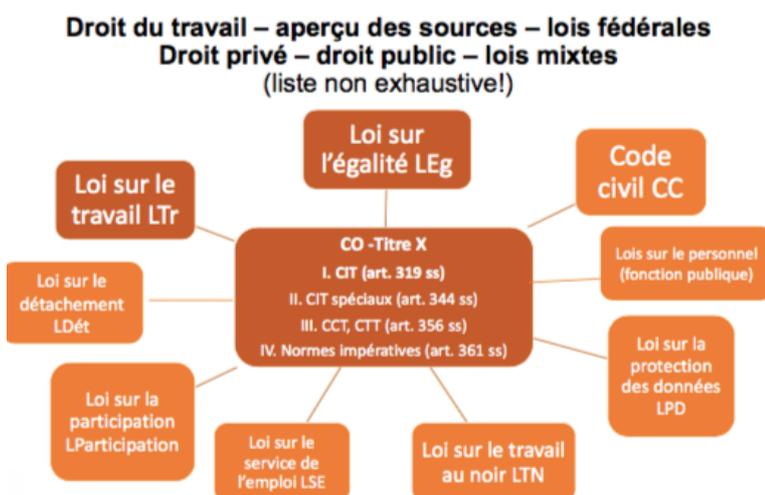
## INTRODUCTION

### SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL DU TRAVAIL

- Les dispositions du droit suisse du travail doivent être interprétées à la lumière des dispositions internationales. Conventions de l'OIT : consacrée à la durée de travail qui devait en principe être limitée à 8 heures.
- Pactes des Nations Unies relatif aux droits humains : notamment le Pacte I qui garantit le droit à une rémunération équitable.
- CEDH : peu de dispositions traitant spécifiquement du travail. Toutefois, la jurisprudence de la CourEDH est riche et pose des limites par exemple des limites au droit de l'employeur de surveiller un employé via GPS son employé.
- Charte sociale européenne révisée : non ratifiée par la Suisse ; pendant de la CEDH.
- Accords bilatéraux Suisse-UE : notamment l'ALCP qui prévoit des mesures d'accompagnement dont les contrats types de travail qui peuvent fixer les salaires minimaux pour certaines branches.

Constitution fédérale du 18 avril 1999	
Art. 8	Egalité entre femmes et hommes
Art. 27	Liberté économique
Art. 28	Liberté syndicale
Art. 41	Buts sociaux
Art. 95 al. 3	Rémunération des dirigeants des SA suisses cotées en bourse
Art. 100	Politique conjoncturelle
<b>Art. 110</b>	<b>Travail, compétence de la Confédération</b>
Art. 111	Prévoyance vieillesse, survivants et invalidité
Art. 113	Prévoyance professionnelle
Art. 114	Assurance-chômage
Art. 116	Allocations familiales et assurances maternité
Art. 117	Assurance-maladie, assurance-accident
Art. 122	Droit civil, compétence de la Confédération

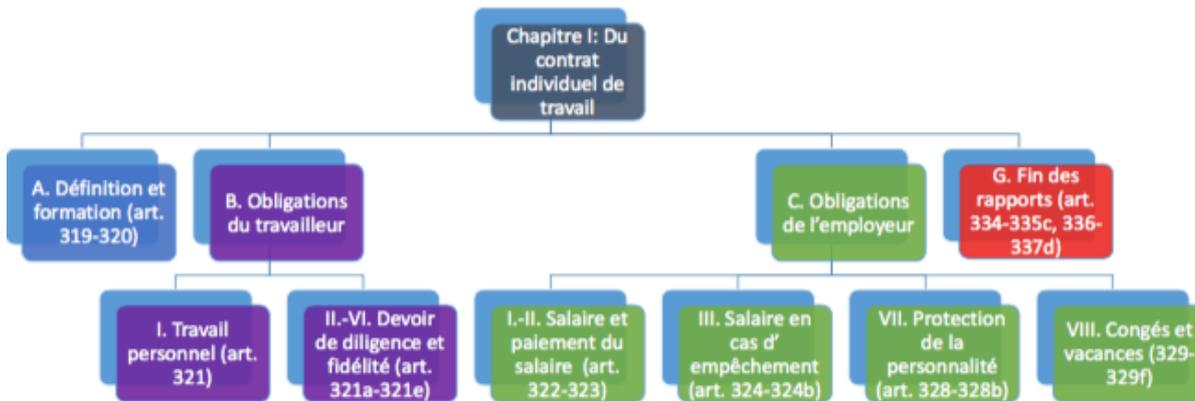
En vertu de l'art. 110 Cst, la Confédération a compétence pour légiférer en matière de protection des travailleurs.



Une convention collective de travail est négociée entre un syndicat de travailleurs et des employeurs. Elles accordent souvent plus de droits que ce que ne prévoit la loi en général. Elle peut par exemple prévoir des congés paternité. Les contrats type de travail sont des lois par lesquelles la Confédération ou les cantons fixent des conditions cadre dans certains domaines tels que la rémunération minimale. Il s'agit d'un minimum impératif en-dessous duquel les parties ne peuvent pas aller.

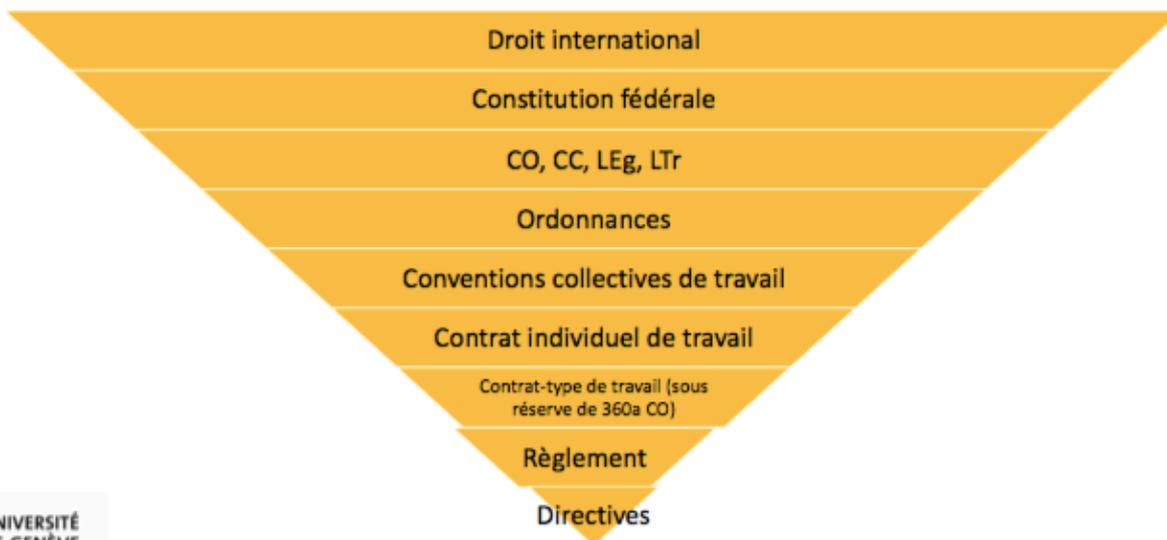
## Code des obligations: Titre dixième: Du contrat de travail

Matière abordée durant le semestre (en sus de la LTr et de la LEg)



## Droit du travail – aperçu des sources

### Hierarchie des normes (cf. Geiser/Müller, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2015, p. 1)



Il faut que les directives données par l'employeur respectent les sources supérieures du droit du travail tels que la non-discrimination par exemple.

Le contrat individuel de travail est un **contrat synallagmatique** défini à l'art. 319 I CO. «Par contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (...)». Le contrat de travail est donc conclu entre une personne physique, le travailleur, et l'employeur – qui peut être une personne physique ou morale.

Il doit en outre s'agir d'un travail personnel (CO 321) : «le travailleur exécute en personne le travail dont il s'est chargé, à moins que le contraire ne résulte d'un accord ou des circonstances». Cela pose donc une exception au principe de substitution. En principe, la personne ne peut donc pas se faire assister par un tiers, avec comme corolaire que si la personne ne peut pas travailler, ce n'est pas à elle d'organiser son remplacement. Toutefois, cette disposition réserve une clause contraire prévue entre les parties ou des circonstances spéciales.

**ELEMENTS CARACTERISTIQUES DU CONTRAT DE TRAVAIL**

- Il s'agit d'une prestation de travail, sans obligation de résultat. Il y a donc uniquement une obligation de *moyen*.
- Il y a un rapport de subordination : cela « place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, organisationnel et temporel, et dans une certaine mesure économique » (TF, 4A\_592/2016 du 16 mars 2017, consid. 2.1). La personne salariée met son temps à disposition de l'employeur qui va lui dire ce qu'il doit faire durant ce temps. Ces critères sont parfois relativisés pour certaines professions. Le médecin ou un cadre d'entreprise ont par exemple une grande autonomie dans l'organisation de leur travail.  
Concernant l'aspect économique, si la personne reçoit une rémunération fixe l'on peut donc parfois conclure qu'il s'agit d'un contrat de travail.
- Il y a une rémunération : tout travail mérite un salaire.
- Pour une durée (déterminée ou indéterminée) : idée de mise à disposition du temps du travailleur.

L'enjeu de la délimitation du contrat de travail avec d'autres contrats est que par exemple le droit du travail confère une protection accrue aux travailleurs salariés. On ne peut pas par exemple mettre fin au contrat de travail du jour au lendemain. Il y a une série de normes impératives adoptés en vue de protéger la partie la plus faible du contrat qu'est le travailleur. Selon que le travailleur est salarié ou indépendant, il y a une protection différente.

**LA CONCLUSION DU CONTRAT DE TRAVAIL****I. LE PRINCIPE : L'ACCORD DES VOLONTES (CO 1ss)**

Il s'agit de la manière classique de conclusion du contrat de travail

**A. LES POURPARLERS (CC 2, CO 328 et 328b)**

Déjà après les pourparlers il y a des obligations des parties. Il est déjà possible de se prévaloir de la protection de la personnalité dans la phase précontractuelle. L'employeur ne peut pas poser des questions qui portent atteinte à la sphère personnelle et sans rapport avec l'activité à exercer au candidat durant l'entretien (ex : demander si l'on souhaite fonder une famille dans un entretien d'embauche). La doctrine admet donc un droit au mensonge si l'on nous pose une question illicite sans rapport avec le contrat à conclure pour que ça n'aille pas à l'encontre de la conclusion du contrat. Toutefois, il y a un devoir d'information et d'être honnête si c'est une question en rapport avec le contrat.

**B. LES ELEMENTS ESSENTIELS (CO 2, 319)**

Pour qu'un contrat de travail soit conclu, les parties doivent être d'accord sur les points objectivement essentiels, soit :

- Prestation
- Rapport de subordination
- Durée
- Rémunération (CO 322)

Pour considérer qu'il y a un contrat de travail, il n'est pas nécessaire que le montant de la rémunération soit arrêté. Il faut uniquement que les parties se soient mises d'accord sur le principe d'être rémunéré. Le montant de la rémunération n'est donc pas un élément objectivement essentiel pour la conclusion du contrat. S'il n'y a pas d'accord sur le salaire, CO 322 s'applique avec pour conséquence que le salaire sera fixé selon ce qui est habituel dans l'entreprise pour cette branche de travail dans cette région. On examinera donc s'il y a par exemple des contrats de travail standards.

**C. LES LIMITES À LA LIBERTE CONTRACTUELLE (CC 27, CO 19 et 20)**

L'objet du contrat ne peut pas être illicite, contraire aux mœurs etc.

- CO 361 et 362 (liste non exhaustive)
- LEg : normes impératives applicables dans les secteurs privés et publics et notamment l'interdiction de discriminer

au niveau de la rémunération. La liberté de se mettre d'accord sur le salaire est donc limitée par la discrimination basée sur le sexe du travailleur. Il peut y avoir un salaire minimum impératif à respecter qui peut être fixé par des CCT.

- LTr : notamment en matière de santé, durée du travail...
- CCT (CO 357)
- CTT (CO 360a, 360d)

## **II. L'EXCEPTION : LE CONTRAT DE FAIT (CO 320 II)**

Dans ce cas, le contrat est réputé conclu, indépendamment de la volonté des parties, lorsque les circonstances objectives conduisent à reconnaître l'existence d'un contrat de fait.

### **A. CONDITIONS**

Si ces conditions sont réunies alors il y a un contrat de travail même si les parties ne se sont pas mises d'accord en vue de conclure un tel contrat ; il s'agit de :

- La partie employeuse accepte
- Pour un temps donné
- L'exécution d'un travail qui
- Ne doit être fourni que contre un salaire

### **B. EXEMPLES**

- Arrêt cabinet dentaire : Mme T avait été engagée par E en tant que femme de ménage. Elle tombe dans l'escalier et devient incapable de travailler. Le mari de Mme T assure le travail et puis informe qu'il va cesser de remplacer son épouse. Il demande le versement du salaire qui lui est dû pour remplacement et le paiement à son épouse des indemnités journalières. Le TF a admis l'existence d'un contrat de travail de fait entre l'employeur et le mari de Mme T puisque durant les 3 mois l'employeur avait accepté que le mari entretienne le cabinet, tâche qui était rémunérée.
- Arrêt Pharmacie (cf. arrêt de principe) : le TF a admis l'existence d'un contrat de travail de fait entre un ressortissant brésilien sans autorisation de travailler et un employeur. CO 320 II pose une présomption irréfutable de l'existence d'un contrat de travail lorsque le salaire est le principal motif du travail fourni. L'employeur fut donc obligé de verser un salaire supérieur correspondant entre le salaire versé et le salaire prévu pour ce domaine de travail.

### **C. LE TRAVAIL DANS L'ENTREPRISE DU CONJOINT OU DE LA CONJOINTE (CC 165 I, CO 329 II)**

En général, les travaux fournis à la maison ne sont pas considérés comme générant un contrat de travail car il n'y a pas de rapport de subordination. Les tribunaux sont retissant à admettre l'existence d'un contrat dans de tels cas, sauf si un contrat de travail a été expressément conclu.

ATF 113 II 414 : Madame a aidé son mari dans son entreprise sans contrat de travail. Elle demande à être rémunérée pour les prestations effectuées. Se pose la question de savoir si la contribution professionnelle de l'un dans l'entreprise de l'autre allant au-delà du devoir d'assistance donne droit à une indemnité équitable ou alors au versement d'un salaire selon la présomption de CO 320 II. L'enjeu est procédural car le droit à une indemnité équitable doit être invoqué au plus tard durant la procédure de divorce. Pas de réponse claire mais on retient que la jurisprudence fait preuve d'une grande réserve et on part du principe que CO 320 ne trouve pas application entre époux, sauf en cas de circonstances particulières (ex : si le versement d'une indemnité équitable ne permet pas de compenser une contribution effective qui aurait dû être fournie, pour plusieurs années, par une personne).

## **III. LA FORME DU CONTRAT (CO 320 I)**

### **A. PRINCIPE : LIBERTE DE FORME**

En principe, pas de forme spéciale (oralement, par téléphone...) mais les parties se mettent souvent d'accord par écrit (CO 11ss, 320 I).

**B. LES EXCEPTIONS**

- La forme conventionnelle (CO 16)
- La forme légale (ex : CO 344a, 347a II, art. 8 et 19 LES)

**C. L'OBLIGATION D'INFORMER (CO 330b)**

Si cette obligation n'est pas respectée, le contrat de travail est néanmoins conclu.

**D. LA VALIDITE DES ACCORDS DEROGATOIRES**

Souvent il faut la forme écrite pour que la dérogation soit admise.

**IV. LES EFFETS DE LA NULLITE DU CONTRAT (CO 320 III)**

Normalement la nullité du contrat a un effet *ex tunc* donc comme si le contrat n'avait jamais été conclu. Toutefois, il est difficile de restituer les prestations car il y a un travail qui a été fourni. La règle générale de l'effet *ex tunc* n'est donc pas applicable et la nullité a, dans le droit du travail, un effet *ex nunc* soit à partir du moment présent et pour le futur. Donc fiction de la validité du contrat jusqu'à l'invalidation et les parties doivent remplir leurs obligations comme si il y a avait un contrat valablement conclu.

**A. CONDITIONS**

- **Nullité du contrat** : relative ou absolue (par exemple si la forme exigée par la loi n'a pas été respectée pour le contrat d'apprentissage)
- **Entrée en fonction** effective du travailleur au service de l'employeur ; si la nullité est invoquée avant l'entrée en valeur alors on applique la règle générale de l'effet *ex tunc*.
- **Bonne foi (CC 3 II)** : il faut que le travailleur ait été de bonne foi. Le TF interprète cette notion de manière souple. Selon le TF, un travailleur ne sera considéré de mauvaise foi que si l'employeur peut prouver que le travailleur connaissait le vice du consentement ainsi que les conséquences de ce vice entachant le contrat.

Exemples :

- ATF 133 II 242 : travailleur engagé sur la base d'un contrat de travail rédigé par lui-même et signé par son épouse. Il y avait donc dol (un vice) mais le TF a considéré que le travailleur était de mauvaise foi car in casu il ne savait pas quelles conséquences cela pourrait avoir sur la validité du contrat. Il avait donc fourni sa prestation de bonne foi selon le TF.
- ATF 137 IV 305 : femme de ménage clandestine dont le contrat de travail est nul car elle n'avait pas d'autorisation de travail. Elle avait toutefois fourni sa prestation et a donc eu droit à sa rémunération. Cette personne peut donc intenter une action contre son employeur, même si elle n'avait pas d'autorisation. Tout travail mérite salaire.

**CONCLUSION**

Il faut distinguer :

-Le contrat de fait (CO 320 II) dans lequel il y a une protection contre les congés (CO 336ss) et les dispositions du contrat de travail est habituel.

ET

-Le travail sans contrat valable (CO 320 III) : résiliation immédiate possible (CO 337ss) car il faut mettre fin à cette situation non conforme au droit. Toutefois, cette fin n'aura des conséquences que pour le futur.

Cette règle spéciale est mise en place afin d'éviter des conséquences injustes.

**LE TEMPS D'ESSAI****LA DUREE DU TEMPS D'ESSAI**

Permet aux parties de voir qu'elles remplissent bien les exigences nécessaires pour l'emploi et pour le travailleur si le travail lui convient. Il sera possible de se départir du contrat plus rapidement que une fois le temps d'essai passé. CO 335b : cet article concerne les CDI (alors que dans les CDD il n'y a en principe pas de temps d'essai).

Le temps d'essai légal est d'un mois à compter de l'entrée en service (et non pas de la conclusion du contrat de travail). Selon l'ATF 136 III 562, indépendamment du pourcentage du temps de travail (partiel), cela n'est pas déterminant. Donc on compte un mois de calendrier. Pas de temps d'essai plus long pour une personne travaillant à temps partiel. Selon CO 335b II, il est possible d'avoir des accords dérogatoires à ce système légal. Cet article pose d'abord une exigence de forme : la dérogation doit être faite en la forme écrite. En cas de non-respect, la sanction est la nullité. En outre il y a une condition matérielle instituant un temps d'essai maximal de 3 mois. La sanction en cas de durée excessive est la nullité partielle (CO 20 II). Il est possible que la personne soit durant le temps d'essai et qu'on étende cette durée même lorsque le travailleur est entré en fonction. Mais le maximum est de 3 mois.

CO 335b III liste exhaustivement des motifs de prolongation en cas d'interruption du travail. On ne peut toutefois pas avoir un temps d'essai effectif de plus de 3 mois. En revanche, les vacances ne figurent pas dans cette liste exhaustive. Indépendamment du caractère partiel ou pas de la maladie, on est dans le cas de CO 335b III et il y a prolongation.

**DELAI DE RESILIATION DURANT LE TEMPS D'ESSAI**

CO 335b I prévoit un délai de congé de 7 jours. Moyennant ce délai légal, le contrat de travail peut être résilié en tout moment. Il s'agit de jours de calendriers (inclus les fériés) et le jour de l'entrée en fonction compte aussi. 7 jours de calendrier (et non pas 7 jours ouvrables).

Co 335b II prévoit la possibilité de déroger à cette règle : il est possible de prévoir un délai de résiliation plus long ou plus court. Il faut toutefois que cette dérogation respecte les exigences de forme (forme écrite).

Il faut que le jour de la notification de la résiliation on soit dans le temps d'essai. Le lendemain ce sera le délai ordinaire. Dans le CDD, pas de temps d'essai mais possible d'en convenir. Cependant, ce temps d'essai ne peut pas être supérieur à 3 mois.

**CONTRAT DE DUREE DETERMINEE (CDD)**

CO 334 prévoit le cas du CDD. Il peut être de durée déterminée en vertu de la loi (ex : contrat d'apprentissage ; CO 344a et 346) ; selon une convention (prévisibilité de l'échéance par exemple la durée d'un chantier ou d'une saison de ski).

**LA FIN DU CONTRAT DE DUREE DETERMINEE (CO 334 I)**

Le contrat prend simplement fin à l'échéance du contrat convenue. Donc pas de délai de congé ou de résiliation car le contrat prend automatiquement fin à la survenance de l'échéance. Il n'y a pas de protection contre les congés (CO 336 à 336d), sous réserve d'un accord contraire. Il reste néanmoins possible de résilier avec effet immédiat pour de justes motifs (CO 337).

Donc en général dans le cadre d'un CDD toutes les règles sur la résiliation sont inapplicables.

**LA RECONDUCTION DU CDD (CO 334 II)**

Il est possible de requalifier le CDD en contrat en chaîne. La limite est l'abus de droit (CC 2 II). Pour certaines professions (ex : les enseignants, garde des enfants...) il n'est pas abusif d'avoir plusieurs CDD durant plusieurs années. Mais si l'on fait cela uniquement pour avoir des règles moins protectrices donc il s'agit d'un abus de droit. Il s'agit donc de se référer aux circonstances du cas d'espèce.

