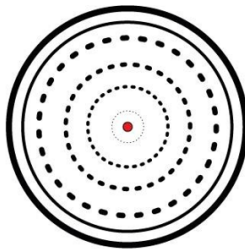


Droit du travail

SUPPORT DE COURS THEORIQUE
ET EXERCICES



Formation Paralegal

Tables des matières

Les sources du droit du travail	1
• Le Code des obligations	2
• Les règles de droit public	2
• Les accords paritaires de droit collectif et autres sources	2
Définition, éléments essentiels et formation du contrat individuel de travail	6
• Définition générale du contrat individuel de travail	7
• Éléments caractéristiques du contrat de travail	7
• Délimitation par rapport à d'autres contrats	8
• Forme du contrat	8
Les obligations du travailleur	28
• Tableau synthétique sur les obligations du travailleur	30
• L'obligation de fidélité	31
• Les heures supplémentaires	46
• La responsabilité du travailleur	55
Les obligations de l'employeur	72
• Tableau synthétique sur les obligations de l'employeur	74
• Le salaire	75
• Le salaire en cas d'empêchement de travailler	95
• Le droit des vacances	107
• La protection de la personnalité du travailleur	114
• Le certificat de travail	123
La fin du contrat	129
• Les causes ordinaires d'extinction	130
• Les causes extraordinaires d'extinction	132
Le Tribunal des prud'hommes	147

Les sources du droit du travail

Les sources du droit du travail

Le droit du contrat de travail est régi principalement par le Code des obligations, les droits publics fédéral et cantonaux, ainsi que les accords paritaires de droit collectif du travail. Les sources essentielles sont les suivantes :

1) Le Code des obligations

Le contrat de travail est régi par les art. 319 à 362 du CO. On distingue quatre chapitres: le premier traite du contrat individuel de travail (art. 319 à 343 CO), le second présente les particularités de quelques contrats individuels de caractère spécial (art. 344 à 355 CO), le troisième porte sur les conventions collectives de travail et les contrats-types (art. 356 à 360 CO) et le dernier énumère les dispositions impératives de droit privé du travail (art. 361 et 362 CO).

2) Les règles de droit public

Au plan fédéral, le texte le plus important est la Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr; RS 822.11). Cette loi est complétée par quatre ordonnances (OLT 1, 2, 3 et 4). La loi sur le travail délimite notamment le droit de l'employeur à disposer du travailleur et de la travailleuse et lui confère des obligations en matière de protection de la santé.

La Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg) est également un texte central. Cette loi a pour but de promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes.

Les législateurs cantonaux peuvent édicter des dispositions complémentaires. La Suisse a par ailleurs ratifié des conventions, accords et recommandations dans le domaine du travail. Ils sont pour la plupart l'œuvre de l'Organisation internationale du travail dont le siège est à Genève.

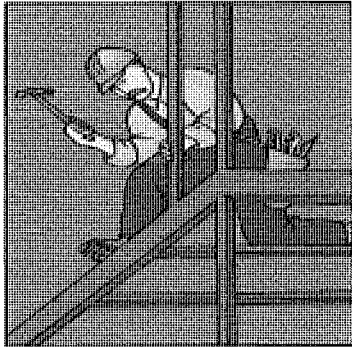
3) Les accords paritaires de droit collectif et autres sources

Dans de nombreux secteurs de l'économie, les relations de travail sont régies de manière uniforme par des conventions collectives ou relèvent de contrats-types.

Enfin, certains règlements d'entreprise et usages sont susceptibles de s'appliquer.

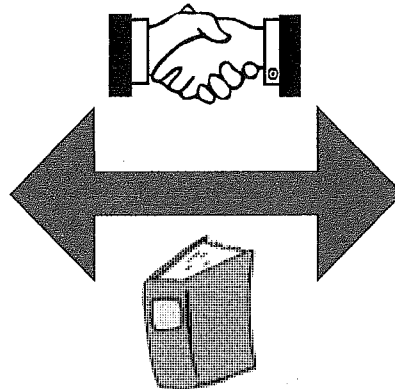
LES SOURCES DU DROIT DU TRAVAIL

EN DROIT PRIVÉ



TRAVAILLEUR

CONTRAT INDIVIDUEL DE TRAVAIL



CODE DES OBLIGATIONS (1911)

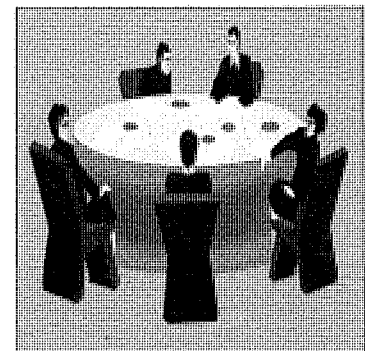
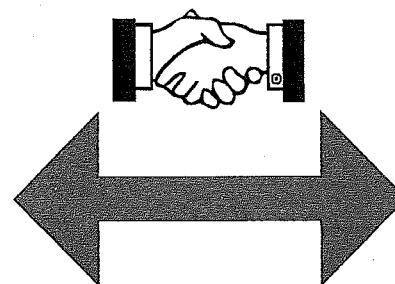


EMPLOYEUR



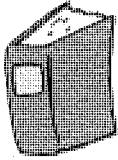
SYNDICAT DE TRAVAILLEURS

CONVENTIONS COLLECTIVES

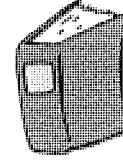
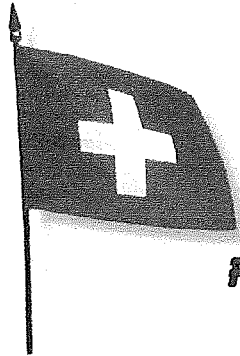


ORGANISATION PATRONALE

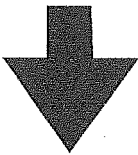
LES SOURCES DU DROIT DU TRAVAIL



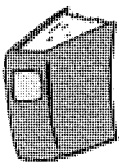
**LOI SUR LE TRAVAIL (1964)
LOI PERMETTANT
D'ÉTENDRE LE CHAMP
D'APPLICATION DES CCT (1956)**



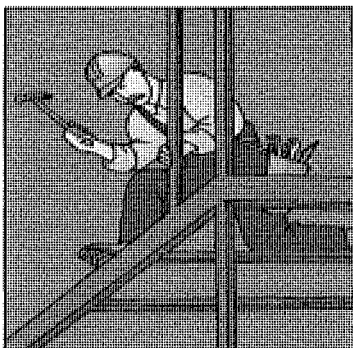
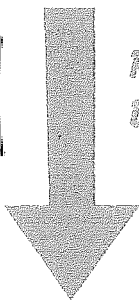
**LOI SUR L'ÉGALITÉ ENTRE
FEMMES ET HOMMES (1995)**



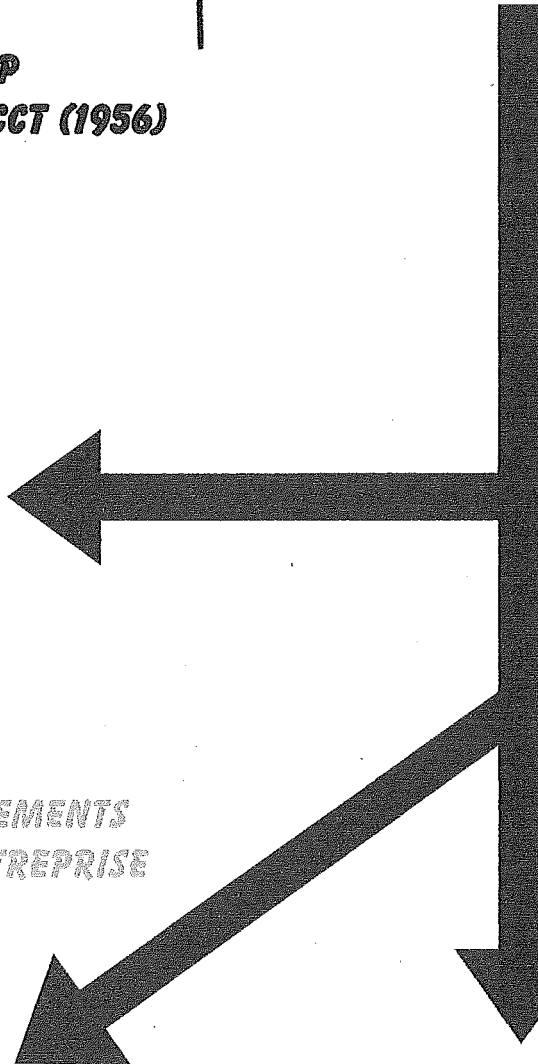
EMPLOYEUR



**RÈGLEMENTS
D'ENTREPRISE**



TRAVAILLEUR



**EN DROIT
PUBLIC**

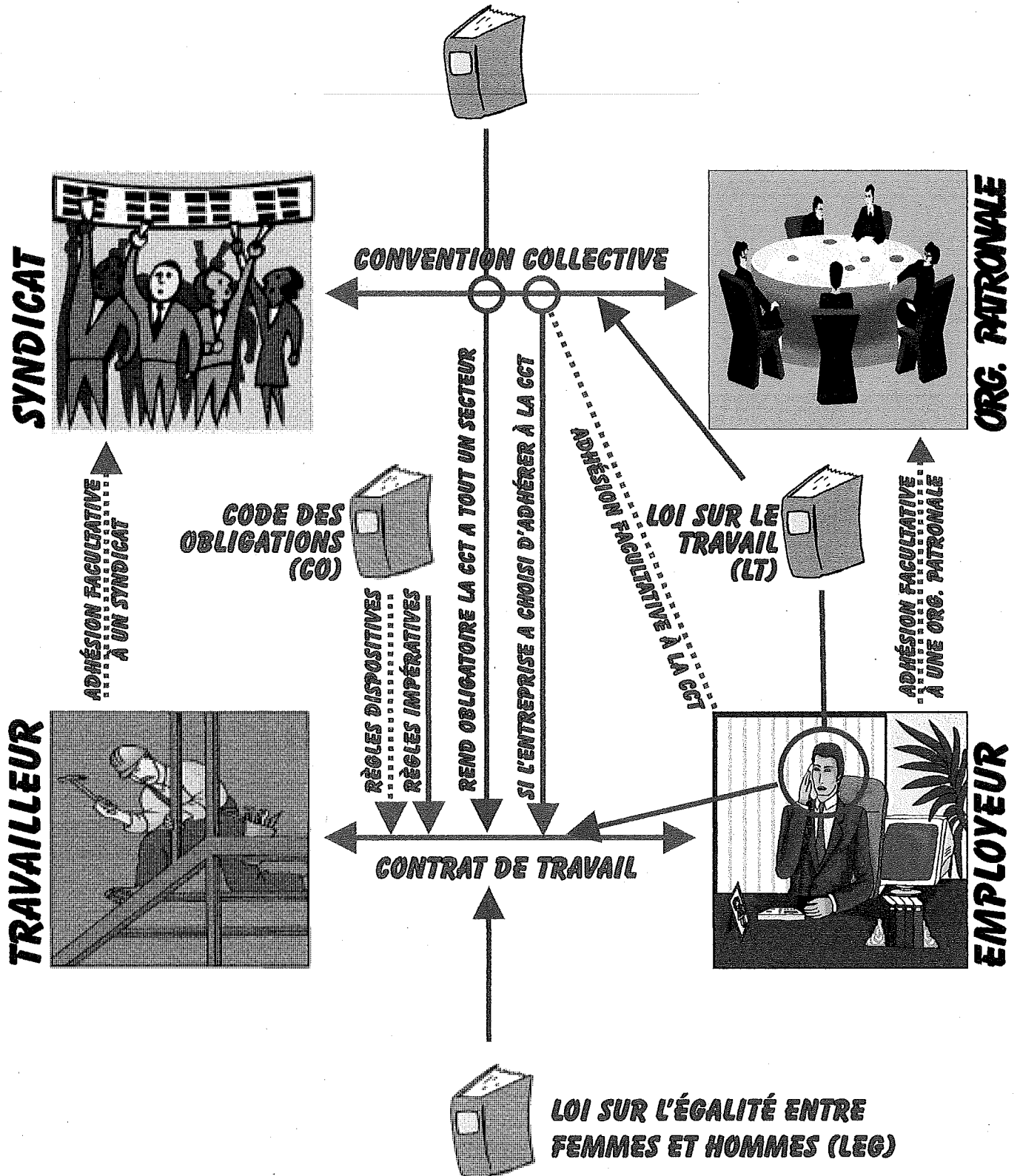


**ORGANISATIONS SYNDICAT DE
(ART. 7 LEG) TRAVAILLEURS**



LES SOURCES DU DROIT DU TRAVAIL

LOI SUR L'EXTENSION DE LA CCT (LEGCT)



Définition, éléments essentiels et formation du contrat individuel de travail

1. Définition générale du contrat individuel de travail

Le contrat individuel de travail est un contrat par lequel le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur, dans un rapport de subordination, moyennant une rémunération (art. 319 CO).

2. Eléments caractéristiques du contrat de travail

Les éléments caractéristiques du contrat de travail sont les suivants :

a) La prestation de travail ou de services :

La prestation de travail englobe toute activité humaine comprenant une prestation positive déterminée, de nature physique ou intellectuelle, fournie par le travailleur en faveur de l'employeur, sans obligation de résultat.

b) Le rapport de subordination :

Le rapport de subordination signifie que l'activité est déployée par le travailleur de manière dépendante, sous la direction et selon les instructions de l'employeur. Il place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, organisationnel et temporel.

c) La rémunération :

Pour qu'il y ait contrat de travail, il faut que l'employeur s'engage à payer un salaire. L'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective (art. 322 al. 1 CO). Ainsi, la détermination exacte du montant du salaire n'est pas un élément essentiel à la conclusion du contrat.

d) La durée :

L'élément de durée réside dans le temps pour lequel le contrat est conclu : le travailleur promet ses services à autrui pour une durée déterminée ou indéterminée.

3. Délimitation par rapport à d'autres contrats

a) Par rapport au contrat de mandat (art. 394ss CO) :

Le critère de distinction essentiel réside dans l'indépendance du mandataire par rapport à son mandant, qui se traduit par l'absence de liens de subordination juridique. Le mandataire doit certes suivre les instructions du mandant, mais il agit de manière indépendante et sous sa propre responsabilité.

b) Par rapport au contrat d'entreprise (art. 363ss CO) :

La caractéristique du contrat d'entreprise est que l'entrepreneur s'oblige à exécuter un ouvrage. L'objet du contrat d'entreprise est ainsi la réalisation d'un ouvrage, alors que l'objet du contrat de travail est la fourniture d'un travail, soit une obligation d'agir, indépendamment de son résultat. De plus, l'entrepreneur exécute son ouvrage en toute indépendance.

4. Forme du contrat

Selon l'art. 320 al. 1 CO, sauf disposition contraire de la loi, le contrat individuel de travail n'est soumis à aucune forme spéciale. Il peut donc être conclu oralement, tacitement, par téléphone ou de manière écrite.

En cas de divergence entre les parties, il appartient à celui qui entend se prévaloir d'un droit de fournir des preuves factuelles. Il appartient donc au travailleur, respectivement à l'employeur, de prouver l'existence d'un contrat de travail, de même que le montant du salaire convenu ou usuel ou toute autre obligation convenue dans le contrat.

La loi prévoit toutefois l'exigence de la forme écrite dans certains cas, en particulier le contrat d'apprentissage (art. 344a al. 1 CO).

Jugement Mlle T. contre E S.A. (Bar à champagne)

I. Exercice : Qualification du contrat de travail

Lisez l'extrait de jugement caviardé du Tribunal des prud'hommes de Genève reproduit aux pages suivantes. Déterminez les conditions nécessaires en droit pour établir l'existence d'un contrat de travail entre deux parties, ainsi que l'article énonçant lesdites conditions.

EN FAIT

A. Mlle T. affirme avoir été engagée par E. SA (bar à champagne) en qualité d'hôtesse, pour un salaire de fr. 110.- net par jour, plus 15% de commission sur le prix du champagne vendu.

E. SA a exposé que les hôtesse étaient des personnes "indépendantes" qui facturaient leurs services par l'intermédiaire d'un décompte établi après chaque soirée.

B. Par courrier reçu au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 15 marsXXXX, la demanderesse a réclamé un montant de fr. 10'350.- nets, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 4 septembreXXXX. Ladite somme se décompose comme suit:

fr. 6'000.- nets à titre de salaires des mois de septembre et octobre XXXX, correspondant au délai de congé non respecté ;

fr. 4'000.- nets à titre d'indemnité pour vacances non payées, correspondant à 35 jours de vacances ;

fr. 350.- nets à titre de treizième salaire.

C. A l'audience du _____, la demanderesse a maintenu ses conclusions. Elle a déclaré avoir travaillé du _____ au _____ en qualité d'hôtesse pour un salaire de fr. 110.- net par jour, du mardi

* TRIBUNAL *

au samedi de 17H00 à 2H00 du matin. Puis, dès le 1^{er} juin , elle a indiqué avoir travaillé en qualité de barmaid pour un salaire de fr. 130.- net par jour, du lundi au samedi, également de 17H00 à 2H00 du matin. Le 4 septembre , elle a reçu un SMS de la part de X , administrateur de E. SA, lui indiquant qu'elle était licenciée avec effet immédiat. Les vacances étaient planifiées avec X

. La demanderesse a pris environ quarante jours de vacances. Celles-ci ne lui étaient pas payées. Du 31 juillet au 14 août , la défenderesse a été malade. Elle n'a jamais reçu de fiche de salaire. Elle signait une quittance en percevant son salaire journalier.

La défenderesse déclare avoir engagé la demanderesse dans son « bar à champagne » le 1er mars en qualité d'hôtesse pour un salaire de fr. 110.- par jour, plus 15% à titre de droit de bouchon. Celle-ci a toujours travaillé en cette qualité et pour ce salaire. Elle a été licenciée le 31 juillet avec effet immédiat, suite à un ordre reçu par la défenderesse de la police des mœurs. Le SMS du 4 septembre était simplement une réponse à une sollicitation de la demanderesse pour une place de barmaid, dont les termes étaient : « je ne vous engage pas comme barmaid ». La défenderesse ne possédait pas de quittances signées par les hôtesse. Chaque soir un décompte, établissant le salaire fixe et le droit de bouchon, était établi. Le montant était ensuite versé, puis X détruisait les décomptes. Selon la défenderesse, les hôtesse de son établissement n'étaient pas soumises à la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurant et cafés de 1998 (ci-après CCNT 98). Elle a affirmé s'être renseignée à ce propos auprès de l'office de contrôle de cette CCNT sise à Bâle. Selon la défenderesse, les hôtesse n'étaient pas soumises non plus à l'AVS. Elle considérait les hôtesse comme des personnes « indépendantes ».

EN DROIT

1. A teneur de l'art. 1 al. 1 let. a de la loi sur la juridiction des prud'hommes (ci-après LJP), sont jugées par ladite juridiction les contestations entre

* TRIBUNAL *

employeurs et salariés pour tout ce qui concerne leurs rapports découlant d'un contrat de travail, au sens du titre dixième du code des obligations (ci-après : CO).

Le Tribunal examine d'office s'il est compétent *ratione materiae* (art. 50 al. 2 LJP).

a) Pour déterminer si les rapports entre les parties présentent ou non les caractéristiques d'un contrat de travail, le juge doit prendre en considération en premier lieu le contenu du contrat (ATF 99 II 313). Il ne s'arrêtera pas aux termes utilisés par les parties mais recherchera leur réelle et commune intention (art. 18 CO, SJ 1990 p. 185, 188). Il examinera ensuite le comportement de chacune d'elles dans le cadre de l'exécution du contrat (Aubert, La compétence des Tribunaux genevois de prud'hommes à la lumière de la jurisprudence récente, in SJ 1982, p. 202-203).

Les quatre éléments constitutifs du contrat de travail mentionnés par l'article 319 al. 1 CO sont les suivants :

- une prestation personnelle de travail;
- la mise à disposition par le travailleur de son temps pour une durée déterminée ou indéterminée;
- un rapport de subordination;
- un salaire

(SJ 1990 p. 185; SJ 1982 p. 202; Rehbinder, Berner Kommentar, p. 46; Schweingruber, Commentaire du contrat de travail selon le code fédéral des obligations, p. 20).

La prestation personnelle de travail consiste en une activité physique ou intellectuelle. A la différence du contrat d'entreprise, ce n'est pas le résultat qui compte, mais la prestation de travail fournie pendant un certain temps (Brunner/Bühler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, p. 7; Rehbinder, Berner Kommentar, p. 28).

* TRIBUNAL *

Les parties conviennent d'un rapport obligationnel durable qui ne s'éteint pas par un échange unique d'une prestation et d'une contre-prestation. Le travailleur s'engage à mettre tout ou partie de sa force de travail au service de l'employeur en convenant de la durée du travail, d'une activité à plein temps ou à temps partiel; il s'engage éventuellement pour une durée déterminée ou en règle générale indéterminée (Brunner/Bühler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, p. 8; Rehbinder, Berner Kommentar, p. 31).

Le rapport de subordination revêt une importance primordiale dans la qualification du contrat de travail. Il présuppose que le travailleur est soumis à l'autorité de l'employeur pour l'exécution du contrat et cela au triple point de vue personnel, organisationnel et temporel. Le droit de l'employeur de donner des directives et des instructions constitue un élément caractéristique du contrat de travail; ce droit appartient aussi au mandant et au maître de l'ouvrage, de sorte qu'il y a lieu de déterminer l'existence d'un contrat de travail selon l'image globale donnée par les relations entre les parties, en fonction aussi des usages de la profession (SJ 1990, p. 185, 189; Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 1988, p. 30, ch. 2).

A teneur de l'art. 319 al. 1 in fine CO, l'employeur s'engage à verser une rémunération au travailleur. Ce salaire peut être fixé d'après le temps ou selon le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche).

b) En l'espèce, la demanderesse a bien fourni une prestation personnelle de travail en qualité d'hôtesse. Elle a également mis à disposition son temps dans le cadre d'un rapport obligationnel durable de plusieurs mois. Les horaires et le lieu de travail ont été fixés par la défenderesse, à l'instar des instructions quand au travail à exécuter. Enfin, la défenderesse s'est engagée oralement à payer un salaire journalier, consistant en une partie fixe en fonction du temps (par soirée) et une partie variable, à savoir la commission sur les ventes de champagne.

c) En conséquence, la présence des quatre éléments constitutifs précités indique que les parties ont été liées par un contrat de travail au sens des

art. 319 et ss du CO.

Le Tribunal de céans est ainsi compétent à raison de la matière pour connaître du présent litige (art. 1 al. 1 LJP). Il l'est également à raison du lieu, dès lors que tant le siège de la défenderesse que le lieu de travail étaient situés à Genève (art. 24 et 34 al. 1 de la Loi fédérale sur les fors en matière civile).

2, ...

PAR CES MOTIFS

Le tribunal des prud'hommes, groupe 2,

Statuant contradictoirement et en premier ressort :

- condamne E, SA à payer à Mlle T, la somme nette de fr. 10'350,- (dix mille francs et centimes), avec intérêts à 5% l'an dès le 4 septembre XXXX;
- condamne E. SA à établir les décomptes de salaire DE Mlle T, relatifs à sa période d'engagement;
- débouté les parties de toute autre conclusion;
- invite la partie qui en a la charge à opérer le versement des charges sociales et légales usuelles.

La greffière de juridiction

Le président

II. Exercice : Distinction entre contrat de travail, contrat de mandat et contrat d'entreprise

Par groupe de 2 ou 3 étudiants, résumez et commentez les cas suivants. Identifiez le/les critères de distinction pour qualifier le contrat.

(Les cas sont tirés de AUBERT Gabriel, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, Lausanne, 1984, de l'arrêt du TF 4A_200/2015, de l'arrêt du TF 4A_592/2016 et de l'arrêt de la Cour de mixte, publié dans la SJ 1990 185)

Travailleur ou mandataire ?

1. Parfumeur-consultant

T a été engagé par la société E SA comme « parfumeur-consultant », en janvier 2016. Le contrat énumère précisément les services que T devait rendre à E, soit notamment effectuer des recherches et être à disposition de la clientèle de E. T a travaillé de manière régulière dans les locaux de E et auprès de la clientèle de E, sans toutefois être lié par un horaire. La rémunération prévue était de 7% du chiffre d'affaires total de la société dans le domaine de la parfumerie ; T avait en outre droit à CHF 400.- par jour effectué en service auprès de la clientèle de E ; ses frais de déplacement lui étaient remboursés. Le contrat prévoyait en outre que T devait s'abstenir de tout travail rémunéré ou de toute autre activité qui pouvait faire concurrence à E. L'accord était conclu pour une durée indéterminée, chaque partie pouvant résilier le contrat moyennant un préavis de trois mois.

2. Designer-consultant

T a été engagée par la société E SA, comme designer et responsable de l'organisation et de la production et superviseur des bureaux genevois, par un contrat de travail. D'autre part, elle a été engagée comme « consultante » pour ses fonctions internationales. Ce deuxième contrat était intitulé « contrat de mandat » et prévoyait notamment que T serait engagée comme indépendant et toucherait des honoraires fixes, de CHF 72'000.- par an, à charge pour elle de gérer les aspects fiscaux et d'assurances sociales y relatifs. T avait pour tâche de représenter E SA notamment en participant à de grands salons horlogers à travers le monde. Elle devait exécuter ses missions selon les instructions de la direction de E SA.

3. Collaborateur externe

T a été engagé par X comme « collaborateur externe » en janvier 2015. X a d'emblée déclaré qu'il n'entendait pas conclure un contrat de travail. La rémunération de T consistait en des commissions. Un an plus tard, X a créé la société E, active dans le même domaine. T et X sont devenus associés de cette société mais seul X est devenu gérant. Non lié par un horaire, T accomplissait certaines missions en dehors du bureau, sans surveillance directe.

Il devait consacrer tout son temps à E et effectuer les multiples tâches que X lui confiait. Il obéissait aux instructions de X et devait rendre compte de son travail.

4. Enseignant

T a été engagée comme professeur d'allemand aux Cours E. L'engagement, pour 20 heures par semaine, devait avoir effet de mi-septembre 2014 à mi-janvier 2015. La rémunération était fixée à CHF 50.- de l'heure. Le contrat a été renouvelé pour le semestre d'été 2015, pour 12 heures par semaine ; il a été renouvelé une nouvelle fois pour l'année 2015-2016, pour respectivement 20 heures par semaine au semestre d'hiver et 12 heures au semestre d'été. T avait la faculté d'organiser librement son enseignement ; E lui avait remis des directives (4 pages) que T devait suivre « avec précision ». T devait dispenser ses cours à un rythme fixe ; elle avait le droit de reporter certaines heures avec l'accord de ses étudiants. En cas d'empêchement de travailler, T devait remettre un certificat médical à E et elle avait l'obligation de trouver un remplaçant; ce remplaçant devait être agréé par E.

5. Architecte

E, F, G et H, architectes, ont été chargés par la Ville de Genève d'étudier un projet dans le quartier des Grottes. Faute de l'accord de F, T. n'a pas été associée aux quatre responsables de l'étude. Toutefois, de septembre 2013 à septembre 2015, elle a collaboré avec E et G. pour la préparation de ce dossier. Elle leur a consacré environ la moitié de son temps. Elle était rétribuée par mois par E et G sur la base d'un salaire horaire. Etant elle-même architecte, elle bénéficiait d'une grande indépendance dans l'exécution de son travail. T a toujours cotisé à l'AVS en tant qu'indépendante.

6. Consultant dans le domaine pétrolier

Le 1^{er} mai 2009, E et T ont conclu un contrat libellé comme suit :

Contrat-cadre d'assistance

Fonction : consultant dans le domaine pétrolier du réseau de E avec des missions ponctuelles de remplacement des expatriés ou des renforts aux agences E.

Début du contrat : 3 mai 2015

Rotations : 4 semaines de travail / 4 semaines de congé

Durée du contrat : un an, renouvelable chaque année ; chaque partie est libre de rompre le contrat à tout moment, avec un préavis d'un mois

Rémunération : CHF 750.- net par jour, depuis la date de départ aéroport jusqu'à la date de retour aéroport d'origine, payable à la fin de chaque mission

Dans le cadre de son activité, T a envoyé à E, par courrier électronique, ses plannings annuels, indiquant en alternance, par tranche de 4 semaines, ses plages de disponibilité.

En 2015, T a exécuté 3 missions pour E ; aucune mission ne lui a été confiée pour la période du 8 août au 5 septembre, durant laquelle T avait indiqué une plage de disponibilité. T ne choisissait pas le lieu de ses missions et le contenu de celles-ci faisait l'objet d'instructions données par E. Une fois sur place, T organisait son travail comme elle l'entendait et n'était soumise à aucun horaire.

Travailleur ou entrepreneur ?

7. Sous-traitant

E, artisan indépendant, avait recours occasionnellement à des connaissances pour faire face à des chantiers trop importants pour lui. T lui a demandé de lui confier des travaux, tout en indiquant qu'il ne voulait pas apparaître officiellement car il avait des difficultés personnelles (poursuites). Une rémunération horaire de CHF 40.- a été fixée. T travaillait irrégulièrement, avec ses propres outils. T, dont les compétences étaient reconnues, accomplissait sa mission de manière autonome. Il arrivait occasionnellement que T et E travaillent sur le même chantier.

8. Danseuse strip-teaseuse

T a été engagée comme danseuse strip-teaseuse par E, propriétaire d'un cabaret, du 1^{er} février au 31 mars 2017, moyennant un salaire journalier de CHF 450.-. Son contrat prévoyait qu'elle devait effectuer, chaque soir, deux passages sur scène, entre 21 heures et la fermeture du cabaret. Pendant cette période, il lui était interdit de travailler pour un autre cabaret situé à Genève.

9. Responsable de l'entretien des courts de tennis

T a été engagé par E pour entretenir les courts de tennis de cette association pour la saison du 15 avril au 15 octobre 2015, moyennant une rémunération totale de CHF 12'000.-. Il était chargé de balayer, arroser et passer le filet, avant l'ouverture, après la fermeture et dans le courant de la journée. Il n'était pas tenu à des horaires particuliers. Il avait la possibilité de se faire suppléer ou assister. Ses tâches étaient contrôlées. Les instruments de nettoyage étaient mis sa disposition et s'il achetait des fournitures pour l'exécution de son travail, E les lui remboursait.

10. Chanteur d'opéra

La fondation du Grand-Théâtre a engagé T, artiste mondialement connu, comme baryton-basse pour chanter le rôle « Le malchanceux » dans l'opéra « la Forêt » de Rolf Liebermann, pour 7 représentations. Les dates des représentations étaient fixées entre le 1^{er} mars et le 25 avril. Le cachet convenu était de CHF 18'000.- par représentation, plus CHF 18'000.- pour la préparation et l'étude du rôle, entre le 2 janvier et le 28 février.

Entre le 2 janvier et le 25 avril 2017, T ne devait pas quitter Genève. Tous les artistes présents pour ce spectacle s'étaient engagés à suivre les indications données par le metteur en scène, le chorégraphe et le chef-d'orchestre et à se soumettre au choix des costumes opéré par le Grand-Théâtre; ils devaient s'astreindre aux saluts prescrits par le régisseur et s'abstenir de commenter publiquement le travail qui s'accomplit au Grand-Théâtre ; ils ne devaient pas non plus donner d'interviews sans l'autorisation du Directeur du théâtre.

11. Chanteuse de jazz

La société E a engagé T, chanteuse de jazz, pour une série de concerts, les 15, 16 et 17 novembre 2016, à l'AMR. Le cachet convenu était de CHF 3'000.- par concert. Le contrat prévoyait que chaque concert devait durer au minimum 1 heure et T a promis à E que des chansons de son dernier album seraient présentées au public. T s'est en outre engagée à ne pas se produire à Genève, un mois avant ces représentations, sans accord préalable de E.

III. Exercice : Formation du contrat de travail

(Les cas sont tirés de AUBERT Gabriel, *Quatre cents arrêts sur le contrat de travail*, Lausanne, 1984)

1. Interprétation du contrat de travail ; forme écrite ; travailleur n'ayant pas retourné signé le double du contrat

T est entré au service d'E en avril 2014. Le 8 mai 2014, E. a adressé à T un contrat détaillé, prévoyant notamment un délai de congé de trois mois pour la fin d'un mois. E a invité T à lui retourner le contrat signé, ce qui n'a pas été fait. Moins d'un an plus tard, à la suite d'un litige, E a licencié T en lui donnant un délai de préavis de quinze jours. T, se fondant sur le texte proposé par E, réclame une indemnité correspondant à trois mois et demi de salaire. E s'y oppose au motif que le contrat n'a jamais été signé par T.

C'est à la partie qui prétend que les contractants ont entendu n'être liés qu'une fois le contrat rédigé en la forme écrite de prouver ce fait. La forme écrite peut n'avoir que la valeur d'une preuve propre à établir la conclusion et le contenu de la convention. Ici, T. travaillait déjà pour E lorsque ce dernier signa les conditions d'engagement qu'il entendait lui accorder. Le fait que T n'ait pas signé l'exemplaire qui lui était adressé (pour un motif qu'on ignore) ne permet pas de dire que les exigences d'E n'aient pas été admises par T. D'ailleurs, E a accepté de conserver T à son service malgré l'absence de signature de la proposition. Il faut donc admettre que les parties sont liées par le délai de congé prévu dans la proposition d'E.

a. Que peut-on conclure à propos de la forme à observer pour un contrat de travail ?

b. Les parties peuvent-elles prévoir qu'un contrat de travail ne soit valable que s'il est passé en la forme écrite ?

2. A partir des jurisprudences suivantes, que peut-on retenir de manière générale à propos des renvois à des dispositions complémentaires ne figurant pas dans le contrat de travail ?

Interprétation du contrat de travail ; renvoi à des conditions générales non communiquées lors de la signature

E a engagé T comme enseignant dans une école privée. Le contrat prévoyait que l'engagement durait du 1^{er} septembre 2014 au 31 août 2015. Il indiquait en outre que les autres clauses du contrat actuellement en vigueur au collège X" étaient valables pour tous les professeurs. Par lettre du 26 mars 2015, E a indiqué à T que son contrat ne serait pas renouvelé; en conséquence, il devait prendre fin le 30 juin 2015. Ce n'est qu'après réception de cette lettre de licenciement qu'un exemplaire du contrat en vigueur pour les professeurs du collège X, a été remis à T. Ce texte prévoit que si la résiliation des rapports de travail intervient déjà pour la fin de la première année, les prestations du collège ne sont fournies que jusqu'au 30 juin. Le 28 juin 2015, T a réclamé à E devant le Tribunal des prud'hommes son salaire pour les mois de juillet et d'août.

Si l'on peut, dans une certaine mesure, regretter que T n'ait pas insisté davantage pour prendre connaissance du contrat de travail auquel sa lettre d'engagement faisait allusion, il n'en reste pas moins que c'était à E de s'assurer que ce texte avait été remis à son employé, ce d'autant que ledit contrat prévoit qu'il est signé par l'employeur et par le salarié. Cela étant, T ne peut se voir opposer des clauses de l'accord préparé par le collège en ce qui concerne la résiliation des rapports de travail au cours de la première année d'activité. Seule la lettre d'engagement fait foi. T est donc légitimé à réclamer de bonne foi le paiement de son salaire jusqu'à fin août 1981.

Interprétation du contrat de travail; renvoi à un règlement du personnel non communiqué lors de la signature

T a signé, le 25 juin 2016, un contrat de travail renvoyant au règlement du personnel. Ce texte lui a été remis peu après la signature du contrat. En octobre 2016, T a contesté que le règlement régisse les relations contractuelles des parties.

La lettre d'accompagnement du contrat précisait clairement que le règlement du personnel régissait les relations contractuelles et invitait T à demander sans délai tout éclaircissement qui lui paraissait nécessaire. Vu le silence de T, E pouvait de bonne foi admettre que toutes les clauses du règlement avaient été acceptées.

