



Chapitre d'actes

2001

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

L'abus de droit en droit suisse du travail

Aubert, Gabriel

How to cite

AUBERT, Gabriel. L'abus de droit en droit suisse du travail. In: L'abus de droit : Comparaisons franco-suissees : Actes du séminaire de Genève, mai 1998. Ancel, Pascal, Aubert, Gabriel et Chappuis, Christine (Ed.). Genève. Saint-Etienne : Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2001. p. 101–114. (Collection droit)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:12320>

L'abus de droit en droit suisse du travail

Gabriel AUBERT

1 – Le droit du travail constitue un bon champ d'observation de la mise en œuvre des dispositions de l'art. 2 CC, en particulier de l'al. 2 statuant l'interdiction de l'abus de droit.

Nous distinguerons diverses applications de cette notion, qu'elle se révèle utile (I), éludée (II), inutile (III) ou perverse (IV).

I – L'application utile

A – Exigences de forme et abus de droit

a – L'opposition au congé abusif

2 – L'employeur est tenu de verser au salarié licencié abusivement une indemnité fixée selon l'ensemble des circonstances, mais ne dépassant pas six mois de salaire (art. 336a CO). Le droit à l'indemnité s'éteint, en particulier, si le salarié ne forme pas opposition au congé, par écrit, auprès de son employeur, avant l'échéance du contrat (art. 336b CO).

L'exigence d'une opposition écrite est stricte, puisque la loi elle-même statue l'extinction du droit au cas où le travailleur n'y a pas satisfait. Cependant, l'art. 2 al. 2 CC permet d'en faire abstraction lorsque, par son comportement, l'employeur a dissuadé le salarié de former à temps opposition au congé.

3 – C'est ce que montre l'espèce suivante. Par lettre recommandée du 30 juillet 1993, reçue le 4 août 1993, E. a résilié le contrat de travail de T. avec effet au 31 octobre 1993. T. a rapporté cette lettre de congé à la secrétaire de l'entreprise, en lui déclarant qu'elle n'acceptait pas d'être congédiée pour avoir réclamé un solde de quatre jours d'indemnités de maladie. La secrétaire a conservé la lettre. Deux jours plus tard, T. a ren-

contré un des administrateurs. Celui-ci l'a priée de reprendre sa lettre. Comme la salariée s'y refusait, il comprit qu'elle contestait le congé. Il lui a indiqué, alors, qu'il la recevrait à son retour de vacances. Cette entrevue eut lieu autour du 20 septembre 1993. Les parties divergent sur le résultat de la discussion. E. conteste avoir, à cette occasion, pris position quant au problème du licenciement, le but de la discussion n'ayant pas été de revenir sur celui-ci. Pour T. en revanche, l'entretien a été couronné de succès : à la suivre, elle conservait son emploi. Selon elle, c'est seulement vers la fin du mois d'octobre que E. lui aurait signifié définitivement son congé.

La cour cantonale a retenu que l'exigence de la forme écrite n'avait pas à être respectée dans les circonstances particulières du cas d'espèce, car l'employeur avait de toute façon compris que T. objectait à son congé. A son avis, en effet, la forme écrite viserait à assurer la sécurité du droit, à attirer l'attention de celui qui a donné congé sur le fait que sa décision est contestée et à lui permettre de sauvegarder ses moyens de preuve. Or, le comportement de T. aurait atteint le but visé par le législateur, puisque l'administrateur de E. a déclaré avoir compris que T. contestait le congé et l'a conviée à un entretien.

4 – Tout en parvenant au même résultant, le Tribunal fédéral refuse de relativiser les exigences de forme. Ses considérants méritent d'être reproduits¹ :

Lorsque le législateur a soumis la validité d'actes juridiques à l'observation de la forme écrite, il avait en vue différents buts : empêcher que les parties ne prennent des engagements irréfléchis, les amener à préciser leur pensée, faciliter et assurer la preuve de ces actes. Dans leur application, ces règles de forme sont toutefois détachées des considérations qui ont présidé à leur adoption. On n'a donc pas à se demander si, dans le cas particulier, l'observation de la forme était nécessaire pour atteindre le but visé, en ce sens que l'on écarterait la sanction de l'invalidité si la violation de la règle de forme n'a pas eu la conséquence que craignait le législateur. Le système des formes est en quelque sorte absolutisé : il n'est pas permis d'opérer avec des considérations de finalité, ni même de moralité, pour en