CO 335 est une norme absolument impérative prévoyant la liberté de résilier le CDD par les deux parties. La résiliation,

manifestation unilatérale de volonté, n'est pas soumise à une condition de forme mais en pratique on le fait souvent par écrit pour avoir des preuves. La résiliation peut donc se faire par oral. Il faut toutefois, pour considérer que le congé a été notifié, qu'elle soit parvenue dans la sphère d'influence du destinataire. Pour qu'elle puisse déployer ses effets, la résiliation est soumise à réception. Si la résiliation se fait par écrit, elle est considérée comme reçue au moment où le salarié pouvait en avoir connaissance (souvent sous forme de lettre recommandée. Si la personne n'est pas là alors la résiliation est considérée comme reçue le 1er jour où il était matériellement possible de retirer l'avis de retrait). Donc en général lorsqu'on laisse un avis dans la boîte aux lettres, on considère qu'elle est reçue. À moins que par exemple la personne était en vacances, ce que l'employeur savait vu que les vacances doivent être convenues ensemble. Donc résiliation réputée reçue dès le retour de l'employé de ses vacances.

CO 335 Il prévoit la possibilité de demander la motivation du licenciement. Le refus pour l'employeur de motiver la résiliation ne va toutefois pas pour autant entraîner la nullité du congé qui reste valable. Le principe reste la liberté de résilier le contrat de travail.

### LES DELAIS DE CONGE DU CDI

Les délais de congé prévus dans le contrat doivent être les mêmes pour les deux parties (employeur et employé). Il s'agit du principe de *parité* à caractère impératif. Mais l'al. 2 prévoit une exception en cas de licenciement pour des motifs d'ordre économique donc le salarié peut se départir avant l'échéance du délai.

Le terme légal prévu par la loi est pour la fin d'un mois, moyennant un délai fixé en fonction des rapports de service (CO 335c I). Le délai varie selon la durée des rapports de travail (calcul de l'ancienneté). On apprécie l'ensemble des informations du cas d'espèce pour calculer le délai du service. Selon la doctrine il faut aussi prendre en compte la durée d'un contrat d'apprentissage précédent.

CO 335c II pose des exigences de forme écrite. Un délai de congé inférieur à un mois ne peut être prévu que par une convention collective de travail (CCT) et cela ne peut valoir que pour la 1ère année de service.

Le délai de congé est fixé en fonction de la durée des rapports de travail (CO 335c I), soit depuis l'entrée en service jusqu'au moment de la notification de la résiliation. On part du 1er jour de l'entrée en service de la 1ère année et on ajoute une année chaque fois qu'on recontre cette date.

Exemple : si l'entrée en service a lieu le 26 mars 2014 :

- Du 26 mars 2014 jusqu'au 25 mars 2015 on se trouve ds la 1ere année de service.
- Du 26 mars 2015 jusqu'au 25 mars 2016, on se trouve dans la 2ème année de service.
- Du 26 mars 2016 jusqu'au 25 mars 2017, on se trouve dans la 3ème année de service.

Le délai de congé est d'un an pour la 1ère année de service, 2 mois pour la 2ème et 3 mois dès la 9ème année de service. Cela est pour la fin du mois, même si c'est le weekend ou un jour férié. Le contrat prendra fin ce jour-là. Les parties peuvent déroger ou supprimer ce terme légal pour la fin d'un mois.

Il est par exemple possible que les parties prévoient un mois net (ex : résiliation reçue le 28 mars donc le contrat prend fin le 28 avril). Toutefois, le délai de congé court dès le lendemain de la notification (donc du 29 mars au 28 avril). Si la résiliation est reçue le 31 janvier et que c'est un mois net (31 février) donc ce sera le 28 février ou le 29 février dans les années bissextiles.

### Précisions en lien avec les délais de congé après le temps d'essai (art. 335c CO) (3)

#### • Résiliation notifiée le 2 mars 2017

##### • Délai de deux mois net

- Le contrat prend fin le 2 mai 2017
- Le délai de congé court du 3 mars au 2 mai 2017

##### • Délai de deux mois pour la fin d'un mois

- Le contrat prend fin le 31 mai 2017
- Le délai de congé court du 1<sup>er</sup> avril au 31 mai 2017



Le délai de congé ne court pas le lendemain de la résiliation ici : on le calcule rétrospectivement en reculant de 2 mois dès la fin du contrat le 31 mai 2017. On arrive donc au 1er avril 2017. Le délai de congé commencera donc à courir à partir de ce moment (*dies a quo*).

### LA RESILIATION EN TEMPS INOCCUPÉ (CO 336c)

Ces règles ne sont en principe pas appliquées aux CDD (CO 334) mais uniquement aux CDI (CO 335). Lorsqu'il est mis fin au contrat de travail moyennant le respect de délais de congé, il faut encore se demander si les motifs ne sont pas abusifs. Nous allons nous intéresser au *moment* dans lequel le congé intervient. Si c'est en temps opportun donc application de CO 336c ss. Une résiliation peut à la fois être abusive quant à son motif et être notifiée en temps inopportun (ex : quelqu'un licencié parce qu'il effectue son service militaire). Il est aussi donné en temps inopportun s'il intervient durant ce service ou 4 semaines avant ou 4 semaines après. Les règles sur le congé donné en temps inopportun l'emportent sur CO 336 car c'est une protection plus forte. Un congé notifié en temps inopportun est frappé de nullité.

On reste dans le cadre d'un congé ordinaire moyennant un certain délai de congé. Sont réservés les congés extraordinaires soit résiliation avec effet immédiat, cas dans lequel CO 337ss l'emportent sur CO 336 et CO 336c, peu importe qu'il s'avère par la suite que le congé n'était pas fondé sur un juste motif.

L'objectif de la protection de CO 336c est d'assurer à la personne salariée le bénéfice d'un délai de congé entier. Il y a certaines périodes (ex : après un accident, enceinte etc...) dans lesquelles on n'est pas en mesure de se lancer dans la recherche d'un nouvel emploi. Si le licenciement intervient durant l'une de ces périodes dans lesquelles la personne ne peut pas utiliser le délai de congé pour trouver un nouvel emploi, soit le congé est nul soit suspendu pendant un certain temps pour que le salarié soit au bénéfice d'un délai de congé entier.

CO 336c est de nature *relativement impérative* (cf. CO 362). Il est donc possible d'y déroger mais seulement en faveur de la partie la plus faible du contrat, donc la partie salariée. Donc possible d'aller plus loin dans la protection et prévoit davantage de périodes de protection.

#### Conditions d'application

On applique CO 336c lorsqu'on se trouve dans un CDI et *après* le temps d'essai. Il faut en outre une résiliation donnée par l'employeur (=licenciement). Alors que l'hypothèse de la démission, soit la résiliation par la personne salariée, est prévue à CO 336d, applicable uniquement après le temps d'essai, si un supérieur dont il est en mesure d'assumer les fonctions, est empêché selon CO 336c et s'il lui incombe de remplacer son supérieur hiérarchique.

CO 336c I énumère les différentes situations donnant lieu à une période de protection.

CO 336c II et III prévoient les conséquences d'une résiliation en temps inopportun. La première est la *nullité*. Il y a ensuite

la *suspension* du délai de congé, lorsque la résiliation est donnée de manière valable mais avant la fin de l'échéance du délai de congé intervient une des hypothèses de l'al. 1 et donc, pour que le salarié puisse bénéficier de l'entier de son délai de congé, alors la fin du délai sera prolongée dans le temps. Lorsque le contrat pouvait être résilié pour un terme (fin d'un mois), alors de nouveau le délai prolongé prendra fin pour la fin d'un mois (CO 336c III).

### CO 336c al. 1

- **Let. a : service obligatoire** : il s'agit principalement du service militaire ou service civil en remplacement du service civil. Les femmes ne sont pas obligées de servir dans l'armée mais celles qui choisissent de faire l'armée alors elles sont astreintes au service et cet article est donc applicable. De même pour les ressortissants de pays de l'AELE qui peuvent se prévaloir de la protection contre les congés en temps inopportun en vertu du principe de non-discrimination.

La durée de protection prévue pour cette lettre a : pendant tout le service ainsi que 4 semaines avant et 4 semaines après, pour autant que le service ait duré plus de 11 jours.

- **Let. d : service d'aide à l'étranger** ordonné par une autorité fédérale ou pour des raisons humanitaires ; subordonné à l'accord de l'employeur.
- **Let. c : grossesse** : Ce qui est déterminant est la grossesse en tant que telle et non pas que la personne soit apte ou pas à travailler. Peu importe que la personne ne sût pas qu'elle ou son employeur ne savait pas qu'elle était enceinte au moment où la résiliation a été signifiée, sous réserve de l'abus de droit.

La durée de protection prévue pour cette lettre c : la grossesse commence le jour de la fécondation de l'ovule (ce qui n'est pas le cas en droit pénal), donc même notion que dans le domaine médical. La protection dure pendant la grossesse mais aussi durant les 16 semaines qui suivent l'accouchement. Il y a accouchement au moment où un enfant viable naît ou alors, si on applique par analogie les dispositions de 23 RAPG, il y a accouchement, même si l'enfant né mort-né, après 23 semaines. Donc soit l'enfant né vivant et il y a accouchement, soit 23 semaines de grossesse, même si l'enfant n'est pas viable il y a accouchement.

S'il y a fausse-couche donc un enfant né avant les 23 semaines de grossesse, alors la let. c ne s'applique pas, mais la let. b pourra être appliquée si cette fausse-couche provoque au moins pour quelques jours une incapacité de travail de la personne qui l'a vécue.

En pratique, une salariée peut se mettre d'accord sur la fin des rapports de travail pendant sa grossesse (accords de résiliation). Pour qu'un tel accord, qui implique renonciation au droit impératif dont bénéficie la salariée, il faut avoir des concessions réciproques. Faute de quoi CO 341 serait violé : le travailleur ne peut pas renoncer aux créances résultant de dispositions impératives de la loi.

- **Let. b : incapacité de travail** :
  - Totale ou partielle
  - Résultant d'une *maladie* ou d'un *accident* non imputable à la faute de la personne salariée
  - La connaissance de la personne salariée n'est pas nécessaire : par ex si X est atteint d'un cancer mais ne le savait pas, alors le congé est intervenu en temps inopportun, sous réserve de l'abus de droit.

Durée de protection : sera plus ou moins longue selon l'ancienneté de la personne salarié :

- Aussi longtemps que dure l'incapacité de travailler, mais au maximum :
  - 30j pendant la 1ère AS
  - 90j de la 2ème à la 5ème AS
  - 180j à partir de la 6ème AS

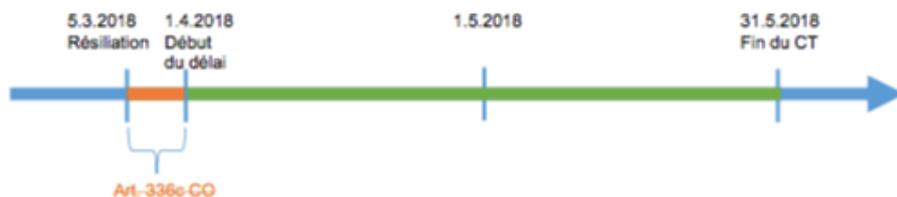
Ces délais sont calculés à partir du 1er jour de l'incapacité (*dies a quo*).

### Calcul de la période de protection de CO 336c

La protection déploie ses effets uniquement durant le délai de congé. Lorsqu'il y a un terme, on calcule le délai de congé rétroactivement depuis la fin du contrat.

- Le **délai de congé** doit être calculé rétroactivement à partir de la fin du contrat

- Exemple ci-dessous: 2 mois pour la fin d'un mois



On part de la fin du contrat, le 31 mai, puis on fait -2 mois et on arrive au 1er avril 2018. Le délai de congé ne court donc pas encore entre le 5 mars et le 1er avril. Durant la période en orange, CO 336c n'est pas applicable donc un licenciement durant cette période ne peut pas être considéré comme nul.

Chaque éventualité fait courir une nouvelle période de protection donc un cumul des hypothèses de l'al. 1 (ex : maladie, puis accident puis maladie ; *cumul intralittéral*). Chaque nouvelle maladie ou accident ouvre une période de protection distincte.

Exemple : durant la 1ère AS, la protection est de 30j maximum. Si la personne est atteinte de 2 maladies différentes alors au maximum 60 jours de protection.

Alors que s'il y a une maladie puis une rechute ou une autre maladie étroitement liée à la 1ère maladie, alors le délai de protection est de 30j au maximum.

Il se peut aussi que deux périodes de protection se chevauchent : ex : pendant les 16 semaines après l'accouchement la salariée est malade alors la période de protection de maladie court parallèlement à celle de la grossesse et la protection prend fin à la fin de la protection la plus longue.

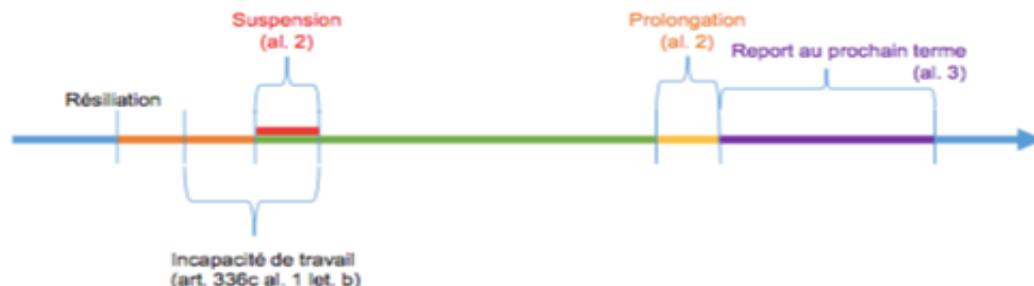
### LES CONSEQUENCES d'un licenciement intervenant durant un temps inopportun (al. 2 et 3)

Premièrement la nullité du congé (licenciement par valable) si le congé a été donné *pendant* une période de protection.

Il y a ensuite la *suspension* du délai de congé si :

- le congé a été donné *avant* une période de protection et
- une situation énumérée à l'al. 1 se produit avant la fin du délai de congé

Selon l'al. 3, si le délai a été suspendu (al. 2), alors il y a un report au prochain terme :



S'il y a de nouveau survenance d'une hypothèse de l'al. 1 durant la phase violette, alors pas de suspension et prolongation de nouveau car l'objectif de cette protection est de bénéficier un délai de congé entier. Le délai de congé est en vertu et a été suspendu (rouge) pour un certain nombre de jours. Ces jours ont été reportés (jaune). À la fin du jaune, le salarié a

bénéficié de son délai de congé complet donc si un motif de CO 336c intervient par la suite alors cela ne donnera pas lieu à un nouveau report.

## LE CONGE ABUSIF

### Principe de la liberté de résiliation (art. 335 al. 1 CO) Protection contre les congés (art. 336 ss CO)

Type de congé	Base légale	Conséquences sur le congé	Applicable durant le temps d'essai?
Congé donné en temps inopportun	Art. 336c CO	Nullité du congé ou suspension du DC (art. 336c al. 2 CO).	Non.
Congé abusif (y compris congé discriminatoire et congé représailles)	Art. 336 CO (art. 336, let. a, et 336, let. d, CO)	Validité du congé mais droit à une indemnité (art. 336a CO).	Oui.
Congé discriminatoire en raison du sexe	Art. 3 LEg (l'emporte sur l'art. 336, let. a, CO)	Validité du congé mais droit à une indemnité (art. 5, al. 2, LEg).	Oui.
Congé représailles suite à une « réclamation » au sens de LEg	Art. 10 LEg (l'emporte sur l'art. 336, let. d, CO)	Validité du congé mais droit d'en demander l'annulation ou une indemnité (art. 10, al. 2 et 4, LEg).	Oui.

Les effets de la protection contre les congés abusifs sont différents du congé en temps inopportun car même si le congé est abusif il déploie toutefois ses effets. Son caractère abusif pourra toutefois donner lieu à une indemnité de CO 336a. Si le congé discriminatoire est donné en raison du sexe, la Loi sur l'Egalité LEg l'emporte sur le CO et s'applique. Le licenciement sera néanmoins valable mais donnera lieu à une indemnité plafonnée à 6 mois de salaire. En revanche, il y a des différences quant à la procédure applicable et au regard du degré de preuve exigé si c'est la LEg qui s'applique (moins d'exigences si LEg est applicable et prime le CO). La simple vraisemblance suffira à renverser le fardeau de la preuve dans la LEg. La LEg contient des dispositions interdisant les congés représailles (vengeance) parce qu'une partie a fait valoir ses droits. À ce moment-là il sera possible d'agir et demander l'annulation aux conditions de l'art. 10 LEg.

La notion de congé abusif au sens de CO 336 est un congé fondé sur un motif non digne de protection. Le salarié doit apporter la preuve que la résiliation qui lui a été notifiée était notifiée sur ce motif abusif, avec un haut degré de vraisemblance et un lien de causalité. Donc le salarié doit réunir un faisceau d'indices pour prouver l'existence d'un lien entre le motif abusif et la résiliation. Une exception toutefois concernant les licenciements notifiés aux représentants du personnel pour qui, si elles sont au bénéfice d'un mandat de représentation, alors le licenciement est présumé abusif et il appartiendra à l'employeur d'apporter la preuve qu'il n'est pas abusif (CO 336 II let. b).

CO 336 I : liste non exhaustive de motifs considérés comme étant abusifs. En concrétisation du principe de l'abus de droit et CC 2 II, il est possible qu'un congé soit jugé abusif même si aucune des lettres de CO 336 I n'est réalisée en l'espèce. Par exemple si dans la manière dont le congé a été donné le caractère abusif soit tout de même réalisé par exemple si le licenciement est notifié de manière particulièrement humiliante ou inutilement dégradante. Ce qui compte devant les tribunaux c'est de pouvoir savoir quel était le motif *réel* de résiliation (par opposition au motif donné lors de la résiliation).

Un licenciement peut reposer sur plusieurs motifs, dont certains licites et d'autres abusifs. En cas de pluralité de motifs (ex : une personne travaille mal, motif licite ; et n'aime pas les blacks, pas motif valable). Il appartient à la partie salariée que même si le motif licite n'aurait pas été présent, en réalité le licenciement aurait eu lieu et aurait été fondé sur le motif abusif qui a joué un rôle déterminant dans la décision de résilier le contrat de travail.

À noter que le caractère abusif du congé n'affecte aucunement sa validité. Le délai de congé, arrivé à son terme, mènera donc à la fin du contrat. Sauf pour le congé repréailles de la LEg dans lequel il sera possible d'agir en annulation du congé.

Une autre différence entre la protection contre les congés abusifs et les congés données inopportuns est que la protection contre les congés abusifs de CO 336 s'applique également durant le temps d'essai.

### **MOTIFS DE CONGE PREVUS À CO 336 I**

**-Lettre a** : le congé est abusif s'il est donné pour une raison inhérente à la personnalité (ex : religion, couleur de peau, origines...), à moins que :

- Cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail  
OU
- Ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise.

Par exemple condamnation pénale pour abus sexuel sur des mineurs où le TF a jugé de manière assez peu sévère par rapport à un salarié licencié parce que son employeur a découvert que son employé a été condamné par le passé pour des actes sexuels avec des mineurs. Le congé a été considéré comme abusif parce que pas de lien avec son travail d'informaticien. Si la personne était éducateur dans une crèche par exemple il en aurait été autrement. Donc ici l'employeur n'a pas apporté la preuve que cet antécédent judiciaire, donc une raison inhérente à la personnalité, avait un lien avec son travail ou porte un préjudice grave au travail dans l'entreprise.

Concernant la maladie, il faut différencier : si une personne se fait notifier sa résiliation pendant la période inopportun CO 336c I let. b alors résiliation nulle ou suspension du délai de congé pendant une période. Les règles sur le congé inopportun l'emportent car ils prévoient une sanction plus lourde. Mais si la personne ne se trouve pas dans une période de protection de CO 336c, la question déterminante est de savoir si cette maladie a un impact ou non sur sa capacité de travail. Si pas d'incidence sur la prestation de travail alors un licenciement signifié à la personne affectée par cette maladie alors c'est un motif abusif. Mais si la maladie empêche la personne de faire son travail, alors passé la période de protection de CO 336c, l'employeur peut valablement résilier.

### **ATF 136 III 513**

Licenciement d'un collaborateur pour propos qu'il tenait dans l'entreprise, l'ambiance qu'il créait. L'effet que cela a sur l'atmosphère de travail et les supérieurs hiérarchiques font que ce motif n'est pas abusif. Cette personne empêchait la bonne collaboration dans l'entreprise donc son congé n'est pas considéré comme abusif.

Mais si cette personne est comme ça parce que ses supérieurs ne l'entendaient pas après qu'elle s'est plaint (harcèlement psychologique par exemple), alors la personnalité énervante du salarié sera uniquement une conséquence que l'employeur n'a pas fondé son obligation de protection de la personnalité. Si l'employeur est donc responsable de ces débordements de caractère alors la situation serait différente et le congé pourrait être abusif, ce qui n'était pas le cas en l'espèce car l'employeur avait pris des mesures avant de licencier le travailleur.

### **Tatouages**

Ça dépend de la profession exercée et des circonstances du cas d'espèce. La personne licenciée parce qu'elle a des grands tattoos sur les mains par exemple va invoquer un licenciement abusif pour une raison inhérente à la personnalité et ce sera à l'employeur de démontrer que ces tatouages ont un lien avec l'entreprise et son image.

**-Lettre b :** en raison de l'exercice d'un droit constitutionnel, à moins que :

- L'exercice de ce droit ne viole une obligation résultant du contrat de travail  
OU
- Ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise

Il faudra alors que l'employeur démontre que l'exercice de ce droit violait une obligation (par ex droit de l'expression viole l'obligation de ne pas diffuser des informations).

S'il s'agit de la liberté syndicale qui est en cause, pas de possibilité pour l'employeur d'apporter des motifs justificatifs et application de CO 336 II let. a. Si le salarié démontre qu'il a été licencié parce qu'il appartenait à un syndicat alors pas de motifs justifiant ce licenciement.

### **Port du voile musulman**

En réalité les cas qui font l'objet de décisions de droit du travail sont le port du hijab qui laisse entièrement visible le visage (en opposition avec le niqab ou la burqa). Cette personne peut se prévaloir d'un licenciement abusif car c'est l'exercice de la liberté religieuse. Les tribunaux considèrent qu'il s'agit d'une expression de la liberté de religion donc on a un motif de congé au sens de CO 336 I let. b. Il se peut que ce soit une entreprise avec tendance chrétienne par exemple.