Date de l'arrêt	07.12.2015
Tribunal	Genève, Cour de justice
Publication	JAR 2016 Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
Pages	463-470

**Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes,
Arrêt du 7 décembre 2015, CAPH/199/2015 (Rejet du recours
interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 6 mars
2015)^[*]**

Extraits des faits:

Par contrat du 6 mars 2000, E., a engagé T, en tant que *senior investigation check processing* (puis *senior processspecialist* dès novembre 2005). Son dernier salaire mensuel brut était de 7'333 fr. 33 ou 6'247 fr. 65 net. Le règlement du personnel faisait partie intégrante du contrat de travail (art. 7 du contrat) et l'affiliation aux institutions de prévoyance de B était obligatoire, le règlement de la Caisse de pension de B étant déterminant pour la couverture d'assurance (art. 6 du contrat). En signant le contrat, le collaborateur en acceptait les termes, confirmait avoir reçu les compléments au contrat de travail et déclarait en avoir pris connaissance (art. 10 du contrat).

En 2011, A s'est entretenue avec G, conseiller en prévoyance auprès de la caisse de prévoyance de E., des conséquences financières de sa mise à la retraite à soixante-trois ans. En décembre 2011, elle a demandé à sa supérieure hiérarchique, X., de pouvoir continuer à travailler jusqu'à soixante-quatre ans à mi-temps. X. en a alors référé à son supérieur, Y., chef de secteur, qui a pris à son tour contact avec le service des ressources humaines, ce dernier étant seul compétent pour se prononcer sur une telle demande. Ce service ayant considéré qu'il n'était pas possible d'accéder à la demande de T., pour des raisons de restructuration de la société, X. et Y. ont informé T. de cette décision le 21 ou le 22 mars 2012.

Par courrier daté du 26 mars 2012, dont l'objet était «*retraite normale*», les ressources humaines de E. ont confirmé à T. «*la convention*» selon laquelle elle prendrait sa retraite dans le cadre de la retraite normale avec effet au 1^{er} juillet 2012. T. a été priée de confirmer son accord avec le contenu du courrier en renvoyant le double dûment signé. T. a contresigné le courrier précité le 10 avril 2012. Elle allègue avoir manifesté oralement qu'elle prenait acte du courrier mais n'était pas d'accord avec la teneur de celui-ci. Par lettre du 16 avril 2012, T. a informé les ressources humaines de E. de ce qu'à teneur du courrier du 26 mars 2012 on pouvait croire que la retraite avait été décidée d'un commun accord alors que la décision avait été prise unilatéralement par E. Elle n'était pas d'accord avec cette mise à la retraite qui signifiait pour elle une perte de la moitié de la rente AVS jusqu'à l'âge légal de la retraite. Elle notait que le refus de la laisser travailler jusqu'à l'âge légal de la retraite ne lui avait jamais été communiqué par écrit. Elle a demandé à E. de lui signaler par écrit que sa mise à la retraite avait été décidée par la banque et que pour elle, cela équivalait à un licenciement. Par courrier du 10 mai 2012, T. a confirmé à E. qu'elle souhaitait poursuivre son contrat de travail jusqu'à soixante-quatre ans, relevant que la convention qui lui avait été soumise n'avait aucune valeur juridique, de sorte que le contrat de travail perdurait au-delà du 1^{er} juillet 2012. S'en est suivi un échange de courriers où chacune des parties a maintenu sa position. L'activité de T. au sein de la banque a pris fin le 30 juin 2012.

Par requête du 9 janvier 2014, déclarée non conciliée le 11 février 2014 et introduite devant le Tribunal des prud'hommes (ci-après: le Tribunal) le 18 du même mois, T. a conclu à ce que E. soit condamnée à lui verser la somme totale de 53'306 fr. 85. Par jugement du 6 mars 2015, le Tribunal a rejeté la demande de T. Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 21 avril 2015, T. a formé appel contre le jugement précité.

Extraits des considérants:

3. Il n'est pas contesté que les parties ont été liées par un contrat de travail au sens des art. 319ss CO. L'appelante reproche au Tribunal d'avoir qualifié l'accord des parties de contrat de durée maximale, en retenant que le règlement du personnel incorporé audit contrat prévoyait une échéance à un âge donné, et non de contrat à durée indéterminée.

3.1.1 (...).

L'atteinte de l'âge légal (LAVS) ou réglementaire (Règlement de la caisse de pension LPP) de la retraite ne met pas une fin automatique au contrat de travail à moins que celui-ci ou le règlement du personnel ne le précise (GLOOR, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 19 ad. art. 337 CO). La durée maximale des rapports de travail peut figurer dans un règlement du personnel pour autant que le règlement constitue une base contractuelle. Dans ce cas, lorsque la limite fixée par le règlement est atteinte le contrat de travail prend automatiquement fin sans que le contrat n'ait à être résilié. Un règlement – valablement intégré au contrat de travail – peut ainsi prévoir la mise à la retraite automatique des travailleurs atteignant un certain âge (ATF 114 II 349 consid. 2a).

[...]

3.1.2 Les parties à un contrat de travail peuvent décider, d'un commun accord – le cas échéant sans observer de forme particulière (arrêts du Tribunal fédéral 4A_608/2009 du 25 février 2010 consid. 3.1; 4A_511/2008 du 3 février 2009 consid. 5.1) – de modifier, en cours de relation contractuelle, les éléments essentiels de la convention qui les lie, parmi lesquels figure la rémunération ou le système de rétribution fixés (Bonard, Commentaire du contrat de travail, 2013, n° 17 ad art. 335 CO; Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3^{ème} éd. 2014, p. 58).

Lorsque la volonté du salarié est claire, le nouveau système est accepté ou refusé. Lorsque la volonté n'est pas expressément exprimée, il faut recourir au mécanisme de la présomption d'acceptation (Witzig, La modification du rapport de travail, 2014, p. 134).

En principe, un employé qui ne déclare pas sa volonté à l'égard d'une offre de l'employeur de modifier les relations de travail est présumé la refuser. Il existe toutefois deux exceptions à ce principe (Witzig, op.cit., p. 135).

Tout d'abord, l'art. 6 du Code des obligations instaure une présomption d'acceptation si un refus n'est pas transmis dans un délai raisonnable lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, soit en raison de la nature spéciale de l'affaire, soit en raison des circonstances, s'attendre à une acceptation expresse. Selon la jurisprudence, lorsque l'offre qui est soumise à l'employé lui est entièrement favorable (p. ex. une augmentation de salaire), le silence du travailleur doit être interprété comme une acceptation de l'offre et le contrat est réputé conclu lorsque l'offre n'est pas refusée dans un délai convenable (arrêt du Tribunal fédéral 4C.242/2005 du 9 novembre 2005 consid. 4.3; Dessemontet, Commentaire romand, n. 6 ad art. 6 CO; Witzig, op.cit., p. 135; Wyler/Heinzer, op.cit., p. 58).

Par ailleurs, une acceptation tacite peut être admise dans des situations où, selon les règles de la bonne foi, du droit ou de l'équité, on doit attendre une réaction du travailleur en cas de désaccord de sa part (ATF 109 II 327 consid. 2b; arrêts du Tribunal fédéral 4C.242/2005 du 9 novembre 2005 consid. 4.3; 4C.474/1996 du 18 février 1997 consid. 3). En principe le juge est tenu de faire montre de retenue avant de déduire du silence du travailleur, à la suite de propositions de modification du contrat dans un sens qui lui est défavorable (p. ex. une réduction de sa rémunération), l'acceptation de ces conditions. Celle-ci ne peut être admise si l'employeur établit des circonstances particulières qui permettent d'admettre le consentement tacite du salarié à une réduction de sa rémunération (art. 8 CC; arrêts du Tribunal fédéral 4A_216/2013, 4A_511/2008 et 4C.242/2005 précités).

[...] Tel est généralement le cas lorsqu'un travailleur a perçu, sans protester, pendant une période de plusieurs mois consécutifs, un revenu réduit (arrêts du Tribunal fédéral 4A_443/2010 du 26 novembre 2010 consid. 10.1; 4A_223/2010 du 12 juillet 2010 consid. 2; 4A_478/2009 du 16 décembre 2009 consid. 3; 4C.242/2005 précité, consid. 4.4; Witzig, op.cit., p. 139 ss; Wyler/Heinzer, op.cit., p. 59).

3.1.3 - 3.1.5 (...).

3.2.1 En l'espèce, le contrat de travail de l'appelante ne stipule pas de fin automatique aux relations de travail.

En revanche, le règlement du personnel dans sa version 2012 prévoit clairement que «les rapports de travail prennent fin au moment de la mise à la retraite pour raison d'âge» et le règlement de la caisse de pension fixe cette mise à la retraite à soixante-trois ans pour les employés ordinaires.

(...)

Au demeurant, la doctrine et la jurisprudence sur lesquelles s'appuie l'appelante pour soutenir que son acceptation expresse du nouveau règlement dans sa version 2012 était nécessaire pour qu'il lui soit applicable reposent sur des situations dans lesquelles les modifications étaient clairement défavorables à l'employé, comme une réduction du salaire avec un maintien des heures d'activité ou une augmentation du temps de travail sans augmentation de salaire. Or, en l'espèce, si la mise à la retraite des employés à soixante-trois ans peut avoir pour conséquence une baisse temporaire de leurs revenus pendant une année, les employés se trouvent en contrepartie libérés de leur obligation de travailler. La presque totalité des employés apparaît d'ailleurs satisfaite de ce système, allant même jusqu'à profiter de leur droit de prendre une retraite encore plus tôt, tel que cela résulte des témoignages recueillis. Dès lors, on ne saurait retenir que le nouveau règlement était clairement défavorable à l'appelante, de sorte qu'elle aurait dû, en tout état, manifester son opposition à celui-ci si elle n'entendait pas qu'il lui soit applicable, ce qu'elle reconnaît ne pas avoir fait.

On relèvera au passage que lors de la conclusion du contrat de travail de l'appelante en 2000 l'âge légal de la retraite des femmes n'était encore que de soixante-deux ans de sorte que le règlement du personnel alors en vigueur ne faisait vraisemblablement pas mention d'une retraite à soixante-trois ans. Ce n'est qu'en 2001 que l'âge légal de la retraite des femmes a été porté à soixante-trois ans, puis à soixante-quatre ans en 2005. Il est donc probable que lors de la conclusion de son contrat de travail, la mise à la retraite de l'appelante était prévue au 5 juin 2011.

Par conséquent, c'est à juste titre que le Tribunal a retenu que les rapports de travail ont valablement pris fin le 30 juin 2012 et qu'il a débouté l'appelante de ses conclusions. Le jugement sera dès lors confirmé.

Les obligations du travailleur

Les obligations du travailleur

La section consacrée aux obligations du travailleur figure aux art. 321 à 321e du CO (en marge: lettre B. Obligations du travailleur).

Cette section précise par des indications en marge que les obligations du travailleur sont : le travail personnel, la diligence et la fidélité à observer, l'obligation de rendre compte et de restituer, les heures de travail supplémentaires en cas de besoin, les directives générales et instructions à observer. Pour terminer il réglemente la responsabilité du travailleur en cas de dommage causé à son employeur.

En réalité, un certain nombre d'autres éléments apparaissent également en dehors de ladite section, telle que l'interdiction de travailler pendant les vacances qui figure à l'art. 329d al. 3 CO.

Par ailleurs, toutes les obligations du travailleur sont susceptibles d'être classées dans les deux catégories que sont, d'une part, la *diligence* à observer, et d'autre part, la *fidélité* à respecter. En effet, on doit considérer que les différentes obligations sont des cas d'application d'un de ces deux devoirs.

En cas de contravention au devoir de diligence ou au devoir de fidélité, trois conséquences peuvent apparaître. Premièrement, une responsabilité du travailleur, deuxièmement la possibilité d'un licenciement immédiat et troisièmement la possibilité d'une résiliation ordinaire du contrat de travail.

Dès lors, la présentation générale par le tableau de synthèse suivant permet de mieux appréhender l'ensemble des obligations du travailleur (voir page suivante).

LES OBLIGATIONS DU TRAVAILLEUR

Travailler "au service de..." implique un **devoir de diligence et de fidélité** (la bonne et fidèle exécution du travail).

CONTENU DU DEVOIR DE DILIGENCE	L'exécution personnelle du travail	art. 321
	L'exécution conforme aux directives	art. 321d
	L'exécution soignée	art. 321a I
	Le respect du matériel	art. 321a II
	L'obligation de rendre compte et de restituer	art. 321b
	L'obligation d'effectuer des heures supplémentaires	art. 321c
CONTENU DU DEVOIR DE FIDÉLITÉ	La sauvegarde des intérêts de l'employeur	art. 321a I
	L'interdiction de travail concurrent	art. 321a III
	L'interdiction de travail pendant les vacances	art. 329d III
	L'interdiction de divulguer des secrets	art. 321a IV
	L'interdiction de faire concurrence après la fin du contrat	art. 340 à 340c
CONSÉQUENCES DE LA VIOLATION D'UNE OBLIGATION DU TRAVAILLEUR	La responsabilité du travailleur	art. 321e
	La résiliation immédiate	art. 337
	La résiliation pour l'échéance légale	art. 334 à 335c

Jurisprudences traitant des obligations du travailleur

a) Obligation de fidélité

4. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour civile du 2 décembreXXXX dans la cause X. S.A. contre S. et Caisse publique cantonale vaudoise de chômage (recours en réforme)

Regeste

Contrat de travail. Résiliation immédiate (**art. 337 CO**). Obligation de fidélité du travailleur occupant une position de confiance; violation de cette obligation par le travailleur qui se procure un avantage pécuniaire au détriment de son employeur (consid. 3a). Le fait d'accepter ou de solliciter un pot-de-vin constitue un juste motif de licenciement immédiat (consid. 3b). Possibilité, pour la partie qui a donné le congé, d'invoquer, sous certaines conditions restrictives, des circonstances antérieures à la résiliation immédiate du contrat de travail (consid. 3c).

Faits à partir de page 25

BGE 124 III 25 S. 25

A.- a) S. a été engagé par l'entreprise X. S.A., le 1er janvier XXXX comme chef de dépôt. Son salaire mensuel, versé treize fois l'an, se montait à 6'180 fr. en dernier lieu.

L'employé était chargé, entre autres tâches, d'établir les bulletins de livraison des matériaux. Il était responsable de la commande des pièces de rechange pour l'atelier et s'occupait aussi de la direction ainsi que de l'engagement du personnel du dépôt.

Dans l'exercice de son travail, S. était amené à passer des commandes et il avait l'autorisation de signer personnellement les bulletins, sans contrôle, pour celles qui ne dépassaient pas 200 fr. Il était en contact non seulement avec les clients de X. S.A. et leurs employés, mais aussi avec les fournisseurs de son employeur.

BGE 124 III 25 S. 26

b) Le 11 janvier , S. a commandé à l'entreprise C. une paire de balais d'essuie-glaces, commande qu'il était autorisé à effectuer sans l'autorisation de son supérieur hiérarchique. Il a indiqué, dans une note, que ces balais devaient être installés sur la voiture immatriculée VD ... dans le parc à voitures de la F. Il a ensuite appelé un des mécaniciens employés par X. S.A. pour qu'il prenne livraison desdits balais et les installe sur la voiture précitée, laquelle appartenait en réalité à son amie. Il a chargé le mécanicien d'indiquer à la maison C. qu'il viendrait s'acquitter du montant dû.

Le lendemain, S. a demandé au fournisseur de mettre la facture à la charge de X. S.A. sous la référence R05, qui correspond à un bus VW appartenant à son employeur.

Ayant reçu une facture de 30 fr.80 de la part de la maison C., X. S.A. l'a retournée, le 20 janvier , à l'expéditeur pour annulation, en précisant qu'elle ne la concernait pas et en invitant le fournisseur à lui adresser une autre facture, afin qu'elle puisse effectuer le paiement.

Le vendredi 22 janvier , à réception de la facture corrigée, l'employeur a appris que S. avait commandé des balais d'essuie-glaces au nom de l'entreprise pour la voiture de son amie. Il a immédiatement convoqué l'intéressé, qui a reconnu les faits. Le lundi 25 janvier , le salarié a été licencié avec effet immédiat. La lettre de licenciement faisait état des agissements délictueux qui avaient détruit la confiance de l'employeur.

Le 1er février , S. a payé la facture litigieuse.

c) Postérieurement au licenciement, l'employeur a appris que, le 27 juillet XXXX soit moins de huit mois après son engagement, S. avait sollicité un avantage de la part d'un autre fournisseur, Z., en lui envoyant la lettre suivante:

"(...) Par la présente, je vous informe que j'ai repris le Poste de Chef de Dépôt auprès de l'Entreprise de Génie civil X. S.A. Jusqu'à mon arrivée à ce poste, X. S.A. avait un marché avec la firme Y. S.A. et ne voulait pas entendre parler d'une autre Maison de pneumatiques. Aussi ais-je (sic)

maintenant pu faire comprendre à mon Patron les avantages et les services rapides de Z. ce qui m'a valu de passer commande pour plus de frs 12'000 de pneumatiques ces derniers temps. Z. disposera prochainement d'une autre commande importante pour mon Parc camions. Il va sans dire que je ne vais pas vous demander "un cadeau" pour nos bons voisinages... mais peut-être celui de me supprimer cette facture concernant ma voiture privée. Aussi je vous promets qu'à l'avenir je ferais (sic) tout ce qui est en mes pouvoirs pour continuer nos bonnes relations avec votre Firme, que je connaissais déjà auparavant avec la Maison H. (...) Annexe: 1 facture en retour".

BGE 124 III 25 S. 27

B.- Le 19 mars , S. a assigné X. S.A. en paiement de 67'911 fr., plus intérêts, à titre, notamment, de salaire pour les mois de janvier, février et mars et d'indemnité au sens de l'**art. 337c al. 3 CO**. La Caisse publique cantonale vaudoise de chômage est intervenue au litige pour réclamer à la défenderesse le remboursement des prestations versées à son assuré.

Par jugement du 21 décembre XXXX la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud a admis partiellement les conclusions du demandeur et de l'intervenante.

C.- La défenderesse a interjeté un recours en réforme au Tribunal fédéral aux fins d'obtenir le déboulement intégral du demandeur et de l'intervenante.

Le Tribunal fédéral a admis le recours, annulé le jugement attaqué et rejeté la demande.

Extrait des considérants:

Extrait des considérants:

3. a) A raison de son obligation de fidélité, le travailleur est tenu de sauvegarder les intérêts légitimes de son employeur (**art. 321a al. 1 CO**) et, par conséquent, de s'abstenir de tout ce qui peut lui nuire (**ATF 117 II 72** consid. 4a, 560 consid. 3a). L'employeur a un intérêt tout particulier à pouvoir se fier à la rectitude absolue du travailleur lorsque ce dernier exerce une fonction à responsabilités où il devrait être à même d'agir seul sans le contrôle de son employeur et sans exposer celui-ci à un dommage (**ATF 108 II 444** consid. 2b p. 449, s'agissant d'une violation de l'obligation de diligence); il en va ainsi, par exemple, lorsque le travailleur se trouve en contact direct avec la clientèle (**ATF 116 II 145** consid. 6b, p. 151; **101 Ia 545** consid. 2c p. 549, s'agissant de la violation de l'obligation de fidélité).

La confiance nécessaire à l'exécution du contrat de travail est ruinée si le travailleur crée, aux fins de tromper l'employeur, des pièces destinées

à la comptabilité et ne correspondant pas à la réalité (**ATF 101 Ia 545**

consid. 2b p. 549; STAEHELIN, Commentaire zurichois, n. 20 ad **art. 321a CO** et 22 ad **art. 337 CO**; STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum

Arbeitsvertragsrecht 5e éd., n. 5a ad **art. 337 CO**; BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2e éd., n. 2b ad **art. 321a CO** et n. 2b ad **art. 337 CO**; TERCIER, Les contrats spéciaux, n. 2895). Dans une affaire plus récente, un salarié avait remis à son employeur une note comportant des indications fausses au sujet de ses frais de déplacement; le Tribunal fédéral, tout en confirmant sa

BGE 124 III 25 S. 28

jurisprudence antérieure quant à son principe, a considéré qu'un licenciement immédiat n'était pas justifié pour plusieurs raisons particulières à l'espèce: premièrement, le salarié en cause, selon sa position, ne traitait pas des rapports pécuniaires de l'employeur envers les tiers; deuxièmement, bien que ses frais fussent lui être remboursés sur une base forfaitaire, l'employeur, revenant sur ses propres engagements, avait exigé après coup une note détaillée; enfin, ce dernier, sans raison, avait déjà menacé le salarié d'un licenciement ne respectant pas le délai applicable (**ATF 116 II 145** consid. 6b p. 151/152; selon REHBINDER, Commentaire bernois, n. 9 ad **art. 337 CO**, l'**ATF 116 II 145** marquerait un revirement par rapport à l'**ATF 101 Ia 545**, ce qui, toutefois, ne découle pas de ses motifs).

En l'occurrence, il n'y a pas de raison de se départir du principe posé dans l'**ATF 101 Ia 545** consid. 2b p. 549 et confirmé dans l'**ATF 116 II 145** consid. 6b p. 151. En effet, le demandeur occupait une position de confiance, puisqu'il devait gérer les commandes de pièces pour le compte de l'employeur et dirigeait le personnel du dépôt. Or, il a non seulement tenté de mettre à la charge de son employeur les frais d'acquisition d'une paire

de balais d'essuie-glaces destinés à la voiture de son amie, mais il a encore utilisé les services d'un employé de l'entreprise pour prendre livraison de ces pièces et pour les installer sur l'automobile précitée.

Certes, l'avantage pécuniaire réalisé sur l'acquisition des essuie-glaces était faible, ce d'autant que, de toute façon, le salarié aurait bénéficié d'un rabais s'il avait suivi la procédure instituée par l'employeur. Il faut toutefois retenir, comme élément supplémentaire du préjudice subi par l'employeur, le fait que le demandeur a utilisé dans son propre intérêt les services de l'un de ses subordonnés (qui a fait les déplacements nécessaires), se procurant ainsi un avantage non négligeable. Au surplus, dans un premier temps, le demandeur a fait savoir au fournisseur, par l'intermédiaire d'un ouvrier, qu'il viendrait payer les pièces; toutefois, réflexion faite, il a préféré essayer de mettre ces pièces à la charge de l'employeur. Le demandeur n'a donc pas agi dans un moment d'égarement, mais après mûre réflexion.

Dans ces circonstances, le manquement du travailleur était de nature à ébranler sérieusement les rapports de confiance qui sont à la base du contrat de travail. Il n'est pas nécessaire de décider si ce manquement, à lui seul, aurait justifié un licenciement immédiat, dès lors qu'il y a lieu, pour trancher le litige, de tenir compte d'un autre manquement commis par le demandeur.

BGE 124 III 25 S. 29

b) Selon la jurisprudence, approuvée par la doctrine, constitue un juste motif de licenciement immédiat l'acceptation, par le salarié, de cadeaux en argent de la part d'un fournisseur, sauf lorsqu'il s'agit de menus présents d'usage; en effet, l'acceptation de pots-de-vin ne peut que ruiner les rapports de confiance entre l'employeur et le salarié, même si le premier ne subit pas de préjudice (arrêt du Tribunal fédéral du 26 mai 1992, dans la cause 4C.17/1992, publié in SJ 1993 p. 369/370; **ATF 92 II 184** consid. 5 p. 189/190; STAHELIN, op.cit., n. 26 et 27 ad **art. 321a CO** et n. 22 ad **art. 337 CO**; REHBINDER, op.cit., n. 4 ad **art. 321a CO** et n. 9 ad **art. 337 CO**, p. 132; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 2e éd., in: Schweizerisches Privatrecht, VII/1, III, p. 179; STREIFF/VON KAENEL, op.cit., n. 5d ad **art. 337 CO**; BRÜHWILER, op.cit., n. 2b ad **art. 337 CO**, p. 362; TERCIER, *ibid.*; SCHNEIDER, La résiliation immédiate du contrat de travail, in: Journée 1993 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1994, p. 62; HÉRITIER, Les pots-de-vin, thèse Genève 1981, p. 170/171). Il ne saurait en aller différemment de la sollicitation de pots-de-vin, puisque, dans un tel cas, l'initiative de la corruption provient du salarié lui-même (BRÜHWILER, *ibid.*; REHBINDER, op.cit., n. 9 ad **art. 337 CO**, p. 132; Vischer, *ibid.*).

En l'espèce, le demandeur a sollicité un pot-de-vin de la part d'un fournisseur. Dans sa lettre à ce dernier, il a laissé entendre qu'il ferait dépendre ses décisions, dans l'exécution de son travail, d'un avantage personnel qu'il sollicitait de lui. Le procédé ne manquait d'ailleurs pas de grossièreté, puisque le demandeur feignait de ne pas réclamer "un cadeau", tout en retournant spontanément à son expéditeur une facture qui le concernait. La sollicitation d'un pareil avantage représente une violation grave, par le travailleur, de son obligation de fidélité, qui justifiait en elle-même un licenciement immédiat.

c) La jurisprudence exige, pour justifier un licenciement immédiat, que les faits allégués aient effectivement entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Toutefois, sous certaines conditions restrictives, l'employeur peut avancer, à l'appui d'un licenciement immédiat, une circonstance qui existait au moment de la déclaration de licenciement, mais qu'il ne connaissait pas et ne pouvait pas connaître. En effet, l'obligation de motiver la résiliation immédiate n'impose pas qu'il soit fait abstraction d'un tel motif. Dès l'instant où l'**art. 337 CO** prescrit au juge de tenir compte des règles de la bonne foi, ce serait méconnaître cette disposition que d'ignorer l'existence d'un

BGE 124 III 25 S. 30

semblable motif. Toutefois, c'est uniquement à titre exceptionnel que des circonstances antérieures à la résiliation immédiate, alors ignorées de la partie qui a donné le congé, pourront amener un tribunal à considérer, sur la base des motifs déjà allégués, que celle-ci, en s'en prévalant ultérieurement, a rapporté la preuve de la destruction du rapport de confiance entre les parties au contrat. Il faut donc se demander, dans un tel cas, si les circonstances antérieures, non invoquées au moment du licenciement immédiat, auraient pu conduire l'employeur, s'il les avait connues, à admettre que le rapport de confiance était rompu et à résilier le contrat de travail avec effet immédiat (**ATF 121 III 467** consid. 5a et

b) Certes, la défenderesse n'a eu connaissance de la sollicitation d'un pot-de-vin, par le demandeur, qu'après avoir résilié le contrat de ce dernier.

Toutefois, une telle circonstance ne s'oppose pas à ce qu'elle invoque le juste motif de

renvoi immédiat, car, supposé qu'elle eût connu cette manoeuvre du demandeur envers le fournisseur, elle aurait pu résilier le contrat avec effet immédiat. Il y a lieu de noter d'ailleurs que, comme dans le dernier arrêt cité, le motif initialement allégué par la défenderesse et celui formulé après coup sont de même nature, puisque, d'une part, la machination en vue de mettre à la charge de l'employeur les frais d'acquisition, de livraison et d'installation de la paire d'essuie-glaces et, d'autre part, la sollicitation d'un pot-de-vin violaient l'obligation de fidélité du salarié.

V. Exercice

Questions sur l'arrêt X. SA contre S. : obligation de fidélité

a. Quelle est l'obligation de fidélité qui a été violée par l'employé (nom précis et article) ?

b. La position et le travail de l'employé dans l'entreprise sont-ils des éléments à prendre en compte pour évaluer sa fidélité ?

c. Quel est le motif sur lequel l'employeur s'est fondé pour licencier avec effet immédiat le travailleur ?

d. Quel est le fait que l'employeur ignorait au moment du licenciement immédiat ?

e. Un employeur peut-il invoquer par la suite un fait qu'il ne connaissait pas au moment du licenciement immédiat pour justifier celui-ci ?

Chapeau

127 III 86

14. Extrait de l'arrêt de la Cour civile du 19 décembreXXXX dans la cause M. contre R. (recours en réforme)

Regeste

Art. 336 al. 1 let. a CO; licenciement abusif; devoir de fidélité du travailleur. Le cadre qui, après quelques mois d'activité, fait état de ses dissensions avec la direction auprès de ses subordonnés, tout en annonçant à son employeur qu'il s'oppose à travailler avec la nouvelle direction et qu'il projette de quitter son emploi, rompt le lien de confiance indispensable à toute relation de travail et viole son devoir de fidélité. Le licenciement prononcé dans ces circonstances ne peut donc être considéré comme abusif au sens de l'**art. 336 al. 1 let. a CO** (consid. 2).

Faits à partir de page 87

BGE 127 III 86 S. 87

L'établissement médico-social M. a engagé R. en qualité d'infirmière-chef à partir du 1er aoûtXXXX et a nommé une nouvelle directrice en la personne de L. dès le 1er novembre

R. a d'emblée contesté le style de direction adopté par L. Lors d'une séance du 2 novembre, elle a demandé au comité de direction de revenir sur la nomination de la nouvelle directrice, indiquant qu'elle pensait ne pas pouvoir travailler avec celle-ci. A la directrice, chargée de renouer le dialogue, l'infirmière-chef est restée sur ses positions et lui a déclaré vouloir quitter son emploi.

R. a également indiqué à l'équipe soignante qui lui manifestait son soutien qu'elle ne faisait toujours pas confiance au comité et à la nouvelle directrice et que, si rien ne changeait, elle quitterait l'établissement une fois qu'elle aurait trouvé un poste intéressant ailleurs. Jusque-là, elle continuerait à s'investir pleinement dans son travail.

Le 30 novembre, M. a signifié à R. son licenciement pour le 31 décembre suivant. L'infirmière-chef s'y est opposée par écrit. M. lui a indiqué que, par son attitude méfiante, voire hostile vis-à-vis du comité et de la nouvelle directrice, l'infirmière-chef ne pouvait que mettre en péril l'ambiance de travail de toute la maison et pousser l'équipe soignante dans un conflit de loyauté.

A la suite de la demande en justice déposée par R., le Tribunal des prud'hommes de Lausanne a notamment condamné M. à verser à l'infirmière-chef une indemnité de 7'500 fr. pour résiliation abusive, ce qu'a confirmé la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois par arrêt du 1er marsXXXX.

Contre cet arrêt, l'établissement M. (la défenderesse) dépose un recours en réforme au Tribunal fédéral.

Extrait des considérants:

Extrait des considérants:

2. La défenderesse se prévaut d'une violation de l'**art. 336 al. 1 let. a CO**, reprochant à la cour cantonale d'avoir reconnu l'existence d'une résiliation abusive au sens de cette disposition.

BGE 127 III 86 S. 88

a) Selon le principe posé à l'**art. 335 al. 1 CO**, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. Ce droit fondamental de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (**art. 336 ss CO**). En particulier, l'**art. 336 al. 1 let. a CO** qualifie d'abusif le congé donné par une partie pour une raison inhérente à la personnalité

de l'autre partie, 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. Cette disposition vise le congé discriminatoire, fondé par exemple sur la race, la nationalité, l'âge, l'homosexualité, les antécédents judiciaires ou encore la maladie, la séropositivité (arrêt du Tribunal fédéral du 11 novembre 1993, publié partiellement in: SJ 1995 p. 798, consid. 2a et les références citées; ADRIAN STAEHELIN, Commentaire zurichois, **art. 336 CO** no 9). L'application de l'**art. 336 al. 1 let. a CO** suppose premièrement que le congé ait été donné pour un motif inhérent à la personnalité de la personne congédiée et, deuxièmement, que ce motif n'ait pas de lien avec le rapport de travail ou ne porte pas sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (cf. MARIE-GISÈLE ZOISS, La résiliation abusive du contrat de travail, thèse Lausanne 1996, p. 173). Les motifs de la résiliation relèvent du fait et, partant, lient le Tribunal fédéral saisi d'un recours en réforme (**art. 63 al. 2 OJ**; **ATF 115 II 484** consid. 2b).

b) Il ressort de l'arrêt attaqué que la demanderesse a été licenciée en raison du manque de confiance qu'elle a exprimé envers la nouvelle direction mise en place par le comité directeur et également parce que l'établissement médical craignait qu'en raison de son ascendant naturel sur ses subordonnés et sur les autres cadres, l'infirmière-chef ne dresse une partie importante du personnel contre la nouvelle directrice. Le Tribunal fédéral s'est récemment demandé si les traits de caractère et les types de comportements individuels pouvaient constituer des raisons inhérentes à la personnalité au sens de l'**art. 336 al. 1 let. a CO**, laissant toutefois la question ouverte (**ATF 125 III 70** consid. 2c p. 74 et les références citées). Ce problème se pose également dans le cas d'espèce compte tenu des motifs de licenciement constatés, mais, comme dans l'arrêt précité, il n'a pas à être résolu, puisque la seconde condition d'application de l'**art. 336 al. 1 let. a CO** fait défaut.

c) Il ne saurait en effet y avoir d'abus selon cette disposition lorsque la raison justifiant le congé présente un lien avec le rapport de travail, en particulier avec l'obligation de travailler et le devoir

BGE 127 III 86 S. 89

de fidélité du travailleur (Message du Conseil fédéral du 9 mai 1984 in: FF 1ATF 984 II 623; arrêt du Tribunal fédéral du 13 janvier 1992, publié in: SJ 1993 p. 367, consid. 1; STAEHELIN, op. cit., **art. 336 CO** no 10). En raison de son obligation de fidélité, le travailleur est tenu de sauvegarder les intérêts légitimes de son employeur (**art. 321a al. 1 CO**). A cet égard, le comportement des cadres doit être apprécié avec une rigueur accrue, compte tenu du crédit particulier et de la responsabilité que leur confère leur fonction dans l'entreprise (arrêt du Tribunal fédéral du 11 octobre 1994, publié in: SJ 1995 p. 809, consid. 3; **ATF 104 II 28** consid. 1; STAEHELIN, op. cit., **art. 321a CO** no 8; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5e éd., Zurich 1992, **art. 321a CO** no 4). Il a ainsi été jugé qu'un cadre qui manifestait clairement son intention de changer d'emploi aussi vite que possible peu après le début de son contrat de travail conclu pour une durée de deux ans violait son devoir de fidélité (**ATF 117 II 560** consid. 3a). Il ne faut pas non plus perdre de vue que les rapports de confiance sont à la base du contrat de travail (**ATF 124 III 25** consid. 3a in fine) et que, si ceux-ci sont ébranlés ou détruits, notamment en raison de la violation du devoir de fidélité du travailleur (cf. STREIFF/VON KAENEL, op. cit., **art. 321a CO** no 8), ils peuvent même aller jusqu'à légitimer la cessation immédiate des rapports de travail (cf. **ATF 116 II 145** consid. 6a p. 150).

En l'espèce, la demanderesse occupait le poste d'infirmière-chef auprès de la défenderesse. Alors qu'elle n'était en fonction que depuis quelques mois, elle s'est d'emblée opposée à la nomination de la nouvelle directrice par le comité directeur. Lors d'une séance du 2 novembre XXXX elle a annoncé qu'elle ne pensait pas pouvoir travailler avec cette personne et elle a cherché à faire en sorte que le comité revienne sur sa décision de nomination. A l'occasion d'une entrevue avec la directrice, chargée de renouer le dialogue, elle est restée sur ses positions et lui a déclaré vouloir quitter son emploi. Elle a ensuite répété à l'équipe soignante qui lui avait adressé une lettre de soutien qu'elle ne faisait toujours pas confiance au comité et à la nouvelle directrice et qu'elle quitterait l'établissement une fois qu'elle aurait trouvé un poste intéressant ailleurs.

On peut considérer qu'un cadre qui fait état de ses dissensions avec la direction auprès de ses subordonnés, alors que, par sa fonction, il est chargé de représenter son employeur vis-à-vis de ceux-ci, viole son devoir de fidélité. Ce cadre rompt également le lien de confiance indispensable à toute relation de travail lorsqu'il annonce

à son employeur, après quelques mois d'activité, qu'il s'oppose à travailler avec la directrice fraîchement nommée et qu'il ne modifie pas sa position bien que celle-ci tente de renouer le dialogue, annonçant au surplus qu'il a l'intention de quitter son emploi. La justification du congé ressortant de l'arrêt attaqué est donc en relation directe avec les rapports de travail, de sorte que le licenciement prononcé ne saurait être considéré comme abusif au sens de l'**art. 336 al. 1 let. a CO**, contrairement à ce qu'a retenu la cour cantonale. Il convient de préciser qu'il ne s'agit pas ici de se demander si l'attitude de la demanderesse aurait justifié une résiliation immédiate au sens de l'**art. 337 CO**, mais seulement d'examiner si l'employeur pouvait librement faire usage de son droit de mettre fin au contrat tel que garanti par l'**art. 335 al. 1 CO**.