1 - SJ 1996, pp. 332-333.

atténuer la rigueur, du moins au niveau de l'interprétation selon les règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC). Toutefois, dans certaines conditions, le fait de relever le vice de forme peut constituer un abus de droit. Constituent notamment un tel abus le détournement caractérisé du but de la forme, l'attitude nettement contradictoire trompant la confiance légitime de l'autre partie, l'exploitation d'une position mal acquise (*Deschenaux*, Le titre préliminaire du code civil, in *Traité de droit privé suisse*, tome II/1, Fribourg 1969, pp. 178-179 ; *Merz*, *Berner Kommentar*, n. 462 ss ad art. 2 CC) (...).

En matière de prescription, la jurisprudence a admis qu'il y a abus de droit, pour le débiteur, à invoquer l'exception de prescription, lorsqu'il a amené astucieusement le créancier à ne pas agir en temps utile, mais aussi lorsque, sans dol, il a un comportement qui incite le créancier à renoncer à entreprendre des démarches juridiques pendant le délai de prescription et que, selon une appréciation raisonnable, fondée sur des critères objectifs, ce retard apparaît compréhensible (ATF 113 II 264 consid. 2^e, 108 II 278 consid. Sb, 89 II 256 consid. 4). Constitue par exemple un tel comportement le fait de retenir le créancier par des discussions qui le maintiennent dans l'espoir d'une solution favorable à ses intérêts (*Spiro*, *Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen*, tome I, p. 214 et 245). Ces considérations sont aussi applicables à l'employeur qui, par son attitude, induit le travailleur à ne pas former opposition par écrit avant la fin du délai de congé.

Ainsi, en l'occurrence, peu importait que l'employeur ait effectivement compris que le salarié s'opposait au congé. Ce qui était décisif, c'était que, par son comportement, il ait dissuadé le travailleur de former une opposition écrite. L'ambiguïté du comportement résulte du fait que l'employeur a repris la lettre de congé, l'a conservée et a proposé un entretien au travailleur, entretien qui a eu lieu plus d'un mois après la résiliation du contrat.

5 – Comme on le voit, le Tribunal fédéral ne se borne pas à rechercher si le but de l'exigence de forme était atteint. Plus restrictif, il n'admet l'objection de l'abus de droit qu'en raison du comportement contradictoire de l'employeur qui, en conservant la lettre de congé et en accordant un entretien au salarié, lui a donné à penser qu'il reconsidérerait sa décision. C'est

seulement parce que le comportement de l'employeur correspondait à l'une des situations typiques de l'abus de droit que le salarié a obtenu gain de cause sur la base de l'art. 2 al. 2 CC.

b – La rémunération du voyageur de commerce

6 - Le contrat d'engagement du voyageur de commerce doit être passé par écrit et régler notamment la rémunération. Un accord verbal ne peut porter que sur le début des services, sur les modalités et le rayon des voyages, ainsi que sur d'autres clauses ne contrevenant pas aux prescriptions légales ou aux stipulations écrites (art. 347a CO).

7 – En l'espèce, sur la base d'un accord oral, l'employeur a versé au travailleur, pendant cinq ans, des commissions supérieures à celles prévues au contrat écrit. A la fin des rapports de travail, il refuse un solde de commissions, en invoquant cet écrit.

Le Tribunal fédéral lui donne tort. Contrairement aux règles de forme prescrites par la loi en matière immobilière, celles qui touchent la rémunération du voyageur de commerce s'appliquent sans égard à l'intérêt général ou à celui de tiers : elles visent principalement à protéger le travailleur, car elles aident à la preuve qui, du reste, est aussi utile à l'employeur. Il faut donc protéger la confiance éveillée par l'exécution de l'accord oral. Toutefois, la protection de la confiance ne constitue pas, en elle-même, une base suffisante : ce qui est décisif, c'est l'attitude clairement contradictoire de l'employeur, qui a respecté l'accord oral pendant plus de cinq ans et qui n'invoque la nullité de cet accord qu'après la fin des rapports de travail².