**-Lettre c :** afin d'empêcher la naissance de prétentions résultant du contrat.

**-Lettre d :** congé repréailles ; si en relation avec la LEg alors possibilité de demander l'annulation du congé et pas seulement une indemnité. Il n'est pas nécessaire que les prétentions sont fondées, il suffit uniquement que l'autre partie avait fait valoir de bonne foi ces prétentions.

**-Lettre e :** parce que l'autre partie accomplit un service obligatoire (ex : service militaire ou civil) ou une obligation légale (ex : de témoigner en justice).

### **LA SANCTION (CO 336a)**

Il s'agit d'une disposition absolument impérative (CO 361) donc pas possible de prévoir de dérogations même en faveur de la partie faible. Et Pas possible de renoncer à cette indemnité (CO 341 I).

Cette indemnité est de nature *sui generis* car on punit l'employeur qui a agi de manière abusive mais aussi réparatrice du dommage subi par le salarié. Il y a des cas dans lesquels l'atteinte psychique du salarié est tellement importante qu'il n'est pas possible de la réparer selon CO 336a car le maximum est plafonné à 6 mois du salaire de la personne licenciée. Donc dans certains cas le tort moral est particulièrement grave que la personne salariée pourra demander en plus de l'indemnité pour licenciement abusif une indemnité pour tort moral (CO 49) donc un cumul. Aussi lorsque le tort moral résulte d'une autre cause que le licenciement (exemple du chauffeur qui a obtenu en outre une indemnité pour tort moral pour l'atteinte subie avant d'être licenciée car ses conditions de travail portaient atteinte à sa santé et personnalité qui l'ont conduit à un état d'épuisement professionnel).

**LE MONTANT DE L'INDEMNITE (CO 336a II)**

Les tribunaux tiennent en compte plusieurs circonstances (CC 4) pour calculer le montant de l'indemnité, en notant que le plafond est de 6 mois de salaire. Par exemple :

- Gravité de la faute de la partie employeuse
- Eventuelle faute concomitante de la personne salariée
- Manière dont s'est déroulée la résiliation
- Gravité de l'atteinte à la personnalité de la personne salariée
- Intensité et durée des rapports de travail
- Effets économiques du licenciement
- Âge et situation personnelle de la personne salariée
- Difficultés de réinsertion dans la vie économique
- Situation économique des parties

Pour faire valoir son droit à l'indemnité, le salarié doit faire opposition à son congé au plus tard durant son délai de congé. Il faut que l'opposition (déclaration de volonté) soit faite en la forme *écrite* (il est recommandé de faire un Courrier recommandé) et qu'elle parvienne dans la sphère d'influence du destinataire au plus tard le dernier jour du délai de congé (théorie de la réception ; délai de péremption). Faute de quoi le salarié sera présumé avoir accepté la résiliation.

Les parties peuvent prévoir un délai de congé inférieur à 7 jours, voire le supprimer durant le temps d'essai (ATF 136 III 96 ; CO 335b). Dans une telle situation, on dit que l'opposition peut valablement être formulée pendant les 7 jours durant le temps d'essai. Mais le tribunal n'était pas d'accord dans le cas particulier car les parties avaient convenu d'un délai de congé de 3 jours pendant le temps d'essai donc le salarié avait agi trop tard et la résiliation est présumée avoir été acceptée.

Une fois que le salarié a fait valablement opposition, alors il pourra faire une action en justice (CO 336b II), dont le délai commence à courir le jour après la fin du contrat et pour une durée de 180 jours. C'est le cas dans lequel il y a 1) une opposition valable et 2) pas d'entente pour maintenir le rapport de travail. Il suffit donc que l'action en justice soit postée le 180ème jour à minuit pour que ce délai procédural soit considéré comme respecté, sinon il y a péremption qui doit être constatée par le tribunal. Si le 180ème jour tombe durant un férié par exemple alors le délai prend fin le 1er jour ouvrable qui suit le 180ème jour.

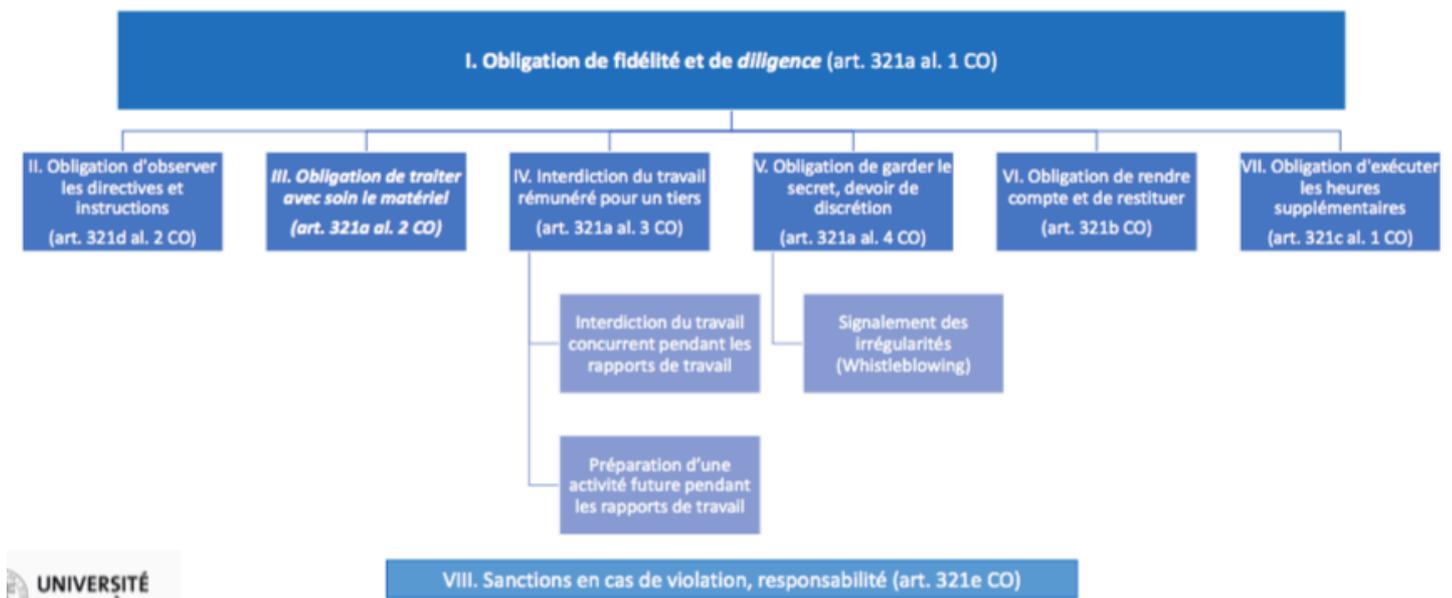
## LE DEVOIR DE FIDELITE DE LA PERSONNE SALARIEE (CO 321a à 321e)

Le contrat de travail est accompagné de devoirs accessoires :

- Protection de la personnalité du salarié par l'employeur
- Devoir de fidélité du salarié

Cette prestation dépend de l'activité dans le cas d'espèce et non pas un devoir de fidélité absolu. Ce devoir est donc relatif et en relation avec la prestation à laquelle s'est engagé le salarié. Il y a donc une obligation générale de fidélité (CO 321a I), concrétisée par plusieurs devoirs spécifiques.

Le devoir de fidélité est large et englobe le devoir de diligence. L'obligation de diligence est une obligation d'exécuter avec soin le travail qui est confié. Le salarié doit, pour ce faire, observer les directives générales et les instructions particulières qui lui ont été communiquées par la partie employeuse. Il y a en outre l'obligation de traiter avec soin le matériel mis à disposition par l'employeur.



La personne salariée est tenue de sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur. L'on devra donc procéder à une pesée des intérêts en présence et, pour cela, le salarié devra parfois faire passer ses intérêts au second plan. Existe d'abord l'**interdiction de faire concurrence** (CO 321a III) et le **devoir de discrétion** notamment par rapport à des secrets ou faits qualifiés confidentiels (CO 321a IV).

CO 321d obligation de **rendre des comptes et de restituer**, concrétisation de l'obligation de diligence et de fidélité.

### I. OBLIGATION DE FIDELITE ET DE DILIGENCE

Ces dispositions ne sont pas de nature impérative donc possible de conclure des accords pour déroger à ces accords avec une obligation de diligence plus étendue ou limitée. Toutefois, il y a CC 27 protection contre les engagements excessifs, CO 328 qui oblige l'employeur de protéger la personnalité du salarié, CO 336 I let. d possibilité de faire valoir des droits (contre le congé repréailles), et protection contre les congés donnés en raison de l'exercice d'une activité syndicale par le travailleur. Il y a donc d'autres normes impératives empêchant d'étendre de manière excessive cette obligation de fidélité.

CO 321e est relativement impératif donc il n'est possible d'y déroger qu'en faveur de la personne salariée. Cette disposition mentionne différents critères déterminants pour mesurer s'il y a eu ou non violation de l'obligation de diligence (le contrat, risque professionnel particulier, les instructions adéquates qui ont été données, aptitude du salarié que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître). Il y a en outre le critère de la fonction du salarié (collaborateur,

cadre...) en vue de voir s'il fallait apprécier avec plus de rigueur le comportement de cette personne. Cf arrêt de la cadre d'EMS qui ne devait pas faire état de son mépris de l'EMS à ses subordonnés. Cf. arrêt du cadre de la police fédérale qui s'est rendu en voiture avec un subordonné. Une fois la mission terminée ils ont été au restaurant et ils ont bu du vin et ont conduit le subordonné a commis un accident de voiture et des dégâts. Le subordonné violait des directives claires sur la conduite des véhicules de service. Le supérieur hiérarchique avait violé son obligation de loyauté en demandant à son employé de conduire en connaissant les directives en question.

Dès le moment où les rapports de travail débutent, le salarié est tenu par cette obligation. L'obligation de diligence cesse en général avec la fin du contrat. Il y a toutefois des exceptions CO 321a IV prévoit une obligation de discrétion qui peut aller au-delà du contrat de travail et parfois aussi l'employeur se protège par le biais d'une clause de concurrence au sens de CO 340.

En principe, l'obligation de fidélité de l'employeur ne s'étend pas à la vie privée. Il y a toutefois des exceptions par exemple l'employée d'une caisse AVS qui a appris qu'un assuré ne remplissait plus les conditions pour toucher cette rente car il s'est remarié et elle n'a pas avisé la caisse AVS. Par la suite, lorsque la caisse a voulu récupérer les rentes versées de manière indues, il lui a été rétorqué que le délai prévu par la LPGA était échu. Se posait donc la question de savoir si l'on pouvait imputer à la caisse la connaissance de la salariée. La réponse est non donc la caisse a pu récupérer les montant non dus. Les salariés ne sont donc pas obligés de rapporter de telles informations dont ils ont eu connaissance dans leur vie privée.

Dans une entreprise de conviction, un syndicat par exemple (ATF 130 III 699), ils se rendent compte qu'un juriste est proche de partis adverses dans son temps libre. Il s'agissait de savoir si le syndicat peut reprocher au juriste une violation de son obligation de loyauté ou bien de dire que même s'il est dans un parti de gauche, il peut avoir des affinités pour un parti de droite. Vu que le syndicat poursuit un certain idéal alors l'obligation de diligence du collaborateur est plus élevée que dans une entreprise normale. Le syndicat pouvait donc s'opposer à ce que ce juriste ait des relations avec un parti politique opposé. Sur le fond il y avait donc bien violation d'une obligation de loyauté car il s'agissait d'une entreprise de conviction à tendance.

Il y a ensuite les personnes employées par l'état qui ont un double devoir de loyauté : envers l'employeur et envers l'Etat. Cela a pour conséquence que les cas sont examinés avec une exigence accrue lorsqu'il y a une violation du devoir de loyauté. Cf. arrêt sur l'employé de la défense qui, pendant sa phase de convalescence, s'est remis à la chasse, durant la période où il était payé pour sa soi-disant incapacité de travail. Donc violation de son obligation de loyauté car le fait que les gens du village voient que X, qui représente l'Etat, fait de la chasse alors qu'il est en incapacité de travail, portait atteinte à la réputation de l'Etat.

L'obligation de fidélité comporte 2 volets :

- **Aspect positif :**

- **Devoir d'information** du salarié à l'employeur, d'un dommage ou si elle constate qu'il y a des abus ou irrégularités au niveau de l'entreprise. Plus le salarié a un salaire hiérarchiquement supérieur, plus il a une responsabilité accrue (ex : cadre).

Il est aussi attendu du salarié qu'il prévienne son employeur des absences prévisibles à l'avance (ex : service militaire). Il y a toutefois un régime particulier pour la grossesse : pas d'obligation de signaler une grossesse en cours, sous réserve des cas de l'abus de droit.

- **Aspect négatif :**

- **Abstention de tout comportement pouvant léser l'employeur** : par exemple ne pas être malhonnête, commettre un vol. La fait que le dommage économique de l'employeur n'est pas important n'est pas vraiment déterminant mais plutôt la perte de confiance de l'employeur en son employée.

Le raisonnement est le même concernant un serveur qui vole une bouteille de vin. Le fait de voler cette bouteille rompt le rapport de confiance et justifiait un licenciement.

De même concernant l'atteinte à la personnalité de collègues ou de supérieurs hiérarchiques. Par exemple menacer un collègue de faire la peau (frapper).

Ou bien le patron qui a refusé des vacances, alors l'employé a agressé l'épouse du patron, donc violation de l'obligation de loyauté.

Enfin projection d'un film satirique fait par un apprenti dans un établissement. Violation du devoir de loyauté car il a représenté comme le Titanic qui coule la direction.

### **OBLIGATION D'OBSERVER LES DIRECTIVES ET INSTRUCTIONS (CO321d II)**

Le travailleur observe, selon les règles de la bonne foi, les directives générales de l'employeur et les instructions particulières qui lui ont été données. Les directives ne peuvent pas imposer quelque chose qui n'est pas prévu dans le contrat. Ou si elles vont au-delà du contrat alors cela doit être interprété comme une offre de modifier le contrat de travail, donc avec l'accord du salarié.

Les directives que donne l'employeur ne doivent pas être illicites ou contraires aux mœurs. Si un ordre est contraire au droit, le travailleur a le droit de ne pas obéir à cet ordre.

Enfin, la partie employeur doit, lorsqu'elle donne ses directives, veiller à protéger la personnalité du salarié et ne pas lui demander de faire quelque chose incompatible avec sa situation personnelle ou familiale par exemple. Si on veut changer définitivement le lieu de travail il faudra obtenir l'accord du salarié, à moins de s'être réservé le droit de modifier unilatéralement par une clause de mobilité. S'il y a une situation d'urgence, on pourrait admettre que le salarié soit obligé d'accepter momentanément un changement du lieu de travail.

De plus en plus d'entreprises ont adopté un code de comportement qui précisent les directives. En cas de conflit, ces codes ont toutefois une valeur inférieure par rapport au contrat de travail et aux directives.

### **OBLIGATION DE TRAITER AVEC SOIN LE MATERIEL (CO 321a II)**

Le travailleur est tenu d'utiliser, selon les règles en la matière, les machines, instruments etc de l'employeur et de les traiter avec soin, de même que le matériel mis à sa disposition pour l'exécution de son travail.

Concernant le matériel informatique, par exemple on a un natel pour le travail et la vie privée.

Concernant l'utilisation privée d'internet, cf. directives ou instructions (CO 321d). Il s'agit de voir si des instructions ont été données au sein de l'entreprise par exemple. Il faut que l'utilisation privée n'entraîne pas de risque pour l'entreprise et que l'employé puisse bien accomplir son travail. Se pose aussi la question du fait de porter atteinte à l'entreprise par exemple consultation de sites pornographiques par un employé des CFF.

### **INTERDICTION DU TRAVAIL REMUNERE POUR UN TIERS (CO 321a III)**

En principe, le salarié a le droit d'avoir une activité accessoire. Mais si cette activité porte atteinte au devoir de fidélité à l'employeur principal ou fait concurrence, alors la violation de l'obligation de fidélité est présumée. La preuve que cette activité entraîne un dommage à l'employeur n'est pas exigée.

S'il s'agit d'un travail accessoire rémunéré pendant les vacances, c'est un temps rémunéré par l'employeur avec comme objectif que le travailleur se repose et non pas utiliser ce temps payé pour aller gagner de l'argent ailleurs. Donc non seulement le devoir de fidélité serait violé (CO 321a III) mais l'employeur peut aussi ne pas verser le salaire vacances ou obtenir le remboursement si le paiement a été fait (CO 329d III).

Concernant le travail non rémunéré, on n'est pas dans le champ d'application de CO 321a III. Mais s'il est concurrent alors il est possible de considérer cela comme violation du devoir de fidélité en vertu de CO 321a I.

Concernant le travail à temps partiel, le travailleur ne peut pas être interdit de travailler pour 2 entreprises avec un domaine d'activité proche si on est spécialisés, mais ce serait considéré comme une violation de l'obligation de loyauté si on révèle des secrets de la première entreprise (violation de l'obligation de discrétion).

Il y a en principe un devoir d'informer sur l'activité accessoire. Mais non pas un devoir de demander l'autorisation. Il y a toutefois souvent des clauses dans des contrats de travail de demander l'autorisation à l'employeur. Cf. arrêt sur l'activité accessoire non déclarée à l'employeur.

La préparation d'une activité future durant les rapports de travail est en outre non autorisée si elle est faite au détriment du travail actuel (ex : débaucher ou violer des clients, révéler des secrets d'affaire).

#### **OBLIGATION DE GARDER LE SECRET (CO 321a IV)**

« Pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas utiliser ni révéler des faits destinés à rester confidentiels, tels que les secrets de fabrication et d'affaire dont il a pris connaissance au service de l'employeur ; il est tenu de garder le secret **même après la fin du contrat en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur** ». Il faut distinguer entre les connaissances acquises dans l'entreprise et des secrets spécifiques.

Concernant le signalement des irrégularités, il y a en général un devoir d'informer l'employeur d'abus ou dysfonctionnements à l'interne de l'entreprise (CO 321a I). Alors que sous l'al. 4, on parle des dysfonctionnements extérieurs *whistle blowing* pour attirer l'attention du grand public. L'ATF 127 III 310 concerne le tournage d'un film à l'insu de l'employeur. Il s'agissait de l'employé d'un EMS qui a tourné un film de nuit à l'insu de son employeur et ce film était destiné à révéler les dysfonctionnements dans cet établissement. Elle essayant d'attirer l'attention sur la façon de traiter les patients et les conditions de travail. Elle a en plus mis ce film à disposition de la RTS. Suite à ces critiques, l'EMS s'est vu retirer l'autorisation d'exploiter. Sur le plan du droit du travail, se pose la question de savoir dans quelle mesure cette employée n'a pas violé son obligation de garder le secret (CO 321a IV). L'EMS a licencié la collaboratrice avec effet immédiat. Cette travailleuse devait agir proportionnellement : en cas d'intérêt public en jeu, il faut signaler d'abord à l'interne puis, en cas d'échec, s'adresser au département concerné de la santé et si ce département ne réagit pas la salariée est autorisée à alerter la RTS par le biais du film.

#### **OBLIGATION DE RENDRE COMPTE ET DE RESTITUER (CO 321b I)**

« Le travailleur rend compte à l'employeur de tout ce qu'il reçoit pour lui dans l'exercice de son activité contractuelle, notamment des sommes d'argent ; il lui remet immédiatement ce qu'il a reçu ».

Concernant les **cadeaux usuels**, le travailleur peut les garder : faut examiner les circonstances du cas d'espèce et de la valeur du cadeau (ex : jusqu'à 200 CHF le salarié peut conserver ; si ça excède cette valeur alors il y a une obligation de restituer).

Il faut toutefois faire une délimitation avec les **pots-de-vin** (ATF 124 III 25) : il faut se demander si la seule acceptation ne constitue pas déjà une violation de l'obligation de diligence. Par exemple dans l'arrêt il s'agit d'un pot-de-vin équivalent à 8 mois de salaire de l'employé. Indépendamment de tout dommage de l'employeur, le fait d'accepter ce pot-de-vin était déjà contraire au devoir de fidélité.

Il y a des dispositions dans le CP sur les actes de corruption passive ou active qui sont pénalement punissables.

#### **CO 321a II**

Le résultat du travail appartient à l'employeur s'il entre dans le cadre de l'activité contractuelle.

CO 332 les inventions et designs créés par le salarié dans le cadre de ses obligations contractuelles appartiennent à l'employeur. En revanche, si l'invention va au-delà des obligations contractuelles, alors l'employeur peut se réserver un droit mais il faut un accord écrit.

À la fin du contrat, les copies de documents ne doivent pas être conservées par le salarié mais rendues à l'employeur (CO 339a).

**DEVOIR D'EXECUTER LES HEURES SUPPLEMENTAIRES (CO 321c I)**

« Si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat ou l'usage, un contrat-type de travail de travail ou une convention collective, **le travailleur est tenu d'exécuter ce travail supplémentaire** dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne-foi permettent de le lui demander ».

Cf. cours du 16 avril

**RESPONSABILITE DE LA PERSONNE SALARIEE** en cas de violation de l'obligation de fidélité de CO 321a ss**A. LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITE (CO 321e I)**

- **Domage** : par exemple dégâts au véhicule de service, vaisselle cassée, dommage pécuniaire.

C'est à l'employeur de prouver l'existence d'un dommage et de démontrer la violation de l'obligation contractuelle et le lien avec le dommage. La faute du salarié est présumée en vertu de CO 97.

- **Violation d'une obligation contractuelle** : l'employeur doit pouvoir nommer des faits précis et non pas se borner à critiquer une obligation générale. Le contrat de travail contient une obligation de *moyens* (et non pas de résultat).
- **Lien de causalité**
- **Faute** (intention ou négligence ; CO 97) : il appartient au salarié de démontrer qu'il n'est pas fautif. Souvent les accords dérogatoires à CO 321e relativement impérative prévoient que c'est uniquement en cas de faute grave. Si un accord prévoit au contraire que le salarié répond de tout dommage, alors cette clause est nulle car pas possible de déroger en défaveur du salarié, mais uniquement en sa faveur.

À partir du moment où les conditions de la responsabilité sont réunies, se pose la question de l'indemnité.