Comme les faits retenus par la cour cantonale ne laissent pas apparaître l'existence d'un autre motif de congé abusif, la demanderesse ne peut prétendre à une indemnité sur la base des **art. 336 ss CO**. L'arrêt attaqué doit donc être annulé dans la mesure où il condamne la défenderesse à verser à la demanderesse un montant de 7'500 fr. pour licenciement abusif.

VI. Exercice

Questions sur l'arrêt M. contre R. : obligation de fidélité

a. Quels sont les actes du travailleur qui ont constitué la violation du devoir de fidélité ?

b. Quels sont les éléments « aggravant » que le Tribunal a retenu pour apprécier la violation du devoir de fidélité ?

Chapeau

127 III 310

52. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour civile du 30 mars XXXX dans la cause Résidence Z. S.A. contre dame B. (recours en réforme)

Regeste

Contrat de travail; obligation de discrétion du travailleur; résiliation immédiate (**art. 321a et 337 CO**). Rappel de la notion de justes motifs (consid. 3), qui peut inclure, sous certaines conditions restrictives, des circonstances antérieures à la résiliation immédiate du contrat de travail que l'employeur ne connaissait pas et ne pouvait pas connaître (consid. 4a); une fois le licenciement immédiat notifié, les parties sont libres de faire valoir leurs moyens selon les règles de la procédure cantonale, sous réserve de l'interdiction de l'abus de droit (consid. 4b). Objet et étendue de l'obligation de discrétion (consid. 5a). Violation de cette obligation par une employée d'un établissement médico-social qui tourne de nuit, à l'insu de l'employeur, un film à l'intérieur de cet établissement, le remet à la Télévision suisse romande et participe à une émission critique présentant le film en question (consid. 5b).

Faits à partir de page 311

BGE 127 III 310 S. 311

A.- La Résidence Z. S.A. (ci-après: la Résidence) a occupé dame B. comme veilleuse de nuit du début de septembre XXXX au 24 février XXXX. Dame B. a effectué en moyenne environ neuf veilles par mois.

La Résidence a été l'objet de critiques de la part de patients et des services administratifs cantonaux. Dame B. était elle-même mécontente de la gestion de la Résidence.

En XXXX et XXXX, des enquêtes administratives furent conduites contre la Résidence à la suite de plaintes émises par l'Association pour le bien-être des résidents en EMS. Un compte rendu du 28 novembre relevait divers manquements reprochés à la direction. Cette dernière a répondu le 19 décembre. Une visite surprise a été effectuée le 20 février à 6 heures du matin par les représentants de l'administration, au cours de laquelle de nouvelles constatations ont été faites.

Dans les jours qui ont précédé le 24 février, durant la nuit, à l'insu de son employeur, dame B. a tourné un film à l'intérieur de l'établissement; à cette occasion, elle a procédé à une mise en scène faisant apparaître une ceinture de contention sur une chaise; elle a filmé une patiente dormant dans son lit, sans l'autorisation de l'intéressée; elle a admis que ce film avait été tourné pour être remis à la Télévision suisse romande. De plus, elle a photocopié une fiche de soins concernant une patiente.

Le 23 février, le Syndicat suisse des services publics (ci-après: le SSP), dont dame B. est membre depuis le 1er novembre XXXX a adressé au Service de la santé publique un dossier contenant des accusations de mauvais traitements envers les pensionnaires.

L'ouverture d'une procédure de retrait de l'autorisation d'exploiter a été notifiée à la direction de l'établissement le 24 février; un délai au 3 mars XXXX lui a été imparti pour se déterminer sur les griefs formulés contre elle.

En accord avec des employées de la Résidence, le SSP a décidé d'alerter la presse.

Le 24 février, entre 10 heures et 10 heures 30 environ, le SSP a organisé une manifestation devant la Résidence afin, notamment, de dénoncer les conditions de travail imposées aux employés de celle-ci. Dame B. a participé activement à cette manifestation.

Les manifestants, qui étaient munis de banderoles, de cloches et de porte-voix, ont pénétré dans la propriété louée par la Résidence et ont scandé divers slogans. Certains d'entre eux ont tenté de pénétrer dans les bâtiments, mais n'y sont pas parvenus, les portes d'accès ayant été fermées à clef par d'autres employés de la Résidence.

Certains manifestants se sont ensuite rendus à X. pour y distribuer, notamment aux commerçants, ou placer sur les pare-brise de voitures en stationnement, des tracts dans lesquels sont reprochés à la Résidence de nombreux comportements illicites, en particulier dans les rapports de travail.

Afin de produire un effet de surprise, ni le SSP ni dame B. n'avaient annoncé la manifestation à la Résidence.

Le soir même, sur la chaîne de la Télévision suisse romande, le téléjournal de 19 heures 30 diffusait un reportage sur l'établissement, comportant une interview de la demanderesse et reprenant les critiques contenues dans le dossier du syndicat.

Lorsqu'elle a voulu reprendre son service le 24 février vers 20 heures 45, après la manifestation, dame B. a été informée par la directrice de la Résidence qu'elle était licenciée avec effet immédiat.

Le 12 mars, le chef du Département de l'intérieur et de la santé publique a refusé de renouveler l'autorisation d'exploiter l'EMS, arrivée à échéance à la fin de décembre XXXX cette décision a été déferée par la Résidence au Tribunal administratif, qui a octroyé un effet suspensif au recours.

B.- Le 3 avril XXXX dame B. a ouvert action contre la Résidence devant le Président du Tribunal civil du district de X., en réclamant le paiement de 6849 fr. 90 représentant trois mois de salaire brut, soit le délai de congé légal avec une indemnité de vacances et de jours fériés, ainsi que 12 789 fr. pour licenciement injustifié, correspondant à six mois de salaire.

La défenderesse a conclu au rejet de la demande et, reconventionnellement, au remboursement, par la demanderesse, de 446 fr. 85, somme correspondant à deux veilles du mois de février déjà payées, mais que la demanderesse n'avait pas pu exécuter du fait de la résiliation abrupte de son contrat.

Le 19 mai XXXX la Résidence s'est prévaluée, pour justifier le licenciement immédiat, de faits qui lui étaient inconnus lors du prononcé du congé (notamment le tournage du film par la demanderesse).

Le 4 juin, la demanderesse a réduit ses prétentions de salaire à 6394 fr. 50 et a conclu à la libération de la conclusion reconventionnelle de la défenderesse.

Par jugement du 15 juin, le Président du Tribunal civil du district de X. a rejeté les conclusions de la demanderesse et la conclusion reconventionnelle de la défenderesse.

BGE 127 III 310 S. 313

Saisie par la demanderesse, la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud a réformé ce jugement et condamné la défenderesse à payer à la demanderesse 6394 fr. 50, intérêts en sus, à titre de salaire et 8526 fr., intérêts en sus, à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié.

C.- La défenderesse interjette un recours en réforme en concluant à ce que le Tribunal fédéral rejette la demande.

La demanderesse propose le rejet de ce recours.

Le Tribunal fédéral admet le recours, annule l'arrêt attaqué et rejette la demande.

Extrait des considérants:

Extrait des considérants:

3. L'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat de travail en tout temps pour de justes motifs (**art. 337 al. 1 CO**). 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 (**art. 337 al. 2 CO**).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, Commentaire du contrat de travail, 2e éd., n. 1 ad **art. 337c CO**; STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5e éd., n. 3 ad **art. 337 CO** et les références). D'après la jurisprudence, seul un manquement particulièrement grave de l'autre partie justifie une résiliation avec effet immédiat (**ATF 121 III 467** consid. 4d p. 472; **ATF 117 II 72** consid. 3, 560 consid. 3; **ATF 116 II 145** consid. 6a p. 150). Si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (**ATF 121 III 467** consid. 4d p. 472; **ATF 117 II 560** consid. 3; **ATF 116 II 145** consid. 6a p. 150). Par manquement du travailleur, on

entend la violation d'une obligation découlant du contrat, par exemple l'obligation de loyauté ou de discrétion (**art. 321a al. 1 et 4 CO**).

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (**art. 337 al. 3 CO**). Il applique les règles du droit et de l'équité (**art. 4 CC**). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, la nature et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements (**ATF 111 II 245** consid. 3). Le Tribunal fédéral ne revoit qu'avec réserve la décision d'équité prise en dernière instance cantonale. Il intervient lorsque celle-ci s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en

BGE 127 III 310 S. 314

matière de libre appréciation, ou lorsqu'elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou encore lorsqu'elle n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; il sanctionnera en outre les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (**ATF 119 II 157** consid. 2a in fine; **ATF 116 II 145** consid. 6a).

4. a) Les justes motifs allégués par la défenderesse consistent non seulement dans la participation de la demanderesse à la manifestation du 24 février XXXX mais aussi dans le tournage d'un film à l'intérieur de l'entreprise; ce film, tourné à l'insu de l'employeur, était destiné par la demanderesse à la télévision. Ces faits n'étaient pas connus de la défenderesse lors de la résiliation du contrat avec effet immédiat.

Selon la jurisprudence, sous certaines conditions restrictives, l'employeur peut, pour justifier un licenciement immédiat, se prévaloir d'une circonstance qui existait au moment de la déclaration de licenciement, mais qu'il ne connaissait pas et ne pouvait pas connaître. Il faut se demander, dans un tel cas, si les circonstances antérieures, non invoquées au moment du licenciement immédiat, auraient pu conduire l'employeur, s'il les avait connues, à admettre que le rapport de confiance était rompu et à résilier le contrat de travail avec effet immédiat. Cependant, des faits postérieurs au licenciement immédiat ne sauraient être pris en considération (**ATF 124 III 25** consid. 3c; **ATF 121 III 467** consid. 5a et b).

La cour cantonale a elle-même admis que le tournage du film dans les locaux de l'entreprise (mise en scène, patiente filmée sur son lit) était de même nature que les faits invoqués dans la lettre de licenciement. En outre, elle a jugé que, s'il avait été connu de l'employeur au moment du licenciement, ce tournage aurait certainement déterminé celui-ci à résilier le contrat de travail avec effet immédiat. La cour cantonale a donc accepté de prendre en considération, dans sa décision, ces faits antérieurs au licenciement immédiat, mais non connus de l'employeur lors de la notification du congé.

L'on ne peut que souscrire à la décision cantonale sur ce point, puisqu'elle se conforme strictement à la jurisprudence.

b) A suivre la demanderesse, la défenderesse serait déchue de son droit d'invoquer des motifs antérieurs au licenciement immédiat, mais inconnus d'elle au moment de ce dernier, car elle ne les aurait pas fait valoir, dans la procédure cantonale, aussitôt après en avoir eu connaissance.

BGE 127 III 310 S. 315

Selon la jurisprudence, l'employeur doit notifier le licenciement immédiat dès qu'il a connu le juste motif dont il entend se prévaloir ou, au plus tard, après un bref délai de réflexion; s'il tarde à réagir, il est présumé avoir renoncé au licenciement immédiat; à tout le moins, il donne à penser que la continuation des rapports de travail est possible jusqu'à la fin du délai de congé (**ATF 99 II 308** consid. 5a; **ATF 97 II 142** consid. 2a p. 146; **ATF 93 II 18**).

La jurisprudence n'accorde qu'un court délai de réflexion à l'employeur parce que, s'il attend trop longuement, ce dernier donne à penser au salarié qu'il pardonne le comportement reproché ou que, même en l'absence de pardon, la continuation des rapports de travail est possible.

Cependant, une fois le licenciement immédiat notifié, le salarié ne peut plus éprouver aucun doute quant à la volonté de l'employeur de mettre fin immédiatement aux rapports de travail. Les parties sont dès lors libres de faire valoir leurs moyens selon les règles de la procédure cantonale, sous réserve de l'interdiction de l'abus de droit (**art. 2 CC**).

En l'occurrence, il n'apparaît pas que les règles de la procédure cantonale auraient été violées; d'ailleurs, si tel avait été le cas, le grief n'aurait pas été recevable dans le cadre d'un recours en réforme (**art. 55 al. 1 let. c OJ**). En outre, il ne ressort de l'arrêt cantonal aucun fait démontrant que la défenderesse aurait adopté un comportement contraire aux

règles de la bonne foi. En effet, elle a attendu le résultat d'une enquête pénale pour se prévaloir des faits antérieurs au congé immédiat et inconnus d'elle lors de ce dernier. Une telle manière de faire ne saurait être critiquée.

5. a) Selon l'**art. 321a CO**, le travailleur sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur (al. 1); en outre, pendant la durée du contrat, il ne doit pas utiliser ni révéler des faits destinés à rester confidentiels, tels que les secrets de fabrication et d'affaires 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 (al. 4).

L'obligation de discrétion s'étend non seulement aux faits que l'employeur a expressément qualifiés de secrets, mais aussi à tous ceux dont il apparaît, selon les circonstances, que l'employeur veut interdire la divulgation; l'intérêt légitime au maintien du secret est présumé (STAEHELIN, Commentaire zurichois, n. 54-56 ad **art. 321a CO**; REHBINDER, Commentaire bernois, n. 13-14 ad **art. 321a CO**; DUC/SUBILIA, Commentaire du contrat individuel de travail, n. 22

BGE 127 III 310 S. 316

ad **art. 321a CO**, p. 114; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, in Schweizerisches Privatrecht, VII/1, III, p. 70 s.; STREIFF/VON KAENEL, op. cit., n. 12 ad **art. 321a CO**; BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2e éd., n. 6-10 ad **art. 321a CO**; GEISER, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Berne 1983, p. 243 ss).

Le salarié doit aussi garder le secret sur des infractions pénales ou administratives commises par l'employeur, à moins qu'un intérêt supérieur ne s'y oppose (REHBINDER, op. cit., n. 13 in fine ad **art. 321a CO**; BRÜHWILER, op. cit., n. 6 ad **art. 321a CO**; GEISER, op. cit., p. 267 s.; plus restrictifs: STREIFF/VON KAENEL, op. cit., n. 14 ad **art. 321a CO**; STAEHELIN, op. cit., n. 28 et 56 ad **art. 321a CO**). Lorsque l'activité de l'employeur cause ou risque de causer illicitement un dommage à autrui, le salarié ne peut faire valoir un intérêt supérieur à rompre le secret que s'il respecte lui-même le principe de la proportionnalité. Il doit d'abord interpellé son employeur, puis saisir l'autorité compétente (STAEHELIN, op. cit., n. 56 ad **art. 321a CO**; REHBINDER, op. cit., n. 3 ad **art. 321a CO**, p. 128 en bas et 129 en haut); en effet, cette dernière peut agir sans porter atteinte à la réputation de l'employeur; ce n'est que si l'autorité demeure inactive que le salarié peut, lorsque les circonstances le justifient, saisir l'opinion publique (REHBINDER, ibidem).

L'on parvient à la même conclusion si l'on applique, par analogie, les règles relatives à l'état de nécessité. Le travailleur ne saurait se prévaloir de l'état de nécessité (ou de la légitime défense) que si l'intervention de l'autorité ne peut pas être obtenue en temps utile (avec une référence à l'**art. 33 CP**, cf. GEISER, op. cit., p. 265 s.; sur le principe de la proportionnalité dans le cadre de l'**art. 52 al. 2 CO**, cf. SCHNYDER, Commentaire bâlois, 2e éd., n. 11 ad **art. 52 CO** avec d'autres références).

En l'occurrence, il est constant que la demanderesse a violé son obligation de loyauté et de discrétion en tournant, de nuit, un film dans les locaux de la défenderesse, pour le remettre à la Télévision suisse romande, et en participant à une émission de cette dernière, qui avait pour but de stigmatiser l'employeur. Elle n'avait aucune raison de penser que la défenderesse l'autorisait à tourner ce film. De plus, elle a pris le risque de violer les droits de la personnalité d'une patiente, qu'elle a filmée dans son lit (**art. 28 CC**).

A supposer que les intérêts défendus par la demanderesse aient justifié la dénonciation adressée à l'autorité administrative - question qui peut rester ouverte -, la chronologie des faits retenus par

BGE 127 III 310 S. 317

la cour cantonale n'en montre pas moins que, en approchant la télévision et en lui remettant le film litigieux, la demanderesse a agi de façon disproportionnée. En effet, elle a tourné le film destiné à la Télévision suisse romande avant même de déposer, le 23 février, avec le SSP, une dénonciation au Service de la santé publique. Elle n'a pas même attendu vingt-quatre heures la réponse de cette autorité. Elle a préféré participer elle-même au procès de son employeur sur la place publique, en intervenant à la télévision le 24 février au soir, dans le cadre d'une émission où fut présenté le film tourné en violation évidente de ses obligations. La demanderesse n'a pas même prétendu que l'intervention de l'autorité ne pouvait pas être obtenue en temps utile. D'ailleurs, c'est avant l'émission de télévision du 24 février, au soir, que l'autorité notifiait à l'employeur l'ouverture d'une

procédure de retrait de l'autorisation d'exploiter.

Dans de telles circonstances, la violation de l'obligation de discrétion, commise au moyen des médias, allait bien au-delà de ce qui était nécessaire pour protéger les intérêts auxquels la demanderesse entendait veiller. En ne s'interrogeant pas sur le point de savoir si la demanderesse avait respecté le principe de la proportionnalité, exigence admise par la doctrine unanime, la cour cantonale a perdu de vue un élément d'appréciation décisif. Partant, elle a méconnu la notion de juste motif selon l'**art. 337 CO**. Le grief est bien fondé.

b) La cour cantonale estime que la défenderesse abuse de son droit en se prévalant de la violation de son obligation de discrétion par la demanderesse.

Il est difficile de concevoir l'objection de l'abus de droit dans le cadre de l'**art. 337 CO**. En effet, comme il apprécie toutes les circonstances, le juge doit nécessairement tenir compte de celles qui feraient apparaître le comportement de l'employeur comme abusif.

Certes, selon les circonstances, l'employeur ne saurait se prévaloir de l'obligation de discrétion à l'encontre du salarié qui le dénonce à l'autorité administrative. Toutefois, on ne voit pas en quoi la défenderesse abuserait de son droit en reprochant à la demanderesse d'avoir violé gravement son obligation de loyauté et de discrétion en la stigmatisant sur la place publique sans attendre la réaction de l'autorité saisie de sa dénonciation.

VII. Exercice

Questions sur l'arrêt *Résidence Z. SA contre dame B.* : obligation de fidélité

a. Un salarié doit-il garder le secret sur des infractions pénales ou administratives commises par l'employeur ?

b. Quelle procédure aurait pu suivre en l'espèce l'employée afin de respecter son obligation de fidélité ?

c. Pourquoi l'employeur peut-il en l'espèce invoquer des faits qui lui étaient inconnus au moment du licenciement immédiat afin de justifier celui-ci ?

Document	4C.157/2005
Date de l'arrêt	25.10.2005
Tribunal	Tribunal fédéral
Sujet	contrat de travail; rétribution et indemnité dues au travailleur
Publication	Arrêts non publiés du Tribunal fédéral suisse
Domaines du droit	Droit des contrats

Arrêt du 25 octobre 2005.

Tribunal fédéral

4C.157/2005 /ech

Arrêt du 25 octobre 2005 Ire Cour civile

Mmes et M. les juges Klett, juge président, Favre et Kiss. Greffier: M. Thélin.

A. _____, demandeur et recourant principal, représenté par Me Olivier Cramer,
contre

X. _____ SA, défenderesse, intimée et recourante par voie de jonction, représentée
par Me Pascal Rytz,.

contrat de travail; rétribution et indemnité dues au travailleur

recours en réforme contre l'arrêt rendu le 21 mars 2005 par la Cour d'appel de la
juridiction des prud'hommes du canton de Genève

Faits:

A. X. _____ SA est une société genevoise active dans les services de télécommunication. Dès octobre 1998, elle s'est assurée les services de A. _____, qui collabora d'abord en qualité d'agent indépendant. Par la suite, le 23 septembre 1999, les parties conclurent un contrat de travail. Dès avril 2000, A. _____ fut promu à la fonction de directeur des ventes et du marketing. Son salaire annuel, versé en douze mensualités, était fixé à 72'000 fr.; il fut augmenté à 100'000 fr. dès le 1er octobre 2000. A. _____ porta désormais le titre de directeur général. Ses relations avec B. _____, président du conseil d'administration, se détériorèrent au cours de l'année 2002. La société résilia les rapports de travail le 24 décembre de cette année, avec effet au 28 février 2003. Elle faisait grief à l'autre partie de n'avoir pas accepté la mise en place d'une nouvelle équipe et d'avoir ainsi créé une mauvaise ambiance de travail. A. _____ a contesté le motif du congé par lettre du 15 janvier 2003 et il a cessé son activité à la fin du même mois.

B. Le 10 juillet 2003, A. _____ a ouvert action contre X. _____ SA devant la juridiction des prud'hommes du canton de Genève. Sa demande tendait au paiement, avec suite d'intérêts, de 88'812 fr.50 pour rétribution d'heures supplémentaires, de 50'000 fr. pour gratifications des deux années 2001 et 2002, à raison de 25'000 fr.

chacune, de 10'084 fr.80 pour des vacances non prises, de 9'450 fr. pour remboursement de frais et, enfin, de 33'333 fr.40 à titre d'indemnité pour licenciement abusif. Contestant toute obligation, la défenderesse a conclu au rejet de cette demande. Elle a élevé une demande reconventionnelle tendant au paiement de dommages-intérêts au montant total de 451'100 fr., avec suite d'intérêts. Statuant par un jugement du 11 mars 2004, le Tribunal des prud'hommes l'a condamnée d'une part au paiement de 8'716 fr.50, montant soumis aux déductions sociales, pour quatre semaines de vacances et un jour férié dont le demandeur n'avait pas bénéficié, et d'autre part au paiement de 25'000 fr., montant non soumis auxdites cotisations, à titre de gratification pour l'année 2001. Les deux sommes portaient intérêts au taux de 5% par an dès le 1er mars 2003. Pour le surplus, le tribunal a rejeté la demande principale. Il a retenu que le contrat de travail excluait de façon expresse le paiement des heures supplémentaires ou leur compensation par un congé de même durée. Au sujet des gratifications, le demandeur n'avait prouvé un accord des parties que pour l'année 2001 et, par ailleurs, les frais allégués n'étaient pas non plus établis. Au regard des circonstances qui avaient abouti au licenciement du demandeur, celui-ci n'était pas fondé à tenir le congé pour abusif d'après l'art. 336 al. 1 let. d CO. Le tribunal a également rejeté la demande reconventionnelle.

C. Le demandeur ayant appelé du jugement afin d'obtenir l'admission complète de la demande principale, la défenderesse a usé de l'appel incident. Elle concluait au rejet de cette demande; elle renonçait à la demande reconventionnelle. La Cour d'appel s'est prononcée le 21 mars 2005. Elle a rejeté les deux appels et confirmé le jugement.

D. Agissant par la voie du recours en réforme, le demandeur requiert le Tribunal fédéral, à titre principal, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de condamner la défenderesse à lui payer les trois sommes de 25'000 fr., 65'966 fr.25 et 33'333 fr.40, chacune d'elles avec suite d'intérêts. Elles correspondent respectivement à une gratification pour 2002, à la rémunération d'heures de travail supplémentaires et à une indemnité pour licenciement abusif. Ces conclusions excluent ainsi les montants que le demandeur a déjà obtenus dans les instances cantonales. Des conclusions subsidiaires tendent à l'annulation de l'arrêt et au renvoi de la cause à la Cour d'appel. La défenderesse conclut au rejet du recours, dans la mesure où celui-ci est recevable. De plus, elle exerce le recours en réforme joint et elle demande d'être libérée de la condamnation à payer 25'000 fr. à titre de gratification pour l'année 2001. Elle ne conteste pas la condamnation à payer la rémunération afférente à des vacances et à un jour férié. Dans son mémoire de réponse au recours joint, le demandeur conclut au rejet de ce recours et il reformule ses conclusions principales afin d'inclure les sommes déjà allouées par les précédents juges.

Le Tribunal fédéral considère en droit:

2. En l'état de la cause, la contestation porte encore sur la rémunération d'heures de travail supplémentaires, les gratifications pour les années 2001 et 2002 et l'indemnité pour licenciement abusif.

3.[...]

4. Aux termes de l'art. 321c al. 1 et 3 CO, l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires, c'est-à-dire celles accomplies au delà du temps de travail prescrit par le contrat ou l'usage, si elles ne sont pas compensées par un congé; il doit, pour ces heures, verser le salaire normal majoré d'un quart au moins. Les clauses contraires d'un accord écrit sont réservées et celles-ci priment donc, le cas échéant, la réglementation légale. L'art. 13 al. 1 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (ci-après la loi sur le travail ou LTr; RS 822.11) prévoit aussi un supplément de salaire de 25% au moins pour le travail supplémentaire qui n'est pas compensé par un congé. Le travail supplémentaire est celui qui excède la durée maximum imposée aux entreprises, pour la semaine de travail, par l'art. 9 al. 1 LTr.

Pour certaines catégories de travailleurs, le supplément est dû seulement à partir de la soixante-et-unième heure supplémentaire que la personne concernée accomplit au cours d'une année civile. Selon la jurisprudence, l'obligation de l'employeur porte non seulement sur le supplément de 25% mais également sur le salaire de base; de plus, cette réglementation est impérative, à la différence de l'art. 321c al. 1 et 3 CO, et elle prime donc tout accord contraire des parties. Un éventuel accord s'applique ainsi uniquement aux heures que le travailleur accomplit au delà de l'horaire contractuel mais en deçà de la durée maximum prévue par l'art. 9 al. 1 LTr, et, éventuellement, en deçà de soixante-et-une heures par année civile (ATF 126 III 327 consid. 6 p. 341). Le demandeur appartenait à la catégorie des "autres employés" selon l'art. 9 al. 1 let. a LTr, soit celle des personnes dont l'activité est essentiellement intellectuelle, à la différence des "autres travailleurs" qui sont régis par l'art. 9 al. 1 let. b LTr et se consacrent à des tâches artisanales ou manuelles (Thomas Geiser, (commentaire de la) Loi sur le travail, Berne 2005, ch. 33 ad art. 9 LTr). La durée maximum de la semaine de travail était donc fixée à quarante-cinq heures et le demandeur était soumis au contingent de soixante heures supplémentaires par année civile.

5.2 L'application de la loi sur le travail suppose toutefois que l'entreprise et le travailleur soient l'une et l'autre assujettis à cette loi. Or, aux termes de l'art. 3 let. d LTr, les travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée ne sont pas assujettis. Selon l'art. 9 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (OLT 1; RS 822.111), du 10 mai 2000, cette clause vise toute personne qui dispose, de par sa position et sa responsabilité et eu égard à la taille de l'entreprise, d'un pouvoir de décision important, ou est en mesure d'influencer fortement des décisions de portée majeure concernant notamment la structure, la marche des affaires et le développement d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise. Une définition analogue, quoique moins détaillée, était auparavant consacrée par l'art. 7 de l'ordonnance antérieure du 14 janvier 1966 (RO 1966 p. 87). La portée de l'art. 3 let. d LTr doit être déterminée de cas en cas, sans égard au titre ni à la formation de la personne concernée mais d'après la nature réelle de sa fonction. Il faut aussi tenir compte de la grandeur de l'entreprise. Une position de confiance, la compétence de signer au nom de l'employeur ou celle de donner des instructions peuvent appartenir aussi à des travailleurs qui n'exercent pas de fonction dirigeante élevée aux termes de cette disposition; par conséquent, les faits de ce genre ne constituent pas des critères décisifs (ATF 126 III 337 consid. 5 p. 340; Geiser, op. cit., ch. 19 à 22 ad art. 3 LTr).

5.3 La Cour d'appel a retenu que le contrat écrit des parties excluait expressément toute rémunération pour d'éventuelles heures supplémentaires et, sur la base de cet accord, elle a rejeté les prétentions que le demandeur fondait sur l'art. 321c al. 3 CO. En instance de réforme, le demandeur renonce à contester ce point mais il persiste à réclamer, ainsi qu'il l'a déjà fait en appel, la rétribution du travail supplémentaire qui est, le cas échéant, garantie selon l'art. 13 al. 1 LTr. Il reproche aux précédents juges d'avoir appliqué de façon incorrecte l'art. 3 let. d LTr en retenant qu'il exerçait une fonction dirigeante élevée au service de la défenderesse. Contrairement aux affirmations de cette dernière, le recours principal ne comporte ici aucune conclusion nouvelle. Selon l'arrêt attaqué, "les fonctions dirigeantes (du demandeur), impliquant la nécessité d'accomplir des heures supplémentaires non rétribuées, ont été établies par les enquêtes"; ce sujet n'est pas discuté de façon plus approfondie. La Cour d'appel a formellement constaté que le demandeur avait le titre de directeur général, qu'il avait plusieurs personnes sous ses ordres, qu'il bénéficiait d'une certaine liberté d'organisation et qu'il pouvait engager du personnel. Il procédait aux entretiens d'engagement. Il n'avait toutefois aucun droit de signature et les décisions d'engagement appartenaient à B._____, qui signait les contrats. L'arrêt mentionne aussi, on l'a vu, l'interventionnisme immodéré de B._____ et la tension qui en résultait dans ses rapports avec le demandeur. A eux seuls, ces éléments ne permettent pas un jugement définitif au regard de l'art. 3 let. d LTr. Ils ne révèlent pas en quoi le demandeur exerçait un pouvoir de décision important ou influençait fortement des décisions de portée majeure pour la défenderesse.

On ne dispose d'aucun renseignement sur la taille et l'organisation de l'entreprise, ni sur le niveau du personnel qui était sélectionné par le demandeur et proposé, pour engagement, à B._____. Il est possible qu'en raison de l'interventionnisme de ce dernier, le demandeur ne soit pas parvenu à assumer une fonction réellement dirigeante, correspondant à son titre de directeur général. Il n'avait pas de droit de signature, ce qui, selon une opinion doctrinale, constitue un critère négatif excluant la fonction dirigeante élevée (Geiser, *ibidem*, ch. 22 p. 77/78); cette vision catégorique ne peut cependant pas être partagée par le Tribunal fédéral car s'il est vrai qu'un pouvoir de représentation est presque toujours associé aux pouvoirs de gestion les plus élevés (Rolf Watter, *Commentaire bâlois*, 2e éd., ch. 16 ad art. 716a CO et 3 ad art. 718 CO), la concomitance n'est pas obligatoire et il peut aussi exister, dans l'organisation d'une entreprise, des fonctions dirigeantes sans droit de signature (Rolf Ditesheim, *La représentation de la société anonyme par ses organes ordinaires, fondés de procuration et mandataires commerciaux*, thèse de Lausanne, Berne 2001, p. 101, avec références à d'autres auteurs). En l'espèce, la Cour d'appel a déjà mis en évidence certains indices - plutôt favorables au demandeur - mais elle n'a procédé qu'à une instruction fragmentaire; il est donc nécessaire que les constatations de fait soient complétées conformément à l'art. 64 al. 1 OJ. En conséquence, le recours principal sera partiellement admis; l'arrêt attaqué sera annulé et la cause renvoyée à la Cour d'appel pour nouveau prononcé.

5.4 Au motif que le demandeur n'était pas assujéti à la loi sur le travail, la Cour d'appel s'est dispensée de constater le nombre d'heures de travail supplémentaire qu'il a accomplies dans chaque année civile. Au besoin, elle complétera l'instruction sur ce point également.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.Le recours principal est partiellement admis, dans la mesure où il est recevable; l'arrêt attaqué est annulé et la cause est renvoyée à la Cour d'appel pour nouvelle décision.

2.Le recours joint est irrecevable.

3.Les parties acquitteront un émolument judiciaire de 6'700 fr., à raison de 4'100 fr. à la charge du demandeur et de 2'600 fr. à la charge de la défenderesse.

4.Le demandeur acquittera une indemnité de 1'800 fr. à verser à la défenderesse à titre de dépens.

5.Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties et à la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève.

Heures supplémentaires: intéressante précision du TF

Le Tribunal fédéral a récemment rendu un arrêt de principe concernant le travail supplémentaire repris largement par la presse. Cet arrêt précise les notions d'heures supplémentaires et de travail supplémentaire et restreint notablement la notion de fonction dirigeante élevée.

La situation de fait

Une société de services genevoise d'une cinquantaine de personnes a engagé une collaboratrice chargée de développer une nouvelle division. Son rôle consistait à prospecter la clientèle. Entièrement autonome dans l'organisation de son travail, elle était directement subordonnée au directeur général et faisait partie de la direction élargie; à ce titre, elle participait à toutes les séances de direction. Toutefois, elle n'exerçait pas la signature sociale et devait recevoir l'aval de ses supérieurs pour les contrats qu'elle signait. Son salaire annuel brut se montait à 120 000 francs environ et elle disposait d'une voiture de fonction.

Son contrat de travail stipulait que la rémunération de ses heures supplémentaires était déjà comprises dans son salaire brut et qu'il n'existait par conséquent aucun droit à une compensation particulière à ce titre, que ce soit sous forme de congé ou de supplément de salaire.

Licenciée après dix-neuf mois d'activité, l'employée a réclamé le paiement de 580 heures supplémentaires, dont elle avait tenu soigneusement un relevé.

Heures supplémentaires et travail supplémentaire: distinction

Le Tribunal fédéral a rappelé que les heures supplémentaires doivent être différenciées du travail supplémentaire.

● Les heures supplémentaires sont les heures effectuées au-delà de l'horaire convenu par le contrat mais en dessous du maximum prévu par la loi sur le travail (45 ou 50 heures selon le genre d'activité). Ces heures sont régies par le Code des Obligations (art. 321c CO).

● Le travail supplémentaire est le travail effectué au-delà des 45 ou 50 heures par semaine; pour des raisons liées à la protection de la santé des travailleurs, les conditions d'exécution de ce travail supplémentaire sont fixées par la Loi sur le travail.

A titre d'exemple, prenons le cas d'un collaborateur dont la durée hebdomadaire du travail est fixée par contrat à 40 heures et qui en accomplit sept de plus, soit 47 heures, dans une semaine donnée. Sur ces sept heures supplémentaires, les cinq premières seront traitées selon les dispositions du Code des obligations et les deux dernières selon celles de la Loi sur le travail. Pour les distinguer, les termes *heures supplémentaires* pour les premières et *travail supplémentaire* pour les secondes sont communément utilisés.

Conséquences pratiques: rémunération et compensation

Les heures supplémentaires sont dans la règle payées avec une majoration de 25% ou compensées par un congé de même durée, au choix du collaborateur. Les parties au contrat peuvent toutefois prévoir par écrit que les heures supplémentaires seront systématiquement compensées par un congé, ou rémunérées sans supplément, ou encore ne seront ni rémunérées ni compensées, en englobant leur rétribution forfaitairement dans le salaire de base. C'est notamment le cas pour les fonctions de cadres, le salaire plus élevé qui leur est accordé tenant compte notamment de ce facteur.

En revanche, les parties ne peuvent pas déroger à la Loi sur le travail qui prévoit que le travail supplémentaire doit être payé à 125% ou compensé par une durée égale.

A noter qu'ici aussi le travailleur a le choix du mode de rémunération, laquelle n'intervient toutefois qu'après les 60 premières heures effectuées dans l'année pour le personnel de bureau et des grands magasins.

Exception en matière de travail supplémentaire: la situation des cadres dirigeants

Il convient de rappeler ici que la Loi sur le travail ne s'applique pas aux cadres dirigeants (art. 3 lettre d LT). Dans l'arrêt commenté ici, le Tribunal fédéral s'est ainsi posé la question de savoir si l'employée pouvait être qualifiée de cadre dirigeant, c'est-à-dire qu'elle exerçait une fonction dirigeante élevée au sens de la loi.

Le Tribunal fédéral a rappelé que la situation doit être tranchée de cas en cas sans égard ni aux titres ni à la formation mais en tenant compte des véritables

responsabilités de l'intéressé et des dimensions de l'entreprise.

Il a également indiqué que les éléments suivants ne constituent pas en soi des critères décisifs:

- le niveau du salaire
- la position de confiance
- le droit de signature
- le pouvoir de donner des instructions.