**B. FIXATION DE L'INDEMNITE**

Il s'agit d'abord de respecter les conditions générales de CO 43-44.

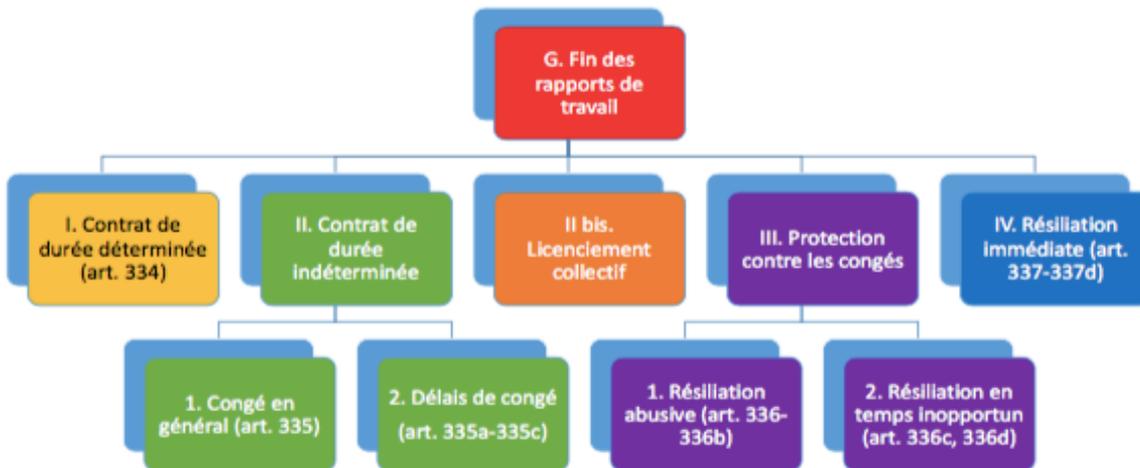
Entrent en outre en ligne de compte des critères *spécifiques* (CO 321e II) :

- **Contrat**
- **Risque professionnel** lié au métier (ex : chauffeur, serveur...) : cette condition peut venir atténuer la faute /dommage et aura donc un impact sur le montant de l'indemnité.
- **Instructions ou connaissances techniques nécessaires**
- **Aptitudes et qualité du travailleur « que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître »** : l'employeur aurait par exemple dû savoir que cette tâche était trop difficile pour le salarié, ce qui conduit à retenir une faute concomitante, ce qui a un effet sur la fixation de l'indemnité.

Cette action en responsabilité de la personne salariée se prescrit selon CO 127 après 10 ans.

## LE LICENCIEMENT AVEC EFFET IMMEDIAT (CO 337 à 337d)

L'employeur a 2 possibilités à choix :



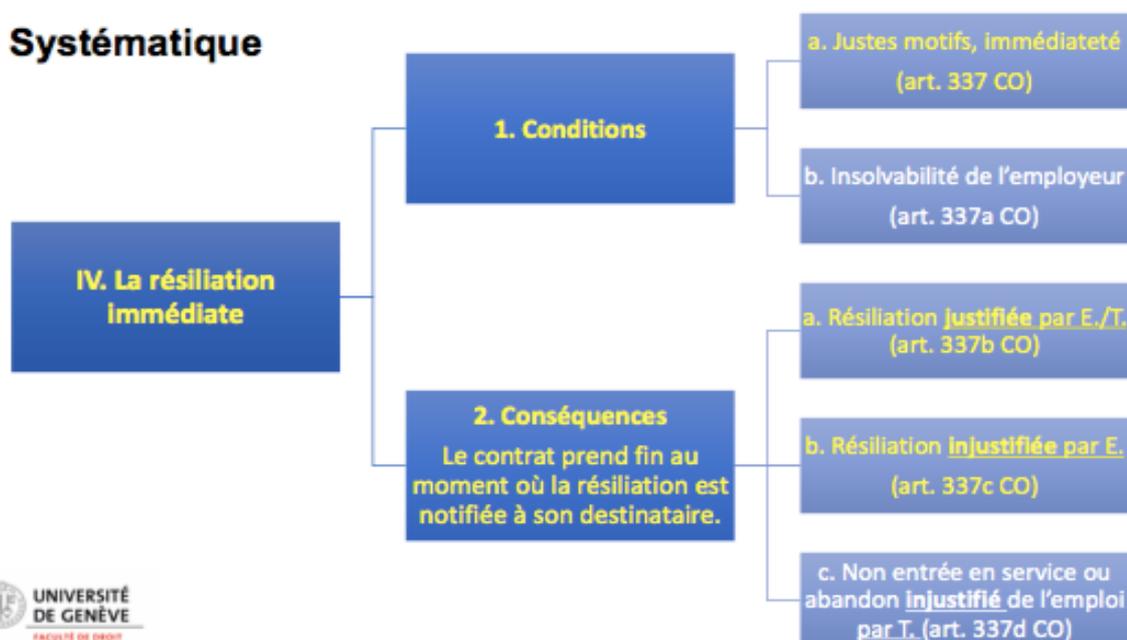
- Mettre fin au contrat de manière ordinaire, moyennant le respect du délai de congé (en vert). Il faut alors simplement que les motifs ne soient pas abusifs ; pas nécessairement besoin de justes motifs.
- Mettre fin au contrat de manière extraordinaire, immédiatement (en bleu). L'employeur devra alors pouvoir se prévaloir de justes motifs, faute de quoi il sera condamné à verser une indemnité.

Lorsque l'employeur a choisi la voie ordinaire, il ne peut plus, pour les mêmes motifs qu'il connaissait, changer d'avis et opter pour la résiliation immédiate.

Toutefois, si l'employeur apprend, pendant le délai de congé, que le travailleur a commis un autre manquement. La voie de résiliation immédiate est donc possible pour le nouveau manquement uniquement.

Les dispositions relatives à la disposition immédiate absorbent celles de la résiliation ordinaire et donc uniquement CO 337 à 337d s'appliquent, et non pas ceux de la résiliation ordinaire. La protection de CO 336c sur la protection contre les congés donnés en temps inopportuns n'est par exemple plus applicable et la résiliation immédiate peut intervenir en temps inopportun. On en tient toutefois compte dans le cas où la résiliation immédiate s'avère injustifiée. La résiliation immédiate est possible en tout temps, qu'elle soit justifiée ou non. Le contrat de travail aura donc pris fin immédiatement.

### Systematique



Il y a abandon d'emploi si la personne n'entre pas en service ou si elle quitte abruptement. Ce fait suffit pour mettre fin au rapport de travail.

### NOTION DE JUSTES MOTIFS (CO 337)

C'est plus large que le manquement à une obligation contractuelle.

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 motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande.

2 Sont notamment considérées comme de justes motifs **toutes les 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.**

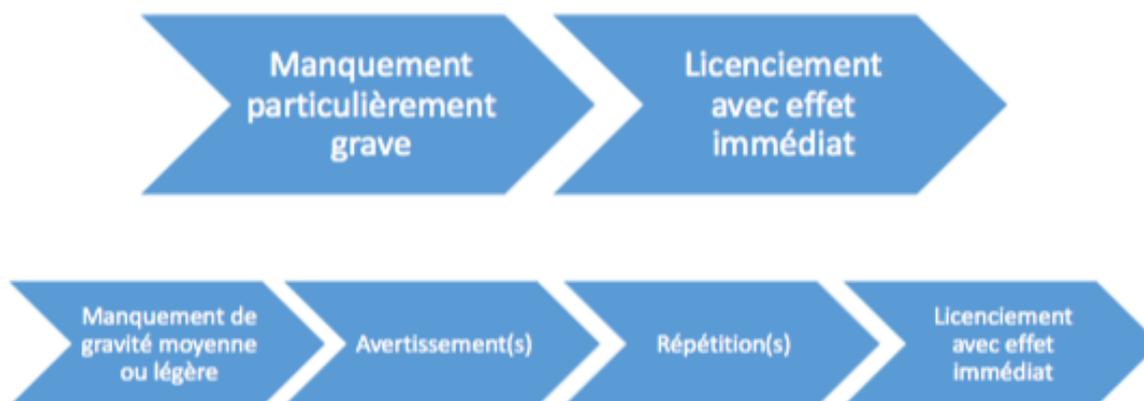
3 Le **juge apprécie librement s'il existe de justes motifs**, mais en aucun cas il ne peut considérer comme tel le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler.

Pour apprécier les cas d'espèces, le tribunal examinera les responsabilités, nature des rapports de travail, sa place dans la hiérarchie...

La loi précise qu'en aucun cas peut être considéré comme juste motif de résiliation immédiate l'empêchement sans faute du travailleur de travailler.

Seul un manquement particulièrement grave justifiera un licenciement avec effet immédiat *sans avertissement préalable* par exemple infraction pénale contre l'entreprise. Mais si manquement léger, résiliation immédiate possible uniquement si précédé d'un ou plusieurs avertissements préalables.

#### Notion de justes motifs – avertissement préalable? ATF 127 III 310, ATF 130 III 28, TF 4A\_659/2015



ATF du travailleur qui a viré le courriel de sa supérieure hiérarchique sans qu'elle ne l'accepte : justifie une résiliation immédiate sans avertissement préalable.

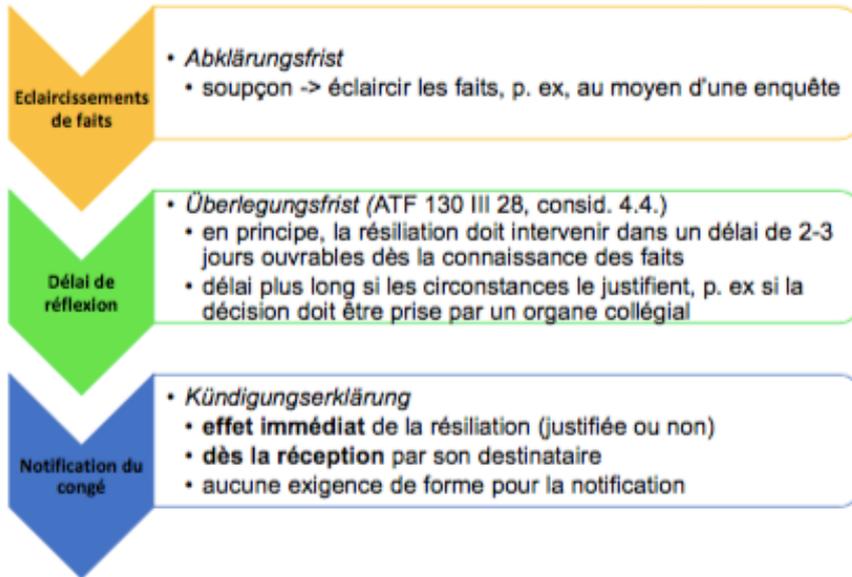
ATF collaboratrice EMS qui voulait attirer par le film l'attention du public : un licenciement avec effet immédiat a été considéré comme justifié car de plus elle a mobilisé les syndicats sans autorisation. En l'occurrence, elle avait en plus tourné et transmis le film à la RTS. On tient compte de cette circonstance qui existait au moment où le licenciement immédiat avait été prononcé, même si l'EMS ne le savait pas encore. Finalement, peu importe car il s'avère qu'il existait déjà un motif d'une gravité telle que l'avertissement préalable n'était pas nécessaire. La situation qui importe est donc la situation réelle existant au moment de la prononciation du licenciement avec effet immédiat.

Il n'est toutefois pas possible de se baser sur des circonstances postérieures au licenciement immédiat.

Arrêt 4A\_659/2015 : une aide-soignante qui n'a pas respecté le protocole d'intervention durant la nuit, ce qui a été considéré comme une violation de son obligation contractuelle. Son manquement consistait en le fait que l'état de la

personne malade se dégradait et qu'il fallait donc avertir. Cette veilleuse n'a pas sciemment ignoré ces directives mais n'a pas réussi à identifier la détérioration de l'état de santé et n'a pas pu l'identifier.

### Réaction « immédiate » de la partie qui résilie (art. 337 CO)



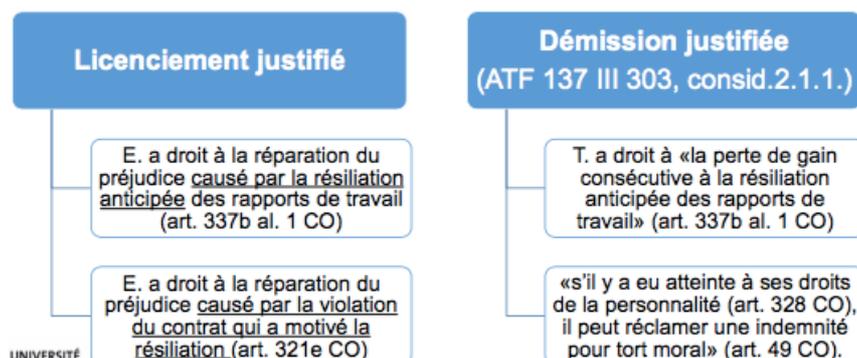
À partir du moment où l'employeur a connaissance du motif possible, plus il attend moins la voie de résiliation immédiate est ouverte. Ce qui compte c'est le moment où l'employeur a une connaissance presque certaine du motif. Il doit agir vite et dispose d'un bref délai de réflexion de 2 ou 3 jours. Lorsque les faits sont établis, il faut agir immédiatement, sous réserve du cas où c'est un organe collégial à plusieurs personnes (délai de réflexion alors plus long que 2-3 jours). Souvent il y a un soupçon et il faut s'assurer qu'il est fondé. L'employeur doit donc d'abord éclaircir les faits. S'il y a un délai de réflexion trop long de l'employeur, on estime qu'il renonce à un licenciement à un effet immédiat. Le contrat prend alors fin, si résiliation immédiate injustifiée l'employeur devra verser une indemnité.

Dès que la déclaration de résiliation parvient à son destinataire, le contrat prend fin.

## CONSEQUENCES DE LA RESILIATION IMMEDIATE

### A. LICENCIEMENT JUSTIFIE (CO 337b I)

#### Les conséquences – résiliation immédiate justifiée du contrat en raison de son inobservation par une des parties (art. 337b al. 1 CO)



L'employeur a donc droit à une réparation entière du dommage dû à la fin des rapports de travail. Par exemple le fait que l'employeur ait dû à recourir à une agence et engager un remplacement à coût plus cher, ou on n'a pas trouvé de remplaçant et donc on a fait moins d'affaires. L'employeur peut donc demander une réparation liée à cette immédiate résiliation des rapports de travail. L'employeur demande la réparation du dommage lié au manquement de diligence (CO 321e) mais aussi en lien avec la résiliation selon CO 337b I.

Si la démission immédiate est justifiée, sur la base de CO 337b I, le travailleur a droit à une indemnisation correspondant à ce à quoi elle aurait eu droit si le congé avait été signifié de manière ordinaire. Si la personne a subi un tort moral (CO 328) en lien avec sa personnalité, elle peut demander la réparation du tort moral selon CO 49.

### **B. LICENCIEMENT *INJUSTIFIE* (CO 337c)**

Le salarié a droit à ce qu'elle aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du congé. Si licenciement injustifié, le contrat prend quand même fin le jour où il est notifié. Il faudra calculer le délai de congé pour voir combien la personne aurait gagné si le contrat avait été résilié de manière ordinaire.

Les al. 1 et 2 prévoient les dommages-intérêts.

L'al. 3 prévoit l'indemnité *sui generis* :

- Similaire à celle fondée sur CO 336a concernant le congé abusif dans sa nature punitive et réparatrice à la fois ; on admettra un cumul de manière restrictive avec une indemnité pour tort moral, si autre cause que celle du licenciement.
- Plafonnée à 6 mois de salaire
- Non cumulable avec l'indemnité pour congé abusif selon CO 336a
- Non applicable en cas de démission justifiée selon CO 337b : si le salarié démission avec effet immédiat de manière justifiée, le TF dit que CO 337c s'applique uniquement à l'hypothèse de licenciement et non de démission justifiée.

## LES VACANCES ET CONGES (CO 329 à 329f)

C'est un droit du salarié et une obligation de l'employeur résultant de son devoir de respect de la personnalité du travailleur. C'est le droit à du temps libre sans devoir effectuer la prestation de travail et le droit du salaire (être rémunéré de la même manière que si on travaillait). L'objectif des vacances est que le salarié se repose et se ressource. Le salarié a l'obligation, en vertu de son devoir de fidélité, de ne pas compromettre l'objectif de repos des vacances. Si cet objectif ne se réalise pas car le salarié est malade par exemple, on prolonge et on fait comme si la maladie est intervenue dans une période normale (incapacité de travail) et les vacances seront prises à un autre moment.

La durée des vacances est déterminée par l'exercice des vacances. On prend en principe l'année de service mais dans la plupart des cas accords dérogatoires et on prend en compte une année civile (12 mois). Les vacances sont d'une durée de 4 semaines au moins. CO 329a est de nature relativement impérative donc seulement possible de déroger en faveur du salarié et mettre en place des vacances plus longues mais pas de clause en dessous des 4 semaines, faute de quoi la clause serait frappée de nullité absolue et les 4 semaines de vacances s'appliqueraient.

Les personnes de moins de 5 ans ont droit à 5 semaines de vacances au moins. Il s'agit d'une durée pour une année complète.

Il faut que le temps libre (vacances) soit rémunéré, faute de quoi ce serait un congé. Tout ce qui n'est pas rémunéré (congé) ne nécessite pas le même degré de prise en considération du devoir de fidélité.

Parfois on calcule les vacances sur la base d'une année incomplète (CO 329a III) par exemple si la personne a été engagée en cours d'année. Les vacances sont fixées proportionnellement à la durée des rapports de travail. La période de référence qui ouvre le droit à des vacances peut donc être de 12 mois ou une année incomplète.

Cela est valable pour un contrat de travail au sens de CO 319, travail à temps plein ou partiel, régulier ou irrégulier.

### LE CALCUL DES VACANCES

Il y a 2 manières de les calculer :

#### Dans la période de référence

- **On se trouve dans une période composée de travail et de vacances, pendant laquelle les vacances peuvent encore être prises** : appliquer la proportion de  $4/52$  car dans un an il y a 52 semaines et on a droit à 4 semaines de vacances de lege. Donc droit à 7.69% de 52 semaines de vacances l'année. Si le travailleur n'a travaillé que 9 mois par exemple, donc 49 semaines, on applique le taux de 7.69% de 49, ce qui donne 2.99 semaines de vacances. Il faut ensuite les convertir en jours de vacances en faisant :  $2.99 \times 7$ , ce qui donne donc 3 semaines de vacances si on arrondit.
- **Si la personne a moins de 20 ans alors 5 semaines de vacances**  $\rightarrow 5/52$  ou 9.61% de vacances. On arrive donc à 3.75 semaines de vacances, donc 3 semaines de vacances et  $0.75 \times 7$ , ce qui donne 5.25, donc 3 semaines et 5 jours environ de vacances.

#### Après la période de référence

- **On se trouve après la période de référence : période composée uniquement de travail et ensuite on se pose la question du droit aux vacances alors qu'on ne peut plus pratiquement prendre des vacances** : proportion de  $4/48$  applicable, ou 8.33% de 52 semaines, ce qui donne 4.33 semaines de vacances, donc environ 1 mois. Ici c'est  $48$  car on enlève les 4 semaines de vacances ( $52-4 = 48$ ).  
Si c'est une année incomplète de 9 mois par exemple, donc 39 semaines, alors 8.33% de 39 semaines, soit 3.24 semaines, donc 3 semaines et  $0.24 \times 7 = 1.68$ , donc 3 semaines et 1 jour et demi.
- **Si la personne a moins de 20 ans alors 5 semaines de vacances**  $\rightarrow 52 - 5 = 47$  semaines ;  $5/47$  ou 10.64% de vacances.

**LA DATE DES VACANCES (CO 329c)**

En général, les vacances sont accordées pendant l'année de service correspondante. Elles comprennent au moins deux semaines consécutives. C'est l'employeur qui fixe la date des vacances, donc obligation qui incombe à l'employeur qui en est responsable en vertu de son obligation de protection de la personnalité, en tenant compte des désirs du salarié et dans la mesure compatible avec les intérêts de l'entreprise ou du ménage.

Le droit aux vacances se prescrit par 5 ans (CO 128 ch. 3). C'est une norme impérative à laquelle on ne peut pas déroger contractuellement.

**LE SALAIRE AFFERENT AUX VACANCES (CO 329d)**

L'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances. Selon l'al. 2, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages. L'objectif des vacances est en effet le repos du salarié (protection de sa santé). Donc pas de versement d'une indemnité en raison de vacances non prises.

Exemple : femme de ménage avec travail irrégulier : en général le salaire afférent aux vacances est compris dans le salaire horaire (supplément de 8.33%) qui est ajouté au salaire horaire. C'est critiqué par la doctrine car il faudrait avoir un temps de repos et la personne risque donc de ne pas avoir de vacances. Ce système est admissible à des conditions restrictives : le contrat de travail indique la part du salaire horaire et la part du salaire afférent aux vacances et que dans le décompte mensuel il soit écrit quel est le salaire vacances et celui horaire.

CO 329d III précise que si pendant les vacances le travailleur exécute un travail, l'employeur peut refuser de verser le salaire vacances ou en exiger le remboursement. La logique est toutefois différente s'il s'agit d'un congé non rémunéré et non pas de vacances.

**APRÈS LA RESILIATION DES RAPPORTS DE TRAVAIL, L'EMPLOYEUR PEUT-IL FIXER LES VACANCES AVANT LA FIN DU CONTRAT ?**

Les parties sont sous contrat de travail mais ont déjà mis fin aux rapports de travail. CO 329d II : tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages. Ce principe vaut également après la notification de la résiliation du contrat de travail. Les obligations subsistent donc, sous réserve toutefois des cas où on ne peut pas exiger la prise des vacances avant la fin des rapports de travail (examen de cas par cas pour voir si le salarié pouvait prendre ses vacances en nature). On tiendra compte de CO 329 III qui donne droit au salarié de disposer du temps nécessaire pour rechercher un emploi. Pendant la période entre la notification de résiliation et la fin du contrat il faut avoir suffisamment de temps pour exiger que le salarié prenne des vacances en nature et de rechercher un nouvel emploi. Donc mettre en balance la durée des vacances avec la durée restante des relations contractuelles. L'interdiction de remplacer les vacances par des prestations en argent vaut également après la résiliation des rapports de travail.

Une exception existe toutefois lorsque les vacances ne peuvent être prises avant la fin des rapports de travail ou lorsqu'on ne peut exiger qu'elles le soient → examen au cas par cas.

### LA REDUCTION DE LA PERIODE DE REFERENCE DONNANT DROIT AUX VACANCES (CO 329b)

L'année de service est la référence. CO 329b prévoit la possibilité dans certains cas de réduire la période de référence qui sera prise en considération pour calculer le droit aux vacances lorsqu'il y a eu un empêchement de travailler mais à certaines conditions bien cadrées. Lorsque, au cours d'une AS, il y a un empêchement de travailler :

- **Empêchement de travailler inférieur à 1 mois** : pas de réduction ; on calcule le droit aux vacances selon une période de référence ordinaire.
- **Empêchement de travailleur supérieur à 1 mois** (pendant une AS ou une année civile): distinguer selon que l'empêchement est :
  - **Fautif (al. 1)** : si dû à une faute du salarié, l'employé peut réduire de 1/12 par mois complet d'absence. Il calcule le droit aux vacances comme si la personne avait travaillé 11 mois et non pas 12 mois par année. Donc on fera le calcul sur la base d'une année incomplète.
  - **Non fautif (al. 2)** : l'employeur peut réduire la période de référence de 1/12 par mois complet d'absence mais seulement à partir du 2ème mois complet d'absence. Donc 1 mois de grâce. Jusqu'au 2ème mois pas de réduction mais dès qu'il y a 2 mois ou plus d'empêchement non fautif, l'employeur pourra réduire et calculer le droit aux vacances sur 11 mois et non pas 12 mois.
  - **Dû à une grossesse (al. 3)** : l'employeur peut réduire la période de référence de 1/12 par mois complet d'absence mais seulement à partir du 3ème mois complet d'absence. Donc 2 mois de grâce.
  - **Dû à un accouchement (al. 3)** : pas de réduction du droit aux vacances dans ce cas.

Exemples : -Salarié empêché pendant 2 mois et demi sans sa faute de travailler : 1 mois de grâce et on enlève aux 12 mois de l'année complète 1 mois et on fait comme s'il a travaillé 11 mois pendant l'année et non pas 12 mois.

-Période de référence incomplète de 9 mois en tout par exemple durant laquelle la personne était sous contrat. Si travailleur absent 2 mois et demi sans sa faute, 1 mois de grâce, donc on enlève 1 mois aux 9 mois qui constituent la période de référence et on fait comme si cette personne avait travaillé 8 mois et non 9 mois.

Le mois d'absence n'a pas besoin d'être continu : ce qui compte c'est le nombre de jours au total d'absence pendant une année.

- **Congé hebdomadaire**, en principe le dimanche: art. 329 al. 1 CO, art. 20 LTr
- **Jours fériés et fêtes religieuses**: art. 20a LTr
- **Congés usuels**: art. 329 al. 3 CO, art. 36 al. 3 LTr (garde d'un enfant malade)
- **Temps nécessaire à la recherche d'un emploi**: art. 329 al. 3 CO
- **Congé-jeunesse**: art. 329e CO
- **Congé de maternité**: art. 329f CO

20a LTr : le travailleur peut s'absenter en raison de fêtes religieuses même si la fête concernée ne donne pas lieu à un jour férié dans le canton. Donc droit d'interrompre son travail et il doit aviser son employeur au moins 3 jours à l'avance.

CO 329 III et 36 III LTr : congés usuels pour le salarié : conventions collectives de travail, précisions dans le règlement de l'entreprise etc (déménagement, mariage, mort d'un proche...). L'on ne nous dit pas si ces congés sont rétribués ou non. Si rien n'est prévu : si l'évènement en question (mort d'un proche, enfants gravement malades...) a rendu impossible l'exécution du travail (empêchement non fautif de travailler), donc les règles sur la rémunération CO 324a s'appliquent et donc une obligation pour l'employeur de rémunérer dans une certaine limite ce temps.

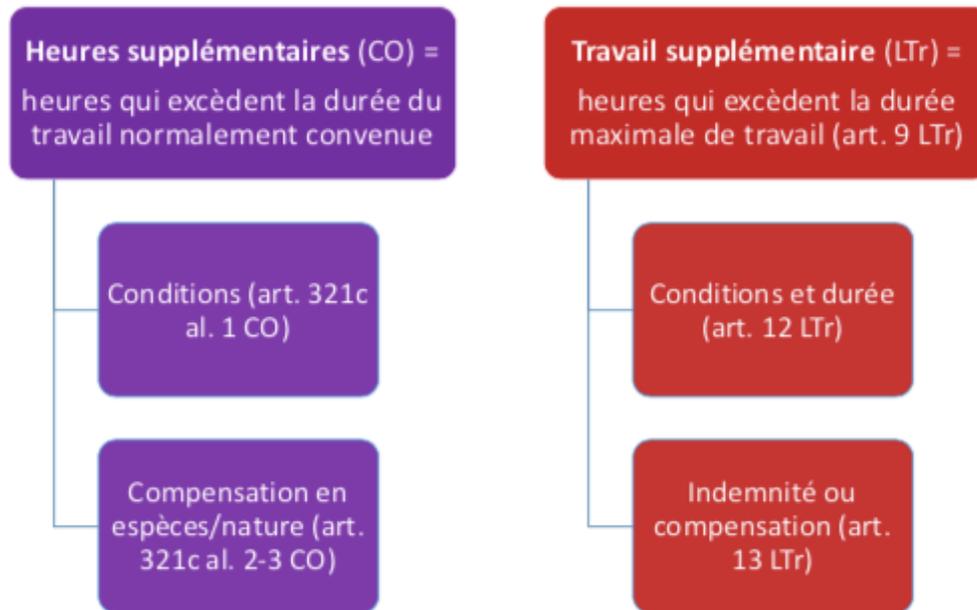
Par cas de maladie, le salarié a droit à 3 jours de congé maximum pour s'occuper d'un proche ou enfant malade. Ces 3 jours sont accordés aux parents salariés pour organiser la garde de l'enfant malade et trouver une solution. S'il s'agit d'une maladie grave qui dure sur plusieurs semaines, alors ces 3 jours de congé ne seront pas suffisants. On applique les règles sur la rémunération en cas d'empêchement non fautif (CO 324a).

CO 329e et 329f : congé jeunesse et congé maternité.

L'art. 35a III LTr pose l'interdiction de travailler durant les 8 semaines suivant l'accouchement. Il y a un droit à un congé pendant les 14 semaines suivant l'accouchement.

Il faut se poser la question du champ d'application de la LTr et les exceptions quant aux établissements ou personnes visées. Les employés domestiques, grands cadres etc... ne sont pas couverts par la LTr. Il faut donc toujours voir si on reste dans le CO ou s'il faut aussi respecter le cadre de la LTr en examinant si elle est applicable (art. 1 à 3a LTr).

## LES HEURES SUPPLÉMENTAIRES (CO 321c) ET LE TRAVAIL SUPPLÉMENTAIRE (art. 9, 12-13 LTr)



Le travail supplémentaire : excède la durée maximale de travail prévu par l'art. 9 LTr : 45heures par semaine et 50 heures pour certains travailleurs.

Dès que les heures supplémentaires dépassent le maximum prévu par la LTr, elles deviennent du travail supplémentaire au sens de la LTr mais gardent aussi leur qualité d'heures supplémentaires au sens du CO. Les maxima fixés par la LTr sont en principe absolument impératives.

### Heures supplémentaires ou solde positif accumulé dans le cadre d'un horaire de travail flexible? TF, 4A\_227/2016 du 24 octobre 2016, c. 4.2

- Les parties peuvent (...) convenir que le travailleur, dans un cadre prédéfini, détermine librement la durée de son temps de travail journalier, pourvu qu'à l'issue d'une période de référence, il ait accompli le nombre d'heures contractuellement dues. Généralement, des heures de présence obligatoire (plages " bloquées ") doivent être respectées, le travailleur pouvant s'organiser librement le reste du temps. En contrepartie de cette autonomie, le travailleur doit spontanément compenser par un congé le solde de travail excédentaire qu'il a librement accumulé. S'il laisse croître ce solde positif dans une mesure importante, il assume le risque de ne pas pouvoir le compenser en cas de résiliation du contrat (...).
- Une indemnisation du travail effectué en plus n'entre en considération que si les besoins de l'entreprise ou des directives de l'employeur empêchent le travailleur de récupérer ses heures en dehors des plages bloquées, à l'intérieur de l'horaire de travail flexible; **il ne s'agit alors plus de solde positif dans l'horaire flexible, mais de véritables heures supplémentaires (...).**

Il est parfois difficile de différencier les heures supplémentaires des heures excédentaires dans un système flexible permettant au salarié de gérer plus librement leur temps de travail. Les heures supplémentaires donnent lieu à une compensation en temps ou en argent, alors que les heures excédentaires dans un cadre de travail flexible ne donnent pas un tel droit (si le contrat prend fin il y a un risque que ces heures ne soient pas payées).

Chaque mois il y a une marge de tolérance de 10 heures. Au-delà de ces 10 heures ça devient des heures supplémentaires qui donnent lieu à une compensation.

## Devoir d'exécuter les heures supplémentaires (art. 321c al. 1 CO)

- «Si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat ou l'usage, un contrat-type de travail de travail ou une convention collective, **le travailleur est tenu d'exécuter ce travail supplémentaire** dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne-foi permettent de le lui demander».
- Nature impérative
- 3 conditions
  - Les circonstances l'exigent
  - La personne salariée peut s'en charger
  - Les règles de la bonne-foi permettent de le lui demander
- *Quid* si les heures n'ont pas été ordonnées par la partie employeuse? ATF 129 III 171

CO 321c pose les conditions de validité pour exiger l'exécution des heures supplémentaires. C'est une concrétisation de ce devoir de fidélité lorsque :

- Les circonstances l'exigent : il y a une situation imprévisible et il faut se débrouiller pour que le travail soit fourni
- La personne salariée peut s'en charger
- Les règles de la bonne foi permettent de le lui demander

Si une personne est licenciée car elle n'a pas effectué des heures supplémentaires alors que les conditions de CO 321c ne sont pas remplies alors indemnité selon CO 336a pour congé abusif.

Il y a des situations où l'employeur n'ordonne pas de manière claire d'effectuer les heures supplémentaires :

- Il doit se rendre compte que l'employé effectuait des heures supplémentaires et donc les a tacitement effectuées
- Les heures supplémentaires ont été effectuées à l'insu de l'employeur qui n'avait aucun moyen de s'en rendre compte (ex : salarié qui se rend compte qu'il y a des fuites d'eau qui vont inonder le magasin et endommager les stocks). Le devoir de fidélité lui commande de rester sur place et il doit en aviser immédiatement l'employeur pour que le salarié puisse ensuite légitimement prétendre à la rémunération de ces heures supplémentaires.

## La preuve des heures supplémentaires, la prescription du droit et l'impossibilité de renoncer aux heures déjà accomplies

**Fardeau de la preuve** : les tribunaux appliquent généralement les art. 8 CC et 42 CO donc degré de preuve de haute vraisemblance et non pas certitude totale. Ce qui facilite cela est art. 46 LTr l'enregistrement du temps de travail : obligation de tenir des registres attestant des heures de travail effectués par les salariés. C'est le seul moyen de savoir si les dispositions impératives sur la protection de la santé ont été respectées.

L'ordonnance 1 sur la LTr : art. 73 à 73b OLT 1 permettent dans certains cas de procéder à un enregistrement simplifié du temps de travail ou, à certaines conditions restrictives, de renoncer totalement à l'enregistrement du temps de travail (prévue dans une convention collective de travail, le salarié dispose d'une grande autonomie dans la réalisation de son travail, le salaire annuel brut doit dépasser 120'000 CHF, a individuellement par écrit à voir leur droit enregistré).

**Délai de prescription** : 5 ans (CO 128 ch. 3) dès le moment où la créance est exigible donc à la fin de chaque mois où les heures supplémentaires sont effectuées.

Dès que les heures supplémentaires ont été effectuées, le salarié ne peut pas renoncer à une compensation en temps ou en argent : CO 341 I impossible de renoncer à des créances résultant de dispositions impératives découlant de la loi. En revanche, il est possible dans certaines circonstances, de renoncer à une créance pour le futur s'il y a une compensation prévue (si pas de compensation, contraire à 27 CC et CO 328).

### La compensation des heures supplémentaires (CO)

En général, c'est une compensation en argent mais les parties peuvent se mettre d'accord sur une compensation en nature (donc inversement aux vacances : en nature en principe et exceptionnellement en argent).

**CO 321c III (compensation en argent)** : 125% du salaire en plus au moins, sauf clause contraire d'un accord dérogatoire écrit, contrat de travail ou convention collective. On peut déroger à la règle du 125% par écrit en prévoyant une rémunération plus ou moins généreuse que ce taux. On peut convenir qu'il n'y a pas de complément pour les heures supplémentaires (donc seront payées au taux normal de 100%). Il serait même possible de prévoir une rémunération même moins bien que la rémunération ordinaire (taux de 70% par exemple).

**CO 321c II (compensation en nature)** : compensation en temps ; le congé doit être d'une durée au moins égale (1h supplémentaire sera compensée par au moins 1h de congé).

### Coordination avec le régime prévu par la LTr

#### La durée maximum de la semaine de travail

- Art. 9 al. 1 LTr: La durée maximale de la semaine de travail est de:
  - a. 45 heures pour les travailleurs occupés dans les entreprises industrielles ainsi que pour le personnel de bureau, le personnel technique et les autres employés, y compris le personnel de vente des grandes entreprises de commerce de détail;
  - b. 50 heures pour tous les autres travailleurs.

Art. 9 OLT 1 définit ce qu'est une fonction de dirigeant élevé. Il y a quand même toujours la protection de la personnalité.

### Coordination avec le régime prévu par la loi sur le travail (LTr) Le travail supplémentaire – conditions

- Art. 12 al. 1 LTr: A titre exceptionnel, la durée maximum de la semaine de travail peut être dépassée.
  - a. en cas d'urgence ou de surcroît extraordinaire de travail;
  - b. pour dresser un inventaire, arrêter des comptes ou procéder à une liquidation;
  - c. pour prévenir ou supprimer des perturbations dans l'entreprise, si l'on ne peut attendre de l'employeur qu'il recoure à d'autres moyens.

Il faut avoir des circonstances exceptionnelles et inattendues et ça doit être limité dans le temps.

### Coordination avec le régime prévu par la loi sur le travail (LTr) L'indemnité pour travail supplémentaire

- Art. 13 al. 1 LTr: Pour le travail supplémentaire, l'employeur versera au travailleur un supplément de salaire d'au moins 25 %, qui n'est toutefois dû aux employés de bureau, aux techniciens et aux autres employés, y compris le personnel de vente des grands établissements du commerce de détail, qu'à partir de la soixante et unième heure supplémentaire accomplie dans l'année civile.
- Art. 13 al. 2 LTr: Le travail supplémentaire ne donne droit à aucun supplément de salaire lorsqu'il est compensé, avec l'accord du travailleur et dans un délai convenable, par un congé de même durée.
  - Art. 25 al. 2 OLT 1: La compensation du travail supplémentaire (...) s'opère dans un délai de quatorze semaines, à moins que l'employeur et le travailleur ne conviennent d'un délai plus long, qui ne peut toutefois excéder douze mois.

Rémunération de l'heure à 125%, comme dans le CO (sauf que dans le CO il est possible d'y déroger). Disposition impérative. Ce salaire n'est pas dû aux personnes soumises à la durée maximale de travail de 45 heures. Pour ces catégories de salariés, le supplément de salaire n'est dû qu'à partir de la 61ème heure de travail supplémentaire accomplie dans l'année.

Si les parties n'ont convenu d'aucune dérogation alors les heures supplémentaires sont rémunérées à 125%. Si les parties, sous l'angle du droit privé (CO) ont convenu par écrit d'une rémunération inférieure à 125% alors cette rémunération s'applique jusqu'à la 61ème heure, et c'est à partir de la 61ème heure supplémentaire que ce sera rémunéré à 125% CO.

La compensation en nature (en temps) est également possible selon l'art. 13 II LTr : soit on rémunère l'heure supplémentaire à 100% et la personne a droit à 1h de congé non payé, soit on ne paye pas l'heure supplémentaire et la personne a droit à 1h de congé payé à 100%.

## LA PROTECTION DE LA PERSONNALITÉ (CO 328)

Ce principe est également concrétisé dans la LTr et la LEg. Il s'agit d'une protection physique, psychique ainsi qu'une protection de la sphère privée. La surveillance de membres du personnel sans informer le collaborateur est interdit. En vertu de CO 330a, le salarié a le droit de demander soit une attestation du travail effectué ou bien un véritable certificat de travail qui reflète l'appréciation de l'employeur de son travail. Cette appréciation doit être exacte, complète et il ne faut pas dire des choses fausses mais aussi le certificat de travail doit être bienveillant et ne doit pas nuire à l'avenir professionnel et économique du salarié.

Il y a également l'obligation de protéger la santé selon la LTr : donc protection contre des situations de stress excessif, *burn out* (6 LTr et 2 OLT3). Il faut protéger l'ensemble du personnel contre des actes de harcèlement (sexuel ou psychologique).

Cette protection de la personnalité commence déjà avant la conclusion du contrat de travail. Le TF a admis que CO 328b est applicable dans la phase précontractuelle de l'embauche.

Exemple : fondation qui recherchait des personnes pour tester des méthodes de contraception. Ils avaient posé des questions sur la vie sexuelle durant l'entretien donc le TF a jugé qu'il était contraire à l'obligation de la personnalité de poser des questions portant atteinte à la sphère privée de la personne et qui ne sont pas nécessaires pour juger le travail qu'elle va effectuer.

Cette protection prend en principe fin lors de la fin des rapports contractuels mais peut perdurer au-delà de ce moment. Par exemple si l'ancien employeur est contacté par le potentiel futur employeur et anéantit les chances pour le candidat d'être engagé, alors suivant les cas, les tribunaux pourraient considérer que l'ancien employeur a porté atteinte à l'avenir économique du salarié de manière à annihiler les chances de développement personnel et pourrait donc conclure à une violation de CO 328.

L'employeur doit **s'abstenir** de porter atteinte à la personnalité des membres de son personnel. C'est aussi un devoir **d'action** pour éviter que le salarié ne soit atteint dans sa personnalité par l'employeur ou même par des clients de l'entreprise.

### Quid en cas d'atteinte à la personnalité ?

Si le salarié se sent atteint dans sa personnalité, il peut mettre en demeure l'employeur de son obligation de protection de la personnalité. CO 324a prévoit ce système. Cela se fait en principe par écrit (c'est conseillé de faire une lettre recommandée). **Le salarié peut alors refuser de fournir ses prestations de travail et continuer de toucher son salaire si l'employeur n'a pas agi pour faire cesser l'atteinte (suspensions de la prestation de travail ; CO 82 et 324)**. Mais il y a un risque que le salarié se voit reprocher un abandon de poste, donc à utiliser avec prudence !

Ensuite, une **démission avec effet immédiat (CO 337 et 337b)** peut intervenir. Si la démission est causée par des atteintes à la personnalité répétées et devenues insupportables, alors la démission sera justifiée et donnera lieu à une indemnité (CO 337b). Cf. cours sur le licenciement immédiat.

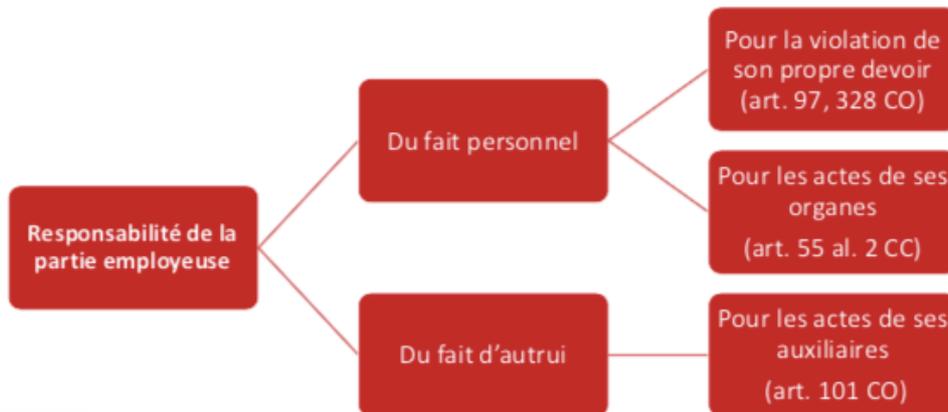
Existe en outre une possibilité de **dénonciation à l'inspection cantonale du travail (art. 54 LTr)** qui veille au respect des normes de la loi sur le travail. Cette inspection fera les vérifications nécessaires et sommerá la direction de l'entreprise pour qu'elle se remette en ordre avec les normes prévues par le droit public.

Enfin, il est possible d'intenter une **action judiciaire** du point de vue du droit du travail (demeure réservée une action pénale). Cette action peut être :

- En prévention, cessation ou constatation de l'atteinte à la personnalité (CC 28a ou 5 I LEg). Elle peut être couplée avec une demande de DI. On peut agir contre l'employeur qui a une obligation propre de protéger ses collaborateurs mais aussi possible d'agir à la fois contre l'auteur propre de l'atteinte qui peut être tenu directement.

- En versement d'une indemnité pour harcèlement sexuel (5 III et 4 LEg) : cette indemnité peut être demandée en plus de l'indemnité pour tort moral au sens du CO et est plafonnée à 6 mois de salaire moyen suisse (et non pas salaire de la personne en question).
- En DI et en réparation du tort moral (CO 41, 49 et 99 III) : les montants habituellement accordés par les tribunaux sont faibles en général et ont vocation à réparer de manière symbolique une atteinte psychique. La fourchette est entre 1'000 à 25'000 CHF. Le tort moral entre en ligne de compte si l'atteinte est si importante qu'elle le justifie et que si une autre réparation n'a pas eu lieu.