En revanche, il a retenu comme indices de fonction dirigeante les éléments suivants:

- les véritables responsabilités (nombre de subordonnés, chiffre d'affaires réalisé)
- l'exercice de la signature sociale
- la compétence d'engager et de licencier du personnel dans toute l'entreprise
- l'autonomie budgétaire.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a estimé que l'employée n'occupait pas un poste de cadre dirigeant car elle n'exerçait pas la signature sociale, n'avait pas la compétence d'engager et de licencier du personnel et ne disposait pas d'une autonomie budgétaire propre.

A la suite de cet examen, le Tribunal fédéral a logiquement conclu que les heures supplémentaires effectuées au-delà de l'horaire contractuel, mais en dessous des 45 heures par semaine, ne devaient pas être payées, conformément au contrat signé entre les parties.

En revanche, il a condamné l'employeur à payer le travail supplémentaire à 125%, en prenant en compte le salaire annuel total (soit y compris le 13e salaire) moins les 60 premières heures, qui, comme on l'a vu plus haut, n'entraînent pas de compensation.

En conclusion

Il importe que l'employeur règle par contrat la compensation des heures de travail effectuées par ses collaborateurs au-delà de la durée hebdomadaire prévue. A défaut, les heures supplémentaires seront dues quel que soit le niveau de responsabilité des collaborateurs concernés.

D'autre part, selon cette jurisprudence, seuls les cadres exerçant une fonction dirigeante élevée, soit ceux qui détiennent véritablement les leviers de commande de l'entreprise, sont exclus du champ d'application de la Loi sur le travail et ne peuvent prétendre à la compensation du travail supplémentaire.

Dans tous les cas, il n'est pas recommandé de laisser les collaborateurs accumuler trop d'heures supplémentaires; il convient donc d'en réglementer à l'avance précisément tant la définition que le mode de compensation.

Le Service d'assistance juridique et conseils (SAJEC) de la Fédération des syndicats patronaux est naturellement à la disposition de ses membres pour leur fournir tout complément d'information dans les cas particuliers.

Teresa Skibinska

TRAVAIL SUPPLÉMENTAIRE : EXTRAIT DE LA LOI SUR LE TRAVAIL

Art. 9 al. 1 Durée maximum de la semaine de travail

¹ La durée maximale de la semaine de travail est de:¹

- 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. 12 Travail supplémentaire. Conditions et durée

¹ 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'entre prise, si l'on ne peut attendre de l'employeur qu'il recoure à d'autres moyens.

² Le travail supplémentaire ne peut dépasser deux heures par travailleur et par jour, sauf les jours chômés ou en cas de nécessité, ni le nombre d'heures suivant par année civile:

- a. 170 heures pour les travailleurs dont la durée maximale de la semaine de travail est de quarante-cinq heures;
- b. 140 heures pour les travailleurs dont la durée maximale de la semaine de travail est de cinquante heures.

Art. 13 Indemnité pour travail supplémentaire

¹ 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.

² 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.

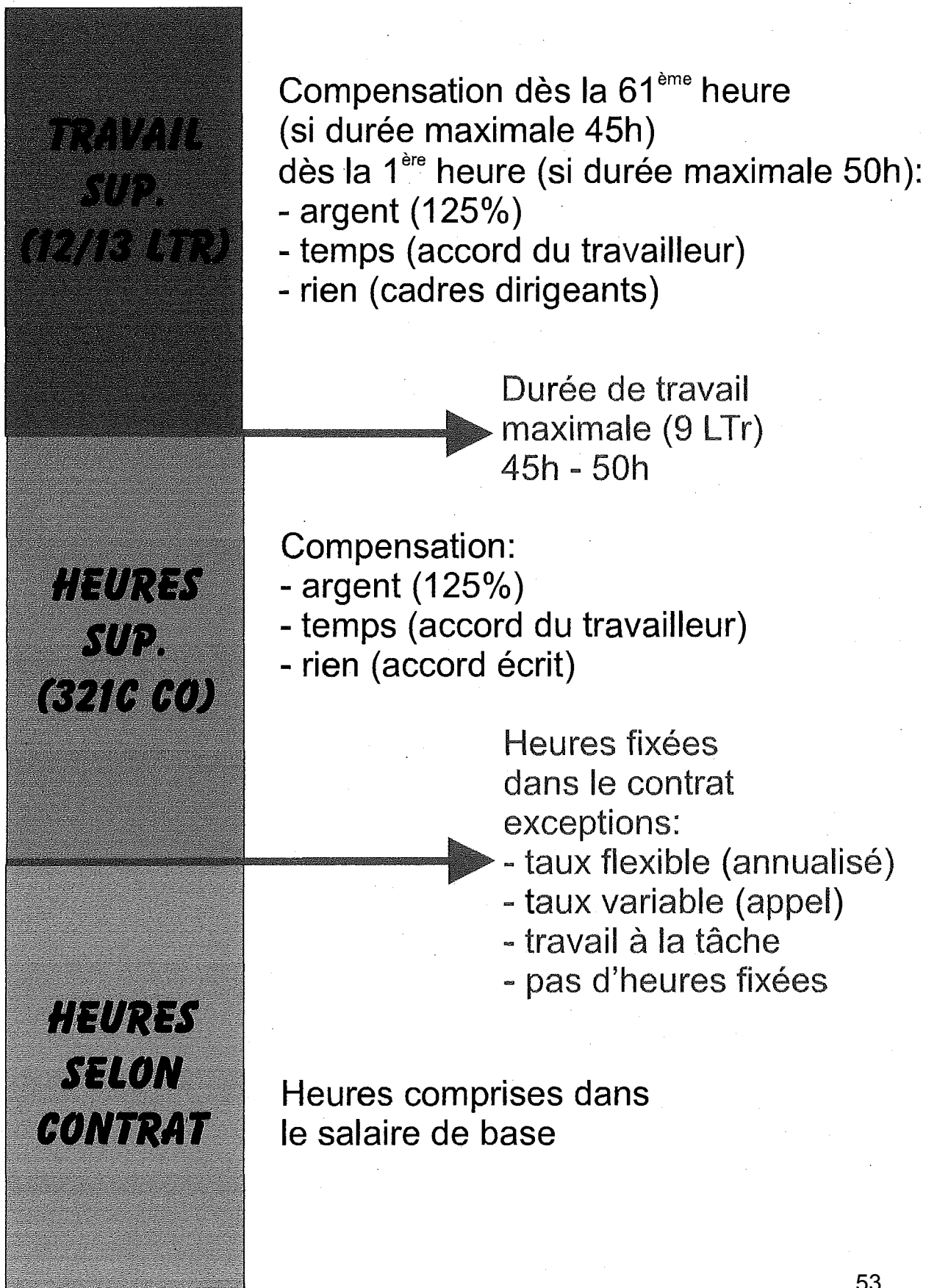
Art. 36

¹ Lorsqu'il fixe les heures de travail et de repos, l'employeur doit tenir compte notamment des responsabilités familiales des travailleurs. Sont réputées responsabilités familiales l'éducation des enfants jusqu'à l'âge de quinze ans ainsi que la prise en charge de membres de la parenté ou de proches exigeant des soins.

² Ces travailleurs ne peuvent être affectés à un travail supplémentaire sans leur consentement. A leur demande, une pause de midi d'au moins une heure et demie doit leur être accordée.

³ L'employeur doit, sur présentation d'un certificat médical, donner congé aux travailleurs ayant des responsabilités familiales, pour le temps nécessaire à la garde d'un enfant malade, jusqu'à concurrence de trois jours.

HEURES ET TRAVAIL SUPPLÉMENTAIRE



IX. Exercice

Questions sur l'article "Heures supplémentaires"

Déterminez si des heures supplémentaires doivent être payées, et si oui à quel taux. Formez un groupe d'étudiants par question; chaque groupe présente sa réponse aux autres étudiants.

a. Un employé de banque dont le contrat de travail prévoit une durée hebdomadaire de 42 heures, et dont ledit contrat ne précise rien à propos des heures supplémentaires.

Quid si cet employé travaille 44 heures durant une semaine ?

b. Un employé de banque dont le contrat de travail prévoit une durée hebdomadaire de 42 heures, et dont ledit contrat prévoit que les heures supplémentaires sont rémunérées, mais sans supplément.

Quid si cet employé travaille 55 heures durant une semaine ?

c. Un employé de banque dont le contrat de travail prévoit une durée hebdomadaire de 42 heures, et dont ledit contrat prévoit que les heures supplémentaires ne sont ni payées ni compensées.

Quid si cet employé travaille 55 heures durant une semaine ?

d. Un cadre bancaire avec une fonction dirigeante élevée, dont le contrat de travail ne fixe pas de durée hebdomadaire et ne prévoit rien quant aux heures supplémentaires.

Quid si cet employé travaille 55 heures durant une semaine ?

Document	4A_310/2007
Date de l'arrêt	04.12.2007
Tribunal	Tribunal fédéral
Sujet	contrat de travail; obligation de restitution et responsabilité du travailleur...
Publication	Arrêts non publiés du Tribunal fédéral suisse
Domaines du droit	Droit des contrats

Arrêt du Tribunal fédéral du 4. décembre 2007.

Tribunal fédéral

4A_310/2007

Arrêt du 4 décembre 2007 Ire Cour de droit civil

MM. et Mme les Juges Corboz, Président, Klett et Kolly. Greffière: Mme Godat Zimmermann.

X. _____ SA, recourante, représentée par Me Matteo Pedrazzini,
contre

Y. _____, Z. _____ SA, intimés, représentés par Me Mauro Poggia.

contrat de travail; obligation de restitution et responsabilité du travailleur; gestion d'affaires imparfaite,

recours en matière civile contre l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 14 juin 2007.

Faits:

A. X. _____ SA (ci-après: X. _____) a pour but la fourniture de services, notamment en matière

Par contrat du 21 mars 1997, cette société a engagé Y. _____ en qualité de chef de projet à la division Informatique et Télécommunication (IT) à partir du 1er juin 1997. Le dernier salaire annuel brut de l'informaticien s'élevait à 140'088 fr. Une clause du contrat stipulait que le collaborateur s'engageait à n'exercer aucune activité, lucrative ou non, qui pourrait entrer en conflit avec son activité et ses responsabilités professionnelles sans un accord écrit de son chef hiérarchique ou du chef de la division des ressources humaines.

Le 25 octobre 1999, Y. _____ a confirmé par écrit avoir reçu, lu et compris le code d'éthique élaboré en août 1999 par X. _____ et s'est engagé à le respecter. Sous la rubrique "Conflits d'intérêts", ce document prévoyait notamment que "tout salarié s'interdira d'acquérir, directement ou par l'intermédiaire de parents, d'amis ou d'intermédiaires, une participation chez un fournisseur, un client ou un concurrent d'une société du Groupe (...); qu'"aucun salarié n'acceptera une nomination en qualité d'administrateur, de directeur ou de cadre ou un poste similaire au sein d'un organisme

extérieur au Groupe sans y avoir été autorisé au préalable"; que "tout salarié s'interdira d'effectuer une quelconque opération concernant la Société avec un membre de sa famille ou avec un particulier ou un organisme auquel lui-même ou sa famille est lié de quelque manière que ce soit"; enfin, que "l'employé qui posséderait des intérêts chez un client, fournisseur ou concurrent à la date d'entrée en vigueur de ce Code ou qui acquerrait involontairement de tels intérêts (...) sera tenu d'en faire la déclaration au Directeur chargé de la Conformité."

Y. _____ était chargé de veiller à la réalisation des projets informatiques qui lui étaient confiés. Il pouvait proposer le prestataire avec lequel il souhaitait travailler. L'attribution de mandats à une entreprise externe relevait toutefois de la compétence de la direction du département concerné. Y. _____ n'avait pas non plus le pouvoir d'engager financièrement X. _____. En tant que chef de projet, il lui appartenait de s'assurer que la facture correspondait aux prestations fournies. Il transmettait ensuite le document à son supérieur, qui le signait dans les limites de sa compétence, après avoir vérifié que les délais et le budget avaient été respectés. La facture était finalement envoyée au service financier, pour contrôle ultime et règlement.

X. _____, dont le département IT avait subi de nombreuses restructurations, recourait régulièrement à des consultants externes pour la réalisation de projets informatiques. Une telle solution s'imposait en cas de besoins ponctuels pour lesquels les ressources internes étaient insuffisantes. Le recours à des sous-traitants était particulièrement intense au tournant de l'an 2000.

C'est ainsi que, de septembre 1999 à décembre 2000, X. _____ a mandaté Z. _____ SA (ci-après: Z. _____), dont le but est notamment la fourniture de services et de conseils dans le domaine informatique. Y. _____ a repris cette société en 1999 dans le but qu'elle se fasse octroyer des mandats par X. _____. Il en est l'actionnaire unique. A l'époque des faits litigieux, A. _____ était administrateur de la société; il fonctionnait en réalité comme "homme de paille" pour Y. _____. L'épouse de celui-ci s'occupait de la comptabilité de l'entreprise. La société disposait de locaux propres. Elle avait six salariés en 1999 et une petite dizaine en 2000. Y. _____ en personne a recherché, reçu et engagé les informaticiens. Ceux-ci étaient liés à Z. _____ par un contrat de travail comprenant une clause de non-concurrence de trois ans, qui leur interdisait d'entrer au service d'un client de la société sans l'autorisation expresse de l'employeur. Y. _____ n'a jamais informé X. _____ de ses intérêts dans Z. _____.

Pour l'ensemble des mandats, Z. _____ a facturé à X. _____, qui était son unique cliente, un montant total de 3'472'541 fr., soit 551'529 fr. en 1999 (16 factures) et 2'876'014 fr. en 2000 (98 factures). A l'époque, X. _____ n'a émis aucune contestation à propos des prestations ou de la facturation de Z. _____. Y. _____ a reçu fréquemment des félicitations pour la réalisation de ses projets informatiques.

Le 17 mars 2001, l'employeur a informé Y. _____ que son bonus, basé sur la performance, avait été évalué à 85% pour les projets dont il s'était occupé en 2000. Le 14 décembre 2000, X. _____ avait déposé une plainte pénale contre B. _____, supérieur de Y. _____, lequel a été inculpé de gestion déloyale. Dans le cadre de cette procédure, le juge d'instruction a également inculpé Y. _____ du même chef d'accusation en mars 2001, puis d'escroquerie en mars 2006. La procédure pénale est toujours pendante.

Le 3 avril 2001, l'employeur a résilié avec effet immédiat le contrat de travail de l'informaticien. Selon le décompte final établi le même jour, X. _____ devait à Y. _____ un montant de 17'482 fr. à titre de salaire, treizième salaire et solde de vacances. L'employé a contesté son licenciement immédiat, faisant valoir que son activité avait été exclusivement génératrice de profits pour X. _____.

Par déclaration du 26 novembre 2001, Y. _____ a renoncé à se prévaloir de la prescription pour toutes les prétentions que X. _____ pourrait invoquer à son encontre.

Entre février 2002 et septembre 2004, X. _____ a introduit plusieurs poursuites contre Z. _____ pour un montant total de 3'472'541 fr. plus intérêts. La poursuivie a formé opposition à chaque fois.

Invitée à prendre position sur le recours, la Cour d'appel des prud'hommes s'est référée aux considérants de son arrêt.

Considérant en droit:

6.6.1A lire le recours, la Cour d'appel a violé l'art. 321e CO en niant l'existence du dommage subi par l'employeur à la suite de la déloyauté du travailleur. La recourante s'en prend aux arguments avancés dans l'arrêt attaqué. Ainsi, l'absence de surfacturation des prestations de Z. _____, le fait que les travaux confiés à cette société aient été nécessaires et effectivement réalisés, la qualité des prestations fournies, la mauvaise gestion des ressources humaines par la recourante et le respect des prix du marché seraient des éléments dénués de pertinence pour déterminer si la recourante a subi ou non un préjudice.

En revanche, l'autorité cantonale aurait dû tenir compte du fait que Z. _____ n'apportait aucune valeur ajoutée, se bornant à jouer le rôle d'un placeur de personnel fraîchement qualifié et sans expérience professionnelle significative; en ce sens, la marge bénéficiaire réalisée par la "société-écran" de l'intimé ne correspondrait à rien. Par ailleurs, si l'intimé avait respecté son obligation de fidélité, la recourante n'aurait pas attribué des mandats à Z. _____ et aurait choisi une solution conforme à ses propres intérêts économiques, n'impliquant pas le versement d'une importante marge bénéficiaire "intercalée" par la société de l'employé; elle aurait ainsi pu confier des mandats directement aux informaticiens de Z. _____, conclure des contrats de travail à durée déterminée avec les informaticiens en question, voire engager ceux-ci durablement. La recourante ajoute qu'il appartenait à l'intimé de faire observer à la direction le surcoût manifeste lié au recours aux consultants externes.

Dans la foulée, la recourante invoque l'art. 9 Cst. La cour cantonale aurait apprécié les preuves de manière arbitraire en considérant que le bénéfice putatif réalisé par Z. _____ ne correspondait pas au dommage subi par l'employeur.

6.2 Selon l'art. 321e al. 1 CO, le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence. Comme toute responsabilité contractuelle, la responsabilité du travailleur suppose la réalisation de quatre conditions: un dommage, la violation d'une obligation contractuelle, un rapport de causalité adéquate entre ladite violation et le dommage ainsi qu'une faute intentionnelle ou par négligence. En l'occurrence, la cour cantonale a reconnu que l'intimé avait violé son devoir de fidélité contractuel en cachant à la recourante ses liens avec Z. _____. Elle a estimé toutefois que l'employeur n'avait pas apporté la preuve d'un dommage, de sorte que la responsabilité du travailleur n'était pas engagée. Selon la jurisprudence, le dommage réside dans la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable ne s'était pas produit (cf., en matière de responsabilité du travailleur, ATF 123 III 257 consid. 5d p. 260/261). Il peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 471 et les arrêts cités). Dire s'il y a eu dommage et quelle en est la quotité est une question de fait, que le Tribunal fédéral peut revoir sous l'angle de l'arbitraire. C'est en revanche une question de droit que d'examiner si la notion juridique du dommage a été méconnue par l'autorité précédente (cf. ATF 132 III 359 consid. 4 p. 366; 130 III 145 consid. 6.2 p. 167; 129 III 18 consid. 2.4 p. 23).

6.3 L'autorité cantonale a cherché à déterminer si le patrimoine de la recourante aurait été plus élevé sans l'événement préjudiciable, soit la violation de l'obligation de fidélité par le travailleur. Ce faisant, elle est partie d'une notion juste du dommage, de sorte qu'aucune violation du droit fédéral ne peut lui être imputée.

Il reste à examiner si la Cour d'appel a versé dans l'arbitraire en niant l'existence d'un préjudice.

Le dommage allégué par la recourante consiste dans le montant qu'elle considère avoir payé en trop à Z. _____, mandatée parce qu'elle ignorait les liens de cette entreprise avec l'intimé; ce surplus correspond, selon elle, à la marge bénéficiaire réalisée par la société informatique et, donc, par le travailleur.

Au préalable, on peut s'interroger sur le caractère involontaire du préjudice allégué par l'employeur. Il n'est en effet guère contestable que la recourante a payé volontairement les factures présentées par Z. _____, après différents contrôles autres que celui de l'intimé.

Cela étant, le recours au sous-traitant Z. _____ n'était pas en soi de nature à entraîner une diminution du patrimoine de la recourante. Selon les constatations cantonales, ce mode de procéder était fréquent dans le département dont l'intimé dépendait, en particulier à l'époque en cause. Or, il n'est pas contesté que l'intimé ne disposait pas à l'interne du personnel nécessaire pour mener à bien les projets informatiques confiés et qu'il ne pouvait lui-même procéder à des engagements, ni attribuer des mandats à des consultants individuels. L'employé pouvait en revanche proposer le recours à une entreprise donnée, mais n'avait pas la compétence de conclure le contrat avec ladite société. Au surplus, il n'avait aucune obligation d'attirer l'attention de l'employeur sur le coût de cette pratique. D'après l'état de fait cantonal, la recourante a admis elle-même une mauvaise gestion des ressources humaines. Or, le chef de projet informatique n'était pas chargé de la gestion du personnel et n'a du reste pas cherché à empêcher une solution à l'interne.

Par ailleurs, le prix payé par la recourante à Z. _____ représentait la contre-partie des prestations effectuées par les informaticiens employés par cette société dans le cadre des projets confiés à l'intimé. Selon les constatations cantonales, les montants facturés étaient corrects par rapport au marché et l'enveloppe budgétaire attribuée à chaque projet était respectée. A cet égard, les considérations de la recourante à propos de la marge bénéficiaire de Z. _____ ne sont pas déterminantes car, en acceptant de recourir à une entreprise externe, la recourante payait nécessairement un prix comportant une part de bénéfice. Que celui-ci ait été trop important à ses yeux est indifférent dans la mesure où les prix facturés correspondent à ceux pratiqués en moyenne par les autres sociétés de conseil en informatique. En outre, les mandats ont été exécutés à satisfaction de la recourante, qui a du reste félicité à plusieurs reprises le chef de projet et octroyé à ce dernier un bonus de 85% pour l'année 2000.

Contrairement à ce que la recourante soutient, les éléments mis en avant par la cour cantonale sont pertinents pour juger de l'existence ou non d'un dommage. Il en ressort que les liens privilégiés du travailleur avec Z. _____ ne changent rien au fait que l'intimé avait besoin d'informaticiens pour mener à bien les projets confiés par son employeur et que la recourante n'aurait pas nécessairement payé moins cher si, fidèle à sa pratique, elle avait recouru aux services d'une autre société externe. Le gain réalisé par Z. _____ ne représente pas une perte pour la recourante. A vrai dire, seule une entreprise concurrente de Z. _____ peut avoir manqué un gain en raison de l'attribution des mandats à la société de l'intimé.

En conclusion, les juges genevois pouvaient sans arbitraire retenir qu'un dommage n'était pas prouvé, la recourante n'ayant pas démontré que son patrimoine aurait été supérieur si elle n'avait pas été entraînée à recourir aux services de Z. _____ dans l'ignorance des liens de l'intimé avec cette société.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1. Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2. Un émolument judiciaire de 17'000 fr. est mis à la charge de la recourante.
3. La recourante versera aux intimés, créanciers solidaires, une indemnité de 19'000 fr. à titre de dépens.

X. Exercice

Responsabilité du travailleur

Répondez aux questions suivantes en vous basant sur la jurisprudence ci-dessus:

a. *Quel est l'article et quelles sont les quatre conditions pour admettre la responsabilité d'un travailleur ?*

b. *Comment se répartit le fardeau de la preuve du dommage entre les deux parties ?*

c. *Lors de l'examen des quatre conditions de la responsabilité, le Tribunal a constaté qu'une des conditions n'était pas remplie. Quelle était la condition et pour quels motifs n'était-elle pas remplie ?*



Monsieur T.

Belle Carrosserie S.A.

Partie demanderesse

Partie défenderesse

D'une part

D'autre part

JUGEMENT

du 20 JANVIER 2009

M. A. , président

MM. B. juge employeur

MM. D. juge salarié

M. F. , greffier d'audience

EN FAIT

A. Monsieur T. a été engagé par Belle Carrosserie S.A. le 3 octobre 2007 en qualité de peintre sur automobiles, pour une durée indéterminée, moyennant un salaire mensuel brut de fr. 5'200.-.

Le contrat précisait expressément que les relations de travail étaient soumises à la convention collective de travail pour les métiers de la carrosserie (pièce 1 dem. et pièce 2 déf.).

B. Le 22 avril 2008, Belle Carrosserie S.A. a licencié Monsieur T. avec effet au 31 mai 2008. Aucun motif précis n'a été indiqué dans la lettre de licenciement. Sous déduction des vacances restantes, Monsieur T. pouvait quitter sa place de travail le 27 mai 2008 au soir (pièce 2 dem. et pièce 3 déf.).

C. Par courrier du 14 mai 2008, Monsieur T. contesté auprès de Belle Carrosserie S.A. les motifs de résiliation que la société avait indiqués sur le formulaire d'attestation de l'employeur destiné à l'assurance-chômage. Il y était avancé un travail de qualité inférieure aux critères demandés et des absences non justifiées (pièces 3 et 4 dem., pièces 4 et 5 déf.).

D. Par courrier du 21 mai 2008, Belle Carrosserie S.A. a répondu à la contestation de Monsieur T. Elle a maintenu les raisons indiquées dans le formulaire d'attestation de l'employeur tout en les précisant. Un des gérants de la société, M. X, a ainsi constaté à de nombreuses reprises une qualité de travail insatisfaisante et a demandé en conséquence une amélioration de celle-ci. En particulier, le responsable de l'atelier avait dû refaire une peinture complète sur un véhicule dont l'exécution initiale était imparfaite. Par ailleurs, M. X avait demandé à Monsieur T. de l'appeler lorsqu'un véhicule était prêt à entrer dans le four à peinture afin qu'il puisse en contrôler la préparation, mais ce dernier avait refusé ces contrôles. Les absences non justifiées étaient relatives au 1^{er} et 2 mai 2008, jours pour lesquels Monsieur T. n'avait pas demandé de congé (pièce 11 dem. et pièce 6 déf.).

Le coût des travaux refaits pour mauvaise exécution s'est élevé à fr. 6'940.30. Ceux-ci portaient sur trois voitures : une Mitsubishi pour fr. 1'506.40 selon une facture client du 24 avril 2008, une Mazda pour fr. 667.20 selon une facture client du 8 mai 2008 et une Jaguar pour fr. 4'766.70 selon une facture client du 26 mai 2008.

Un montant de fr. 2'919.05 a été retenu, soit fr. 1'727.95 sur le salaire du mois de mai et fr. 1'191.10 sur le treizième salaire 2008, représentant l'entier de ce dernier. Belle Carrosserie S.A. a rappelé qu'il restait ainsi un solde de fr. 4'021.25 en sa faveur (pièce 13 dem.; pièces 9, 10, 11, 12 et 13 déf.).

E. Par demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 17 octobre 2008, Monsieur T. (ci-après le demandeur) a assigné Belle Carrosserie S.A. (ci-après la défenderesse) en paiement de fr. 2'919.-, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 27 mai 2008.

fr. 2'919.- à titre de retenues injustifiées sur le salaire du mois de mai 2003 et sur le treizième salaire de l'année 2008;

F. L'audience de conciliation a eu lieu le 12 novembre 2008, et la cause a été renvoyée au tribunal de céans.

G. Par mémoire de réponse et demande reconventionnelle déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 12 décembre 2008, la défenderesse a conclu au rejet des conclusions du demandeur et a réclamé reconventionnellement la somme de fr. 4'021.25 sous réserve d'amplification, portant sur le dommage subi du fait des erreurs et négligences commises par le demandeur dans son travail.

H. A l'audience de ce jour, le demandeur a maintenu sa demande et la défenderesse a maintenu sa demande reconventionnelle.

Le demandeur a admis qu'il avait reçu quelques remarques verbales à propos de la qualité de son travail, mais a contesté avoir refusé formellement de faire contrôler celui-ci avant le passage au four. Il a signalé que la retenue sur son salaire était uniquement relative à des travaux

* TRIBUNAL *

exécutés durant son mois de préavis et que la défenderesse lui avait communiqué son intention de déduction le 26 ou le 27 mai 2008. Selon lui, il n'y avait aucune malfaçon sur les trois véhicules en question.

Pour les congés du 1^{er} et 2 mai, il a indiqué avoir demandé l'autorisation à l'associé de M. X. Par ailleurs, il a reconnu avoir pris une demi-heure par jour pour ses recherches d'emploi durant son temps de préavis, mais avait compensé celles-ci en ne prenant pas la pause de 9h00. Enfin, il a précisé qu'il n'a pas retrouvé d'emploi à ce jour.

La défenderesse a indiqué avoir engagé le demandeur sur la base de ses années d'expérience du métier, peu important qu'il n'ait pas de certificats en la matière. Elle a affirmé que le demandeur avait refusé catégoriquement de présenter ses travaux pour contrôle avant le passage au four. Elle a relevé que les travaux exécutés par le demandeur étaient toujours entachés de défauts. Deux témoins, employés de la société, ont confirmés avoir constatés plusieurs fois des défauts dans l'exécution de ses travaux, en particulier vers la fin de sa période d'emploi et notamment sur la Jaguar pour laquelle la défenderesse demande une part importante de la réparation. Concernant la retenue sur le salaire, les factures présentées concernant les travaux sur les trois voitures qui ont dû être refaits représentaient bien le manque à gagner de l'entreprise. La défenderesse ne pensait pas que ces malfaçons aient été intentionnelles.

EN DROIT

1. Les parties ont été liées par un contrat de travail au sens des articles 319 et ss du Code des Obligations (ci-après CO). Le tribunal de céans est par conséquent compétent à raison de la matière pour connaître du présent litige (art. 1 al. 1 de la Loi sur la juridiction des prud'hommes). Il l'est également à raison du lieu, dès lors que tant le siège de la défenderesse que le lieu de travail du demandeur étaient situés à Genève (art. 24 et 34 al. 1 de la Loi fédérale sur les fors en matière civile).

2. Le demandeur réclame le montant retenu pour malfaçons dans l'exécution de son travail sur son salaire du mois de mai et son treizième salaire 2008.

3. Conformément à l'article 321e CO, la responsabilité contractuelle du travailleur est régie par les règles générales en matière de réparation du dommage. Ainsi, le travailleur peut être tenu pour responsable lorsque quatre conditions cumulatives sont réalisées :
 - l'employeur a subi un dommage;
 - le travailleur a violé l'une de ses obligations contractuelles; c'est-à-dire n'a pas exécuté ou a exécuté de manière imparfaite le contrat le liant à l'employeur;
 - il existe un lien de causalité adéquate entre l'inexécution par le travailleur de ses obligations contractuelles et le dommage causé à son employeur;
 - le travailleur a causé le dommage intentionnellement ou par négligence.

(Streiff/Von Kaenel, Arbeitsvertrag, n° 4 ad art. 321e p. 90; Berenstein, La responsabilité civile du travailleur en droit suisse, p. 12 in Rehbinder, Die Haftung des Arbeitnehmers).

Aux termes de l'article précité, le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence. En principe, il doit

* TRIBUNAL *

réparer intégralement ce dommage. Toutefois, en vertu de l'article 321e al. 2 CO, la mesure de la diligence incombant au travailleur se détermine par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis, ainsi que des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître. Ces circonstances peuvent aussi être prises en considération pour déterminer l'étendue de la réparation (art. 99 al. 3, 42 à 44 CO; ATF S. c/ G. H. du 21.2.94 consid. 3a publié in SJ 1995 p. 777). Le législateur a entendu par là atténuer la responsabilité du travailleur (ATF 110 II 349 consid. 6b; Rehbinder, Berner Kommentar, n° 19 ad art. 321e CO; Berenstein, La responsabilité civile du travailleur en droit suisse, in Rehbinder, Die Haftung des Arbeitnehmers p. 12-13).

Le Tribunal fédéral a refusé de trancher une fois pour toutes la question controversée de savoir si le travailleur répond du dommage causé à son employeur en cas de faute légère de sa part, eu égard à la diversité des situations envisageables, aux nombreux facteurs de pondération pouvant entrer en ligne de compte (art. 321e al. 2 CO) et à la difficulté de déterminer la mesure de telle ou telle faute (grave, moyenne ou légère). En effet, une partie de la doctrine, prenant appui sur le message du Conseil fédéral du 25 août 1967 (FF 1967 II 249 ss, 319), exige une responsabilité accrue du travailleur en raison des intérêts légitimes des employeurs qui confient des machines et appareils coûteux aux travailleurs. Un autre courant doctrinal voudrait, au contraire, exclure toute responsabilité du travailleur pour faute légère, du moins lorsqu'il se trouve exposé à un risque professionnel, circonstance que l'article 321e al. 2 CO commande de prendre en considération (ATF non publié S. c/ G. H. du 21 février 1994 consid. 3a et références citées).

Selon les circonstances, la prise en charge par le travailleur d'une partie du dommage imputable à une faute légère de sa part pourra apparaître équitable ou inadmissible. Aussi est-ce, en définitive, au juge qu'il appartient d'en décider, sur la base d'un examen global de la situation, dans le cadre du large pouvoir d'appréciation que la jurisprudence lui confère en la matière (ATF 110 II 344 consid. 6b; ATF S. c/ G. H. du 21 février 1994 publié in SJ

1995 p. 777).

Le fardeau de la preuve de la violation du contrat incombe à l'employeur. Si une telle preuve est apportée, il appartient alors au travailleur d'établir la preuve qu'il n'a commis aucune faute ou une faute de peu d'importance (art. 97 CO; Streiff/Von Kaenel, Arbeitsvertrag, n° 13 ad art. 321e, p. 95; Berenstein, La responsabilité civile du travailleur en droit suisse, p. 15 in Rehbinder, Die Haftung des Arbeitnehmers).

La loi ne contient aucune règle relative à la péremption de la créance en dommages et intérêts de l'employeur, contrairement à ce que prévoit l'article 337d al. 3 CO par exemple. Dans le cadre du contrat de travail, les partenaires se doivent des égards réciproques, au respect desquels ils peuvent s'attendre l'un et l'autre. Aussi, le travailleur qui arrive au terme de son contrat peut-il compter que, si l'employeur a des prétentions connues à faire valoir contre lui, il les lui fera connaître avant d'accomplir les actes accompagnant la fin des relations de travail, tels que le paiement du dernier salaire ou autre règlement de compte, formalités éventuelles relatives aux prestations de prévoyance, etc. Le silence de l'employeur à ce sujet peut être compris par le travailleur comme une renonciation à une telle prétention, exprimée par actes concluants; l'acceptation d'une telle offre par le travailleur se présume (art. 6 CO). En revanche, le silence de l'employeur ne saurait impliquer la renonciation à des créances dont il n'a pas encore connaissance, du moins dans leur principe; ce silence n'est pas non plus décisif lorsque l'employeur n'a pas la possibilité de manifester son intention au travailleur, avant la fin des rapports de travail. Après la fin des rapports de travail, l'action de l'employeur est dans cette hypothèse périmée (ATF 110 II 345 consid. 2).

En l'espèce, la défenderesse fonde sa prétention en responsabilité contre le demandeur sur des malfaçons concernant trois véhicules, dont la peinture a dû être partiellement ou entièrement refaite. L'existence d'un dommage est prouvée par pièces et, pour une part importante, par témoins. Le demandeur a exécuté de manière imparfaite le travail requis, cause naturelle et adéquate du dommage subi par la défenderesse. Il est encore nécessaire d'examiner si

* TRIBUNAL *

le demandeur a été négligent dans son travail. On doit pour ce faire tenir compte du fait qu'un résultat optimal ne peut être atteint à chaque exécution de peinture sur une automobile, du fait que le demandeur ne possédait pas de certificat en peinture automobile, ce que la demanderesse savait ou à tout le moins devait savoir, et enfin du fait que la défenderesse connaissait la qualité des travaux du demandeur qui révélaient parfois des malfaçons. Il apparaît au tribunal que ces motifs portent à exclure l'admission d'un manque de diligence du demandeur dans les travaux en question et en conséquence, une responsabilité de ce dernier.

Par ailleurs, la défenderesse a attendu le 26 mai 2008, soit l'avant-dernier jour de travail du demandeur, pour lui signifier sa prétention en responsabilité. La défenderesse aurait pu et dû communiquer ses intentions bien avant le terme de son contrat pour au moins deux des trois véhicules retouchés dont les factures client date de fin avril et début mai.

En conséquence, la défenderesse sera condamnée à restituer le montant net de fr. 2'919.- retenu en partie sur le salaire du mois de mai 2008 et en partie sur le treizième salaire 2008 du demandeur.

4. Les motifs juridiques exposés au point 3 portant sur la demande principale et relative à la responsabilité de l'employé s'appliquent dans leur intégralité à la demande reconventionnelle de la défenderesse.

En conséquence, les éléments de faits et l'argumentation demeurant identiques à ce qui a été exposé précédemment, la défenderesse sera déboutée de sa prétention en responsabilité fondée sur les malfaçons dans l'exécution par le demandeur de la peinture sur trois voitures.

PAR CES MOTIFS

Le tribunal des prud'hommes, groupe 1,

Statuant contradictoirement et en premier ressort :

- condamne Belle Carrosserie S.A. à payer à Monsieur T. la somme nette de fr. 2'919.- (deux mille neuf cent dix-neuf francs), avec intérêts à 5% l'an dès le 27 mai 2008;
- déboute les parties de toute autre conclusion;

La greffière de juridiction

Le président

Exercice : Cas pratique sur la responsabilité du travailleur

Un chauffeur de poids lourd cause un accident en roulant sur l'autoroute à 160 km/heure, au lieu des 120 km/heure autorisés. L'assurance responsabilité civile rembourse l'ensemble des dégâts, excepté une franchise de CHF 500.-.