## RESPONSABILITÉ CIVILE



La responsabilité de l'employeur peut être engagée pour son propre fait personnel ou du fait d'autrui. Du fait personnel = quand il viole lui-même son devoir ou bien si l'atteinte à la personnalité provient de ses organes (membres de la direction).

Il peut aussi y avoir une responsabilité du fait d'autrui car l'employeur répond des actes de ses auxiliaires (CO 101). La responsabilité couvre aussi tout le personnel d'encadrement de l'entreprise qui doit aussi contribuer à ce qu'il n'y ait pas d'atteinte au sein de l'entreprise. Si ce personnel d'encadrement porte atteinte à la personnalité, par le biais de CO 101, cela peut engager la responsabilité de l'employeur.

## HARCÈLEMENT PSYCHOLOGIQUE

Selon la définition jurisprudentielle du TF (pas de définition légale), le harcèlement psychologique – *mobbing* – se définit comme :

- Un enchaînement de propos et/ou d'agissement hostiles : des paroles ou actes répétés fréquemment, pendant une période assez longue. Marge
- Répétés fréquemment pendant une période assez longue : marge de manœuvre des tribunaux. Si toutefois c'est des violences physiques alors on ne va pas attendre que l'employé soit battu 100 fois !!
- Le harcèlement provient d'un ou plusieurs individus
- Ces individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail. Le TF a expliqué que le seul fait que l'auteur présumé n'a pas fait preuve de méchanceté ne permet pas d'exclure l'existence d'un *mobbing*. Plus que l'intention subjective de l'harceleur, ce sont les effets sur la personnalité et santé de la victime qui est déterminant.

Ex : supérieure hiérarchique très stressée au travail qui exerçait un *mobbing* sur la travailleuse. Mais ce n'est pas pour autant parce qu'elle n'avait pas une intention sournoise que le harcèlement psychologique ne va pas être retenu.

**Harcèlement psychologique**  
**Définition du Tribunal fédéral (3)**  
 Cf. TF, 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, c. 3.1



**«Il n'y a toutefois pas harcèlement psychologique du seul fait qu'un conflit existe dans les relations professionnelles, ni d'une mauvaise ambiance de travail,**

**ni du fait qu'un membre du personnel serait invité même de façon pressante, répétée, au besoin sous la menace de sanctions disciplinaires ou d'une procédure de licenciement - à se conformer à ses obligations résultant du rapport de travail, ou encore du fait qu'un supérieur hiérarchique n'aurait pas satisfait pleinement et toujours aux devoirs qui lui incombent à l'égard de ses collaboratrices et collaborateurs».**

Il peut ne pas avoir mobbing mais avoir une atteinte à la personnalité contraire à CO 328 ! Le mobbing est une des formes de l'atteinte à la personnalité.

## HARCÈLEMENT SEXUEL

L'art. 4 LEg donne une définition légale :

- Comportement discriminatoire
- Importun : caractère non souhaité, non voulu, non désiré
- De caractère sexuel ou fondé sur l'appartenance sexuelle (sexiste) : ça peut être des remarques à une femme enceinte par exemple et la marginaliser. Ou dire par exemple à une cadre qu'elle ne mérite pas son titre parce que c'est une femme.
- Qui porte atteinte à la dignité
- De la personne
- Sur son lieu de travail : c-à-d dans les locaux de l'entreprise, dans les lieux de pause etc. La JP commence à se détacher de cette notion de lieu de travail car on travaille partout. Ce qui importe sont les conséquences néfastes sur la carrière professionnelle et les liens dans le cadre du travail.
- En particulier le fait de proférer des menaces, promettre des avantages, d'imposer des contraintes ou d'exercer des pressions de toute nature sur une personne en vue d'obtenir d'elle des faveurs de nature sexuelle.

**Le harcèlement sexuel peut prendre la forme de paroles, de gestes ou d'actes**  
 cf. [www.harcelementsexuel.ch](http://www.harcelementsexuel.ch)

- **remarques** scabreuses ou embarrassantes sur l'apparence physique
- **remarques sexistes** ou plaisanteries sur les caractéristiques sexuelles, le comportement sexuel ou l'orientation sexuelle;
- présentation de **matériel pornographique** – qu'il soit montré ou suspendu;
- **invitations importunes** dans un but sexuel;
- **contacts physiques non désirés**;
- tentatives d'approches accompagnées de promesses de récompenses ou de menaces de représailles (**chantage sexuel**);
- **agressions sexuelles**, contrainte sexuelle, tentatives de viol ou viols.

## LA PREUVE DU HARCÈLEMENT PSYCHOLOGIQUE OU SEXUEL

L'apport d'une preuve complète est souvent difficile. Un faisceau d'indices convergents suffit donc (vraisemblance prépondérante). Ça peut être des témoignages de collègues, de personnes de confiance etc. Dans le Canton de Vaud il est possible de s'adresser au groupe IMPACT qui a le pouvoir de mener des enquêtes en cas d'atteinte à la personnalité, notamment le harcèlement. Le rapport qu'IMPACT rend a une force probante discutée. Un certificat médical peut aussi constituer une preuve d'un tel harcèlement. Toutefois, le médecin ne peut pas qualifier le comportement comme un comportement de harcèlement mais peut uniquement dire que ce sont des symptômes de personnes qui vivent du harcèlement sur leur lieu de travail.

Certains tribunaux ne distinguent pas bien les 2 aspects caractérisant le devoir de diligence de l'employeur :

-il y a d'une part un devoir de prévention du harcèlement sexuel de manière générale

-et d'autre part un devoir de mettre fin à un cas concret dont il avait ou aurait dû avoir connaissance : exemple de l'employée dans une société horlogère qui se plaignait que ces collègues avec un climat de travail hostile, qui a conduit à une atteinte à la santé de la salariée. L'employeur a dit qu'il ne savait pas que ce harcèlement avait lieu. Toutefois, ce comportement était tellement répandu que le supérieur hiérarchique devait en avoir connaissance et sa connaissance est imputée à l'entreprise dont la responsabilité peut être engagée. La société a donc dû verser une indemnité (plafonnée à maximum 6 mois du salaire moyen suisse).

Donc même si le harcèlement sexuel n'est pas prouvé, l'employeur peut toutefois violer son obligation de diligence s'il n'a pas mis en place le dispositif qui lui aurait permis d'être informé du harcèlement. Le minimum exigé d'une entreprise (même de petite taille) est une déclaration de principe de la tête de l'entreprise qui affirme le principe selon lequel le harcèlement n'est pas admis. Il s'agit en outre de bien informer l'ensemble du personnel et de mettre à disposition une personne de confiance, hors hiérarchie, en mesure de garantir la confidentialité (ce qui n'est pas le cas du cadre qui ont un devoir de fidélité accru envers l'institution). Ces personnes de confiance peuvent donc véritablement promettre à la victime de harcèlement que ce qu'elle raconte ne sera pas diffusé, sauf si elle donne son accord.

Toutes les entreprises n'ont toutefois pas l'obligation d'instituer une telle personne de confiance mais c'est recommandé. Le TF parle de personne de confiance ou un système de gestion de conflits équivalent qui assure le même niveau de protection.

### Prévention – Quel est le minimum requis, y compris pour les PME? Cf. Commentaire du SECO relatif aux articles 6 LTr et 2 OLT 3 avec les annexes



Annexes de  
l'art. 2  
OLT 3

- **Déclaration de principe** -> cf. motivation réelle de la direction
- **Information**
- Désignation d'une **personne de confiance** ou «système de gestion des conflits équivalent qui assure le même niveau de protection» (TF, 2C\_462/2011 du 9 mai 2012, c. 5.3)
- **Règlement?**

#### Le dispositif UNIGE: aperçu des textes

<https://www.unige.ch/adm/dtrh/conflicts/>

<https://www.unige.ch/talement/division/service-sans-frontieres/talement/talement/talement/>



- **Règlement du personnel**, procédures applicables en matière de protection de la personnalité (chapitre VIII, art. 62 ss.)
- Directive relative au dispositif de **gestion des conflits** professionnels et/ou relationnels (collaborateurs et collaboratrices)
- Directive relative à la protection de la personnalité, en particulier en matière de **harcèlement psychologique et sexuel (collaborateurs et collaboratrices)**
  - *sexe, orientation sexuelle, identité de genre, origine, etc.*
- Directive relative à la **protection de la personnalité dans les relations d'études**

## Protection de la personnalité lors du traitement de données personnelles – Art. 328b CO

- «L'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données
  - portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou
  - sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail.

En outre, les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données sont applicables».

- Thèmes spécifiques en lien avec le recrutement du personnel:

- Licéité des questions posées lors de l'entretien d'embauche

UNIVERSITÉ

- «Googelisation» des personnes candidates?



CO 328b n'autorise le traitement de données personnelles que dans 2 hypothèses précises :

- Avant la conclusion du contrat de travail ou durant son travail
- Ou si les données sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail

Pendant un entretien d'embauche, des questions concernant à la grossesse sont interdites par exemple car sans lien avec l'aptitude à accomplir le travail. Toutefois, une fois que le travail est conclu, la situation familiale est pertinente (ex : savoir si la personne aura droit à des allocations familiales). Donc la situation familiale durant l'embauche NON mais pendant les relations de travail OK.

Selon la JP, durant l'embauche, la personne a le droit de mentir. Toutefois, s'il y a un lien avec le travail alors le candidat doit répondre honnêtement. Concernant les états de santé, si une question est posée et que la maladie n'a pas de conséquence avec l'emploi alors pas de devoir d'informer. Mais si la maladie a des conséquences sur la capacité professionnelle alors il est attendu du salarié de répondre honnêtement aux questions.

CO 328b renvoie en outre à la LPD et les principes qu'elle prévoit (proportionnalité etc...).

En principe, le fait d'utiliser les infos qui se trouvent sur les réseaux sociaux professionnels (ex : LinkedIn) est admise car c'est justement le but de ces réseaux. Toutefois, pour les réseaux sociaux « privés » ou le fait de mettre le nom du candidat sur Google ne respecte pas CO 328b et la LPD car il y a une série d'informations qui vont apparaître et il y aura des infos pas pertinentes à l'aptitude du candidat.

## L'INTERDICTION DE DISCRIMINER EN RAISON DU SEXE (LEg)

C'est une concrétisation de l'art. 8 III Cst visant à réaliser l'égalité en droit et en fait entre hommes et femmes.

### Champ d'application et structure de la LEg

- **Rapports de travail salariés soumis au droit privé ou au droit public (art. 2 LEg)**

I. But	II. Interdiction de discriminer, prétentions, allègement du fardeau de la preuve, action des organisations	III. Procédure en cas de refus d'embauche ou de licenciement discriminatoire	IV. Voies de droit	V. Aides financières	VI. Bureau fédéral de l'égalité BFEG	VII. Dispositions finales
CO/Droit public	CO/Droit public	CO	Droit public			
Art. 1	Art. 2-7	Art. 8-10	Art. 13	Art. 14-15	Art. 16	Art. 17-18

Tant qu'une personne salariée ne porte pas plainte devant un tribunal, cette discrimination peut subsister. Il n'y a pas d'organe étatique qui vient inspecter le respect de l'égalité entre femme et homme.

La LEg a un champ d'application qui se limite aux rapports de travail salariés uniquement (donc pas applicable entre indépendants). Par exemple la LEg n'est pas applicable entre des associés d'une étude d'avocats.

La LEg s'applique aux rapports du droit public ou privé mais la procédure pour faire valoir les droits est différentes (les tribunaux diffèrent).

### Interdiction de discriminer (art. 3 LEg)

1. Il est interdit de discriminer les travailleurs **à raison du sexe**, soit directement, soit indirectement, notamment en se fondant sur leur état civil ou leur situation familiale ou, s'agissant des femmes, leur grossesse.
2. L'interdiction de toute discrimination s'applique notamment à l'embauche, à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et au perfectionnement professionnels, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail.
3. Ne constituent pas une discrimination les mesures appropriées visant à promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes.  
-> Admissibilité des **mesures positives** (p. ex. quotas): ATF 131 II 361

Il y a donc des discriminations *directe* et *indirecte*, qui sont tous les deux interdits par la LEg.

#### Champ d'application de l'interdiction de discriminer (art. 3 al. 2 LEg)

Illustrations sur [www.leg.ch/jurisprudence](http://www.leg.ch/jurisprudence) et [www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch)

- Offre d'emploi
- **Embauche**
- **Attribution des tâches**
- **Aménagement des conditions de travail**
- **Rémunération**
- **Formation et perfectionnement professionnel**
- **Promotion**
- **Résiliation des rapports de travail**
- **Harcèlement sexuel** (art. 4 LEg)



La LEg s'applique dès le moment où la personne fait acte de candidature et jusqu'à la fin des rapports de travail.

L'art. 3 III LEg réserve la possibilité de recourir à des mesures positives dans l'objectif de promotion de l'égalité entre hommes et femmes et il faut que ce soit proportionnel (« approprié »). Toutefois, une règle qui donnerait automatiquement la préférence au candidat du groupe sous-représenté sans que l'on se pose au préalable la question de qualification équivalente serait disproportionnée.

Toutefois, la LEg ne peut pas être invoquée si une offre d'emploi est discriminatoire, sauf si la personne a effectivement posé sa candidature et qu'elle a obtenu un refus d'embauche discriminatoire.

### La notion de discrimination directe

- Une discrimination est dite « **directe** » lorsqu'elle se fonde explicitement sur le critère du sexe ou sur un critère ne pouvant s'appliquer qu'à l'un des deux sexes et qu'elle n'est pas justifiée objectivement (FF 1993 1210-1211).
- Une différence de traitement fondée sur le sexe est interdite sauf:
  - s'il se justifie de faire une différence pour des *motifs biologiques*
    - *protection spéciale des travailleuses enceintes, accouchées, allaitantes*
  - si le critère du sexe représente un facteur déterminant pour l'exécution du travail
    - *métiers du spectacle et de la mode*
    - *activités de conseil et soutien psychologique*
    - *Interrogatoire victime infraction contre l'intégrité sexuelle: art. 153 CPP*
  - s'il s'agit d'une mesure positive (art. 3 al. 3 LEg)

Les motifs biologiques sont notamment ceux liés à la maternité.

### La notion de discrimination indirecte (1) 5 étapes

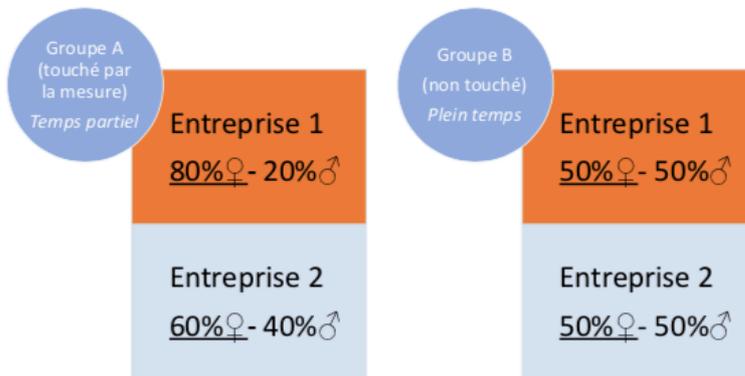
#### Est constitutive d'une discrimination « indirecte » en raison du sexe:

1. une différence de traitement
  - A l'embauche, dans l'attribution des tâches, la promotion, le salaire, etc.
2. qui se fonde sur un critère neutre au premier abord
  - Ex: état civil, situation familiale, ancienneté, temps partiel, force physique, etc.
3. mais qui a ou peut avoir pour effet de désavantager
4. une proportion « **considérablement plus élevée** » de personnes d'un sexe par rapport à l'autre
5. sans que cette différence soit justifiée objectivement

Ces 5 conditions doivent donc être données pour qu'il y ait une discrimination indirecte. Elle est constituée par une différence de traitement (à tous stades : embauche, durant le travail...) qui se fonde sur un critère apparemment neutre mais qui en réalité peut désavantager un certain sexe. Il s'agira donc d'examiner l'impact et les conséquences de la mesure sur la personne.

Etape 4 : la base de comparaison est toujours l'employeur en question. Il faudra déterminer quelles sont les personnes potentiellement touchées ou non par la mesure discriminatoire et comparer les sexes.

**La notion de discrimination indirecte (2) – Etape 4**  
**La mesure a-t-elle pour effet de désavantager une proportion**  
**« considérablement plus élevée » de femmes (par rapport aux hommes)?**



**Exemples :**

-Entreprise 1 : qui décide que seul les personnes travaillant à temps plein vont désormais se faire rembourser les frais liés à une formation continue. L'entreprise décide donc de ne plus financer la formation continue des personnes travaillant à temps partiel. La mesure semble apparemment être neutre car rattachée au travail partiel ou plein. Toutefois, on va prendre le groupe des personnes travaillant à temps partiel et on voit par exemple qu'il y a 80% de femmes et 20% d'hommes. Et on voit dans le groupe de ceux qui travaillent en temps plein il y a 50% d'hommes et 50% de femmes. Il faut comparer le pourcentage de femmes dans le groupe défavorisé avec le pourcentage de femmes dans le groupe non touché par cette mesure. Donc 80% d'un côté et 50%, écart de 30% donc suffisamment important, impact considérablement plus élevé.

→ Cette mesure, en apparence neutre, désavantage donc un sexe par rapport à un autre. Il faut encore voir si la discrimination est objectivement justifiée ou non.

-Entreprise 2 : non financement pour ceux qui travaillent à temps partiel. Ici vraisemblablement le TF n'admettra pas que cette mesure a pour effet de désavantager considérablement un sexe par rapport à un autre. On peut s'arrêter là dans l'analyse.

**La notion de discrimination indirecte (3) – Etape 5**  
**La justification objective**

- Le critère d'apparence neutre, mais qui a pour effet de désavantager un sexe par rapport à l'autre, n'est pas discriminatoire s'il
  - poursuit un **but légitime** =>
    - répond à un véritable besoin de l'entreprise
    - est indispensable à l'exécution du travail
    - ou repose sur des considérations de politique sociale
  - et que les **moyens** pour atteindre ce but sont **proportionnés** =>
    - critère nécessaire et propre à atteindre le but
    - on ne peut exiger de l'employeur qu'il choisisse un critère moins discriminatoire ou prenne des mesures afin de réduire l'effet discriminatoire (FF 1993 1211).
      - Exemples: Taille/force; Taux d'occupation (100%).

Si la mesure poursuit un but légitime, il faut encore que les moyens utilisés pour atteindre ce but soient proportionnés.

## La preuve

### L'allègement du fardeau de la preuve (art. 6 LEg)

1. La partie qui fait valoir une discrimination supporte le fardeau de la preuve; toutefois, il lui suffit de réunir un faisceau d'indices permettant de rendre la discrimination vraisemblable => « simple vraisemblance »
2. Si elle y parvient, la discrimination est présumée et le fardeau de la preuve renversé.
3. La partie employeuse doit alors apporter la preuve complète que la différence de traitement n'existe pas ou qu'elle est objectivement justifiée.

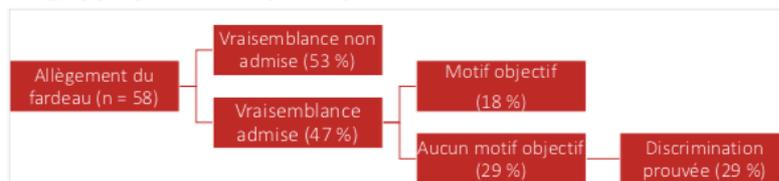
➤ Non couverts par l'art. 6 LEg: embauche et harcèlement sexuel => « haute vraisemblance »

Vraisemblable = le salarié doit réunir des indices permettant au Tribunal de voir que la discrimination a pu se produire. L'employeur devra donc soit démontrer qu'il n'y a pas de différence de traitement ou bien qu'il y a une discrimination mais que cette mesure est objectivement justifiée. Si la différence de traitement est justifiée, alors il n'y a pas de discrimination.

### L'allègement du fardeau preuve en pratique (108 cas)

Cf. Lempen/Voloder, Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la LEg (2004-2015), Berne 2017

- Art. 6 LEg **non appliqué**: 50 cas (46.2%)
  - 37 cas: harcèlement sexuel/discrimination à l'embauche -> OK
  - 8 cas: **licenciements traités uniquement sous l'angle du CO**
  - 5 cas: discrimination salariale
- Art. 6 LEg **appliqué**: 58 cas (53.8%)



L'art. 6 LEg vaut pour tous les types de discrimination sauf pour le harcèlement sexuel et la discrimination à l'embauche. Le degré de preuve applicable pour ces cas est celui de la haute vraisemblance.

Dans les cas où l'art. 6 LEg, la plupart des salariés (53.8%) n'ont pas pu démontrer la vraisemblance.

### Illustration: secteur privé – conseillère en placement

Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_261/2011 du 24 août 2011

- **Vraisemblance**
- **Motifs objectifs**
  - Motifs qui peuvent influencer la valeur même du travail (connaissances techniques, capacités linguistiques, etc.)
  - Motifs qui découlent de préoccupations sociales (charges familiales, âge, etc.)
  - Position de force dans la négociation, situation conjoncturelle
- Pour qu'un «motif puisse légitimer une différence de salaire, il faut qu'il **influe véritablement de manière importante** sur la prestation de travail et sa rémunération par l'employeur» (cons. 3.2).
- Fixation de l'écart de rémunération non discriminatoire -> principe de **proportionnalité**.

Dans cet arrêt, il s'agissait d'une salariée qui s'est rendue compte que son salarié gagnait 50% de plus qu'elle. Elle a donc pu prouver la vraisemblance, donc renversement du fardeau de la preuve et c'était donc à la partie employeuse de tenter

d'expliquer cette différence de traitement. Le TF retient 2 motifs justificatifs objectifs possibles : les connaissances techniques spécifiques dont disposait le collaborateur masculin ainsi que les capacités linguistiques.

Toutefois, si par exemple X a des très bonnes connaissances linguistiques en russe et travaille dans une entreprise qui n'a aucun lien ni contact avec la Russie alors cette compétence ne devrait pas justifier un traitement différencié.  
→ Il faut donc que le motif ait eu une influence réelle sur la prestation de travail.

L'écart salarial n'était, selon le TF, justifié que dans une certaine mesure : les compétences du collaborateur masculin justifiaient une différence de salaire mais pas à hauteur de 50% c'est trop.