En raison de cette faute de circulation grave, l'employeur a retenu sur le salaire de ce chauffeur le montant de cette franchise.

- Est-ce que l'employeur a légalement le droit d'effectuer cette retenue ?

Les obligations de l'employeur

Les obligations de l'employeur

A l'instar des obligations du travailleur, la loi prévoit une section consacrée aux obligations de l'employeur, de l'art. 322 à l'art. 330*b* CO (en marge : lettre C. Obligations de l'employeur).

Cette section règle le salaire et l'obligation de le payer, mais également d'autres devoirs de l'employeur, telles que les obligations d'octroyer des congés, de fournir les moyens de travailler ou encore, de respecter la personnalité du travailleur.

Il est possible de présenter un tableau des diverses obligations de l'employeur en les regroupant sous quatre thèmes principaux, soit le paiement du salaire, le paiement du salaire en cas d'empêchement de travailler, l'octroi des congés, l'obligation de fournir les moyens de travailler. A ces quatre thèmes s'ajoute encore deux obligations spécifiques : le respect de la personnalité du travailleur et l'obligation de fournir un certificat de travail.

Dès lors, le tableau synthétique des obligations de l'employeur se présente de la sorte (cf. page suivante).

LES OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR

PAYER LE SALAIRE	En espèce	art. 322 + 323b
	En nature	art. 322 II
	A la pièce	art. 326 à 326a
	En participation au résultat de l'exploitation	art. 322a
	En provision sur affaires	art. 322b
	En gratification	art. 322d
	Modalités du paiement	art. 323
	Paiement des charges sociales	art. 331 à 331c
PAYER LE SALAIRE EN CAS D'EMPÊCHEMENT DE TRAVAILLER	Dû à l'employeur	art. 324
	Dû au travailleur de manière non fautive	art. 324a à 324b
	Dû au travailleur de manière fautive	art. 329b
OCTROYER DES CONGÉS	Hebdomadaires	art. 329
	Vacances	art. 329a à 329e
FOURNIR LES MOYENS DE TRAVAILLER	Fournir les instruments de travail	art. 327
	Rembourser les frais du travailleur	art. 327a
	Utilisation du véhicule du travailleur	art. 327b
AUTRES OBLIGATIONS	Respecter la personnalité du travailleur	art. 328 à 328b
	Fournir un certificat de travail	art. 330a

Le salaire

Le salaire est la contre-prestation principale de l'employeur à la prestation de services du travailleur. Le Code des obligations en traite aux art. 322 à 326a CO.

a) Forme

Le salaire peut prendre différentes formes :

-Le salaire au temps est la forme la plus courante du salaire de base. Ce salaire ne dépend ni de la quantité ni de la qualité du travail fourni. Les parties sont libres de fixer la rémunération en fonction d'une base horaire, journalière, hebdomadaire, mensuelle ou annuelle. Le salaire est généralement convenu entre les parties. Si les parties n'ont rien prévu, on doit appliquer le salaire fixé par un contrat-type ou une convention collective, ou encore, le salaire usuel (art. 322 al. 1 CO).

- Salaire à la pièce ou à la tâche : Le travail est rémunéré en fonction de la quantité de travail fournie, soit à la pièce ou à la tâche. Le législateur a introduit les art. 326 et 326a CO afin de préciser la protection du travailleur.

- Participation au résultat : Les parties peuvent convenir que le travailleur percevra une rémunération liée aux résultats de l'exploitation de l'entreprise (art. 322a CO). Cette forme est en principe complémentaire au salaire de base.

- Provision : La provision dépend du résultat de l'activité déployée par le travailleur. Ainsi, le travailleur peut avoir droit à une provision sur certaines affaires, qui lui est acquise dès que l'affaire a été valablement conclue avec le tiers (art. 322b CO). En principe, elle fait partie intégrante du salaire de base.

- Gratification (parfois qualifiée de bonus) : La gratification proprement dite peut être définie comme une rétribution spéciale, versée par l'employeur à certaines occasions déterminées, dont le principe même ou le montant sont facultatifs (art. 322d CO). La gratification est versée en sus du salaire de base. Le caractère facultatif du versement de la gratification est tempéré par la jurisprudence qui admet que le versement régulier d'une gratification, s'il est effectué de manière ininterrompue pendant trois ans au minimum et sans aucune réserve quant à son caractère facultatif, peut donner naissance à une prétention de l'employé au paiement de gratifications futures. La gratification perd alors son caractère discrétionnaire et se transforme en un élément du salaire de base.

- Bonus obligatoire : Ce bonus peut dépendre de la conjonction de facteurs propres à l'entreprise (résultat, évolution du chiffre d'affaires etc.) ou propres à l'employé (performance individuelle, évaluation etc.).

- Treizième salaire : Dans la mesure où il constitue une rétribution dont le principe, le montant et l'échéance inconditionnelle sont fixés d'avance par le contrat, il est un élément du salaire obligatoire.

- Salaire en nature : Une part du salaire peut être constituée par des prestations de nourriture, de logement, de mise à disposition d'un véhicule etc.

b) Le paiement du salaire

L'art. 323 indique les termes et délais de paiement.

-Pour le salaire de base, le terme légal est la fin de chaque mois (323 al. 1 CO).

-Pour la provision, le terme est également la fin de chaque mois. Toutefois, la spécificité de certaines affaires et un accord écrit entre les parties peuvent justifier que le terme en soit différé (art. 323 al. 2 CO).

-Pour la participation au résultat, le terme intervient dès que le résultat de l'exploitation a été établi, mais au plus tard six mois après la clôture de l'exercice (art. 323 al. 3 CO).

Le travailleur dans le besoin peut par ailleurs exiger de l'employeur qui est en mesure de le faire une avance de salaire, mais concernant seulement le travail déjà accompli (art. 323 al. 4 CO).

Lisez les arrêts suivants traitant du salaire et répondez aux questions

Document	4A_404/2014
Date de l'arrêt	17.12.2014
Tribunal	Tribunal fédéral
Sujet	Contrat de travail; réduction tacite du salaire; juste motif de licenciement; recours rejeté
Publication	Arrêts non publiés du Tribunal fédéral suisse
Domaines du droit	Droit du travail

Arrêt du Tribunal fédéral du 17 décembre 2014.

Bundesgericht

Tribunal fédéral

Tribunale federale

Tribunal federal

4A_404/2014

Arrêt du 17 décembre 2014

Ire Cour de droit civil

Composition

Mmes les Juges fédérales Klett, Présidente, Hohl et Niquille.

Greffier: M. Piaget.

Participants à la procédure

B. _____, représenté par Me Cédric Aguet,
recourant,

contre

C. _____ SA, représentée par Me Ralph Schlosser, intimée,
Caisse cantonale de chômage,

Objet

contrat de travail, réduction tacite du salaire, juste motif de licenciement;

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, du 21 mai 2014.

Faits:

A.

A.a. Jusqu'à fin 2003, B. _____ a travaillé auprès de I. _____ SA, au service de gestion des salaires au sein du département des ressources humaines. Il utilisait un programme informatique créé par C. _____ SA, qui avait concédé à son employeur une licence d'utilisation et lui assurait des services de maintenance et d'assistance.

I. _____ SA a décidé de transférer son service de gestion des salaires à C. _____ SA, société dont E. _____ est directeur, administrateur et actionnaire majoritaire et qui a pour but "étude et développement de systèmes informatiques, courtage en assurances et réassurances, gestion et analyse de portefeuille d'assurances ". B. _____ a alors été engagé par cette société en qualité de " HR Outsourcing Director " par contrat de travail du 9 décembre 2003 pour le 1er janvier 2004, en contrepartie d'un salaire annuel brut de 153'063 fr. Son contrat contient une clause de non-concurrence.

A.b. En 2005, E. _____ a acheté la totalité des actions d'une autre société, dont il a modifié la raison sociale en F. _____ Sàrl, en vue de déployer ses activités à l'étranger.

A.c. Entre le 7 novembre et le 8 décembre 2006, B. _____ a élaboré plusieurs business plans " confidentiels " avec A. _____, un autre employé de C. _____, qui avait été engagé en mai 2005 en qualité de courtier en assurances, chargé de vendre des polices d'assurances aux clients du département dont B. _____ s'occupait.

Le 21 décembre 2006, le directeur de C. _____ a convoqué B. _____ en présence de deux agents de sécurité et l'a licencié avec effet immédiat. Par lettre de résiliation du même jour, C. _____ a précisé à B. _____ qu'elle avait découvert avec consternation qu'il préparait avec A. _____ la mise sur pied d'une structure concurrente (objet des business plans) et qu'elle ne pouvait tolérer des violations aussi caractérisées de ses devoirs de fidélité, de diligence et de non-concurrence. A la même date, C. _____ a résilié le contrat de travail de A. _____.

B. _____ a contesté son licenciement le 29 décembre 2006 et a déclaré se tenir à disposition de son employeur jusqu'à la fin du délai de congé.

Le 15 février 2007, C. _____ a déposé plainte pénale contre A. _____ pour abus de confiance, plainte qui a été ensuite étendue contre celui-ci et contre B. _____ pour concurrence déloyale. L'enquête pénale a abouti à une ordonnance de non-lieu.

La caisse de chômage a versé à B. _____ des indemnités pour la période de décembre 2006 à mars 2007 de 17'368 fr. 45, charges sociales déduites.

A.d. B. _____ a fait notifier à C. _____ trois commandements de payer pour respectivement 15'500 fr., 7'500 fr. et 7'532 fr.

Au montant de 7'532 fr. qu'elle a admis, C. _____ a opposé en compensation le montant de 5'000 fr.

B.

Le 16 mai 2007, B. _____ a ouvert action en paiement contre C. _____ SA devant la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud, concluant à ce que la défenderesse soit condamnée à lui payer le montant total de 442'272 fr. 85 brut, sous déduction des cotisations aux assurances sociales, avec intérêts à 5% l'an dès le 22 décembre 2006, soit les montants de:

- 1) 112'304 fr. 35 à titre de complément de salaire;
- 2) 41'784 fr. 45 pour salaire relatif à la période de congé;
- 3) 76'531 fr. 50 pour licenciement immédiat injustifié;
- 4) 138'310 fr. pour heures supplémentaires;
- 5) 31'081 fr. 75 pour vacances non prises au service de C. _____ ;
- 6) 11'728 fr. 80 pour vacances non prises au service de I. _____ ;
- 7) 15'500 fr. pour un montant versé par lui à son employeur,

- 8) 7'500 fr. pour un montant versé par lui à son employeur,
9) 7532 fr. pour un montant versé par lui à son employeur, dont à déduire un montant de 5'000 fr.

La caisse cantonale de chômage, intervenante, subrogée au demandeur, a réclamé le montant de 17'368 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 22 décembre 2006.

La défenderesse a conclu au rejet de la demande et, reconventionnellement, au paiement de 1'467 fr. 95 avec intérêts à 5% l'an dès le 12 octobre 2007.

Le juge instructeur de la cour civile a entendu 11 témoins, dont A. _____ et E. _____.

Par jugement du 13 février 2013, la cour civile, qui a retenu que l'existence de motifs justifiant une résiliation immédiate du contrat de travail du demandeur n'a pas été établie, a admis totalement ou partiellement six des postes susmentionnés.

Statuant le 21 mai 2014, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois, admettant que le licenciement immédiat est justifié n'en a admis que trois, soit le n° 5 pour les vacances non prises au service de C. _____ à raison de 17'914 fr. 50, le n° 8 pour le remboursement de 7'500 fr. et le n° 9 pour le remboursement de 7'532, sous déduction de 5'000 fr., rejetant tous les autres postes.

Considérant en droit:

[...]

5.

Le recourant conclut également à l'allocation d'un montant de 106'304 fr. 35 avec intérêts à titre de complément de salaire pour les années 2004, 2005 et 2006. Il fait valoir que son contrat de travail prévoyait un salaire annuel brut de 153'063 fr. et que s'il a accepté de toucher un salaire en espèces de 8'900 fr. par mois et le reste en nature, il entendait toutefois toucher le montant total de son salaire contractuel. Il aurait donc dû toucher, pour ses presque trois années de travail, 455'229 fr. 75 brut, mais n'a reçu effectivement que 317'663 fr. 35, sous déduction d'un montant de 25'000 fr. qu'il admet devoir rembourser. Il conteste aussi que son employeur ait assumé ses frais privés (de téléphone et de véhicule) par 78'639 fr. 30. Il fait donc valoir un solde en sa faveur, qu'il a arrêté à 112'403 fr. 35 (au lieu de 112'558 fr. 65). La cour cantonale, à la suite des premiers juges, a rejeté cette prétention. Le recourant lui reproche l'arbitraire dans l'établissement des faits, la violation de son droit d'être entendu et la violation des art. 322, 327a et 327b CO.

5.1.

Selon l'art. 322 al. 1 CO, l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective. Cette disposition étant de droit dispositif (non soumise à l'art. 341 CO; ATF 124 II 436 consid. 10e/aa p. 451), les parties peuvent conventionnellement diminuer le salaire en cours de contrat (arrêts 4C.242/2005 du 9 novembre 2005 consid. 4.1; 4C.426/2005 du 28 février 2006 consid. 5.2.1). Si la conclusion du contrat primitif n'était pas soumise à la forme écrite, la réduction du salaire arrêté dans le contrat passé peut être convenue tacitement, c'est-à-dire par le silence ou par actes concluants (arrêts 4C.242/2005 déjà cité consid. 4.2; 4A_223/2010 du 12 juillet 2010 consid. 2.1).

En principe, le silence du travailleur ne vaut pas acceptation de la réduction du salaire proposée par l'employeur. Une acceptation tacite ne peut être admise que dans des circonstances où, selon les règles de la bonne foi, on doit attendre une réaction du travailleur en cas de désaccord de sa part (ATF 109 II 327 consid. 2b p. 330; arrêts 4C.242/2005 du 9 novembre 2005 consid. 4.3; 4A_443/2010 du 26 novembre 2010 consid. 10.1.4; 4A_216/2013 du 29 juillet 2013 consid. 6.3). Il appartient à l'employeur d'établir ces circonstances. Tel est le cas lorsqu'il est reconnaissable pour le travailleur que l'employeur en déduit son accord tacite et que, dans le cas contraire, il prendrait d'autres mesures ou résilierait le contrat; dans ce cas, le travailleur doit exprimer son désaccord dans un délai raisonnable (arrêts 4A_443/2010 déjà consid. 10.1.4; 4A_223/2010 déjà cité consid. 2.1.2). Si, conformément à ce qu'il a annoncé au travailleur, l'employeur paie un salaire réduit, il est en règle générale reconnaissable pour le travailleur que l'employeur part d'une acceptation tacite de la réduction. Il est aussi admis que, si le travailleur a encaissé pendant au moins trois mois un salaire réduit par rapport à celui convenu initialement, sans formuler de réserve, il y a présomption de fait (tatsächliche Vermutung) qu'il a accepté tacitement la baisse de salaire. Si, par la suite, le travailleur entend réclamer une créance de salaire en raison de cette réduction, il lui incombe de renverser cette présomption en établissant des circonstances particulières sur la base desquelles l'employeur n'aurait pas dû déduire, malgré son long silence, un accord de sa part avec cette réduction (arrêts 4A_223/2010 déjà cité consid. 2.1.2; 4C.242/2005 déjà cité consid. 4.3).

5.2. En l'espèce, la cour cantonale a retenu que le contrat de travail prévoyait un salaire annuel brut de 153'063 fr. et que le travailleur a admis qu'il a été convenu postérieurement à sa conclusion qu'une part de sa rémunération lui serait versée en espèces et l'autre en nature. Bien que le travailleur ait soutenu qu'il n'a jamais accepté que la part du salaire en nature puisse être inférieure à la différence entre son salaire contractuel et la part versée en espèces, en d'autres termes que son salaire total puisse être inférieur au salaire convenu, la cour cantonale a retenu que le travailleur a toujours encaissé un salaire réduit et fait usage de son téléphone portable et de son véhicule, qu'il n'a jamais contesté ni le principe d'une rémunération en partie en espèces et en partie en nature, ni le montant de la part du salaire en espèces, ni la part en nature et ne s'est jamais plaint de ce que les frais pris en charge seraient trop bas. Durant toute la durée du contrat, il n'a pas réclamé de prestation supplémentaire, ni formulé de réserve. La cour cantonale a donc jugé que le travailleur a admis que l'employeur lui verserait une part de son salaire en espèces, soit 8'900 fr., et l'autre en nature, la somme des deux pouvant atteindre une valeur inférieure ou supérieure au montant du salaire fixé initialement. Elle a estimé en sus que, vu la fonction dirigeante qu'il occupait, à savoir responsable du département " outsourcing ", l'employé ne se trouvait pas en position de faiblesse vis-à-vis de son employeur et qu'il était parfaitement en mesure de s'exprimer au sujet de la réduction de son salaire en espèces au profit d'une rémunération en nature. Par conséquent, la cour a renoncé à examiner si une partie du montant de 78'639 fr. 30 payé par l'employeur pour les frais de téléphone portable et pour le véhicule automobile de son employé couvrait des frais imposés par l'exécution du travail, comme le prétendait celui-ci, relevant qu'il lui aurait appartenu, au demeurant, de l'établir.

5.3.

5.3.1. Sur ce dernier point, qui fait l'objet de sa première critique, le recourant se limite à affirmer qu'il n'est pas prouvé que ce montant concernerait des dépenses privées, qui compenseraient la réduction du salaire en espèces. Une telle critique ne satisfait clairement pas aux exigences des art. 42 al. 2 et 106 al. 2 LTF.

5.3.2. En ce qui concerne l'acceptation tacite de la réduction de son salaire, le recourant se borne à affirmer qu' " il est bien évident [qu'il] espérait toucher en espèces et en nature le montant total du salaire contractuel et qu'il n'a pas accepté un salaire réduit de 30% durant trois ans ". Il estime que la cour cantonale aurait dû faire preuve de retenue avant de déduire de son silence qu'il aurait accepté une modification de son contrat qui lui était défavorable dès lors qu'il a toujours affirmé n'avoir accepté une telle réduction qu'en cas de compensations équivalentes en nature. S'il a accepté cette modification et n'a pas réclamé son dû avant son licenciement avec effet immédiat, c'est uniquement parce qu'il s'attendait à recevoir un salaire en nature sous forme d'actions de la nouvelle entité qu'il était en train de créer avec son collègue sur instructions du directeur de son employeur.

Alors qu'il a accepté pendant presque trois ans un salaire inférieur - dans une proportion réduite au vu du consid. 5.3.1 ci-dessus -, il incombait au travailleur d'établir des circonstances qui apporteraient la contre-preuve du fait présumé, soit de son consentement à un salaire réduit. Par sa critique, le recourant n'apporte aucun élément dans ce sens. Au contraire, lorsqu'il invoque qu'il espérait recevoir des actions d'une nouvelle entité à constituer, il confirme qu'il a bien accepté une réduction de son salaire. Le fait que ses espérances ne se soient pas réalisées - que ce soit ou non sans sa faute - est sans pertinence.

Les critiques d'arbitraire dans l'établissement des faits et de violation du droit d'être entendu sont de ce fait sans objet.

7.

Le recours doit donc être rejeté dans la mesure où il est recevable.

Les frais de la procédure doivent être mis à la charge de son auteur qui succombe (art. 66 al. 1 LTF). Celui-ci devra également verser une indemnité de dépens à sa partie adverse (art. 68 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 6'000 fr., sont mis à la charge du recourant.

3.

Le recourant versera à l'intimée une indemnité de 6'500 fr. à titre de dépens.

XII. Exercice

Modification (réduction) du salaire:

Veillez répondre aux questions suivantes en lien avec la jurisprudence ci-dessus:

- Une réduction du montant du salaire en cours d'emploi, peut-elle se faire tacitement ? Dans quelles circonstances ?

Document	ATF 139 III 214
Date de l'arrêt	02.05.2013
Tribunal	Tribunal fédéral
Publication	Collection des arrêts du Tribunal fédéral suisse
Domaines du droit	Droit du travail
Pages	214-216

ATF 139 III 214

30. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause X. SA contre Y. (recours en matière civile) 4A_8/2013 du 2 mai 2013

Art. 322b al. 1 et art. 349a al. 2 CO; contrat de travail, rémunération convenable du travailleur payé par l'encaissement de provisions.

Si le travailleur est rémunéré de manière exclusive ou prépondérante par des provisions, celles-ci doivent représenter une rémunération convenable, telle que l'entend l'art. 349a al. 2 CO pour le contrat d'engagement des voyageurs de commerce (consid. 5.1).

Application au cas d'espèce (consid. 5.2).

Art. 322b Abs. 1 und Art. 349a Abs. 2 OR; Arbeitsvertrag, angemessenes Entgelt des Arbeitnehmers, der mit Provisionen entschädigt wird.

Wenn ein Arbeitnehmer ausschliesslich oder vorwiegend mit Provisionen entschädigt wird, müssen diese ein angemessenes Entgelt bilden, so wie dies Art. 349a Abs. 2 OR für den Handelsreisendenvertrag vorsieht (E. 5.1).

Anwendung auf den konkreten Fall (E. 5.2).

Art. 322b cpv. 1 e art. 349a cpv. 2 CO; contratto di lavoro, remunerazione adeguata del lavoratore pagato tramite l'incasso di provvigioni.

Se il lavoratore è remunerato in modo esclusivo o preponderante mediante provvigioni, queste devono rappresentare una remunerazione adeguata come quella prevista dall'art. 349a cpv. 2 CO per il contratto di impiego del commesso viaggiatore (consid. 5.1).

Applicazione nel caso concreto (consid. 5.2).

Extrait des considérants:

5.(...)

5.111 résulte de l'état de fait déterminant (art. 105 al. 1 LTF) que l'intimé, à partir du 1er juillet 2007, s'était engagé, pour une durée indéterminée et à plein temps, à fournir, dans une situation de subordination à l'endroit de la recourante, ses services comme "conseiller économique", moyennant le versement d'un salaire. Il n'est pas douteux, et au demeurant incontesté, que les parties ont conclu un contrat individuel de travail (art. 319 al. 1 CO).

Comme on l'a vu, l'autorité cantonale n'a pas tranché le point de savoir si les parties ont été liées par un contrat d'engagement des voyageurs

ATF 139 III 214, 215

de commerce. Il n'importe. En effet, un tel accord n'est qu'un contrat individuel de travail à caractère spécial (cf. art. 355 CO; WOLFGANG PORTMANN, in Basler Kommentar, Obligationenrecht, vol. I, 5e éd. 2011, n° 2 ad art. 347 CO).

Il a été retenu que l'intimé était rétribué par un salaire fixé selon un système de provisions sur les affaires conclues pour le compte de la recourante. Autrement dit, le salaire de l'intimé consistait exclusivement dans l'encaissement de provisions.

La provision est une modalité particulière de rémunération du travailleur.

Aux termes de l'art. 322b al. 1 CO, s'il est convenu que le travailleur a droit à une provision sur certaines affaires, elle lui est acquise dès que l'affaire a été valablement conclue avec le tiers. Il faut donc, sauf convention contraire, que le travailleur, pendant le rapport contractuel, procure une affaire concrète ou trouve un client disposé à conclure; il doit exister un rapport de causalité entre l'activité du travailleur et la conclusion du contrat (ATF 128 III 174 consid. 2b p. 176).

La doctrine moderne est d'avis que si le salarié est rémunéré de manière exclusive ou prépondérante par des provisions, celles-ci doivent alors représenter une rémunération convenable, telle que l'entend l'art. 349a al. 2 CO dans le cadre du contrat d'engagement des voyageurs de commerce (cf. ULLIN STREIFF ET AL., Arbeitsvertrag, 7e éd. 2012, n° 5 ad art. 322b CO; PORTMANN, op. cit., n° 1 ad art. 322b CO; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4e éd. 2006, n° 1 ad art. 322b CO; RÉMY WYLER, Droit du travail, 2e éd. 2008, p. 161 et la note 453; FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, TDPS vol. VII/4, 3e éd. 2005, p. 108). Cette opinion est convaincante. Afin d'éviter que l'employeur n'exploite le travailleur en lui faisant miroiter la perception de provisions irréalistes (cf., à ce propos, ATF 129 III 664 consid. 6.1), l'effet protecteur de l'art. 349a al. 2 CO doit être appliqué par analogie à tous les travailleurs payés principalement par provisions.

Il sied en conséquence de vérifier si la rémunération qu'a touchée l'intimé sous forme de provisions pouvait être qualifiée de "convenable" au sens de la disposition susrappelée, ainsi que l'affirme la recourante.

5.2 Le caractère "convenable" d'une rétribution est une notion juridique imprécise qui laisse au juge du fait un pouvoir d'appréciation. Partant, le Tribunal fédéral n'intervient que si cette autorité a abusé de

ATF 139 III 214, 216

ce pouvoir, c'est-à-dire si elle a retenu des critères inappropriés ou si la décision aboutit à un résultat manifestement injuste (ATF 135 III 121 consid. 2 in fine et les arrêts cités).

Une provision est convenable si elle assure au voyageur un gain qui lui permette de vivre décemment, compte tenu de son engagement au travail (Arbeitseinsatz), de sa formation, de ses années de service, de son âge et de ses obligations sociales ainsi que de l'usage de la branche (ATF 129 III 664 ibidem).

Lorsque la recourante affirme que l'intimé aurait réalisé "en 2008 et sur une période non négligeable" des revenus dépassant 4'000 fr. par mois, elle invoque des faits non constatés, dont il n'y a pas lieu de tenir compte (art. 105 al. 1 LTF). Pour les mêmes

raisons, il n'est pas possible de retenir que l'intéressé s'est peu investi dans son travail, car il avait fondé sa propre entreprise, active dans l'import-export.

La cour d'appel a constaté que l'intimé, au cours des relations contractuelles, a réalisé un salaire mensuel net moyen de 2'074 fr. pour une activité à plein temps. Il n'a pas été établi que les prestations de service fournies par le travailleur étaient insuffisantes. Dans de telles conditions, il n'est pas besoin de longues explications pour admettre que cette rétribution, qui, selon l'expérience générale, ne permet pas de vivre correctement en Suisse, n'était pas convenable, quelle que soit la situation personnelle de l'intimé.

La cour cantonale a considéré que la somme brute supplémentaire de 42'000 fr. requise par l'intimé représentait 1'800 fr. 25 de plus par mois durant les 22 mois et un tiers (recte: 23 mois et un tiers) qu'ont duré les rapports de travail (42'000 fr./23,33). Il appert donc que si l'on ajoute ce surplus au salaire mensuel net moyen réellement encaissé, on obtient un salaire brut de 3'874 fr. 25 (2'074 fr. + 1'800 fr. 25).

En jugeant que ce salaire mensuel brut de 3'874 fr. 25 était "convenable" dans le sens de l'art. 349a al. 2 CO, l'autorité cantonale n'a en rien abusé de son pouvoir d'appréciation. De fait, ledit salaire est encore largement inférieur au salaire médian mensuel brut, secteur privé et public confondus, afférent à des activités simples et répétitives dans la région lémanique pour l'année 2010, lequel se montait à 4'727 fr. par mois

(www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/04/blank/key/lohnstruktur/nach_gros_sregion.html).

Le moyen doit être rejeté.

XIII. Exercice

Provision

Répondez aux questions suivantes en vous basant sur la jurisprudence ci-dessus:

a. Quelle est la définition de la provision?

b. Quelles sont les conditions au droit à la provision ?

Document	JAR 2013, p. 196
Date de l'arrêt	20.03.2012
Tribunal	Tribunal fédéral
Publication	JAR 2013 Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
Domaines du droit	Droit du travail
Pages	196-200

196

Tribunal fédéral, Arrêt du 20 mars 2012, Doss.-N° 4D_98/2011 (Rejet du recours constitutionnel subsidiaire interjeté contre l'arrêt de la Cour de cassation civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel du 1^{er} novembre 2011)*

Art. 322d CO. Le versement régulier d'une gratification plusieurs années consécutives et sans aucune réserve quant à son caractère facultatif permet de conférer à cette dernière le caractère d'un salaire. Le principe de la confiance permet en effet à l'employé de penser que le paiement de la gratification a perdu son caractère volontaire initial pour se transformer en obligation de l'employeur. Il est admis que la gratification doit avoir été versée de manière ininterrompue et sans réserve pendant trois ans pour qu'il en résulte une prétention de l'employé. Par ailleurs, un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, égal ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un élément de salaire variable, alors même que l'employeur en a réservé le caractère facultatif (c. 2.4).

Extraits des faits:

Y. (ci-après: l'employé) a été engagé dès le 1^{er} juin 2004 en qualité de dessinateur-architecte par X. SA (ci-après: l'employeuse) pour un salaire mensuel brut de 6670 fr. (augmenté dès le 1^{er} janvier 2006 à 7000 fr.) versé douze fois l'an. Durant quatre années consécutives (2004 [prorata temporis], 2005, 2006 et 2007), l'employé a reçu un montant de 7000 fr. «net» (calculé sur la base d'un montant brut de 7550 fr. duquel on a déduit la «plupart des cotisations sociales»), en sus du salaire convenu. N'ayant reçu, en 2008, que 2000 fr., il s'en est étonné auprès de l'employeuse, qui

197

lui a alors octroyé une somme supplémentaire de 5000 fr. sous certaines conditions, un courrier postérieur faisant mention d'un prêt octroyé sans intérêts, une décision devant être prise ultérieurement quant à savoir si la somme devrait être remboursée ou si elle serait allouée à l'employé à titre de bonus 2008 et/ou 2009. L'employé n'a reçu aucune rétribution supplémentaire en 2009. Le contrat de travail a été résilié par l'employeuse

* Rechtsprechung zusammengestellt und bearbeitet von Prof. Dr. Wolfgang Portmann, Prof. Dr. Jean-Philippe Dunand und Dr. iur. Hubert Fritsch

le 7 août 2009, avec effet au 31 octobre 2009, l'employé étant libéré de son obligation de travailler.

Le 7 janvier 2010, l'employé a ouvert action devant le Tribunal des prud'hommes du district de Boudry; il a conclu à ce que l'employeuse soit condamnée à lui verser la somme de 5000 fr. au titre de solde de treizième salaire pour 2008 et 5833 fr. au titre de treizième salaire au prorata pour 2009, soit un montant total de 10 833 fr., avec intérêts. Par jugement du 22 septembre 2010, le Tribunal des prud'hommes a condamné l'employeuse à payer à sa partie adverse le montant de 10 833 fr., intérêt en sus. Par arrêt du 1^{er} novembre 2011, la Cour de cassation civile du Tribunal cantonal neuchâtelois a rejeté le recours interjeté par l'employeuse. En substance, elle a confirmé le jugement de la première instance, expliquant notamment que le montant supplémentaire accordé chaque année à l'employé était supérieur au salaire mensuel brut convenu entre les parties et que, selon la jurisprudence fédérale, cette rétribution supplémentaire devait être considérée comme un élément du salaire, et non comme une gratification volontaire.

L'employeuse exerce un recours constitutionnel subsidiaire contre l'arrêt cantonal du 1^{er} novembre 2011. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, à son annulation et à ce que la demande de l'employé soit rejetée, subsidiairement, au renvoi de la cause à l'autorité cantonale.

Extraits des considérants:

2.

La recourante soutient que la cour cantonale a apprécié les preuves de manière arbitraire en retenant qu'elle n'avait pas réservé le caractère facultatif de la gratification. Selon elle, tous les témoignages relatés dans le jugement de première instance confirment que le versement d'une gratification ne constituait qu'une simple possibilité pour l'employeuse, dont la réalisation dépendait de son bon vouloir.

(...)

2.2 La recourante se borne à présenter successivement trois extraits succincts tirés du compte-rendu des déclarations des témoins, sans indiquer lequel (ou lesquels) parmi ces derniers s'est (se sont) exprimé(s) dans ces extraits. Dans son acte de recours, elle ne renvoie donc pas de manière précise aux éléments du dossier (en l'occurrence aux propos des divers témoins prétendument favorables à sa thèse) et la recevabilité du moyen est dès lors douteuse.

198

Il ne ressort au demeurant pas des déclarations mises en évidence par la recourante que A., administrateur de la recourante, faisait clairement savoir à ses employés - qu'il convoquait pour un entretien à la fin de chaque année - que la gratification était octroyée «à bien plaisir», ou qu'il leur indiquait, par une formulation similaire, que la société n'entendait pas s'obliger à verser une gratification régulière (cf. entre autres auteurs: Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3^e éd. 2004, n° 6 ad art. 322d CO; Subilia/Duc, Droit du travail, 2010, n° 15 ad art. 322d CO). Le fait que A. annonçait aux employés «s'il vers[ait] une gratification» ou qu'un employé «[était] content si quelque chose [venait] en plus» est impropre à le démontrer. Il n'était en tout cas pas insoutenable de retenir, comme l'a fait la cour cantonale, que ces témoignages mettaient plutôt en évidence que l'administrateur expliquait simplement à ses collaborateurs que le versement - non contesté sur le principe - dépendait des résultats de l'année écoulée et des perspectives de l'année à venir, étant encore précisé que l'employeuse n'a pas prouvé que le montant versé chaque année serait également dépendant de la qualité de la prestation de travail des employés.

Même à admettre la recevabilité du moyen soulevé par la recourante, celui-ci devrait être déclaré mal fondé.

2.3 Dans un deuxième moyen, la recourante reproche à la cour précédente d'avoir considéré à tort le montant de 7000 fr. comme étant un élément du salaire plutôt qu'une gratification facultative (ou à bien plaisir). Elle soutient que l'autorité cantonale a procédé à une application arbitraire de la jurisprudence fédérale selon laquelle un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, égal ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un élément de salaire variable, alors même que l'employeur en a réservé le caractère facultatif. Elle observe que la cour cantonale, pour procéder à la comparaison en l'espèce, s'est fondée sur le salaire mensuel, de sorte que c'est en se basant sur un critère erroné qu'elle a admis une disproportion entre la gratification et le salaire (mensuel) de base, et conclu que les montants versés en fin d'année constituaient un élément de salaire (et non une gratification au caractère facultatif).

La recourante n'indique pas expressément, dans le mémoire adressé à la Cour de céans, à quel arrêt du Tribunal fédéral elle fait référence, se limitant à renvoyer à la «jurisprudence fédérale» rappelée par la Cour de cassation civile neuchâteloise. Dans sa motivation, elle tente en outre de démontrer l'arbitraire en tirant argument d'une erreur commise par la cour cantonale (référence au salaire mensuel plutôt qu'au salaire annuel). Elle se borne toutefois à prétendre que cette erreur a «incontestablement eu un résultat (sic) sur la solution du litige», sans démontrer, de manière circonstanciée - soit sur la base des critères développés par la jurisprudence (ATF 129 III 276 consid. 2.1 p. 279 s.) - qu'une comparaison entre le salaire annuel et les gratifications versées par l'employeuse aurait exclu une qualification en tant que salaire. Cela étant, on peut, au regard des exigences

199

strictes posées par l'art. 106 al. 2 LTF (par le renvoi de l'art. 117 LTF), douter de la recevabilité du moyen soulevé. Vu l'issue du recours, la question peut toutefois rester indécise en l'espèce.

2.4 Dans son argumentation, la recourante revient sur la question, objet de nombreuses décisions de la Cour de céans, des bonus versés en fin d'année aux travailleurs. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral, soulignant le caractère accessoire de la gratification par rapport au salaire de base, a indiqué que, même si les parties étaient convenues de qualifier une rétribution déterminée de gratification, cette rétribution devait, à certaines conditions, être considérée comme un élément de salaire (variable). Ainsi, un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, égal ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un élément de salaire variable, alors même que l'employeur en a réservé le caractère facultatif (ATF 131 III 615 consid. 5.2 p. 621; 129 III 276 consid. 2.1 p. 279 s.; Rehbinder/Stöckli, Berner Kommentar, 2010, n° 1 ad art. 322d CO et les arrêts cités).

Il s'agit toutefois là d'une question particulière, résolue en tenant compte de l'accessoriété de la gratification. En dehors de ces cas de figure (gratifications significatives au regard du salaire annuel de base), il n'en demeure pas moins qu'une rétribution supplémentaire versée par l'employeur peut être qualifiée comme un élément du salaire si cela résulte de la volonté des parties. Une prétention de l'employé au paiement de gratifications futures peut en effet être prévue dans le contrat de travail. Cette prétention peut également naître par actes concluants, lorsque les circonstances amènent à considérer que la rétribution octroyée par l'employeur est en réalité un salaire; le versement régulier d'une gratification plusieurs années consécutives et sans aucune réserve quant à son caractère facultatif permet de conférer à cette dernière le caractère d'un salaire (ATF 136 III 313 consid. 2 p. 317; arrêt 4C.244/2004 du 25 octobre 2004 consid. 2.1; arrêt 4C.263/2001 du 22 janvier 2002 consid. 4b; Wolfgang Portmann, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4^e éd. 2007, n° 10 ad art. 322d CO). Le principe de la confiance permet en effet à l'employé de penser que le paiement de la gratification a perdu son caractère volontaire initial pour se transformer en obligation de l'employeur (Rémy Wyler, Droit du travail, 2^e éd. 2008, p. 167 et les références). Il est admis que la gratification doit avoir été versée de manière

ininterrompue et sans réserve pendant trois ans pour qu'il en résulte une prétention de l'employé (ATF 129 III 276 consid. 2 p. 278; arrêt 4C.244/2004 déjà cité consid. 2.1; Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, 4^e éd. 2006, n° 9 ad art. 322d CO et les références).

Ainsi, on ne saurait admettre que l'erreur commise par la cour cantonale, sur laquelle la recourante fonde toute son argumentation, a pour conséquence automatique l'admission de son grief. Même à admettre que la rétribution supplémentaire de l'employeuse n'est pas devenue significative par rapport au salaire de base, il conviendrait encore d'examiner si, selon le

200

principe de la confiance, cette rétribution s'est transformée en un élément du salaire. Or, il est constant en l'espèce que l'employé s'est vu verser durant quatre années consécutives (en 2004, prorata temporis, 2005, 2006 et 2007) une rétribution supplémentaire de 7000 fr. par an et que l'employeuse n'a émis aucune réserve quant au caractère facultatif de la rétribution (cf. supra consid. 2.2), de sorte qu'elle n'a pas empêché la naissance de la prétention de l'employé. L'argumentation de la recourante ne permet donc en tout cas pas de faire apparaître la décision entreprise comme arbitraire dans son résultat.

La recourante ne conteste pas le montant de la rétribution pour 2008 et 2009, que la cour cantonale a fixé à 7000 fr. sur la base des montants versés les années précédentes. Il n'y a donc pas lieu d'y revenir.

XIV. Exercice

Gratification

Répondez aux questions suivantes en vous basant sur la jurisprudence ci-dessus:

a. Quelle est la définition de la gratification ? Quelle est la principale caractéristique d'une gratification ?

b. Quelle est la différence entre une gratification et un treizième salaire ?

c. A partir de quel moment une gratification devient un élément du salaire ?

XV. Exercice

Questions particulières sur le salaire :

a. Vous recevez votre salaire de plus en plus tard, par exemple durant les premiers jours du mois suivant. Pouvez-vous exiger que votre salaire soit versé précisément à la fin du mois ?

b. Votre employeur vous a versé il y a deux ans un montant de fr. 1'000.- durant les fêtes de fin d'année. Sur la fiche de salaire il était indiqué qu'il s'agissait d'une "gratification". L'an passé il vous a également versé à la fin de l'année une gratification de 3'000.-. Cette année, il vous indique qu'en raison de la crise économique les affaires sont mauvaises, il ne vous versera donc aucun montant en fin d'année, en a-t-il le droit ?

c. Votre employeur vous verse depuis 10 ans un montant de fr. 2'000.- en fin d'année, à titre de "gratification", en précisant à chaque fois que le versement est effectué à "bien plaire". Il vous indique que cette année en raison de la crise les affaires sont mauvaises et il ne vous versera aucune gratification, en a-t-il le droit ?

Cas 3

Pendant les fêtes de fin d'année, l'employeur de M. RIEUX lui a versé 1'000 CHF en 2012 et en 2013, puis 3'000 CHF en 2014, en 2015 et en 2016, alors que rien n'est spécifié dans le contrat de travail à ce sujet. Par ailleurs, aucune mention du type « à bien plaisir » n'a été indiquée sur les fiches de salaire lors des versements. La sixième année, M. RIEUX s'étonne de ne rien recevoir.

a. Indiquez quelle qualification juridique doit être donnée à ces montants:

b. M. RIEUX peut-il réclamer un montant au bout de la sixième année?

Le salaire en cas d'empêchement de travailler

Le Code des obligations traite aux art. 324 à 324b de l'obligation de verser le salaire lorsque le travailleur est empêché de travailler.

a) L'empêchement dû à l'employeur

Selon l'art. 324 al. 1 CO, si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs (même sans faute de la part de l'employeur, par exemple en raison du risque d'entreprise ou du risque économique), le travailleur a droit à son salaire, indépendamment du fait qu'il n'a pas exécuté sa prestation, et sans qu'il doive encore la fournir.

b) L'empêchement dû au travailleur

Si le travailleur est empêché de travailler par sa faute, il n'a droit à aucun salaire, ou encore, son salaire peut être réduit (il peut même devoir réparer le dommage causé à l'employeur sur la base de l'art. 321e CO). Par faute, on entend une faute caractérisée: bien que la jurisprudence soit pauvre à ce sujet on peut penser à une participation volontaire à des rixes, à un skieur qui s'engage dans du ski hors piste au mépris des signaux interdisant le passage et indiquant un fort risque d'avalanche ou encore, à la conduite d'un véhicule automobile avec un fort état d'ébriété. En revanche, on ne saurait interdire au travailleur la pratique de certains sports à risque tels la varappe, le ski, la plongée ou l'équitation.

Si le travailleur est empêché sans sa faute, le Code des obligations prévoit trois régimes : le régime de base (art. 324a al. 1 à 3 CO), le régime conventionnel dérogatoire (art. 324a al. 4 CO) et le régime de l'assurance obligatoire (art. 324b CO).

1. Le régime de base

Selon l'art. 324a al. 1 CO, si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité. Le régime légale de base est régi par l'art. 324a al. 1 à 3 CO. Il correspond à un seuil minimal de protection auquel il n'est pas possible de déroger au détriment du travailleur.

Par cause inhérentes on entend notamment : la maladie, l'accident, la grossesse, l'accouchement, la maladie d'un enfant, l'accomplissement d'une obligation légale (p. ex. service militaire).

La durée de l'obligation n'est réglée que partiellement par la loi. L'art. 324a al. 2 CO retient un temps limité d'au moins trois semaines, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois. S'agissant d'un contrat de durée indéterminée, le salaire n'est pas dû pendant les périodes d'empêchement survenant dans les trois premiers mois de travail, même si le contrat a ensuite duré plus longtemps ou si, dans l'esprit des parties, sa durée devait dépasser trois mois. Cette limitation minimale dans la durée des rapports de travail tient au fait que l'employeur doit protéger le travailleur seulement dans l'hypothèse où celui-ci lui montre une certaine fidélité.

Au delà de la première année de service, le Code des obligations s'en remet à l'équité. Pour cela, certains tribunaux ont établi des "échelles". L'échelle bernoise est utilisée de manière générale en Suisse romande. Elle se présente de la sorte :

<u>Années de service</u>	<u>Salaire dû pendant</u>
1 ^{re} année (si plus de trois mois)	trois semaines
2 ^e année	un mois
3 ^e et 4 ^e année	deux mois
5 ^e à 9 ^e année	trois mois
10 ^e à 14 ^e année	quatre mois
15 ^e à 19 ^e année	cinq mois
20 ^e à 24 ^e année	six mois
puis tous les cinq ans	un mois de plus

Il appartient au travailleur d'apporter la preuve de son empêchement, notamment par la production d'un certificat médical. Dans ce cas, si l'employeur a des doutes fondés, il est en droit d'en faire vérifier, à ses frais, par expert, l'existence et l'importance de la maladie.

2. Le régime conventionnel dérogatoire

Au sens de l'art. 324a al. 4 CO, pour qu'un accord dérogatoire (par rapport aux al. 1 à 3 de l'art. 324a CO) soit valable, deux conditions cumulatives doivent être réalisées:

- Le respect de l'exigence de forme : soit la forme écrite, un contrat-type ou une convention collective. Si l'employeur n'a pas respecté l'exigence de forme mais qu'il a néanmoins conclu une assurance perte de gain, le travailleur bénéficie de la coexistence des prestations de l'employeur (art. 324a al. 1 à 3 CO) et de l'assureur.
- L'équivalence des prestations : les prestations prévues doivent être de valeur globalement équivalente à celles découlant du régime de base. Il est aujourd'hui admis qu'un régime dérogatoire est équivalent lorsqu'il existe une assurance perte de gain maladie collective conclue par l'employeur remplissant les conditions suivantes :

- l'assurance couvre l'incapacité de travail pour cause de maladie pendant une durée de 720 ou 730 jours sur une période de 900 jours;
- pendant cette durée, les indemnités d'assurance couvrent au moins 80% du salaire;
- l'employeur prend en charge au moins la moitié de la prime de cette assurance.

Souvent ces assurances collectives prévoient toutefois un délai d'attente. Un délai supérieur à trois jours n'est pas admissible selon les tribunaux. Pour une partie de la doctrine, aucun délai d'attente ne devrait être admis.

3. Le régime de l'assurance obligatoire

Selon l'art. 324b CO, si le travailleur est assuré obligatoirement en vertu de la loi contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler qui ne provient pas de sa faute, mais qui est dû à des raisons inhérentes à sa personne, l'employeur doit d'une part la différence entre les prestations d'assurances et les 80% du salaire afférent à la période indemnisée (art. 324b al. 3 CO), et d'autre part les 80% du salaire jusqu'au versement desdites prestations. Il peut s'agir de prestations d'une assurance-accidents (LAA), d'une assurance perte de gain en cas de service et de maternité (LAPG), de l'assurance militaire (LAM) et de l'assurance-invalidité (LAI).

Document	DTA 2015 p. 35
Date de l'arrêt	10.10.2014
Tribunal	Tribunal fédéral
Publication	DTA - Revue de droit du travail et d'assurance-chômage
Domaines du droit	Droit du travail
Pages	35-39

DTA 2015 p. 35

Tribunal fédéral, I^{re} Cour de droit civil, arrêt du 10 octobre 2014, recours en matière civile (4A_98/2014)

Droit au salaire en cas d'empêchement du travailleur (art. 324a CO)

Art. 324a al. 4 CO. Si l'exigence d'équivalence ou de forme écrite n'est pas satisfaite, le régime légal trouve application. Le travailleur peut alors exiger un montant correspondant à son salaire pendant le «temps limité» défini à l'art. 324a al. 2 CO. L'employeur ayant souscrit une assurance et payé la moitié des cotisations peut déduire la totalité des indemnités servies pendant cette période limitée, mais pas les indemnités ultérieures. Par la contribution respective au paiement des primes, l'employeur est réputé se libérer de la totalité de l'indemnité due pour un temps limité, tandis que l'employé s'assure pour la période postérieure. Il y a ainsi coexistence des prestations de l'employeur et de l'assureur jusqu'à concurrence du dommage, pendant la période limitée de l'art. 324a al. 2 CO (c. 4.2.1).

Lohn bei Verhinderung des Arbeitnehmers (Art. 324a OR)

Art. 324a Abs. 4 OR. Mangelt es an der Gleichwertigkeit oder der Schriftform, kommt die gesetzliche Regelung zum Tragen. Der Arbeitnehmer kann dann einen Betrag fordern, der seinem Lohn während der «beschränkten Zeit» gemäss Art. 324a Abs. 2 OR entspricht. Hat der Arbeitgeber eine Versicherung abgeschlossen und zahlt er die Hälfte der Prämien, kann er alle während der «beschränkten Zeit» geleisteten Taggelder in Abzug bringen, nicht aber jene in der Folgeperiode. Mit dem Beitrag zur Prämienzahlung befreit sich der Arbeitgeber von der Lohnfortzahlungspflicht während der «beschränkten Zeit», wohingegen sich der Arbeitnehmer für die Folgeperiode versichert. In der «beschränkten Zeit» nach Art. 324a Abs. 2 OR bestehen die Leistungen des Arbeitgebers und der Versicherung nebeneinander bis zur Höhe des entstandenen Schadens (E. 4.2.1).

DTA 2015 p. 35, 36

Extraits des faits

A., domicilié en Haute-Savoie (France), a été engagé pour le 1^{er} mai 2008 en qualité de fiscaliste et comptable par la B. SA, sise à Genève; il venait d'effectuer pour celle-ci une mission temporaire à temps partiel dès le 2 avril 2008. La lettre d'engagement prévoyait notamment un délai de congé de deux mois dès la deuxième année de service, un salaire mensuel brut de 8500 fr. payable treize fois l'an et une retenue sur salaire de 0,35% pour l'assurance perte de gain en cas de maladie. L'employeuse était dotée d'un règlement d'entreprise énonçant ce qui suit à son art. 3.m.c: «Chaque collaborateur participe à raison de 50% à l'assurance perte de gain. Il a droit au versement de 80% de son salaire pendant 720 jours. [...]». L'employeuse avait contracté une assurance maladie collective auprès de l'assureur D. SA (ci-après: D.). Les conditions générales prévoyaient un droit au versement d'indemnités journalières après la fin des rapports de travail, mais pas au-delà de 90 jours s'agissant des frontaliers. Dès le 1^{er} janvier 2009, le salaire brut a été porté à 8600 fr. L'employé s'est trouvé en incapacité de travail du 9 avril 2010 au 25 septembre 2011. L'incapacité était totale, sauf pour la période du 7 au 20 juin 2010, où elle n'était que de 40%. Par avis du 16 juillet 2010, l'employeuse a résilié le contrat de travail pour le 30 septembre 2010, sans donner de motif. Elle invitait l'employé à examiner avec l'assureur la possibilité de prolonger la couverture perte de gain au-delà des rapports de travail. L'employé a déclaré s'opposer au licenciement par courrier du 22 septembre 2010. Le 29 décembre 2010, soit 90 jours après la fin du contrat, la compagnie d'assurance a versé une dernière indemnité journalière de 245 fr. 04. Elle avait par ailleurs informé l'employé en août 2010 qu'elle ne pouvait pas assurer un frontalier en assurance individuelle.

Après avoir saisi l'autorité de conciliation le 25 mars 2011, l'employé a déposé une demande devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève. En dernier lieu, il a conclu à la remise d'un certificat de travail modifié, à une indemnité de 80 900 fr. pour licenciement abusif et tort moral, à des intérêts sur une créance payée avec retard et à une indemnisation de 65 673 fr. 40 pour l'absence de couverture perte de gain entre le 30 décembre 2010 et le 25 septembre 2011. L'employeuse a conclu au rejet; de surcroît, elle a appelé en cause l'assureur D. afin qu'il la relève de toute condamnation en lien avec la couverture d'assurance perte de gain. Elle a allégué qu'entre 2004 et 2006, elle était assurée auprès d'une autre compagnie dont les conditions générales ne prévoyaient aucune restriction au droit des frontaliers; elle avait changé d'assureur et demandé une couverture équivalente; D. n'avait pas respecté cette exigence. Le Tribunal des prud'hommes a déclaré la requête d'appel en cause irrecevable au motif que le litige entre l'employeuse et l'assureur relevait de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA – RS 221.229.1) et qu'il entrait dans la compétence de la Chambre des assurances sociales. Par jugement du 6 août 2013, le tribunal prud'homal a condamné l'employeuse à payer au travailleur un montant de 406 fr. 10 à titre d'intérêt pour le paiement tardif d'une prime de production et à lui délivrer un certificat de travail modifié; il a rejeté l'action pour le surplus. Concernant la prétention en paiement d'indemnités journalières dès le 30 décembre 2010, le tribunal a interprété l'art. 3.m.c du règlement d'entreprise en ce sens qu'il prévoit une couverture d'assurance uniquement pour les «collaborateurs» de la société, soit les employés au bénéfice d'un contrat de travail non échu. L'employé avait touché des indemnités pendant 90 jours après la fin du contrat; il avait obtenu bien plus que ce à quoi il pouvait prétendre en vertu du règlement. L'employé, représenté par une avocate, a déféré cette décision à la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice. Il concluait à la confirmation du jugement en tant qu'il condamnait l'employeuse à lui verser 406 fr. 10 et à lui délivrer un certificat de travail modifié; il requérait de surcroît une indemnité de 25 800 fr. pour licenciement abusif, ainsi que 66 160 fr. 80 pour le préjudice causé par l'absence de couverture perte de gain; à cet égard, il contestait l'interprétation de l'art. 3.m.c du règlement. La Chambre a rejeté l'appel par arrêt du 4 février 2014. Elle a notamment confirmé que l'employé n'avait pas à être indemnisé au-delà du 29 décembre 2010, pour le motif suivant: les conditions générales d'assurance n'octroyaient aux frontaliers qu'un droit restreint à percevoir des indemnités après la fin des rapports de travail (limite de 90 jours); certes, dans

l'assurance perte de gain régie par la LCA, l'indemnité journalière continuait en règle générale d'être versée après la fin du contrat de travail; toutefois, il était admissible de prévoir une réduction ou une suppression de toute indemnité passé ce moment. L'employé, qui procède sans l'assistance d'un avocat, saisit le Tribunal fédéral d'un «recours» par lequel il entend en substance faire confirmer la condamnation au paie-

DTA 2015 p. 35, 37

ment de 406 fr. 10 et à la délivrance d'un certificat de travail modifié; il requiert en outre que la partie adverse soit condamnée au paiement de 66 160 fr. 80 en réparation du préjudice causé par l'absence de couverture perte de gain pendant la période du 30 décembre 2010 au 25 septembre 2011. L'employeuse conclut au rejet du recours dans la mesure où il est recevable. L'autorité précédente se réfère à son arrêt. Le Tribunal fédéral confirme l'arrêt attaqué.

Extraits des considérants

4.1Le recourant reproche à son ex-employeuse d'avoir souscrit par négligence une assurance assortie de restrictions pour les frontaliers, qui ne lui octroyait pas la couverture prévue par l'art. 3.m.c du règlement d'entreprise, à savoir 80% de son salaire pendant 720 jours, y compris après un éventuel licenciement. L'employeuse devrait répondre de la couverture insuffisante et lui verser l'équivalent du solde des indemnités journalières jusqu'à l'écoulement de 720 jours. L'autorité précédente aurait enfreint l'art. 18 CO en interprétant de façon erronée le règlement d'entreprise.

4.2.1L'art. 324a CO réglemente le droit au salaire lorsque le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour cause de maladie notamment. Trois régimes sont envisageables. Selon le régime légal, l'employeur verse le salaire «pour un temps limité» (al. 1), c'est-à-dire trois semaines pendant la première année de service, et ensuite pour une période plus longue fixée équitablement, en fonction de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières (al. 2). La pratique a développé des barèmes destinés à faciliter l'application de cette disposition (échelles bernoise, zurichoise et bâloise; ...). Le droit au salaire cesse à la fin des rapports de travail (ATF 127 III 318 consid. 4b p. 325). Ce régime de base correspond à un seuil minimal de protection auquel il n'est pas possible de déroger en défaveur du travailleur (ATF 131 III 623 consid. 2.2 p. 628). Selon le régime complémentaire, les parties peuvent convenir d'améliorer la protection du travailleur sans toucher au minimum légal, par exemple en prolongeant la période pendant laquelle le salaire reste dû (art. 324a al. 2 in principio CO) ou en prévoyant d'autres causes d'empêchement que celles retenues dans la loi. Une telle convention, qui ne fait qu'améliorer la situation du travailleur, et qui peut notamment porter sur la conclusion d'une assurance collective perte de gain, n'est soumise à aucune forme (...). Enfin, selon le troisième régime prévu à l'art. 324a al. 4 CO, un accord écrit, un contrat-type ou une convention collective peut déroger au système légal à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes. L'employeur ou l'assureur versera des prestations moindres que celles dues légalement pendant un «temps limité», mais qui s'étendront sur une période plus longue (arrêt 4A_53/2007 du 26 septembre 2007 consid. 4.3, in RtiD 2008 I 1057; ...). L'équivalence est généralement respectée lorsque l'employeur contracte une assurance qui alloue 80% du salaire pendant 720 jours, après un délai d'attente de 2-3 jours au maximum, moyennant un paiement de la moitié au moins des primes par l'employeur (ATF 135 III 640 consid. 2.3.2 p. 647 [délai de 730 jours]; ...). La forme écrite doit couvrir les points essentiels du régime dérogatoire, à savoir les risques couverts, le pourcentage du salaire assuré, la durée des prestations, les modalités de financement des primes et un éventuel délai d'attente; un renvoi aux conditions générales d'assurance ou à un autre document tenu à disposition du travailleur suffit (ATF 131 III 623 consid. 2.5.1); les deux parties doivent signer l'accord (...). Si l'exigence d'équivalence ou de forme écrite n'est pas satisfaite, le régime légal trouve application. Le travailleur peut exiger un montant correspondant à son salaire pendant le «temps limité» défini à l'art. 324a al. 2 CO. L'employeur ayant souscrit une assurance et payé la moitié des cotisations peut déduire la totalité des indemnités servies pendant cette

période limitée, mais pas les indemnités ultérieures; par leur contribution respective au paiement des primes, l'employeur est réputé se libérer de la totalité de l'indemnité due pour un temps limité, tandis que l'employé s'assure pour la période postérieure (ATF 96 II 133 consid. 3d et 3f; ...). Il y a ainsi coexistence des prestations de l'employeur et de l'assureur jusqu'à concurrence du dommage, pendant la période limitée de l'art. 324a al. 2 CO (arrêt C 160/05 du 24 janvier 2006 consid. 7.2.1, ...). Cas échéant, l'employé peut commettre un abus de droit en réclamant le solde de son salaire alors qu'il a bénéficié de larges prestations de l'assurance (arrêt 4C.371/1995 du 23 juillet 1996 consid. 2b). Un auteur souligne que l'accord prévoyant le versement du salaire ou d'une indemnité au-delà de la durée minimale prévue par la loi n'est soumis à aucune forme (art. 324a al. 2 CO); il en conclut que l'accord peut subsister tel

DTA 2015 p. 35, 38

quel, lors même que l'employeur est tenu d'appliquer le régime de base pendant cette durée minimale (...).

4.2.2L'art. 11 al. 2 CO énonce qu'à défaut de disposition contraire sur la portée et les effets de la forme prescrite, le contrat n'est valable que si cette forme a été observée. Selon une jurisprudence critiquée par la doctrine, la sanction du vice de forme est la nullité absolue, qui doit être constatée d'office par le juge (ATF 106 II 146 consid. 3 p. 151; cf. aussi ATF 137 III 243 consid. 4.4.6; ...). L'invocation du vice de forme peut toutefois constituer un abus de droit manifeste (art. 2 al. 2 CC), lequel peut notamment résider dans le fait d'adopter un comportement contradictoire. L'abus de droit ne peut être retenu que de façon restrictive (arrêt 4C.225/2001 du 16 novembre 2001 consid. 2b, in SJ 2002 I 405). Il n'est pas possible de poser des règles rigides en la matière, les circonstances concrètes étant déterminantes, notamment le comportement des parties et le but de la règle de forme (ATF 138 III 123 consid. 2.4.2).

4.3En l'occurrence, la lettre d'engagement prévoit que l'employeuse retiendra sur le salaire 0,35% pour l'assurance perte de gain en cas de maladie. L'état de fait de l'arrêt attaqué peut être complété en ce sens que cette lettre a été signée par les deux parties au contrat de travail; elle ne contient toutefois aucun renvoi à un document tel que les conditions générales d'assurance ou le règlement d'entreprise (pièce 5). Si la participation de l'employé au paiement des primes de l'assurance perte de gain est généralement l'indice d'un régime dérogatoire (...), force est de constater que la lettre d'engagement ne règle pas les éléments essentiels d'un tel régime et n'incorpore aucun autre document. L'exigence de forme écrite n'est donc pas satisfaite, ce qui n'a été relevé ni par l'employeuse intimée, ni par les autorités cantonales. L'employé ne réclame pas son salaire ou un solde de salaire pour la période limitée définie à l'art. 324a al. 2 CO (cf. infra, consid. 4.6). Il entend être dédommagé pour une période postérieure, non couverte par ce minimum légal, soit après la fin des rapports de travail; l'employeuse aurait contracté à cet égard une couverture d'assurance non conforme à ses engagements. Selon la jurisprudence, l'employeur doit répondre du dommage causé au travailleur lorsqu'il ne respecte pas son obligation de conclure une assurance collective avec des prestations prédéfinies; il s'agit d'une responsabilité pour violation des obligations contractuelles ou inexécution au sens de l'art. 97 CO (ATF 127 III 318 consid. 5; 115 II 251 consid. 4a et 4b). Un accord valable (respectivement une clause d'une convention collective ou d'un contrat-type) doit donc servir de fondement à une telle responsabilité. Or, il n'y a ici aucun accord écrit instituant un régime d'assurance en dérogation du droit au salaire pendant un temps limité. L'on ne saurait retenir une nullité partielle et appliquer le régime légal pour la période limitée, puis le régime conventionnel pour la période postérieure (...); car l'employeur n'est pas réputé accepter un régime complémentaire alors qu'il avait en vue un régime dérogatoire, permettant de limiter ses obligations pendant le temps limité défini par la loi. En raison du vice de forme, le travailleur ne peut donc pas prétendre à des dommages-intérêts contractuels. Par ailleurs, il n'apparaît pas que l'employeuse aurait eu un comportement constitutif d'un abus de droit. L'on ne peut ignorer que dans certains cas, en particulier lors d'une incapacité de travail prolongée, le régime dérogatoire «standard» répondant à l'exigence d'équivalence (cf. supra, consid. 4.2.1)

se révélera plus favorable au travailleur que le minimum légal. L'on observe toutefois que le législateur n'a prévu aucune disposition pour tenir en échec la conséquence prévue à l'art. 11 al. 2 CO. La liste, certes non exhaustive, des dispositions semi-impératives auxquelles il est possible de déroger en faveur du travailleur (art. 362 CO) mentionne les alinéas 1 et 3 de l'art. 324a CO, à l'exclusion de l'alinéa 4 qui contient l'exigence de forme écrite. A cela s'ajoute que dans le présent cas, l'on ne peut que mettre en doute l'existence d'un accord même informel. Les parties ont tout au plus convenu d'une assurance perte de gain en cas de maladie financée par le travailleur à concurrence d'une retenue de 0,35% sur son salaire mensuel. L'on ignore dans quelles circonstances l'employé a pris connaissance du règlement d'entreprise, en vertu duquel l'employeuse est censée contracter une assurance garantissant le versement de 80% du salaire pendant 720 jours. Comme déjà précisé, la lettre d'engagement n'incorpore pas ce règlement, qui n'est pas nécessairement un règlement d'entreprise au sens de la loi sur le travail (cf. art. 37 et 39 al. 2 LTr.; RS 822.11). Quant aux conditions générales d'assurance, l'employé admet dans son recours n'en avoir pris connaissance que le 6 août 2010, soit après la dénonciation du contrat. Il n'est donc pas établi que lorsque l'employé a accepté le principe

DTA 2015 p. 35, 39

d'une retenue, ou à tout le moins lorsque les retenues ont été pratiquées, il avait connaissance du fait que l'assurance contractée devait procurer à chaque collaborateur 80% de son salaire pendant 720 jours.

4.4Le recourant reproche de surcroît à l'employeuse d'avoir enfreint ses obligations contractuelles en ne lui communiquant pas les conditions de l'assurance contractée, contrairement à ce que prévoyait l'art. 7 CGA. L'employeuse a invité le travailleur à examiner avec la compagnie d'assurance s'il était possible de prolonger la couverture après la fin des rapports de travail. Pour le surplus, un employeur peut certes engager sa responsabilité contractuelle en omettant de communiquer les conditions d'assurance et les restrictions concernant certains travailleurs, auquel cas il devra répondre des promesses faites au travailleur; mais encore faut-il que l'obligation de conclure une assurance ait un fondement valable, lequel fait en l'occurrence défaut.

4.5L'on ne discerne pas non plus d'éléments susceptibles de fonder une responsabilité de l'employeuse pour acte illicite ou culpa in contrahendo.

4.6Le recourant ne développe pas d'argumentation subsidiaire selon laquelle il n'aurait pas touché la totalité de son salaire pendant la période limitée de l'art. 324a al. 2 CO et aurait de ce fait une prétention salariale. Eu égard d'une part aux barèmes élaborés par les pratiques cantonales, qui prévoient d'allouer 9 semaines de salaire pendant la troisième année de service, et compte tenu d'autre part des fiches de salaire 2010 et décomptes d'indemnités journalières figurant au dossier cantonal, il n'apparaît pas que le recourant puisse faire valoir une telle prétention, que le juge fixe en équité. Le dossier ne fournit pas non plus d'éléments permettant de chiffrer une prétention à raison d'un éventuel trop-perçu sur les retenues de salaire.

4.7En bref, à défaut d'accord valable, l'autorité précédente était fondée à nier toute prétention d'indemnisation en raison de la couverture d'assurance contractée; elle pouvait également exclure toute prétention salariale fondée sur l'art. 324a al. 2 CO. Dans son résultat, la décision attaquée est conforme au droit fédéral. Point n'est besoin d'examiner si les instances cantonales ont fait une interprétation erronée de l'art. 3.m.c du règlement d'entreprise, respectivement si les conditions générales d'assurance comportant des règles plus sévères à l'encontre des frontaliers sont conformes aux engagements internationaux (...). Il s'ensuit le rejet du recours.

Exercice : Cas pratique sur l'empêchement dû au travailleur

Madame MALBO a été engagée en qualité de comptable par la fiduciaire COMPTA-REBOURS SARL le 1^{er} septembre 2015. Depuis le 1^{er} février 2017, elle est sous certificat médical en raison d'un burn-out, qui l'empêche de travailler et ce, jusqu'au 31 juin 2017. Aucune assurance perte de gain maladie n'a été conclue en faveur des employés.

- Pendant quelle durée COMPTA-REBOURS SARL est-elle dans l'obligation de verser son salaire à Madame MALBO? Précisez ce que prévoit la loi, et ce qu'on prévu les tribunaux pour une telle situation.

Exemple de régime d'assurance obligatoire : le cas de la maternité

Par groupe de 4 ou 5 étudiants, explicitez les thèmes suivants - tout en précisant les articles pertinents - en vous aidant du tableau de la page suivante :

a. Le droit au salaire

b. Le droit et l'interdiction de travailler

c. Le droit et l'interdiction du licenciement

L'EMPÊCHEMENT DE TRAVAILLER LIÉ À LA MATERNITÉ

Art. 35a LTr

Occupation durant la maternité

- ¹ Les femmes enceintes et les mères qui allaitent ne peuvent être occupées sans leur consentement.
- ² Sur simple avis, les femmes enceintes peuvent se dispenser d'aller au travail ou le quitter. Les mères qui allaitent peuvent disposer du temps nécessaire à l'allaitement.
- ³ Les accouchées ne peuvent être occupées durant les huit semaines qui suivent l'accouchement; ensuite, et jusqu'à la seizième semaine, elles ne peuvent l'être que si elles y consentent.
- ⁴ Durant les huit semaines qui précèdent l'accouchement, les femmes enceintes ne peuvent être occupées entre 20 heures et 6 heures.

temps

GROSSESSE	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16
------------------	----------	----------	----------	----------	----------	----------	----------	----------	----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------

droit au travail

TRAVAIL NON OBLIGATOIRE	TRAVAIL INTERDIT	TRAVAIL NON OBLIGATOIRE
--------------------------------	-------------------------	--------------------------------

droit au salaire

ECHELLE BERNOISE (324A CO)	80% DU SALAIRE (324B + 329F CO)		CH
			GE

protection contre le licenciement (336c al. 1 let. c)

Le droit des vacances

Les vacances sont une période de repos pendant laquelle le salarié continue de percevoir sa rémunération comme s'il travaillait normalement. Les vacances sont traitées par les art. 329a à 329d CO.

a) Droit aux vacances

La durée minimale des vacances est de quatre semaines par année de service pour les travailleurs de plus de 20 ans et de cinq semaines pour les plus jeunes (art. 329a al. 1 CO).

L'art. 329a al. 1 CO se contente de fixer uniformément le minimum du droit aux vacances auquel chaque travailleur peut prétendre. Les conventions collectives de travail et les contrats individuels prévoient fréquemment un droit aux vacances supérieur, qui peut être modulé en fonction de l'âge, voire de l'ancienneté.

Le droit aux vacances prend naissance avec le début des rapports de travail et sa durée est déterminée par référence à l'année de service. Comme le droit aux vacances est de 4 semaines pour une année de rapports de travail, il suffit de 48 semaines de travail par année pour avoir droit à 4 semaines de vacances.

Si l'année de service n'est pas complète, les vacances s'effectue *pro rata temporis*.

Lorsqu'à sa demande le travailleur a pris des vacances à l'avance et qu'au moment de la fin des rapports de travail il ne les a pas encore acquises dans leur totalité, il doit rembourser le salaire correspondant aux vacances prises en trop, s'il est à l'origine de la résiliation. En revanche, si c'est l'employeur qui met fin aux rapports de travail, le travailleur n'est pas tenu de le rembourser.

b) Réduction du droit aux vacances

L'art. 329b al. 1 CO prévoit la possibilité pour l'employeur de réduire le droit aux vacances lors d'empêchement de travailler de longue durée pendant l'année de service considérée. Une réduction du droit aux vacances n'est possible qu'après l'écoulement d'un délai de carence d'un mois pendant lequel l'absence du travailleur n'emporte pas de conséquence quant à son droit aux vacances (art. 329b al. 2CO). Dans les cas rares où l'empêchement de travailler est dû à une faute du travailleur, le délai de carence est supprimé.

La réduction du droit aux vacances ne peut être exercée qu'à raison d'un douzième par mois complet d'absence totale au travail. Par exemple, huit semaines de maladie n'entraînent aucune réduction, alors que neuf semaines peuvent entraîner une réduction du droit aux vacances d'un douzième.

c) Date des vacances

En principe, l'employeur doit accorder à chaque travailleur les vacances dans l'année de service à laquelle elles correspondent (art. 329c al. 1 CO). Elles doivent comprendre au moins deux semaines consécutives. Les dates sont fixées par l'employeur en tenant compte des désirs du travailleur, dans une mesure compatible avec les intérêts de l'entreprise (art. 329C al. 2 CO).

d) Paiement du salaire afférent aux vacances

L'employeur doit verser au travailleur le salaire total afférent aux vacances (art. 329d al. 1 CO). Cette disposition a pour but de garantir que le travailleur soit libéré de son travail sans avoir à supporter de perte financière.

En vertu de l'art. 329d al. 2 CO les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages tant que durent les rapports contractuels.

Toutefois, l'inclusion de l'indemnité de vacances dans le salaire total est admissible selon la jurisprudence dans des cas exceptionnels, notamment s'il s'agit d'un travail très irrégulier à temps partiel. Cette méthode ne prive cependant pas le travailleur du droit de bénéficier effectivement de ses vacances.

Enfin, selon l'art. 329d al. 3 CO, lorsque le travailleur exécute pendant les vacances un travail rémunéré pour un tiers, au mépris des intérêts légitimes de l'employeur, celui-ci peut lui refuser le salaire afférent aux vacances ou en exiger le remboursement s'il l'a déjà versé.

Lisez l'extrait de la partie en droit traitant d'une prétention de fr. 17'403.75 à titre de vacances non compensées du jugement du Tribunal des prud'hommes de Genève reproduit aux pages suivantes et répondez aux questions.

- La demanderesse réclame fr. 17'403.75 à titre de vacances non compensées.