## Les droits découlant d'une discrimination (art. 5 LEg)

- **Actions en interdiction, cessation et en constatation** (art. 5 al. 1 let. a-c)
- **Action en paiement du salaire dû** (art. 5 al. 1 let. d)
- **Indemnités spéciales** (art. 5 al. 2-4)
  - Refus d'embauche discriminatoire
    - max. 3 mois de salaire, y compris lorsque plusieurs personnes prétendent au versement d'une indemnité pour refus d'embauche à un même poste
    - *délai pour agir en justice: 3 mois depuis le refus d'embauche (art. 8 al. 2 LEg)*
  - Résiliation discriminatoire
    - max. 6 mois de salaire
    - *délai pour agir en justice: dans les 180 jours depuis la fin du contrat (art. 9 LEg et 336b al. 2 CO)*
  - Harcèlement sexuel
    - max. 6 mois du salaire moyen suisse

### • **Dommmages-intérêts et réparation du tort moral** (art. 5 al. 5)

L'art. 5 I let. d LEg permet de demander le paiement de la différence entre ce qui a été touché et le salaire non discriminatoire qui aurait dû être touché, jusqu'à 5 ans en arrière (rétroactivement). Donc elle peut demander la différence des arriérés de salaires des 5 années précédentes.

Toutefois, si le salarié réclame une cessation de discrimination pour le futur, il doit tenter l'action en interdiction, cessation et contestation de l'art. 5 I let. a-c LEg.

L'art. 5 II LEg prévoit des indemnités spéciales pour 3 formes de discriminations interdites par la LEg. Ces indemnités sont de nature mixte (réparatrice du dommage et punitive). Ces indemnités sont plafonnées et le plafond varie selon la forme de ces 3 discriminations.

L'art. 9 LEg renvoie à CO 336b.

Pour le harcèlement sexuel, l'indemnité est plafonnée à 6 mois du salaire moyen suisse (environ 43'500 CHF). Dans les cas très graves, il est possible de cumuler avec l'indemnité en DI une indemnité pour réparation du tort moral (5 V LEg).

Pour le **refus d'embauche discriminatoire**, il y a un *double plafond* :

- 3 mois de salaire auquel la ou les personnes auraient eu droit si elles avait été embauchée.
- Cette prétention vaut peu importe le nombre de personnes qui vont agir par rapport au salaire concerné.

## Protection contre le congé de rétorsion (1)

### Art. 10 LEg

#### Alinéa 1:

La résiliation du contrat de travail par l'employeur est **annulable** lorsqu'elle **ne repose pas sur un motif justifié et** qu'elle **fait suite à une réclamation** adressée à un supérieur ou à un autre organe compétent au sein de l'entreprise, à l'ouverture d'une procédure de conciliation ou à l'introduction d'une action en justice.

#### Alinéa 2:

Le travailleur est **protégé** contre le congé durant toute la durée des démarches effectuées au sein de l'entreprise, durant la procédure de conciliation et durant toute la durée du procès, de même que pendant le semestre qui suit la clôture des démarches ou de la procédure.

Le congé de rétorsion = de vengeance / représailles. Il faut le différencier du licenciement discriminatoire.

L'art. 10 LEg vise aussi les personnes qui font valoir leurs droits sur le lieu du travail et après cette réclamation se voient signifier leur licenciement. Il y aurait la présomption que ce congé est un congé de rétorsion au sens de l'art. 10 LEg. Ce sera à l'employeur de renverser cette présomption en prouvant que certes le congé intervient après les réclamations mais qu'il repose sur un motif justifié (10 I LEg) : notion plus large que celle de *justes motifs*. Il peut s'agir de motifs économiques ou de restructuration par exemple.

## Protection contre le congé de rétorsion (2)

### Art. 10 LEg

#### Alinéa 3:

Le travailleur qui entend **contester** la résiliation de son contrat de travail doit **saisir le tribunal dans le délai de congé**.

Le juge peut ordonner le *réengagement provisoire* lorsqu'il paraît vraisemblable que les conditions d'une annulation du congé sont remplies.

#### Alinéa 4:

Le travailleur peut renoncer, au cours du procès, à poursuivre les rapports de travail et demander une **indemnité** au sens de l'art. 336a du code des obligations **en lieu et place de l'annulation du congé**.

Alinéa 5: La protection vaut aussi en cas d'action intentée par une organisation (7 LEg).

Si on arrive à la conclusion que c'est un congé rétorsion, le salarié peut réclamer une indemnité correspondant à 6 mois de salaire maximum mais peut aussi choisir d'agir en **annulation contre ce congé**. C'est le seul cas en droit privé dans lequel un congé peut être annulé. Le salarié doit alors s'opposer à ce congé et saisir les tribunaux dans le délai de congé.

L'art. 10 LEg renvoie à l'indemnité de CO 336a par analogie.

## LA RÉMUNÉRATION – LE SALAIRE FIXE ET LES RÉMUNÉRATIONS VARIABLES (CO 322-323)

Le versement du salaire constitue une des obligations principales de l'employeur. Il y a parfois des bonus qui peuvent être qualifiés de salaire ou de gratification. Le contrat de travail ne fixe pas d'obligation de résultat mais uniquement une obligation de moyens.

CO 319 : fixation du salaire qui peut être versé en fonction du temps ou selon le travail fourni.

CO 326 et 326a salaire fourni à la tâche, aux pièces.

Le salaire peut être versé en argent ou en nature. Par exemple si le salarié vit chez l'employeur alors le logement et la nourriture font partie de la rémunération. Il est également possible de rémunérer par des titres ou actions.

CO 322 : la règle concerne le salaire de base.

CO 323 I : ce salaire est payé en principe à la fin de chaque mois, sous réserve des accords contraires.

CO 322a : salaire variable en relation avec une participation à l'entreprise : plus l'entreprise se porte bien plus la rémunération augmente. Cela ne doit pas être confondu avec la rémunération en lien avec la performance individuelle du salarié, dans ce cas c'est souvent une gratification au sens de CO 322d.

Il y a certaines activités dans lesquelles la rémunération est une provision (CO 322b-c) par exemple pour les personnes travaillant dans la vente : en relation avec le nombre d'affaires conclues. Cette rémunération est en général complémentaire à un salaire fixe et le salarié le touche à la fin de chaque mois.

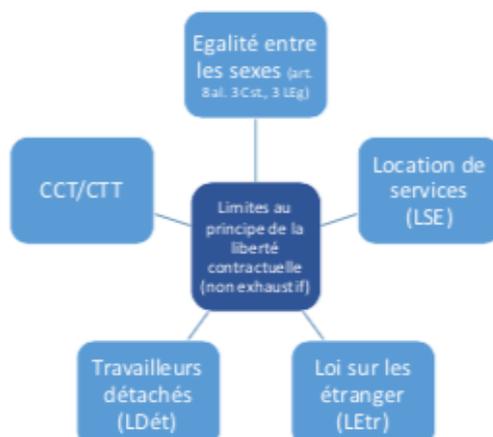
Pas de disposition dans la loi qui traite de bonus : lorsqu'un bonus est prévu dans le contrat, il faudra déterminer si c'est un salaire ou une gratification.

Interdiction pour le salarié de renoncer totalement au salaire (CO 319 et 341 I). Il demeure toutefois possible de convenir, par le biais d'un accord entre les parties (exprès ou tacite) de diminuer le salaire *pour le futur*. Cet accord vaudra pour les prestations futures et non pas pour les prestations déjà effectuées. Si le salarié n'est pas d'accord avec cette diminution, l'employeur peut procéder par la voie du **congé modification** : soit il accepte cette modification soit le contrat prend fin.

Il faut être prudent à admettre une acceptation tacite de la réduction du salaire. Cette réduction ne peut intervenir que pour le futur et doit faire l'objet d'un accord.

### I. Le montant du salaire (1)

**Salaire *convenu*, usuel ou fixé par un CCT ou par une CCT (art. 322 al. 1 CO)**



VERSITÉ

Si rien n'a été convenu et qu'il n'y a pas de CCT, on appliquera le salaire usuel en tenant compte de la rémunération dans ce milieu et des capacités du salarié.

Il y a des limites découlant des CCT : si les parties sont liées par une convention collective de travail et que cette convention prévoit un salaire minimum pour la branche ou l'entreprise concernée, alors c'est ce salaire qui s'applique dans le cas où le salaire prévu dans le contrat est moins élevé.

Art. 8 III Cst et 3 LEg : si une femme se rend compte qu'elle gagne un salaire inférieur à son collègue qui a des capacités semblables, elle peut rendre vraisemblable que cela est injustifié. Ce sera à l'entreprise d'apporter la preuve de la justification de cette différence de traitement et si elle n'arrive pas elle peut être condamnée à verser la différence entre le salaire versé et le salaire non discriminatoire des 5 dernières années.

Les travailleurs détachés en Suisse doivent être rémunérés selon les conditions de rémunération usuelles en Suisse.

Les cantons de NE, JU, TI ont introduit un salaire minimum au niveau cantonal (ATF 143 I 403). Le TF a admis la possibilité pour les cantons de fixer un salaire minimum si c'est un but de lutte contre la pauvreté qui est poursuivi.

Diverses initiatives au niveau fédéral ont été refusées en votation populaire.

Il y a également une interdiction des rémunérations excessives (95 III Cst, ORAb) visant la règle selon laquelle la rémunération des membres du Conseil d'administration et de la direction de l'entreprise doit être votée par l'AG.

## II. Le bonus: part variable du salaire ou gratification?

cf. TF, 4A\_714/2016 du 29 août 2017

### Introduction (1)

**3.1. Le salaire** est la rémunération que l'employeur est **tenu de payer** à l'employé pour le temps ou le travail que celui-ci a consacré à son service, et qui est fixé soit directement par contrat individuel, soit indirectement par un contrat-type de travail ou par une convention collective (art. 322 al. 1 CO).

La **gratification**, aux termes de l'art. 322d al. 1 CO, est une rétribution spéciale que l'employeur accorde en sus du salaire à certaines occasions, par exemple une fois par année. **Selon la volonté des parties, il peut y avoir un droit à la gratification** (art. 322d al. 1 CO) **ou, au contraire, aucun droit** lorsqu'elle est stipulée facultative, expressément ou par actes concludants (...).

Une gratification peut aussi être soumise à des conditions: en particulier, elle n'est due (au *pro rata temporis*), en cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui donne lieu à son paiement, que s'il en a été convenu ainsi (art. 322d al. 2 CO; ...).

**3. Le droit suisse ne contient aucune disposition qui traite spécifiquement du bonus**, lequel peut consister dans le versement d'une somme d'argent ou encore dans la remise d'actions ou d'options (...).

Il faut donc **déterminer dans chaque cas**, par interprétation des manifestations de volonté des parties lors de la conclusion du contrat ou de leur comportement ultérieur au cours des rapports de travail (accord par actes concludants, c'est-à-dire tacite), **s'il s'agit d'un élément du salaire (art. 322 s. CO) ou d'une gratification (art. 322d CO) (...).**

En outre, il découle de la nature de la gratification qu'elle doit rester **accessoire** par rapport au salaire de base, à défaut de quoi il faudra procéder à une conversion en salaire.

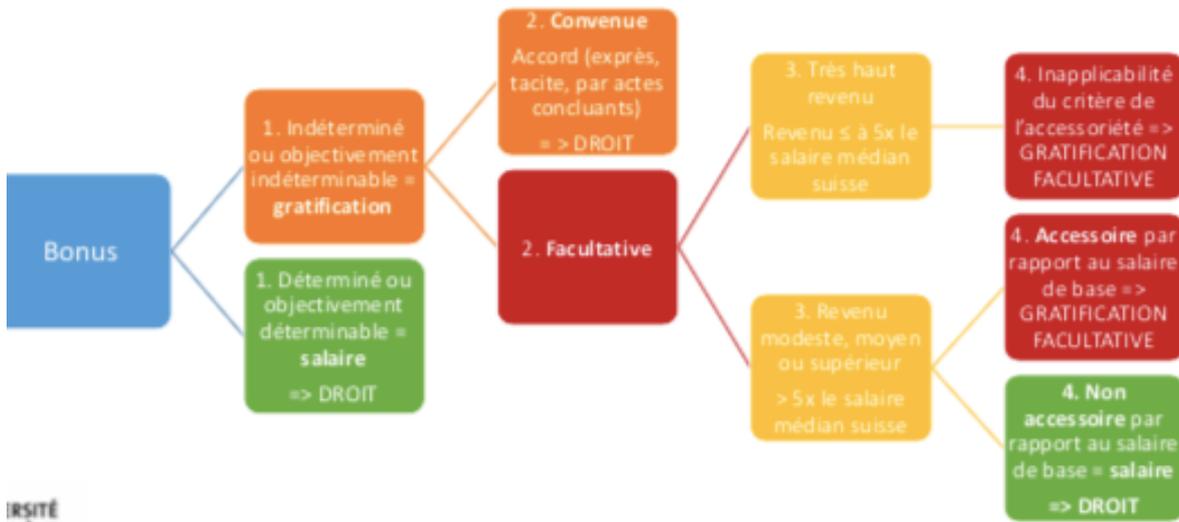
Le salaire est de toute façon dû *pro rata temporis* alors que la gratification dépend au moins en partie du bon vouloir de l'employeur (aspect facultatif).

Le droit suisse ne contient pas de disposition spécifique pour le bonus.

Le TF mentionne 2 critères principaux pour déterminer s'il s'agit d'un salaire ou d'une gratification :

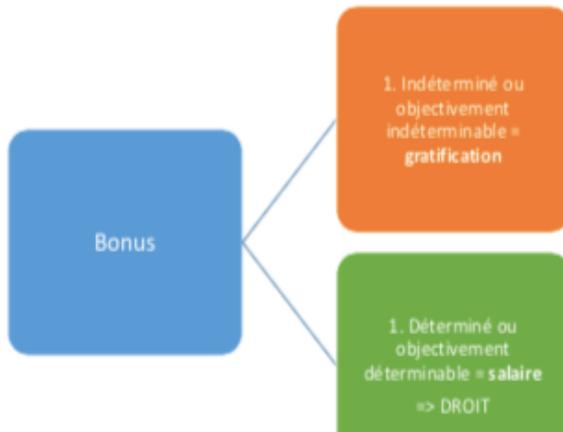
- Volonté initiale des parties
- Critères de l'accessoriété

**II. Le bonus:**  
**part variable du salaire ou gratification (convenue ou facultative)?**  
**Raisonnement en 4 étapes (cf. TF, 4A\_714/2016 du 29 août 2017)**



Il y a 4 étapes dans le raisonnement du TF :

**ÉTAPE 1**

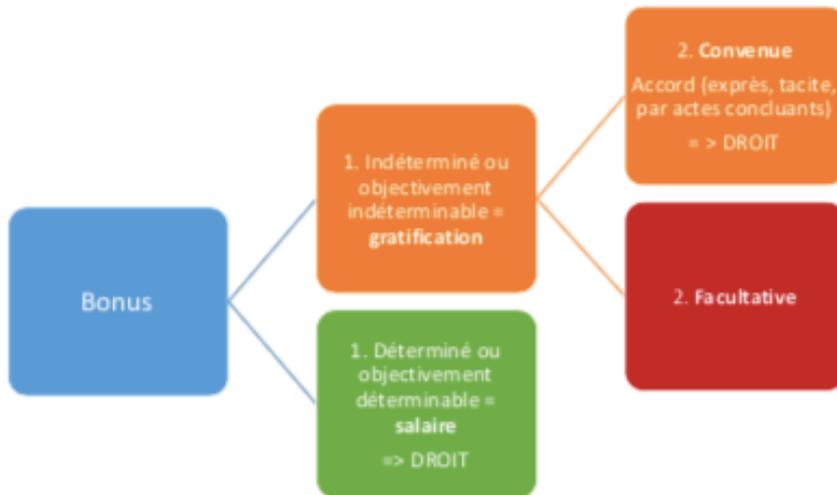


**Etape 1: Le bonus est-il déterminé ou objectivement déterminable?**

**3.2.1.** Lorsqu'un montant (même désigné comme bonus ou gratification) est **déterminé ou objectivement déterminable**, c'est-à-dire qu'il a été promis par contrat dans son principe et que son montant est déterminé ou doit l'être sur la base de critères objectifs prédéterminés comme le bénéfice, le chiffre d'affaires ou une participation au résultat de l'exploitation, et qu'il ne dépend pas de l'appréciation de l'employeur, il **doit être considéré comme un élément du salaire (variable), que l'employeur est tenu de verser** à l'employé (art. 322 s. CO;...).

**3.2.2.** En revanche, lorsque le bonus est **indéterminé ou objectivement indéterminable**, c'est-à-dire que son versement dépend du bon vouloir de l'employeur et que sa quotité dépend pour l'essentiel de la marge de manœuvre de celui-ci en ce sens qu'elle n'est pas fixée à l'avance et qu'elle dépend de l'appréciation subjective de la prestation du travailleur par l'employeur, il doit être qualifié de **gratification** (...). Si tel est le cas, deux cas de figure peuvent se présenter: les parties ont réservé seulement le montant du bonus (cf. 3.2.2.1) ou, au contraire, le principe et le montant du bonus (cf. 3.2.2.2).

Si le montant est objectivement déterminé et déterminable, alors il s'agit d'un salaire dû. En revanche, si ce n'est pas le cas, on passe à l'étape 2.

ÉTAPE 2**Etape 2: Quelle est la volonté des parties? (1)**

**3.2.2.1.** Si, par contrat, les parties sont tombées **d'accord sur le principe du versement** d'un bonus et n'en ont réservé que le montant, il s'agit d'une gratification que l'employeur est tenu de verser (*Anspruch auf die Gratifikation*), mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer (...).

De même, lorsqu'au cours des rapports contractuels, un bonus a été **versé régulièrement sans réserve de son caractère facultatif pendant au moins trois années consécutives**, il est admis qu'en vertu du principe de la confiance, il est convenu par actes concludants (tacitement), que son montant soit toujours identique ou variable: il s'agit donc d'une gratification à laquelle l'employé a droit (...), l'employeur jouissant d'une certaine liberté dans la fixation de son montant au cas où les montants étaient variables.

Dans les deux situations, encore faut-il que l'employé établisse que les parties sont convenues du versement d'un bonus en dépit de la résiliation des rapports de travail (art. 322d al. 2 CO).

**3.2.2.2.** Si, par contrat, les parties ont **réservé tant le principe que le montant du bonus**, il s'agit d'une gratification facultative: le bonus n'est pas convenu et l'employé n'y a pas droit, sous réserve de l'exception découlant de la nature de la gratification (principe de l'accessoriété; cf. infra...)

De même, **lorsque le bonus a été versé d'année en année avec la réserve de son caractère facultatif**, il n'y a en principe pas d'accord tacite: il s'agit d'une gratification qui n'est pas due.

**3.2.2.3.** Toutefois, il a été admis par exception que, **en dépit de la réserve** (sur le principe et sur le montant), **un engagement tacite peut se déduire du paiement répété de la gratification pendant des décennies (*jahrzehntelang*)**, lorsque l'employeur n'a jamais fait usage de la réserve émise, alors même qu'il aurait eu des motifs de l'invoquer, tels qu'une mauvaise marche des affaires ou de mauvaises prestations de certains collaborateurs, lorsqu'il l'a versée: il s'agit alors d'une gratification à laquelle l'employé a droit (...)

Il en va de même lorsque la réserve du caractère facultatif n'est qu'une **formule vide de sens** (c'est-à-dire une clause de style sans portée) et qu'en vertu du principe de la confiance, il y a lieu d'admettre que l'employeur montre par son comportement qu'il se sent obligé de verser un bonus (...).

Si la gratification a été versée pendant 3 années consécutives sans que l'employeur rappelle le caractère facultatif de cette gratification, alors on se trouve dans l'hypothèse d'une gratification convenue.

En revanche, si l'employeur a versé ce bonus pendant plusieurs années mais a précisé à chaque fois qu'il n'y a pas de droit et que c'est facultatif, alors c'est un bonus facultatif.

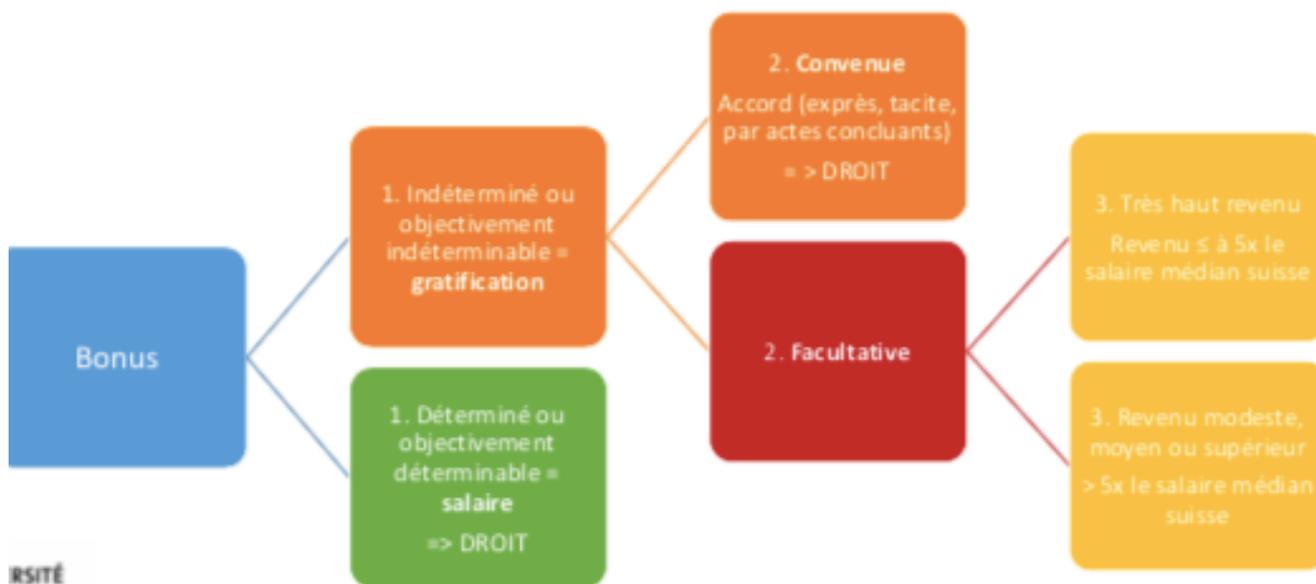
S'il y a une réserve du caractère facultatif mais que l'employeur verse ce bonus alors que l'entreprise n'apparaît pas bien alors la clause de réserve est dénuée de toute portée. Par exemple si l'entreprise est dans une mauvaise situation. C'est alors une gratification convenue et le salarié y a droit et l'employeur a seulement une marge de manœuvre dans sa fixation.