En cas de résiliation ordinaire du contrat de travail par l'employeur, les vacances devraient être prises lors du délai de congé; l'employeur ne peut contraindre le salarié à les reporter après l'échéance du contrat (art. 329d al. 2 CO; ATF 106 II 154 = JdT 1980 I 603). Ce principe n'est cependant pas absolu. En effet, une fois le contrat dénoncé, le travailleur doit chercher un autre emploi et l'employeur doit lui accorder le temps nécessaire pour ce faire (art. 329 al. 3 CO). Cette recherche étant incompatible avec la prise effective de vacances, il faudra examiner dans chaque cas, au vu de l'ensemble des circonstances, telles que la durée du délai de congé, la difficulté à trouver un autre travail, s'agissant de l'emploi considéré, et le solde de jours de vacances à prendre, si l'employeur pouvait exiger que les vacances fussent prises pendant le délai de congé ou s'il devait les payer en espèces à la fin des rapports de travail (ATF du 24 novembre 1992 cité par Aubert in SJ 1993 p. 354; Aubert, Le droit des vacances: quelques problèmes pratiques, in Journée 1990 du droit du travail et de la sécurité sociale, p. 129/130; Streiff/Von Kaenel, Arbeitsvertrag, ad art. 329c CO N° 11). Par ailleurs, dans la plupart des cas, une incapacité de travailler implique également l'incapacité de prendre effectivement des vacances car leur but de détente ne peut être atteint (Brunner/Bühler/Waerber, Bruchez, Commentaire du contrat de travail, p. 163). A cet égard, il convient de distinguer l'incapacité de travail de l'incapacité de bénéficier des vacances. Le cumul des conditions de la durée et de l'intensité permet de déterminer si le travailleur est ou non incapable de bénéficier de ses vacances. Les maladies et accidents qui provoquent des douleurs ou gênes importantes ont à prendre en considération comme empêchements; il en est ainsi des dépressions nerveuses présentant une certaine gravité, des maladies ou accidents provoquant une immobilisation complète, une insolation, une mise en quarantaine, une hospitalisation, un suivi médical constant et prolongé (Wyler, Droit du travail, p. 251 et 253).

A teneur de l'article 339 al. 1 CO toutes les créances qui n'étaient pas encore

exigibles le deviennent immédiatement à la fin des rapports de travail. Il peut s'agir en particulier des indemnités pour vacances (Brunner/Bühler/Waeber, Bruchez, Commentaire du contrat de travail, p. 298).

L'article 13.1 al. 1 CCT, prévoit que les personnes âgées de 50 ans révolus ont droit à 30 jours de vacances par année civile. En cas d'absence due notamment à la maladie, dont la durée totale dépasse trois mois par année, le droit annuel aux vacances est réduit d'un douzième pour chaque mois complet supplémentaire d'absence (art. 13.3 al. 1 CCT).

A moins que la loi ne prescrive le contraire, le juge apprécie librement le résultat des mesures probatoires (art. 343 al. 4 CO ; art. 196 LPC applicable à titre supplétif en vertu de l'art. 11 LJP). La libre appréciation des preuves permet au juge de tenir compte non seulement des preuves matérielles proprement dites mais également de celles, plus subjectives ou psychologiques, telles que l'attitude des parties et des témoins, le degré de crédibilité de leurs déclarations, les difficultés rencontrées par les parties dans l'administration des preuves, etc. (SJ 1984, p. 29).

En l'espèce, la demanderesse a démontré, par des certificats médicaux consécutifs d'incapacité de travail à 100%, l'existence d'une maladie de grande durée et de forte intensité la rendant incapable de bénéficier de ses vacances durant le délai de congé, soit durant la période du 14 juillet au 31 octobre 2003. Dès lors, elle a droit à une indemnité pour le solde de jours de vacances non pris.

Les parties ont reconnu un solde de 33 jours de vacances pour l'année 2002. Implicitement, les parties ont également admis dans leurs écritures qu'aucun jour de vacances n'avait été pris durant l'année 2003. La carte de pointage de la demanderesse au 10 janvier 2003 confirmait ainsi un solde de vacances de 63 jours, correspondant aux 33 jours de solde de l'année 2002 cumulés aux 30 jours crédités pour l'année 2003. En raison de sa maladie et conformément à la CCT, les jours de vacances afférents à l'année 2003 doivent être réduits en tenant compte d'une absence du 14 janvier au

* TRIBUNAL *

31 octobre, soit neuf mois complets. Sous déduction des trois mois de grâce prévu par la CCT, les mois à prendre en compte sont au nombre de six et la réduction du droit aux vacances sera en conséquence de 50% ($1/12 \times 6$).

Pour la période du 1^{er} janvier au 31 octobre 2003, soit dix mois, la demanderesse avait droit à 25 jours de vacances ($10/12 \times 30$). Après réduction de 50% en raison de sa maladie, son droit aux vacances s'élève à 12.5 jours pour l'année 2003. Dès lors, le nombre de jours de vacance dû, comprenant le solde de l'année 2002 et le droit réduit de l'année 2003, est de 45.5 ($33 + 12.5$). Par ailleurs, le salaire journalier convenu de la demanderesse était de fr. 382.48 ($(7'679 + 7'679/12) / 21.75$ jours ouvrables moyens par mois).

En conséquence, la défenderesse sera condamnée à verser à la demanderesse la somme brute de fr. 17'402.85 (45.5×382.48) à titre de vacances non compensées.

La protection de la personnalité du travailleur

Selon l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur doit d'abord veiller à ce que le travailleur puisse exécuter son travail dans des conditions qui respectent sa personnalité, notamment sa santé et sa personnalité. Il est responsable tant de son attitude personnelle que de celles des supérieurs, des collègues du travailleur, voire de tiers.

Selon l'art. 328 al. 2 CO, l'employeur doit ensuite prendre toute mesure commandée par les circonstances pour protéger la vie et la santé des travailleurs. Il doit aménager son entreprise et organiser le travail de manière à ne pas leur faire courir de risques excessifs, les avertir des mesures de précaution à prendre et en assurer le respect.

On peut notamment identifier les cas particuliers d'atteinte à la personnalité suivants :

a) Le mobbing

Le Tribunal fédéral donne la définition suivante du mobbing: « *Le harcèlement psychologique, appelé aussi mobbing, se définit comme un entraînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail (...). La victime est souvent placée dans une situation où chaque acte pris individuellement, auquel un témoin a pu assister, peut éventuellement être considéré comme supportable alors que l'ensemble des agissements constitue une déstabilisation de la personnalité, poussé jusqu'à l'élimination professionnelle de la personne visée (...). Il résulte des particularités du mobbing que ce dernier est généralement difficile à prouver, si bien qu'il faut éventuellement admettre son existence sur la base d'un faisceau d'indices convergents, mais aussi garder à l'esprit qu'il peut n'être qu'imaginaire ou même être allégué abusivement pour tenter de se protéger contre des remarques et mesures pourtant justifiées... ».¹*

¹ ATF du 9 juillet 2007, 4A 128/2007, consid. 2.1; cité in: Wyler, Droit du travail, p. 323.

Un montant de fr. 25'000.- a été accordé dans un cas de mobbing aggravé, qui a plongé une employée dans un état dépressif chronique grave.² Le Tribunal fédéral a précisé qu'une telle indemnité se situe assurément à la limite supérieure. En pratique, les montants accordés sont généralement bien moins élevés.

b) Le harcèlement sexuel

Le harcèlement sexuel est réprimé non seulement par l'art. 328 al. 1 CO, mais également par l'art. 4 de la Loi sur l'égalité (Leg) et par les art. 188 al. 1 et 193 al. 1 du Code pénal.

Les comportements suivants sont notamment constitutifs de harcèlement sexuel:³

- remarques concernant les qualités ou les défauts physiques;
- propos obscènes et sexistes (plaisanteries, remarques, expressions, chansons obscènes);
- regard qui déshabille, dévisager ou siffler;
- avances, gestes non désirés et importuns (contact physique, attouchement, invitation orale et écrite avec intention perceptible, proposition d'acte sexuel);
- matériel pornographique dans les locaux de travail;
- exhibition des parties sexuelles;
- contrainte sexuelle, menaces et viol;
- exhibition d'images indécentes, y compris sur un écran d'ordinateur;
- envoi de courriels inconvenants.

c) Le droit de contrôle

Les mesures prises à titre de contrôle doivent être objectivement justifiées par un intérêt légitime prépondérant de l'employeur. L'employeur doit respecter le principe de la proportionnalité et choisir la solution la moins intrusive parmi celles possibles.

2 ATF du 13 octobre 2004, arrêt 4C.343/2003, consid. 8.2.

3 Wyler, Droit du travail, p. 317-318.

Ainsi, l'art. 26 al. 1 de l'Ordonnance sur la Loi sur le travail 3 (OLT 3) interdit l'utilisation de systèmes de surveillance ou de contrôle destinés à surveiller le comportement des travailleurs à leur poste de travail. Mais la jurisprudence a par exemple admis la surveillance de la caisse d'une station-service au moyen d'une caméra vidéo, lorsque les informations sont enregistrées sur une bande, laquelle est automatiquement détruite ou réenregistrée après un certain laps de temps sans avoir été visionnée.

La jurisprudence a également admis le relevé des numéros d'appels téléphoniques, pour vérifier que les appels sont effectués à des fins professionnelles ou pour permettre une facturation des appels privés.

d) Les tests de dépistage d'alcool et de drogues

Ils ne sont admissibles que pour des raisons de sécurité ou encore, s'ils sont justifiés par le rapport de fonctionnalité avec l'exécution du travail (un travailleur social actif dans le domaine de la prévention de l'alcoolisme doit pouvoir être contrôlé quant au respect de son engagement d'abstinence).

Lisez l'extrait de la partie en droit traitant d'une prétention de fr. 20'000.- à titre d'indemnité pour tort moral procédant d'une atteinte à la personnalité du jugement du Tribunal des prud'hommes de Genève reproduit aux pages suivantes et répondez aux questions.

- La demanderesse réclame fr. 20'000.- à titre d'indemnité pour tort moral procédant d'une atteinte à la personnalité.

Aux termes de l'article 328 al. 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité.

L'atteinte à la personnalité du travailleur peut provenir directement de l'employeur lui-même (l'employeur étant une personne physique), ou d'un organe de la société (art. 55 al. 2 CC; l'employeur étant une personne morale) ou encore, par application de l'art. 101 CO, d'un auxiliaire de l'employeur (supérieurs du travailleur, collègues), voire de tiers (clients, fournisseurs). L'art. 328 CO n'en demeure pas moins opposable à l'employeur seulement (JAR 1992 p. 169; Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, p. 83; Sailen, La protection de la personnalité du travailleur, thèse Lausanne 1981, p. 63).

Les conditions de la réparation du tort moral en matière de contrat de travail sont les suivantes : la violation du contrat constitutive d'une atteinte illicite à la personnalité (art. 328 CO), un tort moral, un lien de causalité naturelle et adéquate entre la violation du contrat et le tort moral, une faute, laquelle est présumée; enfin, il est nécessaire qu la victime n'ait pas été indemnisée par un autre moyen (Gauch/Schluep/Tercier, Partie générale du droit des obligations, n° 1565 et ss).

Le *mobbing* peut être défini comme un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail. La caractéristique du *mobbing* est son caractère sournois. Les atteintes se cachent sous des attitudes qui ont souvent l'apparence de normalité. Les attaques ne sont pas virulentes, mais au contraire de faible intensité. Il peut s'agir d'actes banals, comme ne pas saluer quelqu'un, l'interrompre, ne pas tenir compte de ce qu'il dit, terminer une conversation au moment où il veut y prendre part, etc. Le *mobbing* peut également prendre la forme de la critique régulière d'un employé en présence de ses collègues, du dénigrement de la qualité du travail, de la non-reconnaissance de celui-ci, de la prise à partie systématique du travailleur concerné. Ainsi, ce n'est pas l'intensité des propos mais le caractère répétitif qui fonde l'illicéité du *mobbing*. Ce dernier a pour conséquence de porter une atteinte psychologique à la personnalité du travailleur, lequel doutera de lui, tombera malade, voir sombrera dans un dépression nerveuse (Wyler, Droit du travail, p. 237; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, p. 144; Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail, p. 96-97).

La victime de *mobbing* doit prouver l'existence des faits qui fondent sa prétention (8 CC). Toutefois, en raison de la faiblesse des attaques renouvelées, un véritable faisceau d'indices doit être considéré comme suffisant (Wyler, Droit du travail, p. 237).

Il appartient à la victime de porter à la connaissance de l'employeur les faits

incriminés lorsqu'elle peut supposer que celui-ci les ignore. En présence d'une accusation de *mobbing*, l'employeur est tenu de procéder à la vérification des explications de la situation qui lui est soumise. Si un travailleur demande protection, il ne peut rester passif, se contenter d'exiger que l'une des parties se soumette et présente des excuses. L'action de l'employeur doit mettre en évidence les responsabilités afin que des mesures adéquates puissent être décidées (Wylser, Droit du travail, p. 238-239; Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, p. 144).

En l'espèce, il a été admis par les parties que la demanderesse s'était plainte envers la défenderesse en juillet 2002 de ce que la situation devenait invivable en raison de l'attitude de son supérieur, *M. X.* La demanderesse s'était également confiée à ce propos auprès de deux des ses collègues au moment des faits, *MME A.* et *MME B.* Cette dernière a parfois vu la demanderesse revenir toute retournée du bureau de son supérieur. Par ailleurs, dès le mois de février 2002, la demanderesse a été suivie par son médecin généraliste, *LE DR. C.*, pour un état dépressif. Selon l'analyse de ce médecin fondée sur les propos de sa patiente, cet état procédait d'une réaction à un problème professionnel. Ne connaissant pas l'entreprise, il n'a pu se prononcer sur l'existence concret d'un *mobbing*. Toutefois, il a constaté que tous les symptômes étaient compatible avec une telle situation. Par la suite, dès le mois de mai 2003, la demanderesse a été suivie par une psychiatre, *LA DRESSE D.* Celle-ci a indiqué que sa patiente avait été précise quant aux attaques et diverses injustices provenant de son supérieur hiérarchique. Selon les faits exposés par sa patiente, cette psychiatre n'a aucun doute quant à la qualification de *mobbing* pour les actes subis par sa patiente. Enfin, le secrétaire syndical, *M. E.*, qui a conseillé la demanderesse depuis le mois de janvier 2003, a également indiqué que les actes subis dont la demanderesse lui avait fait part étaient selon lui constitutifs d'un *mobbing*.

Un témoin a indiqué que *M. X.* possédait une double personnalité, en ce sens qu'il était fourbe, et un autre a souligné qu'il n'était

* TRIBUNAL *

pas toujours d'humeur égale. Aucun témoin n'a toutefois été personnellement l'objet de *mobbing* de sa part.

Dans son mémoire et dans ses pièces, la demanderesse a indiqué que le *mobbing* subi se traduisait concrètement et notamment en des critiques blessantes et infondées sur son travail, accusations infondées, un manque d'informations et de communications, une surcharge de travail ou encore de l'agressivité de la part de son supérieur. C'est la régularité et l'accumulation de ces actes qui, selon la demanderesse, sont la cause de la détérioration de sa santé. La demanderesse n'a cependant apporté aucune preuve directe de ces actes. Toutefois, les retards dans le paiement des salaires et dans la transmission des fiches de salaires durant la maladie de la demanderesse ont été admis par la défenderesse. L'exécution de ces actes dépendait de *M. X.* et la demanderesse n'a fourni aucune explication valable quant à ces retards, ou aucune preuve qu'ils affectaient l'ensemble des employés de l'entreprise. Ces faits, pouvant paraître en soi anodins, sont cependant révélateurs d'un problème existant entre les parties.

Enfin, dans l'examen de l'accusation de *mobbing*, le Tribunal de céans considère que le tableau offert par la demanderesse à *M. X.* à l'occasion de ce qu'elle croyait être son départ de la société en 1996 n'est, dans ces circonstances, pas relevant.

Au vu des actes reprochés, il apparaît au Tribunal de céans que leurs caractères sournois et cachés ne permettaient guère d'apporter de preuves concrètes dans le présent cas. Dès lors, par le faisceau d'indices procédant de l'appréciation des témoignages indiqués ci-dessus et par les actes avérés de retards dans le paiement des salaires et dans la transmission des attestations de salaires, le Tribunal de céans s'estime convaincu de l'existence et la réalité du *mobbing*.

Il est par ailleurs établi que la demanderesse a porté à la connaissance de l'employeur, en la personne de *M. PATROM.*, les faits incriminés en juillet 2002 déjà. Malgré les détails exposés, celui-ci n'a cependant pris aucune mesure adéquate propre à faire cesser le comportement incriminé. 120

* TRIBUNAL *

M. PATRON a laissé plein pouvoir à son chef du personnel,
M. X. En conséquence, par l'inaction de l'employeur, la situation a pu perdurer.

La demanderesse a subi les actes hostiles de son supérieur. Il apparaît au Tribunal de céans, en particulier au vu des témoignages de ses médecins, que le lien causal entre ces actes et la dépression de la demanderesse est donné.

Le Tribunal de céans a jugé que la durée des actes subis, l'absence quasiment totale de réaction de la part de l'employeur et la gravité de la dépression qui en a résulté, constituent un tort moral considérable pour la demanderesse. En effet, son médecin traitant, qui la connaît depuis vingt-cinq ans, souligne ne jamais l'avoir vu auparavant dans un pareil état. Sa dépression l'a même conduite à avoir des idées suicidaires, au point que sa psychiatre traitante a envisagé une hospitalisation. Enfin, elle n'est pas encore guérie à ce jour. Par ailleurs, le Tribunal de céans considère que le fait qu'elle ait pu pratiquer des activités d'ENSEIGNANTE DE CÉRAMIQUE durant son arrêt maladie, vraisemblablement à titre accessoire et gratuit, n'était pas incompatible avec une importante dépression. Il était en effet important, de l'avis du Tribunal de céans, qu'elle pratique une activité valorisante afin de chercher à se sortir de cette situation.

Au vu de l'ensemble de ces éléments et compte tenu des conséquences durables portées à sa santé, le Tribunal de céans estime qu'une indemnité de fr. 20'000.- est due à la demanderesse pour le tort moral subi.

Le certificat de travail

Selon l'art. 330a CO le travailleur peut demander en tout temps un certificat de travail à son employeur. Il s'agit d'un document, signé par celui-ci, qui comporte un certain nombre d'informations sur le travailleur, telles que la description précise et détaillée de l'activité exercée et des fonctions occupées dans l'entreprise, les dates de début et de fin des rapports de travail, l'appréciation de la qualité du travail effectué ainsi que celle relative à l'attitude du travailleur dans l'entreprise. Le certificat de travail doit être complet et conforme à la réalité. Toutefois, le motif de la fin des rapports de travail ne doit être indiqué qu'à la demande du travailleur ou que s'il s'agit de renseignements indispensables pour un employeur potentiel.

La loi distingue le certificat simple du certificat qualifié:

- Le certificat simple porte uniquement sur la nature du travail et la durée des relations contractuelles.
- Le certificat qualifié porte en plus sur la qualité du travail et la conduite du travailleur.

En vertu de l'art. 330a al. 2 CO, le travailleur peut exiger de l'employeur qu'il se limite au certificat simple et s'abstienne de toute appréciation.

Le droit à la délivrance d'un certificat de travail se prescrit par dix ans dès la fin des rapports de travail (art. 127 CO).

Lisez l'extrait de la partie en droit traitant d'une prétention en établissement d'un certificat de travail du jugement du Tribunal des prud'hommes de Genève reproduit aux pages suivantes et répondez aux questions.

- La demanderesse conclut à ce que son employeur soit condamné à établir un certificat de travail en sa faveur, dont la teneur sera identique tant à la forme qu'au contenu à celle de la pièce 78 de son chargé, ainsi qu'à le lui transmettre.

Conformément à l'article 330a CO, l'employé peut demander en tout temps à l'employeur un certificat portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité du travail et sa conduite (al. 1). A sa demande expresse, le certificat ne porte que sur la nature et la durée des rapports de travail (al. 2). Le document prévu par l'article 330a al. 1 CO a pour but de favoriser l'avenir économique du travailleur et ses recherches en vue d'un nouvel emploi (ATF 107 IV 35 = JdT 1982 IV 111, consid. 3a).

L'employé a droit à un certificat détaillé comportant une appréciation objective de son activité qui soit conforme à la réalité (ATF non publié du 4 juillet 2000 V. c/ B. cause n° 4C.463/1999, consid. 10b ; JAR 1998 p. 167 ; Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2^{ème} éd., n° 4 ad art. 330a CO ; Stahelin/Vischer, Commentaire zurichois, n° 10 ad art. 330a CO).

Une appréciation négative sur la qualité du travail ou la conduite du travailleur peut être exprimée, pour autant qu'elle soit pertinente et fondée (CAPH du 2 juin 1999 M. c/ U. cause n° C/32592/97-9 ; Stahelin/Vischer, op. cit. n° 11 ad art. 330a CO ; Streiff/Von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5^{ème} éd., n° 8 in fine ad art. 330a CO).

En l'espèce, la demanderesse avait déjà demandé une rectification d'un premier certificat de travail établi par la société le 13 novembre 2003. La seconde version, établie par la société le 2 décembre 2003, ne tenait pas compte de toutes ses remarques (pièce 27 déf.). Les parties n'ayant pas trouvé d'accord au cours de la présente procédure, le Tribunal de céans s'est dès lors appuyé sur la version proposée par la demanderesse à la pièce 78 de son chargé.

De la comparaison entre les deux versions proposées (pièce 27 déf. et pièce 78 dem.), il apparaît que la demanderesse réclame quant au fonds les points suivants:

- la suppression de la phrase: "Lors de son entrée en service, Madame *DUPOND* avait la fonction d'aide comptable";

* TRIBUNAL *

- le rajout, à propos de sa tâche d'établissement des états de rapprochement bancaire, de la précision: "ainsi que tous les ordres de paiements par Internet avec signature individuelle";
- la remplacement de la phrase "Mme DUPOND a effectué tous ces travaux au plus près de ses compétences professionnelles et à notre satisfaction" par: "Enthousiaste et vive d'esprit, Madame DUPOND a effectué tous ces travaux au plus près de sa conscience professionnelle et à notre entière satisfaction";
- le remplacement de la phrase "Elle a, par ailleurs, entretenu, tout au long de ces années, de bonnes relations avec l'ensemble du personnel" par: "Elle a, par ailleurs, entretenu, tout au long de ces années, d'excellentes relations avec l'ensemble des collaborateurs de la société, ainsi qu'avec la direction de celle-ci";
- le rajout à la fin du certificat de la formule: "et nous lui souhaitons nos meilleurs vœux pour son avenir professionnel".

Le Tribunal de céans a jugé que la teneur du certificat proposé par la demanderesse correspondait aux faits qui ont été déterminés durant l'instruction. Il précise que les relations de la demanderesse avec la direction ne doivent pas en l'espèce s'analyser avec la situation de *mobbing* subie provenant d'une personne isolée, et ne s'oppose en conséquence pas à la qualification "d'excellentes relations". Toutefois, le Tribunal de céans ne peut se prononcer sur la véracité des qualificatifs "enthousiaste" et "vive d'esprit" contenu dans un phrase proposée par la demanderesse et retiendra dès lors la formulation suivante: "Madame DUPOND a effectué tous ces travaux avec conscience professionnelle et à notre entière satisfaction".

En conséquence, le Tribunal de céans condamnera BELLE-ENTREPRISE S.A.
à l'établissement d'un certificat de travail, dans la teneur exacte reproduite ci-dessous, et à sa transmission à la demanderesse.

CERTIFICAT DE TRAVAIL

Nous soussignés, *BELLE-ENTREPRISE S.A.*, certifions par la présente que :

Madame *DUPOND*
née le *15 JUILLET 1970*

a été employée au sein de notre entreprise en qualité de comptable du *1^{ER} JANVIER 2000* au *31 OCTOBRE 2003*

Madame *DUPOND*, cadre de notre entreprise, était au bénéfice de la signature collective à deux.

Nommée Fondée de pouvoir, et responsable du service Trésorerie dès le *1^{ER} JUNE 2001*, ses tâches principales ont été :

- Gestion de la trésorerie ;
- Passation et saisie de toutes les écritures comptables, comptabilité générale, débiteurs et créanciers ;
- Elaboration des salaires et passation des écritures ;
- Règlements des fournisseurs par e-banking ;
- Emission des rappels débiteurs ;
- Elaboration des déclarations sociales ;
- Etablissement des états de rapprochement bancaire ainsi que tous les ordres de paiements par Internet avec signature individuelle.

Madame *DUPOND* a effectué tous ces travaux avec conscience professionnelle et à notre entière satisfaction.

Elle a, par ailleurs, entretenu, tout au long de ces années, d'excellentes relations avec l'ensemble des collaborateurs de la société, ainsi qu'avec la direction de celle-ci.

Nous avons dû, compte tenu de la restructuration de notre département Finances-Administration, rompre le contrat établi avec Madame *DUPOND*.

A partir du *31 OCTOBRE 2003*, Madame *DUPOND* est libre de tout engagement à notre égard, sauf en ce qui concerne le secret lié à sa fonction et nous lui souhaitons nos meilleurs vœux pour son avenir professionnel.

BELLE-ENTREPRISE S.A.
signature(s)

Fait à *GENÈVE*, le (DATE)

La fin du contrat

La fin du contrat de travail

Le Code des obligations traite de la fin des rapports de travail aux art. 334 à 340c. On distingue les causes ordinaires des causes extraordinaires d'extinction des rapports de travail.

A. Les causes ordinaires d'extinction

1. L'extinction des contrats de durée déterminée

Le contrat de durée déterminée prend fin automatiquement à l'expiration de la durée convenue sans qu'un congé ne soit nécessaire (art. 334 al.1 CO). Lorsque le contrat de durée déterminée se poursuit tacitement après la durée convenue, il devient un contrat de durée indéterminée (art. 334 al. 2 CO). Pour les contrats de longue durée (plus de dix ans), on admet que chaque partie peut s'en défaire pour la fin d'un mois en respectant un délai de six mois (art.334 al.3 CO)§

2. L'extinction des contrats de durée indéterminée

a) Principe

L'extinction des contrats de durée indéterminée nécessite un congé, à savoir une résiliation unilatérale. Chaque partie peut résilier un contrat de durée indéterminée (art.335 alinéa 1 CO). La partie qui donne le congé doit le motiver par écrit à la demande de l'autre partie (art. 335 al.2 CO). Les délais de congé doivent être identiques pour les deux parties. Si un accord prévoit des délais différents, le plus long est applicable aux deux parties (art. 335 a al.1 CO).

Durant le temps d'essai et sauf accord contraire, le contrat de travail peut être résilié pour n'importe quel terme et à tout moment dans la mesure où le délai de résiliation de 7 jours est observé (art. 335b al.1 CO). La durée du temps d'essai est d'un mois mais en aucun cas il ne peut dépasser 3 mois (art. 335b al.2 CO)

Après le temps d'essai, le congé ne peut être donné que pour la fin d'un mois et moyennant le respect d'un délai dépendant de la durée des rapports de travail :

- 1 mois pendant la première année
- 2 mois de la deuxième année à la neuvième année
- 3 mois dès la neuvième.

Ces délais peuvent être modifiés par accord écrit (art. 335c al. 2 CO).

b) La protection contre les congés abusifs

L'article 336 CO énumère une série d'éventualités (non exhaustive) dans lesquelles la résiliation d'un contrat de travail est réputée abusive. Cet article a fait l'objet d'une abondante jurisprudence des tribunaux. A noter qu'un congé abusif ne peut être annulé. Les motifs indiqués par l'art. 336 al. 1 CO sont les suivants:

- Le congé donné pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie (par exemple: sexe, âge, statut familial, origine, nationalité, antécédents judiciaires, moeurs; le congé n'est cependant pas abusif si cette raison a une influence négative ou même seulement un rapport avec les relations de travail).
- Le congé donné en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel (par exemple: liberté de croyance (port du foulard islamique), appartenance à un parti politique, droit au mariage).
- Le congé donné afin d'empêcher la naissance, en faveur du cocontractant, de prétentions résultant du contrat de travail (par exemple: pour éviter le paiement d'une gratification à la fin de l'année).
- Le congé donné parce que l'autre partie accomplit une obligation légale (par exemple: service militaire).

D'autres motifs sont énumérés par l'art. 336 al. 2 CO :

- Le congé donné en raison de l'appartenance à une organisation de travailleurs ou de l'exercice d'activités syndicales.
- Le congé donné alors que l'employé est membre d'une commission de l'entreprise.
- Le congé donné sans respecter la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs.

En cas de licenciement abusif, l'employé a droit à une indemnité qui a la nature d'une sanction de droit civil avec une fonction à la fois pénalisante et réparatrice. Cette indemnité ne

correspond pas à la réparation du dommage effectivement subi par la victime d'un congé abusif; elle est indépendante de toute autre prétention que la victime pourrait faire valoir (art. 336 a al.2 CO). Le montant de l'indemnité ne peut pas dépasser 6 mois de salaire (art. 336 a al.2 CO). La procédure en cas de licenciement abusif est réglée à l'article 336 b alinéa 1 CO). L'employé doit d'abord demander la motivation de son congé, si ladite motivation ne lui a par encore été indiquée. Il faut ensuite faire opposition par écrit au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé (art. 336b al. 1 CO). Si l'employeur maintient le congé, l'employé doit alors saisir le juge dans les 180 jours à compter de la fin du contrat (art. 336b al. 2 CO).

c) La protection contre les congés en temps inopportun

L'art. 336c CO protège le travailleur contre les congés donnés par l'employeur en temps inopportun, c'est-à-dire à un moment jugé défavorable pour trouver une nouvelle place (service militaire, accident, maladie, grossesse). La protection ne s'applique qu'après le temps d'essai. L'article 336d CO protège aussi l'employeur contre une résiliation en temps inopportun par le travailleur. Mais la portée de cet article est limitée.

La résiliation du contrat signifiée pendant la période de protection est absolument nulle, elle est réputée ne pas avoir été signifiée (art. 336c al. 2 CO). Si le congé a été donné avant la période de protection et si le délai de congé n'est pas expiré avant le début de cette période, alors le délai est suspendu.

B. Les causes extraordinaires d'extinction

1. La résiliation pour justes motifs

La résiliation immédiate pour justes motifs devrait être admise de manière restrictive, car elle reste une mesure exceptionnelle et constitue la mesure ultime. Le régime est prévu par les articles 337 à 337d CO.

a) Les conditions

L'art. 337 al. 1 CO demande un juste motif. La loi précise cette notion positivement (art. 337 al. 2 CO) et négativement (art. 337 al. 3 CO). Ainsi, sont notamment 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. En d'autres termes, les faits invoqués à l'appui d'une résiliation avec effet immédiat doivent être propres à détruire les rapports de confiance entre les parties au point que la continuation du contrat ne puisse plus être exigée. Par ailleurs, n'est pas un juste motif le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler.

Si la gravité des justes motifs n'est pas élevée au point de rendre impossible la poursuite des relations contractuelles, un avertissement préalable doit être adressé à l'autre partie.

b) Les effets d'une résiliation justifiée

Le principe est que les rapports contractuels cessent en fait et en droit au jour du congé. Si les justes motifs consistent dans l'inobservation d'une obligation contractuelle (art. 337b al. 1 CO), la partie lésée a droit à la réparation intégrale de son préjudice selon les principes généraux de la responsabilité. Il peut s'agir du dommage causé par l'acte qui a justifié le licenciement et/ou de l'intérêt que cette partie avait au maintien du contrat jusqu'à son expiration normale.

c) Les effets d'une résiliation injustifiée de l'employeur

Le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cessation du contrat prévu pour une durée déterminée (art. 337c al. 1 CO). Cette indemnité comprend notamment le salaire et le droit au vacances remplacées en espèces.

Outre l'indemnité de l'art. 337c al. 1 CO, l'art. 337c al. 3 CO reconnaît au juge la faculté d'allouer au travailleur une indemnité supplémentaire correspondant au plus à six mois de salaire.

d) Les effets d'une résiliation injustifiée du travailleur

En vertu de l'art. 337d CO si le travailleur abandonne abruptement son emploi ou n'entre pas en service sans juste motif, l'employeur peut prétendre à une indemnité égale au quart du

salaire mensuel, plus éventuellement des dommages-intérêts supplémentaires qui devraient être prouvés.

2. Le décès d'une partie

a) Le décès du travailleur

En vertu de l'art. 338 al. 1 CO, le décès du travailleur met un terme au contrat. si le travailleur laisse des survivants en faveur desquels il remplissait une obligation d'entretien, l'employeur doit verser un ou deux mois de salaire.

b) Le décès de l'employeur

En principe, le contrat n'a pas pour le travailleur de caractère personnel marqué. C'est pourquoi, l'art. 338a al. 1 CO prévoit que le décès de l'employeur ne met pas fin au contrat. Les droits et obligations passent aux héritiers.

XX . Exercice

a. Les exemples suivants de congé donnés par l'employeur sont-ils abusifs au sens de l'art. 336 CO ? Si oui, précisez le motif et l'article précis (alinéa et lettre) qui protège l'employé.

1. Un employé est licencié en raison de sa séroposivité:

.....

2. Une employée est licenciée car elle envisage de se marier et d'avoir des enfants:

.....

3. Un salarié est licencié avant la fin de l'année pour éviter le paiement d'une gratification :

.....

4. Une salariée est licenciée car elle fait valoir le droit au respect de sa personnalité suite à un harcèlement sexuel :

.....

5. Un salarié est licencié car il doit accomplir une mesure d'astreinte au travail pour objection de conscience :

.....

b. Indiquez si, à votre avis, la jurisprudence a admis que les exemples suivants constituaient de justes motifs de résiliation immédiate du contrat de travail :

Faits du travailleur:

1. Lors de l'engagement, avoir caché être enceinte à un employeur proposant une place particulièrement fatigante :

.....

2. Ne pas avoir terminé à l'heure indiquée le travail commandé :

.....

3. Effectuer des prestations si insuffisantes que l'employeur ne puisse confier les tâches relevant du cahier des charges :

.....

4. Un abus d'alcool de la part de l'employé connu de l'employeur, sans mise en garde sérieuse, ni dommage :

.....

5. Présenter un faux certificat médical :

.....

6. Ne pas se présenter au travail après avoir décidé d'entreprendre des démarches juridiques contre un harcèlement sexuel au travail :

.....

7. Se présenter en état d'ébriété sur son lieu de travail malgré un précédent avertissement :

.....

8. Insulter violemment son employeur sous l'effet d'une dépression :

.....

9. Refuser obstinément de porter le casque de sécurité prescrit par la loi sur le travail :

.....

10. Refuser de nettoyer des fenêtres pour ne pas mouiller l'attelle qu'il porte suite à une blessure à la main, alors qu'il a déjà reçu un avertissement de licenciement immédiat :

.....

Faits de l'employeur :

11. Harceler sexuellement son employée :

.....

12. Un retard de quelques jours dans le paiement du salaire :

.....

Lisez les arrêts suivants et répondez aux questions

Chapeau

131 III 535

68. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour civile dans la cause Banque X. contre A. (recours en réforme)

4C.110/2005 du 6 juillet 2005

Regeste

Art. 336 CO; résiliation abusive; cas d'abus non expressément énuméré dans la loi. Licenciement d'un cadre à qui aucun reproche ne peut être formulé, afin de sauvegarder l'image de l'employeur ternie par des actes illicites commis par un collaborateur occupé dans le service dirigé par l'employé congédié (consid. 4).

Faits à partir de page 536

BGE 131 III 535 S. 536

Depuis 1976, A. travaillait pour la Banque X. Après avoir commencé son activité en qualité de simple employé, A. a bénéficié régulièrement de promotions et, en 1999, il a été nommé directeur général adjoint, responsable de la gestion, de la supervision et du contrôle de tout le service administratif de la succursale genevoise, dont il était le numéro deux.

Le 31 décembre 2000, A. a obtenu - à sa requête, car l'avenir de la banque était incertain - un certificat de travail intermédiaire très positif du directeur général.

Dès le 1^{er} janvier 2002, le salaire annuel brut de A. a été porté à 357'012 fr. Un bonus de 112'000 fr. lui a également été versé avec son salaire d'avril 2002, en reconnaissance de sa performance réalisée durant l'exercice 2001.

A la fin de l'année 2001, certains responsables de la banque ont eu des soupçons concernant des activités illicites commises par B., un employé occupé dans le service dirigé par A. Il s'est avéré que, pendant au moins dix ans, B. s'était présenté comme un gestionnaire de la banque pour obtenir des fonds de la part de ses victimes. Au total, une trentaine de personnes ont été lésées, pour un montant total dépassant les onze millions de francs.