En l'occurrence dans l'arrêt, le bonus a été versé sur plusieurs années. Chaque fois qu'il a été versé, l'entreprise a clairement rappelé le critère facultatif et a en outre mentionné CO 329d gratification dans le contrat. Se pose toutefois la question de savoir si cette réserve est dépourvue de toute portée (exception), ce qui n'est pas le cas ici.

1ère exception : il faut des décennies, donc au moins 20 ans.

Clause de style : non car en l'espèce on ne saurait admettre que l'employeur est obligé de verser le bonus. Il s'agit donc d'une gratification facultative.

**ÉTAPE 3**



Si le bonus est facultatif, il faut continuer le raisonnement : étape 4.

## Etape 3: Quel est le niveau de rémunération?

3.3.1 (...) Le Tribunal fédéral a fixé le seuil du **très haut revenu** à un montant équivalent à cinq fois **(5x) le salaire médian suisse (secteur privé)**, soit, pour l'année 2009 (à titre d'exemple), un montant de 354'000 fr. (...).

Pour déterminer si l'employé réalise un très haut revenu dans le cas concret, le Tribunal fédéral a tenu compte, en s'inspirant des principes du droit fiscal, de la **rémunération totale perçue par celui-ci de la part de son employeur durant l'année litigieuse**. (...) **Si cette rémunération totale atteint ou dépasse le seuil du très haut revenu (...), le bonus demeure une gratification facultative à laquelle l'employé n'a pas droit et une requalification en salaire est exclue (...).**

Le critère du salaire médian, utilisé comme base pour fixer (...) le seuil du très haut salaire, peut également servir de base pour fixer le **revenu modeste**. Il est approprié d'admettre à ce titre un montant équivalent à une fois **(1x) le salaire médian suisse (secteur privé)**, soit, pour l'année 2009, un montant de 70'800 fr. (...).

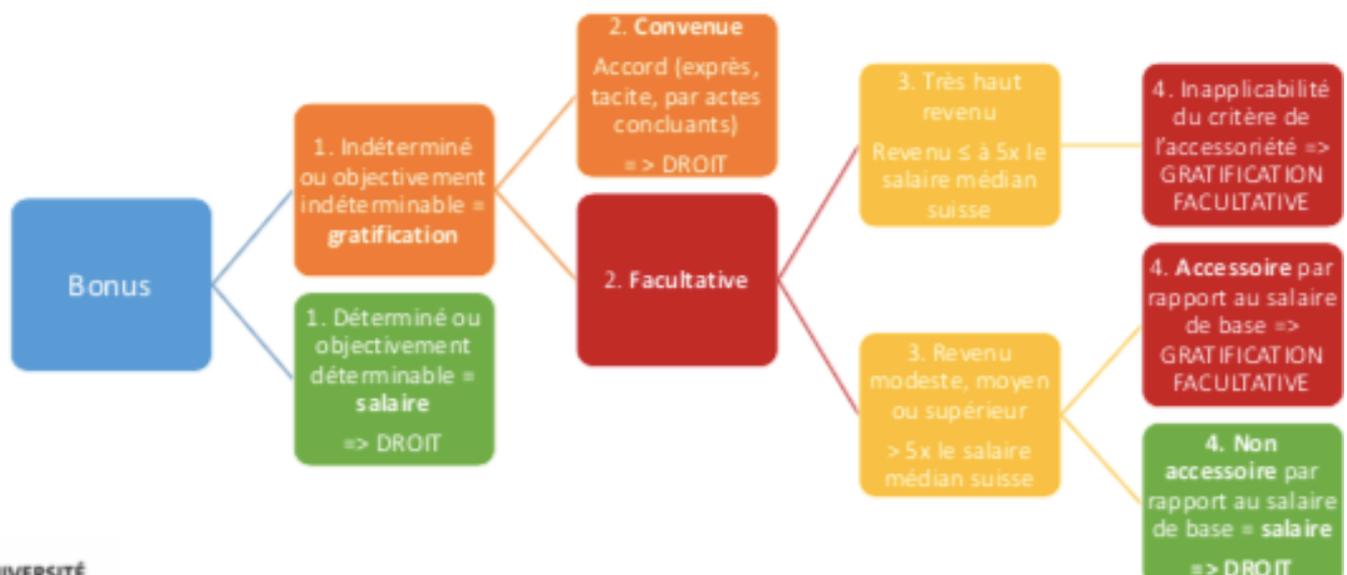
**Les salaires moyens et supérieurs sont donc les salaires (Löhne) situés entre le seuil du "salaire modeste" (plus d'une fois le salaire médian) et le seuil du "très haut revenu" (moins de cinq fois le salaire médian), soit, pour l'année 2009, un salaire situé entre 70'800 fr. et 354'000 fr.**

Si le niveau de revenu est haut alors le critère d'accessoriété n'est pas applicable et il s'agira donc d'une gratification facultative. Le TF définit un haut niveau de rémunération comme un montant équivalent à 5 fois de salaire médian suisse du secteur en cause pour l'année 2009. Si une personne gagne 354'000CHF ou plus par année alors on considère qu'elle touche un très haut revenu.

Un revenu modeste est inférieur ou équivalent à 1 fois le salaire médian suisse pour le secteur privé. Le salaire moyen et supérieur est entre 1x et 5x le salaire médian suisse.

En l'espèce, on regarde la rémunération pour l'année 2013, qui est de 175'000CHF. Il s'agit donc d'un revenu moyen ou supérieur. On peut donc exclure la présence d'un très haut revenu et continuer notre examen car le principe de l'accessoriété s'applique.

### ÉTAPE 4



## Etape 4: Le bonus est-il « accessoire » par rapport au salaire de base?

**3.3.1. Le critère de l'accessoriété**, en vertu duquel le bonus doit être requalifié en salaire, **ne s'applique toutefois que pour les salaires modestes et les salaires moyens et supérieurs.**

Pour les **très hauts revenus**, le Tribunal fédéral a considéré que le principe de la liberté contractuelle doit primer, car il n'y a pas dans ce cas de besoin de protection du travailleur qui justifierait une requalification du bonus ou d'une part du bonus en salaire en vertu du principe de l'accessoriété (...). Le bonus est donc **toujours une gratification facultative** à laquelle l'employé n'a pas droit.

**3.3.2.** Pour les salaires modestes et les salaires moyens et supérieurs (...), le bonus versé avec la réserve de son caractère facultatif quant à son principe et quant à son montant, peut devoir être requalifié en salaire dans certaines circonstances. Il a été retenu que, pour des salaires **moyens et supérieurs, un bonus très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier, perd son caractère accessoire et doit être requalifié en salaire**, alors que, pour des **salaires modestes, un bonus proportionnellement moins élevé peut déjà devoir être requalifié en salaire** (...).

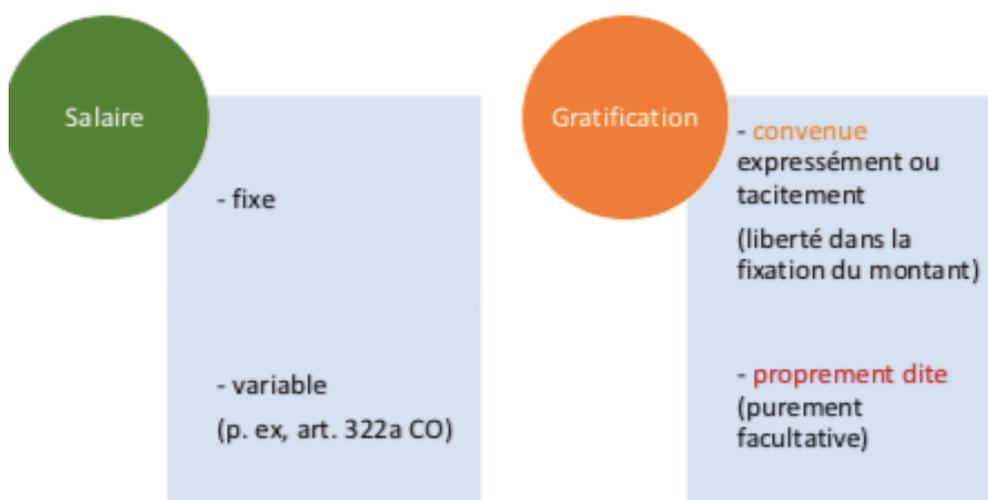
Le Tribunal fédéral a toutefois renoncé à chiffrer de manière générale la proportion entre le salaire de base et le bonus facultatif versé par l'employeur (...).

Pour les revenus modestes et supérieurs, si le bonus est égal au salaire de base ou supérieur ou beaucoup plus élevé, il perd son caractère accessoire et doit être qualifié de salaire auquel le salarié a droit. En revanche, si le bonus est moindre que le salaire pourrait également être considéré comme un salaire.

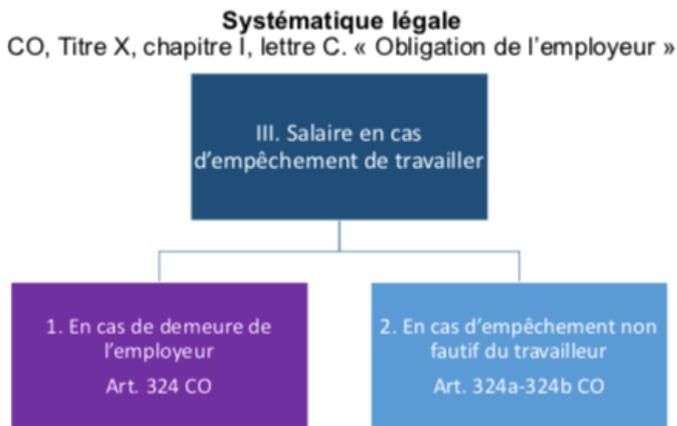
Exemple : T touche un revenu moyen ou supérieur de 1'000CHF. Le bonus de 900 ou 1'000CHF ou plus n'est plus considéré comme accessoire et donne lieu à une requalification en tant que salaire.

Toutefois, si T touche un salaire de 1'000CHF, il se peut qu'un bonus de 600CHF peut être considéré comme non accessoire car ça représente déjà une partie importante par rapport au salaire fixe.

## II. En résumé: deux régimes



## LA RÉMUNÉRATION – LE SALAIRE EN CAS D'EMPÊCHEMENT DE TRAVAILLER (CO 324-324b)



CO 324 est une règle spéciale qui l'emporte sur les normes de la partie générale du CO. Par exemple si l'employeur refuse la prestation de travail du salarié ou l'empêche d'accomplir son travail parce qu'elle ne lui donne pas les instructions nécessaires ou ne met pas à sa disposition les instruments nécessaires ou si l'employeur ne respecte pas les dispositions protégeant la santé des travailleurs. Donc si les conditions cadres pour l'accomplissement de l'activité salariée ne sont pas réunies. Il faut que le salarié puisse prouver qu'il serait prêt à offrir ses services et s'il ne le fait pas c'est justement parce que l'employeur ne remplit pas ses obligations.

Il est préférable que le salarié informe son employeur via lettre recommandée. Si le salarié ne le fait pas, on risque de lui reprocher un abandon d'emploi.

Le salaire doit en outre être versé en cas d'empêchement non fautif du travailleur (CO 324a -324b). L'employeur devra alors par exemple continuer de verser le salaire même s'il y a une baisse du nombre de commandes.

### Le salaire en cas d'empêchement de la personne salariée Trois régimes



CO 324a et 324b sont les articles de référence. Le régime de base est prévu à l'art. 324a I à III, et l'al. 2 prévoit la possibilité d'un régime conventionnel complémentaire. Existe en outre un régime conventionnel dérogatoire (CO 324a IV) qui implique par rapport au régime de base une diminution de certaines prestations. Cette diminution des prestations doit toutefois être compensée par une obligation de verser le salaire sur une durée plus longue.

CO 324b prévoit le régime de l'assurance obligatoire.

Lorsqu'on est face à un empêchement de travailler, il faudra donc voir quel régime est applicable puis voir s'il y a une assurance obligatoire ou une convention complémentaire. S'il n'y a aucune des deux alors c'est le régime de base qui s'applique subsidiairement.

Le régime de base s'applique surtout pour la *maladie* (et non pas l'accident) car il n'y a pas d'assurance obligatoire qui prévoit le versement d'indemnités journalières si la perte provient d'une maladie.

**RÉGIME DE BASE – LES CONDITIONS D'APPLICATION (CO 324a I)**

- **Durée minimum des rapports de travail:** ATF 131 III 623
  - *les rapports ont duré plus de trois mois:* «le droit au salaire ne naît que le lendemain du dernier jour du premier trimestre durant lequel» T. s'est trouvé au service de E. (consid. 2.3)
  - *les rapports ont été conclus pour plus de 3 mois* (consid. 2.4)
    - CDD pour une durée supérieure à 3 mois ou CDI avec un délai de résiliation supérieur à 3 mois: le droit au salaire «naît dès le jour de l'entrée en service» (consid. 2.4.2 et 2.4.3)
- **Empêchement de travailler inhérent à la personne**
  - Preuve: TF, 8C\_760/2012 du 4 septembre 2013, consid. 3
- **Non fautif**

Il faut que 4 conditions soient remplies :

- **Durée minimum des rapports de travail**
  - Les rapports ont duré plus de 3 mois : le salarié doit avoir travaillé plus de 3 mois. On va compter le 1er jour d'entrée en service et on recherche le chiffre dans le 3ème mois, et on prend le lendemain : l'obligation de verser le salaire commence dès ce dernier jour. Par exemple si le 1er jour est le 15 janvier, 3 mois après c'est le 15 avril. La rémunération commence dès le 16 avril seulement.  
Si l'incapacité de travail s'est produite entre les 3 mois, et non pas le lendemain, alors pas de rémunération du salarié.
  - Les rapports ont été conclus pour plus de 3 mois : par exemple un CDD conclu pour une durée de plus de 3 mois. Donc l'obligation de verser le salaire est dès le 1er jour de travail. S'il s'agit d'un CDI avec d'un délai de résiliation supérieur à 3 mois, même chose.
- **Empêchement de travailler** : c'est généralement constaté par un médecin. C'est au salarié de prouver cet empêchement de travailler, qui sera fonction de la profession exercée.
- **Inhérent à la personnalité du salarié** : la maladie, l'accident etc sont des causes inhérentes à sa personne.
- **Non fautif** : cette condition est parfois difficile à prouver, par exemple un alcoolique qui subit une cure de désintoxication. Il peut par exemple s'agir d'une obligation de témoigner devant un tribunal etc...

→ Si ces conditions sont données alors le régime de base est applicable.

**LES EMPÊCHEMENTS POUR DES CAUSES « INHÉRENTES À LA PERSONNE » (CO 324a I ; liste non exhaustive)**

- Accident
- Maladie
- Grossesse (CO 324a III)
- Accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique
  - Service militaire
  - Obligation de pourvoir à l'entretien de l'enfant (CC 276)
    - Garde d'un enfant malade (art. 36 LTr)
- Autres empêchements :
  - Naissance : la naissance donne en général le droit à un congé.
  - Décès d'un parent proche
  - Consultation médicale urgente.

Attention : il faut distinguer le droit au congé (CO 329 III) du droit au salaire (CO 324a)

## Régime de base – les prestations de la partie employeuse

### Art. 324a al. 2 CO

- Source: SECO, *Maternité. Protection des travailleuses*, Berne, 2016, p. 16

Années de services	Echelle bâloise	Echelle bernoise	Echelle zurichoise
1ère année	3 semaines	3 semaines	3 semaines
2ème année	2 mois	1 mois	8 semaines
3ème année	2 mois	2 mois	9 semaines
4ème année	3 mois	2 mois	10 semaines
5ème année	3 mois	3 mois	11 semaines
6ème année	3 mois	3 mois	12 semaines
7ème année	3 mois	3 mois	13 semaines
8ème année	3 mois	3 mois	14 semaines
9ème année	3 mois	3 mois	15 semaines
10ème année	3 mois	4 mois	16 semaines
11ème année	4 mois	4 mois	17 semaines
etc.			

Tableau: Durée du paiement du salaire en cas d'incapacité de travailler

- Un nouveau crédit de salaire naît au début de chaque année de service
- Le crédit vaut «pour l'ensemble des causes d'empêchement»: ATF 124 V 291

Durant la 1ère année de service, le salarié a le droit de recevoir son salaire durant 3 semaines d'empêchement non fautif de travailler. Pour les autres années de services, une période plus longue est prévue, compte tenu des rapports de travail, ce qui a créé les échelles dans plusieurs cantons. En Suisse Romande, on applique souvent l'échelle bernoise. Ces échelles n'ont toutefois pas une valeur contraignante.

Peu importe le moment où survient l'incapacité de travailler, on est dans la 1ère année de service et on a donc droit à 3 semaines de salaire. C'est un crédit en argent.

Chaque nouvelle année de service on fait table rase et on recommence à 0 en calculant selon l'ancienneté du salarié.

### Le régime conventionnel

- **Complémentaire:** art. 324a al. 2 CO
- **Dérogatoire:** art. 324a al. 4 CO

- La forme écrite
- L'équivalence
- La responsabilité de la partie employeuse



- «Lorsque l'employeur ne satisfait pas aux obligations à lui imposées par la convention dérogatoire écrite, par exemple s'il ne conclut pas le contrat d'assurance prévu ou n'acquiesce pas les primes dues à l'assureur, ou, en cas de maladie d'un travailleur, ne fait pas à temps l'annonce exigée par les conditions d'assurance, il doit réparation du dommage subi par ce travailleur, et le dommage correspond aux prestations d'assurance perdues. Sa propre prestation a alors pour objet des dommages-intérêts pour cause de mauvaise exécution de la convention, et elle est due sur la base de l'art. 97 al. 1 CO» (ATF 141 III 112, consid. 4.5 avec les références).

Les parties peuvent compléter le régime de base et prévoir un régime plus généreux (par exemple supprimer la condition de la durée minimum de travail).

Les clauses en faveur du salarié (régime conventionnel *complémentaire*) ne nécessitent pas la forme écrite.

En revanche, pour le régime conventionnel *dérogatoire* qui peut défavoriser le salarié, il faut :

- **La forme écrite** : le contrat signé entre les parties doit préciser le montant du salaire qui est couvert, les risques donnant lieu au versement des prestations, pour quelle durée etc.  
Si la forme écrite n'est pas respectée, alors seuls les aspects de l'accord qui vont au-delà du régime de base, donc en faveur du salarié, subsistent.
- **L'équivalence** : les désavantages sont compensés par des récompenses, par exemple indemnité moindre mais pour une durée plus longue (environ 2 ans). Un tel régime dérogatoire est alors considéré, dans sa globalité, comme équivalent au régime de base.

- **La responsabilité de l'employeur** : dans le cadre d'un régime conventionnel, si l'employeur promet de souscrire une assurance de perte de gain mais ne souscrit pas en réalité, alors il doit payer des DI au salarié si le risque de maladie se réalise effectivement.

### RÉGIME DE L'ASSURANCE OBLIGATOIRE (CO 324b)

- Assurances-obligatoires
  - Assurance-accidents (LAA)
  - Assurance perte de gain en cas de service et de maternité (LAPG)
- Prestations dues par l'employeur sur la base de CO 324b :
  - Al. 1 : l'employeur « ne doit pas le salaire lorsque les prestations d'assurance dues pour le temps limité » (selon CO 324a II) couvrent 80% « au moins du salaire afférent à cette période ».
  - Al. 2 : « si les prestations d'assurance sont inférieures », l'employeur doit payer la différence entre celles-ci et 80% du salaire : l'employeur sera dans ce cas obligé de verser la différence de salaire.
  - Al. 3 : « si les prestations d'assurance ne sont versées qu'après un délai d'attente », l'employeur doit verser pendant cette période 80% au moins du salaire (cf. art. 16 II LAA). La LAA prévoit un délai d'attente de 3 jours pendant lequel les assurances ne versent pas d'indemnités. Durant ces 3 jours, c'est donc à l'employeur de verser des indemnités.

### La protection de la maternité au sens de la loi sur le travail (LTr) Survoll!



- **Protection de la santé durant la maternité: art. 35 LTr**
  - Interdiction des travaux pénibles ou dangereux (al. 2)
  - Droit à 80% du salaire, lorsqu'aucun travail équivalent ne peut être proposé (al. 3)
- **Occupation durant la maternité: art. 35a LTr et 60 OLT1**
  - Droit de se dispenser de travailler
  - Interdiction du travail du soir et de la nuit pendant les 8 semaines précédant l'accouchement
  - Interdiction de travailler durant les 8 semaines *post partum* (art. 35a al. 3 LTr )
  - Pausés d'allaitement rémunérées pendant la 1<sup>ère</sup> année de vie de l'enfant
- **Déplacement de l'horaire en cas de travail le soir et la nuit: art. 35b LTr**
  - Droit à 80% du salaire lorsqu'aucun travail équivalent ne peut être proposé (al. 2)

### Le droit au salaire en cas d'absences pendant la grossesse

- **Paiement du 80% du salaire sur la base de la loi sur le travail (LTr)**
  - en l'absence d'un travail équivalent sans danger/pénibilité (35 al. 3) ou diurne (35b al. 2)
- **Paiement du salaire selon 324a et 324b en cas d'incapacité de travail médicalement attestée**
  - résultant de la grossesse (art. 324a al. 3 CO) ou d'une autre cause (art. 324a al. 1 CO)
  - pas de crédit supplémentaire en cas de grossesse: ATF 124 V 291, consid. 3c.
- **Pas de congé prénatal rémunéré en Suisse**
- **Pas de droit au salaire pour les absences résultant de l'exercice du droit de ne pas être occupée selon l'art. 35a LTr**
  - al. 2.: sur simple avis, les femmes enceintes peuvent se dispenser d'aller au travail ou le quitter