Le 15 janvier 2002, A. a été mis au courant des agissements de B. et a aussitôt entrepris des démarches. Le directeur général, absent à ce moment, a déclaré à son retour que les mesures appropriées avaient été prises.

L'enquête interne menée par la banque n'a signalé aucune faute relevant de la compétence de A., alors qu'elle s'est révélée plus critique envers le supérieur direct de B., qui était lui-même sous les ordres de A.

BGE 131 III 535 S. 537

Le 29 avril 2002, A. a été licencié avec effet au 31 juillet 2002. La lettre de licenciement indiquait que " suite aux graves événements qui se sont produits au début de cette année au sein de notre établissement, à la suite d'actions commises par l'un de nos anciens collaborateurs dont vous assumiez la responsabilité, nous devons constater que le lien de confiance qui vous liait à notre banque n'existe plus ". Cette lettre ne comportait aucune référence à une violation précise des règles de la banque.

Avant cette lettre de licenciement, A. avait toujours obtenu des états de service élogieux et la banque n'avait jamais formulé de reproche à son encontre.

Il a été retenu que A. avait été licencié en raison de sa position hiérarchique supérieure, afin de sauvegarder l'image de la banque ternie par l'affaire B., alors que les reproches allégués contre le directeur général adjoint n'ont pu être établis. Ce dernier avait ainsi tenu le rôle du "fusible".

Au moment de son licenciement, A. avait accompli 26 ans et 7 mois au service de la Banque X. et était âgé de 52 ans.

En temps utile, A. s'est opposé par écrit à son licenciement et a réclamé le versement des indemnités contractuelles prévues. La Banque X. a répondu qu'un licenciement sans indemnité était justifié, car A. avait failli à son devoir de surveillance.

A. a assigné la Banque X. auprès de la Juridiction des prud'hommes du canton de Genève. En première instance, la Banque X. a été condamnée à payer à A. 584'016 fr. 70 brut à titre d'indemnité de départ et 29'750 fr. net correspondant à un mois de salaire à titre d'indemnité pour résiliation abusive. Ce jugement a été confirmé en appel.

La Banque X. interjette un recours en réforme au Tribunal fédéral en concluant à ce que A. soit débouté de toutes ses conclusions.

Extrait des considérants:

Extrait des considérants:

4. En dernier lieu, la défenderesse reproche à la cour cantonale d'avoir violé le droit fédéral, en particulier **l'art. 336 al. 1 let. c CO**, en considérant qu'elle avait mis fin au contrat de travail du demandeur de manière abusive.

4.1 Selon le principe posé à **l'art. 335 al. 1 CO**, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par

BGE 131 III 535 S. 538

chacune des parties. En droit suisse du travail prévaut la liberté de la résiliation, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier (arrêt du Tribunal fédéral 4C.174/2004 du 5 août 2004, consid. 2.1; cf. **ATF 127 III 86** consid. 2a). Le droit fondamental de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (**art. 336 ss CO**; **ATF 130 III 699** consid. 4.1), notamment par **l'art. 336 al. 1 let. c CO** qui qualifie d'abusif le congé donné par une partie seulement afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie résultant du contrat de travail.

Bien que l'arrêt attaqué ne soit pas très clair à ce sujet, il semble que les juges aient, à juste titre, écarté l'application de cette dernière disposition. En effet, il a été retenu que la défenderesse n'avait pas résilié le contrat en vue d'empêcher la naissance de l'indemnité de licenciement. Le demandeur, employé de la banque depuis 26 ans, y avait d'ailleurs en principe droit en cas de licenciement ordinaire. Ce cas de figure ne correspond donc pas à la situation visée à **l'art. 336 al. 1 let. c CO**, ni du reste à aucun autre état de fait mentionné expressément à **l'art. 336 CO**. Il reste donc à examiner si le licenciement du demandeur peut être tenu pour abusif pour un autre motif que ceux découlant expressément de cette disposition.

4.2 L'énumération prévue dans la loi n'est pas exhaustive (cf. **ATF 125 III 70** consid. 2a; **ATF 123 III 246** consid. 3b). Elle concrétise avant tout l'interdiction générale de l'abus de droit et en aménage les conséquences juridiques pour le contrat de travail. D'autres situations constitutives de congé abusif sont donc également admises par la pratique (cf. REHBINDER/PORTMANN, Commentaire bâlois, n. 22 ss ad **art. 336 CO**). Elles doivent toutefois comporter une gravité comparable aux cas expressément mentionnés à **l'art. 336 CO** (arrêt 4C.174/2004 précité, consid. 2.1 et les arrêts cités).

L'abus de la résiliation peut découler non seulement des motifs du congé, mais également de la façon dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit (**ATF 118 II 157** consid. 4b/bb p. 166, confirmé in **ATF 125 III 70** consid. 2b). Lorsqu'une partie résilie de manière légitime un contrat, elle doit exercer son droit avec des égards. Elle ne peut en particulier jouer un double jeu, contrevenant de manière caractéristique au principe de la bonne foi (**ATF 125 III 70** consid. 2b; **ATF 118 II 157** consid. 4b/cc p. 167). Ainsi, un

BGE 131 III 535 S. 539

comportement violent manifestement le contrat, par exemple une atteinte grave au droit de la personnalité dans le contexte d'une résiliation, peut faire apparaître cette dernière comme abusive. En revanche, un comportement qui ne serait simplement pas convenable ou indigne des relations commerciales établies ne suffit pas. Il n'appartient pas à l'ordre juridique de sanctionner une attitude seulement incorrecte (arrêt 4C.174/2004 précité, consid. 2.1 in fine). Par exemple, le fait pour l'employeur d'avoir affirmé à son collaborateur qu'il ne serait pas licencié et de lui notifier son congé une semaine plus tard est un comportement qui n'est certes pas correct, mais qui ne rend pas à lui seul le congé abusif (arrêt 4C.234/2001 du 10 décembre 2001, consid. 3b non publié à l' **ATF 128 III 129**, traduit in SJ 2002 I p. 389).

Il faut souligner que l'interdiction de l'abus de droit au sens de **l'art. 2 al. 2 CC** réprime bien davantage que de simples chicanes; elle ne suppose en revanche pas que celui qui abuse de son droit ait l'intention de nuire ni que le procédé utilisé soit lui-même immoral (MAYER-MALY, Commentaire bâlois, éd. 1996, n. 8 ad **art. 2 CC**). Il peut ainsi y avoir abus de droit en cas de disproportion évidente des intérêts en présence, en particulier lorsque la norme applicable a justement pour but de mettre en place une certaine balance des intérêts (MERZ, Commentaire bernois, n. 371 ss ad **art. 2 CC**). Tel est le cas de **l'art. 336 CO**, dès lors que la résiliation abusive du contrat de travail exprime une limitation légale à la liberté contractuelle de celui qui met fin au contrat, afin de protéger le cocontractant qui a, pour sa part, un intérêt au maintien de ce même contrat (VISCHER, Commentaire zurichois, n. 2 ad **art. 336 CO**). L'idée sous-jacente est avant tout d'offrir une protection sociale au salarié licencié abusivement, dès lors que la protection du congé n'a pas de portée pratique pour l'employeur (VISCHER, op. cit., n. 4 ad **art. 336 CO**; REHBINDER, Commentaire bernois, n. 3 ad **art. 336 CO**).

Hormis les cas de disproportion des intérêts, l'abus peut aussi résulter de l'exercice d'un droit contrairement à son but (cf. BAUMANN, Commentaire zurichois, n. 354 ad art. 2 CC; MERZ, Commentaire bernois, n. 316 ad art. 2 CC). Pour déterminer quel est le but poursuivi par une disposition légale, il convient notamment de tenir compte des intérêts protégés. Chacun peut s'attendre à ce que les droits dont il doit supporter l'exercice n'aillent pas à l'encontre du but visé par la disposition légale qui les met en oeuvre (MERZ, op.

BGE 131 III 535 S. 540

cit., n. 51 ad art. 2 CC; MEIER-HAYOZ, Commentaire bernois, n. 192 ss ad art. 1 CC). Sous cet angle également, l'intérêt légitime du salarié au maintien du contrat doit donc être pris en compte lors de l'examen du caractère abusif du congé donné par l'employeur. Ainsi, un licenciement pour simple motif de convenance personnelle peut être qualifié d'abusif (cf. AUBERT, L'abus de droit en droit suisse du travail, in L'abus de droit, Saint-Etienne 2001, p. 101 ss, 109). Le fait qu'en droit suisse, l'existence d'une résiliation abusive ne conduise en principe pas à son invalidation, mais seulement à une indemnisation versée à celui qui en est victime ne change pas l'appréciation du point de savoir si le licenciement s'est exercé conformément à son but.

Il convient donc d'examiner, à l'aune de ces principes, si le licenciement du demandeur peut être qualifié d'abusif compte tenu des circonstances d'espèce (cf. ATF 121 III 60 consid. 3d p. 63).

4.3 Comme il l'a déjà été indiqué, les motifs du congé relèvent du fait et ne peuvent être revus dans le cadre de la présente procédure (ATF 130 III 699 consid. 4.1 p. 702 et les arrêts cités). Il ne sera donc pas entré en matière sur l'argumentation de la défenderesse dans la mesure où celle-ci prétend que le licenciement ne serait pas abusif en se fondant sur d'autres motifs de congé que ceux retenus dans l'arrêt attaqué.

Si l'on s'en tient aux constatations cantonales, il apparaît que le demandeur a été licencié en regard de sa position hiérarchique supérieure, pour sauvegarder l'image de la défenderesse ternie par l'affaire B., parce qu'il fallait un responsable, un "fusible". La banque n'est en revanche pas parvenue à démontrer l'existence de manquements de la part de son directeur général adjoint. Les juges ont relevé au contraire que le demandeur, employé pendant plus de 26 ans par la défenderesse, avait obtenu de longs et élogieux états de service et que la banque n'avait jamais formulé de reproche à son encontre avant la lettre de licenciement. La défenderesse a du reste remis au demandeur, un certificat de travail intermédiaire au 31 décembre 2000 mettant en évidence ses compétences de direction et le directeur général a lui-même admis que les mesures appropriées avaient été prises dès le moment où le demandeur avait été mis au courant des agissements de l'employé escroc. Enfin, le rapport interne de la banque ne signalait aucune faute relevant de la compétence du directeur adjoint.

BGE 131 III 535 S. 541

Contrairement à ce que soutient la défenderesse, un tel licenciement apparaît comme abusif. En effet, en congédiant le demandeur, la banque a exclusivement cherché à préserver ses propres intérêts et à sauvegarder son image auprès des tiers, ternie par les détournements commis par l'un de ses employés. Pour atteindre cet objectif, il fallait qu'elle donne l'impression d'avoir pris les mesures adéquates, afin d'éviter que de telles irrégularités ne se reproduisent, c'est pourquoi elle a licencié le demandeur, en sa qualité de supérieur hiérarchique. La coïncidence entre les événements implique que, dans les milieux bancaires de la place, le demandeur n'a pu qu'inévitablement apparaître lié, d'une manière ou d'une autre, aux irrégularités commises par l'employé escroc, alors qu'il a précisément été retenu qu'aucun reproche ne pouvait lui être adressé à cet égard. Un tel procédé constitue une atteinte à la personnalité du demandeur de la part de la défenderesse qui, en sa qualité d'employeur, se devait au contraire de la protéger (art. 328 CO). En définitive, la défenderesse a agi par pure convenance personnelle, faisant abstraction de l'intérêt légitime du demandeur à conserver un emploi qu'il occupait depuis plus de 26 ans à l'entière satisfaction de la banque, sans hésiter à ternir de manière imméritée la réputation personnelle et professionnelle de ce cadre auprès d'autres employeurs potentiels. Un congé donné dans ce contexte ne saurait être couvert par la liberté du licenciement.

Dans ces circonstances, on ne voit pas que la cour cantonale ait violé l'art. 336 CO en qualifiant la résiliation du contrat de travail en cause d'abusive.

Enfin, l'indemnité allouée en vertu de l'art. 336a CO, qui n'est du reste pas remise en cause dans la présente procédure, a été fixée conformément au droit fédéral (cf. ATF 123 III 246 consid. 6a, ATF 123 III 391 consid. 3).

Le recours doit par conséquent être rejeté.

Exercice : Cas pratique sur la résiliation du contrat de travail

Pauline a été engagée en date du 1er décembre 2016 par la fiduciaire Z. SA en qualité de secrétaire. Le temps d'essai est de trois mois. Elle vient d'apprendre qu'elle est enceinte, elle en a immédiatement informé son employeur.

Le 19 janvier 2017, Z. SA résilie par lettre le contrat de travail la liant à Pauline. Cette lettre précise notamment les éléments suivants :

« Nous sommes au regret de mettre un terme à votre contrat de travail, ceci avec effet au 26 janvier 2017. En effet, nous estimons que les inconvénients liés à votre grossesse sont trop nombreux pour notre société, notamment en termes de suivi des dossiers que vous gérez. »

a. Pauline, peut-elle prétendre que son licenciement est nul ?

b. Pauline peut-elle prétendre que son licenciement est abusif ?

Chapeau

127 III 153

26. Extrait de l'arrêt de la 1re Cour civile du 14 février 2001 dans la cause X. S.A. contre G. (recours en réforme)

Regeste

Contrat de travail; résiliation immédiate injustifiée; avertissement. Lorsqu'il statue sur l'existence de justes motifs, le juge se prononce à la lumière de toutes les circonstances. La jurisprudence ne saurait donc poser des règles rigides sur le nombre et le contenu des avertissements dont la méconnaissance, par le travailleur, est susceptible de justifier un licenciement immédiat (consid. 1). Licenciement injustifié dans le cas concret, nonobstant l'existence d'un avertissement antérieur (consid. 2).

Faits à partir de page 153

BGE 127 III 153 S. 153

A.- G. a été engagé par X. S.A., le 1er avril 1995, comme déménageur-emballeur. Son dernier salaire mensuel brut s'élevait à 4'455 fr.

BGE 127 III 153 S. 154

Le 8 octobre 1999, G., au cours d'une journée de congé, a aidé son ancien chef, qui était au service de T., à réceptionner une collection de tableaux dont lui-même s'était occupé précédemment pour le compte de X. S.A. En raison de cet événement, celle-ci lui a adressé, le 26 octobre 1999, un "dernier avertissement", en lui indiquant que, si son comportement ne devait pas changer, elle se verrait dans l'obligation de prendre les mesures qui s'imposaient, c'est-à-dire son renvoi avec effet immédiat pour juste motif. Du fait de ce manquement, X. S.A. a réduit de 200 fr. le bonus du travailleur.

Le 25 janvier 2000, G. a été licencié avec effet immédiat parce qu'il avait refusé l'ordre de son employeur de remplacer un collègue pour effectuer un déménagement à Zurich.

B.- Par demande du 9 février 2000, G. a assigné X. S.A. en paiement de son salaire jusqu'à l'échéance normale du contrat, compte tenu d'une incapacité de travail. Il a réclamé, en sus, la rémunération pour le travail effectué le 8 octobre 1999, ainsi que le versement de la retenue de 200 fr. Par jugement du 18 avril 2000, le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève a condamné la défenderesse à verser au demandeur 20'503 fr. 20 à titre de salaire. Il a refusé au demandeur toute rémunération pour la journée du 8 octobre 1999, s'agissant d'un travail effectué pour un tiers, et a estimé que la retenue de 200 fr. était justifiée.

Saisie par la défenderesse, la Cour d'appel des prud'hommes a confirmé ce jugement par arrêt du 20 septembre 2000.

C.- La défenderesse recourt en réforme au Tribunal fédéral, en concluant au rejet total de la demande. Elle reproche à la cour cantonale d'avoir violé l'art. 337 CO en admettant que le licenciement immédiat du demandeur était injustifié.

Le Tribunal fédéral rejette le recours et confirme l'arrêt attaqué.

Extrait des considérants:

Extrait des considérants:

1. a) L'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat de travail en tout temps pour de justes motifs (art. 337 al. 1 CO). 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 (art. 337 al. 2 CO).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER,

BGE 127 III 153 S. 155

Commentaire du contrat de travail, 2e éd., n. 1 ad art. 337c CO; STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5e éd., n. 3 ad art. 337 CO et les références). D'après la jurisprudence, seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat. Si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 121 III 467 consid. 4d; ATF 117 II 560 consid. 3; ATF 116 II 145 consid. 6a p. 150).

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 CO). Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la

responsabilité du travailleur, la nature et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements (**ATF 111 II 245** consid. 3). Le Tribunal fédéral ne revoit qu'avec réserve la décision d'équité prise en dernière instance cantonale. Il intervient lorsque celle-ci s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, ou lorsqu'elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou encore lorsqu'elle n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; il sanctionnera en outre les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (**ATF 119 II 157** consid. 2a in fine; **ATF 116 II 145** consid. 6a).

b) La doctrine s'exprime de façon nuancée sur le nombre, le contenu et la portée des avertissements qui doivent nécessairement précéder un licenciement immédiat, lorsque le manquement imputable au travailleur n'est pas assez grave pour justifier un tel licenciement sans avertissement.

STAEHELIN (Commentaire zurichois, n. 10 ad art. 337 CO) enseigne que l'avertissement remplit deux fonctions: d'une part, il contient un reproche formulé par l'employeur, quant au comportement critiqué (Rügefunktion); d'autre part, il exprime la menace d'une sanction (Warnfunktion). Il n'est pas nécessaire que l'employeur menace expressément le travailleur d'un licenciement immédiat: il suffit qu'il résulte clairement de l'avertissement et des circonstances que l'intéressé ne s'expose pas simplement à un licenciement ordinaire, mais à un licenciement immédiat. Au surplus, l'employeur peut s'abstenir d'un avertissement lorsqu'il ressort de l'attitude de l'autre partie qu'une telle démarche serait inutile. Pour REHBINDER (Commentaire

BGE 127 III 153 S. 156

bernois, n. 2 ad art. 337 CO), l'avertissement doit en principe comporter la menace d'un licenciement immédiat en cas de récidive; toutefois, selon les cas, on peut attendre de l'employeur qu'il procède à plusieurs avertissements avant de considérer que le rapport de confiance est rompu; inversement, plusieurs manquements successifs peuvent justifier un licenciement immédiat, même sans avertissement. STREIFF/VON KAENEL (op. cit., n. 13 ad art. 337 CO) sont d'avis qu'il n'est pas possible d'établir des règles générales sur le point de savoir quand le licenciement immédiat doit être précédé d'un avertissement ou d'une menace de licenciement immédiat; un simple rappel à l'ordre est également utile, mais ne peut avoir qu'un effet limité. SCHNEIDER (La résiliation immédiate du contrat de travail, in: Journée 1993 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1994, p. 56/57) estime que, en recevant l'avertissement, le travailleur doit comprendre à quelle sanction il s'expose en cas de récidive. L'avertissement doit donc comporter, en règle générale, la menace d'un licenciement immédiat. Toutefois, selon les circonstances, l'employeur peut se contenter d'un avertissement moins précis. BRÜHWILER (Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2e éd., n. 9 ad art. 337 CO) rappelle, pour sa part, que l'exigence d'un avertissement est liée à la règle selon laquelle le licenciement immédiat ne se justifie que si la poursuite des rapports de travail ne peut plus être attendue de l'employeur. D'une manière générale, pour que cette condition soit remplie dans les cas où les manquements ne sont pas particulièrement graves, l'avertissement doit contenir la menace d'un licenciement immédiat en cas de récidive. Souvent, des avertissements dépourvus de menace de licenciement immédiat ne permettent pas de justifier un tel licenciement. D'après RAPP (Die fristlose Kündigung des Arbeitsvertrages, in: BJM 1978 p. 172/173 et 176), étant une ultima ratio, le licenciement immédiat ne se justifie que s'il apparaît qu'un avertissement ne suffirait pas pour redresser la situation; cet auteur n'exige pas que l'avertissement comporte dans tous les cas la menace d'un licenciement immédiat. Enfin, selon SCHWEINGRUBER (Commentaire du contrat de travail, n. 10 ad art. 337 CO), certains manquements ne justifient un licenciement immédiat que s'ils se reproduisent malgré des avertissements réitérés; l'avertissement peut comporter une menace de licenciement immédiat, mais cet auteur ne paraît pas l'exiger.

Selon un arrêt rendu par le Tribunal fédéral en 1982, lorsque le travailleur refuse de travailler ou s'absente sans motif, le licenciement immédiat n'est justifié que s'il est précédé de la menace claire

BGE 127 III 153 S. 157

d'un licenciement immédiat (**ATF 108 II 301** consid. 3b p. 303). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral se réfère à SCHWEINGRUBER et à RAPP, lesquels, toutefois, en particulier le second, ne jugent pas indispensable, comme on l'a vu, que l'avertissement donné au travailleur comporte dans tous les cas la menace d'un licenciement immédiat. Dans d'autres arrêts, le Tribunal fédéral a seulement indiqué que, si les manquements n'étaient pas particulièrement graves, ils ne justifiaient un licenciement immédiat qu'après de vains avertissements de l'employeur. Il n'en résulte pas que l'avertissement devrait nécessairement comporter la menace d'un licenciement immédiat (**ATF 117 II 560** consid. 3b p. 562; **ATF 116 II 145** consid. 6a p. 150; **ATF 112 II 41** consid. 3a; **ATF 108 II 444** consid. 2 p. 446; **ATF 104 II 28** consid. 2b; **ATF 101 Ia 545** consid. 2c p. 549). Enfin, selon un arrêt plus récent, l'avertissement n'est rien d'autre qu'une mise en demeure d'exécuter correctement le contrat, assortie de la fixation d'un délai convenable d'exécution au sens de l'art. 107 CO, soit une démarche nécessaire sauf s'il ressort de l'attitude du débiteur qu'une telle sommation serait sans effet (art. 108 ch. 1 CO; arrêt non publié du 3 janvier 1995, dans la cause 4C.327/1994, consid. 2b/aa).

c) L'exposé des opinions émises par les spécialistes du droit du travail et le rappel de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral sur la question examinée révèlent clairement qu'il n'existe pas de critère absolu dans le domaine considéré, eu égard à la diversité des situations envisageables. Lorsqu'il statue sur l'existence de justes motifs, le juge se prononce à la lumière de toutes les circonstances. La jurisprudence ne saurait donc poser des règles rigides sur le nombre et le contenu des avertissements dont la méconnaissance, par le travailleur, est susceptible de justifier un licenciement immédiat. Sont décisives, dans chaque cas particulier, entre autres circonstances, la nature, la gravité, la fréquence ou la durée des manquements reprochés au travailleur, de même que son attitude face aux injonctions, avertissements ou menaces formulés par l'employeur. Les juridictions cantonales disposent à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation.

En tout état de cause, il convient de ne pas perdre de vue que ce n'est pas l'avertissement en soi, fût-il assorti

d'une menace de licenciement immédiat, qui justifie une telle mesure, mais bien le fait que l'acte imputé au travailleur ne permet pas, selon les règles de la bonne foi, d'exiger de l'employeur la continuation des rapports de travail jusqu'à l'expiration du délai de congé. A cet égard, il est douteux qu'un avertissement, même formulé avec soin, qui a été donné pour

BGE 127 III 153 S. 158

des faits totalement différents, permette de licencier le travailleur à la moindre peccadille. La gravité de l'acte, propre à justifier un licenciement immédiat, peut être absolue ou relative. Dans le premier cas, elle résulte d'un acte pris isolément (p. ex. le travailleur puise dans la caisse de l'employeur). Dans le second, elle résulte du fait que le travailleur, pourtant dûment averti, persiste à violer ses obligations contractuelles (p. ex. le travailleur, bien que sommé de faire preuve de ponctualité, n'en continue pas moins d'arriver en retard à son travail); ici, la gravité requise ne résulte pas de l'acte lui-même, mais - à l'image de la récidive en droit pénal - de sa réitération. Cela étant, savoir s'il y a gravité suffisante dans un cas donné restera toujours une question d'appréciation.

2. a) En l'occurrence, le défendeur a été invité à remplacer un chauffeur pour conduire un véhicule jusqu'à Zurich. Il a définitivement refusé cet ordre le 25 janvier 2000 en début d'après-midi. Cette attitude était contraire à l'**art. 321a al. 1 CO**, qui commande au travailleur d'exécuter avec soin le travail qui lui est confié et de sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur (obligation de diligence et de fidélité) et à l'**art. 321d al. 2 CO**, en vertu duquel le travailleur doit observer, selon les règles de la bonne foi, les directives générales et les instructions particulières qui lui ont été données (obligation d'obéissance).

Cependant, la cour cantonale n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant qu'un tel manquement n'était pas suffisamment grave pour justifier un licenciement immédiat, compte tenu des circonstances suivantes: premièrement, la tâche ordinaire du demandeur était celle d'un emballer et non pas celle d'un chauffeur, même s'il effectuait parfois des remplacements comme chauffeur. Deuxièmement, la défenderesse avait laissé ses employés régler entre eux le remplacement du chauffeur qui devait initialement se rendre à Zurich; or, le demandeur avait fait savoir qu'il n'était pas disponible. Troisièmement, l'intéressé ressentait des douleurs au genou, attestées par des certificats médicaux. Quatrièmement, ce n'est qu'en début d'après-midi, le 25 janvier 2000, que la supérieure du demandeur lui a formellement ordonné de se rendre à Zurich; cet ordre était tardif, eu égard aux motifs d'organisation familiale dont le demandeur avait déjà parlé à ses collègues, et il n'est pas établi qu'il ait été assorti de la menace d'un licenciement immédiat pour le cas où le demandeur ne l'exécuterait pas. Cinquièmement, malgré le refus du demandeur, le déménagement a pu être effectué par un autre salarié de l'entreprise.

BGE 127 III 153 S. 159

b) Sans doute le demandeur avait-il déjà reçu un avertissement, le 26 octobre 1999, après qu'il eut consacré une journée de congé à travailler pour un tiers.

Toutefois, la cour cantonale, sur le vu des circonstances de cet acte, n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en relativisant la portée de la faute commise le 8 octobre 1999 par le demandeur et en considérant qu'elle ne justifiait pas la menace toute générale d'un licenciement immédiat. De fait, la société pour laquelle le demandeur avait travaillé à la date précitée était née d'une scission des activités de la défenderesse. Or, selon les juges précédents, en raison des liens comptables qui ont subsisté quelque temps entre ces deux sociétés, il n'était pas exclu que le demandeur, qui a agi ouvertement, n'ait pas eu conscience de commettre une violation grave de son contrat de travail. Tout au plus devait-on admettre qu'il aurait dû se montrer plus perspicace et se renseigner avant d'accepter de consacrer une journée de congé au service de T.

Quoi qu'il en soit, la faute subséquente commise par le demandeur, soit son refus d'aller à Zurich, était de gravité moyenne dans les circonstances concrètes et ne suffisait pas à justifier un licenciement immédiat, même en tenant compte de l'avertissement antérieur, dès lors que le comportement incriminé était sans aucun rapport avec celui qui avait motivé cet avertissement et qu'il n'y avait donc pas une persistance dans la commission de la même faute, ni une violation constamment répétée des obligations contractuelles de la part d'un travailleur au sujet duquel la défenderesse n'a d'ailleurs pas prétendu qu'il aurait commis un autre manquement quelconque depuis son engagement le 1er avril 1995.

Force est d'admettre, en conclusion, que la cour cantonale n'a pas abusé du large pouvoir d'appréciation que lui confère l'**art. 337 al. 3 CO** en qualifiant d'injustifié le licenciement immédiat du demandeur.

XXII . Exercice

Arrêt "X. S.A. contre G."; Résiliation immédiate injustifiée

- a. Comment le Tribunal fédéral définit-il les justes motifs pour admettre une résiliation immédiate ?
- b. La résiliation immédiate doit-elle toujours être précédée d'un avertissement, ou même de plusieurs avertissements ? Résumez la théorie du Tribunal fédéral à ce sujet :
- c. Selon le Tribunal fédéral, le refus par G. d'exécuter l'ordre de remplacer un chauffeur - alors qu'il avait déjà reçu un avertissement - constituait-il un motif justifiant une résiliation immédiate ? Pourquoi ?

Le Tribunal des prud'hommes

Tribunal des prud'hommes

*Vous avez un litige avec
votre employeur ou votre
employé?*



Présentation du Tribunal des prud'hommes

Le Tribunal des prud'hommes est composé essentiellement de juges employeurs et salariés issus de divers milieux professionnels.

Les juges sont répartis en 4 **groupes** selon le domaine d'activité :

- 1 : Agriculture et paysagisme, conciergerie et nettoyage, bâtiment et matériaux de construction, architecture, etc.
- 2 : hôtellerie, cafés et restaurants, industrie, artisanat et commerce alimentaire , transports, voyages, coiffure et soins esthétiques
- 3 : banques, assurances et sociétés de services, sociétés financières et de sécurité, gestion immobilière, employés d'administrations publiques
- 4 : professions diverses, non comprises dans les autres groupes (médical et paramédical, juridique, artistique, presse, économie domestique)

Comme indiqué ci-dessus, le greffe du Tribunal des prud'hommes fonctionne à la fois pour le Tribunal des prud'hommes et l'Autorité de conciliation des prud'hommes. La Chambre des prud'hommes est quant à elle reliée à la Cour de justice genevoise.

Les prud'hommes comportent ainsi 3 niveaux :

- la **conciliation** : conduite par un conciliateur au bénéfice d'une formation juridique ou spécialisée,
- le **Tribunal**, qui siège dans la composition d'un président, d'un juge employeur et d'un juge salarié,
- la **Chambre des prud'hommes de la Cour de justice**, qui siège également dans la composition d'un président (juge à la Cour de justice), d'un juge employeur et d'un juge salarié.

Quelle procédure?

Dépôt de la demande

Une demande en justice devant les prud'hommes est

- soit déposée au greffe
- soit adressée par poste

Le greffe tient à disposition différents formulaires de demande (gratuits) dont l'usage n'est toutefois pas obligatoire. Ces formulaires sont également disponibles sur le site Internet du Pouvoir judiciaire, avec les instructions utiles, à l'adresse suivante:

<http://ge.ch/justice/formulaires>

Il est impératif que les parties soient désignées de manière complète (noms et prénoms ou raison sociale, adresse valable, etc.), que la demande contienne des conclusions chiffrées (soit ce qui est réclamé) et qu'elle expose l'objet du litige lorsque la valeur litigieuse n'est pas supérieure à fr. 30'000.- ou, au-delà de cette valeur, qu'elle contienne un exposé complet des faits avec, pour chacun d'eux, la référence au moyen de preuve. La demande doit en outre être accompagnée de toutes les pièces utiles (par exemple : contrat de travail, lettre de congé, feuilles de paie).

Déroulement de la procédure

a) Conciliation

Après le dépôt de la demande, les parties sont convoquées à bref délai pour une tentative de conciliation. L'audience de conciliation a lieu dans un délai de 2 mois après le dépôt de la demande. La partie défenderesse reçoit une copie de la demande avec la convocation.

Les parties doivent comparaître en personne ; elles peuvent être assistées par un proche, un avocat ou un autre mandataire professionnellement qualifié (par exemple : un secrétaire syndical).

Dans certains cas, (par exemple : maladie, domicile ou séjour à l'étranger), une partie peut se faire représenter à l'audience par un proche, un avocat ou un autre mandataire professionnellement qualifié. Il est toutefois indispensable de le demander avant l'audience et d'en informer la partie adverse. Une société peut se faire représenter par un membre de son personnel, pour autant qu'il dispose d'une procuration valable signée par les organes de la société.

Un procès-verbal est dressé ; il est signé par les parties et par le conciliateur. Si un accord est trouvé, il est consigné dans ce procès-verbal. Les parties reçoivent une copie certifiée conforme du procès-verbal, qui a valeur de jugement. Si aucune conciliation n'intervient, le demandeur reçoit l'autorisation de procéder.

Dans certains types de litige, lorsque la conciliation n'aboutit pas, la Commission de conciliation peut formuler une proposition de jugement. Elle communique cette proposition de jugement aux parties et chaque partie peut - par une déclaration écrite et non motivée - faire opposition à la proposition. Si aucune partie ne s'oppose à la proposition de jugement dans un délai de 20 jours, cette proposition devient un jugement en force. En revanche, si une partie s'oppose à la proposition de jugement, l'Autorité de conciliation délivre l'autorisation de procéder au demandeur.

Le conciliateur peut également rendre une décision à la demande du requérant pour autant que la valeur litigieuse n'excède pas fr. 2'000.-
L'autorisation de procéder permet au demandeur de porter l'affaire devant le Tribunal dans un délai de trois mois.

b) Tribunal

A réception de la demande munie de l'autorisation de procéder, le Tribunal en transmet un exemplaire au défendeur en lui fixant un délai pour répondre par écrit à la demande ou, suivant la procédure applicable, fixe une audience.

Le Tribunal convoque ensuite les parties à une audience de débats. Sauf avis contraire du Tribunal, les parties peuvent s'y faire représenter par un avocat ou par un mandataire professionnellement qualifié. Au terme de cette audience, le Tribunal ouvre la procédure probatoire (administration des preuves). La procédure probatoire peut notamment donner lieu à l'audition de témoins.

A l'issue de la procédure probatoire, les parties ont la possibilité de plaider. Le Tribunal garde ensuite la cause à juger. Finalement, le jugement du Tribunal est rédigé et communiqué aux parties.

Lorsque la valeur litigieuse est inférieure à CHF 30'000.-, la procédure est «simplifiée» : le Tribunal ne tient généralement qu'une audience, les exigences formelles sont moindres et le Tribunal établit les faits d'office.

Lorsque la valeur litigieuse est supérieure à CHF 30'000.-, la procédure est dite «ordinaire». Il est à ce titre conseillé aux parties de s'adjoindre les services d'un mandataire.

c) Chambre des prud'hommes de la Cour de justice

Lorsque la valeur litigieuse atteint au moins le montant de CHF 10'000.-, les parties peuvent former un appel contre les jugements rendus par le Tribunal. L'appel permet de contester tant la constatation des faits que l'application du droit effectuées par le Tribunal.

L'appel, écrit et motivé, doit être déposé ou envoyé à la Cour de justice dans les 30 jours qui suivent la réception du jugement. A réception de l'appel, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice en transmet un exemplaire à la partie adverse qui a 30 jours pour y répondre.

Lorsque la valeur litigieuse n'atteint pas CHF 10'000.-, les parties ne peuvent former qu'un recours (non un appel). Ce recours permet de contester l'application du droit effectuée par le Tribunal mais non la constatation des faits. La procédure est similaire à celle de l'appel.

Égalité entre femmes et hommes

Une loi fédérale vise à assurer l'égalité entre femmes et hommes dans les rapports de travail.

Lorsqu'une demande est fondée sur cette loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, l'autorité de conciliation est composée d'un conciliateur qui la préside et de 2 conciliateurs-asseurs, un homme et une femme. Lorsque l'homme est employeur, la femme doit être salariée et inversement.

Principales références légales

(entre parenthèses les références du Recueil systématique des lois)

Droit fédéral :

- [Codes des obligations](#) : titre Xème (articles 319 et suivants) consacré au contrat de travail (RS 220)
- [Code de procédure civile fédérale](#) (CPC ; RS 272)
- [Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce \(LTr\) et ordonnances d'application](#) (RS 822.11)
- [Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes](#) (LEg) (RS 151)

Droit cantonal :

- [Constitution de la République et canton de Genève](#) (A 2 00), articles 139 et 140 : fondement de la juridiction des prud'hommes
- [Loi sur l'exercice des droits politiques](#) (A 5 05), articles 120 et suivants : élection des prud'hommes
- [Loi sur le Tribunal des prud'hommes](#) (E 3 10) : organisation de la juridiction

* * *

Le présent document a pour seul objet de fournir au public les principaux renseignements concernant le Tribunal des prud'hommes. Pour tous renseignements complémentaires, consulter la loi sur le Tribunal des prud'hommes (E 3 10).

TRIBUNAL DES PRUD'HOMMES

Questions :

- a. Déterminez les 3 niveaux des Prud'hommes :

- b. Déterminez les 4 groupes et classez les affaires suivantes dans le bon groupe :
 - M. X. cuisinier c/ Pizzeria Y
 - M. A, employé de banque c/ Banque
 - Mme F. Cheffe marketing c/ G. SA agence de publicité

- c. Un pendulaire vaudois peut-il intenter une action à Genève ?