8 – Il y a lieu de remarquer que, en l'occurrence, la mise en œuvre de l'art. 2 al. 2 CC a pour effet non pas d'empêcher la naissance d'un droit, mais de fonder une créance du travailleur contre l'employeur, le premier devenant titulaire d'une action en exécution contre le second. En apparence, l'employeur perd le droit d'invoquer les exigences de forme ; en réa-

2 - ATF 116/1990 II 700, 702, consid. 3b

lité, le travailleur acquiert celui d'être payé en conformité d'une clause a priori nulle.

On peut se demander si une pareille action en exécution ne trouve pas son fondement à l'art. 2 al. 1 CC, d'après lequel, on le sait, chacun doit exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. Une telle manière de voir infirme l'opinion des auteurs pour qui l'interdiction de l'abus de droit n'aurait qu'un effet paralysant.

B – Les contrats de durée déterminée « en chaîne »

9 – La réglementation suisse du licenciement est encore d'inspiration largement libérale. Comme le droit français antérieur à 1973, elle ne prohibe que l'*abus* du droit de licencier (dispositif qui sera expliqué plus loin).

Il suffit de retenir ici que, en l'absence de restriction importante entravant le droit de résilier le contrat de durée indéterminée, les employeurs sont peu tentés de conclure des contrats de durée déterminée, qui, les liant pour une période fixe, se révèlent en général plus contraignants que les contrats de durée indéterminée.

10 – Selon le Tribunal fédéral, bien que le droit suisse autorise en principe les parties à passer un nouveau contrat de durée déterminée à la suite d'un contrat de durée déterminée, l'art. 2 al. 2 CC, prohibant notamment la fraude à la loi, interdit la conclusion de contrats en chaîne dont, premièrement, la durée déterminée ne se justifie par aucun motif objectif et qui, en second lieu, ont pour but d'éviter l'application des dispositions sur la protection contre les congés³ (en particulier les congés donnés durant une période d'incapacité de travailler).

11 – A notre avis, seule la première de ces deux conditions est convaincante. Peu importe, en effet, que les parties aient eu ou non pour but d'éviter la protection légale. Que le salarié ait été privé de cette protection suffit. D'ailleurs, alors même qu'elle a été formellement énoncée, ici, par le Tribunal fédéral, cette seconde condition n'est pas rappelée dans

3 – ATF non publié du 20 août 1992, dans la cause B.-C. c. E., consid. 4b.

d'autres décisions. Il est douteux que le Tribunal fédéral la maintienne, car la loi prohibe l'abus de droit (et la fraude à la loi) même en l'absence d'intention dolosive.

II – L'application éludée

12 – Comme on vient de le signaler, le droit suisse ne protège pas les salariés contre le licenciement de façon aussi stricte que le droit français.

En 1967, dans son rapport à l'appui de la révision du droit du contrat de travail, le Conseil fédéral (gouvernement helvétique) a refusé de prévoir une protection expresse des salariés contre les congés abusifs. Il s'est contenté de maintenir un seul cas de protection : celui dans lequel le congé est donné en raison du fait que le salarié accomplit une période de service militaire ; dans une telle hypothèse, l'intéressé pouvait réclamer une indemnité correspondant à six mois de salaire au maximum (art. 339g aCO). Cependant, le Conseil fédéral a rappelé la protection générale découlant de l'art. 2 al. 2 CC, la prohibition de l'abus de droit s'appliquant à tout rapport contractuel, y compris le contrat de travail. Il a laissé ouverte la question de savoir si un congé déclaré abusif en vertu de cette disposition devait être considéré comme nul ou si, dans un tel cas, le salarié pouvait seulement prétendre à une indemnité, par application analogique de la règle relative au congé donné pour cause de service militaire ou par application des principes généraux de la responsabilité civile (réparation du préjudice causé par un acte contraire aux mœurs, art. 41 al. 2 CO)⁴.

13 – La matière a donné lieu à de vives discussions au parlement qui, dans la révision de 1971, ne s'est pas écarté de la proposition du gouvernement.

Le refus d'adopter de nouvelles règles s'explique par plusieurs raisons. D'abord, le caractère libéral de la législation helvétique, avec lequel paraissent incompatibles des contraintes entravant la résiliation du contrat de travail. Ensuite, l'absence de contentieux sur ce sujet, résultant sans doute

4 - Message du Conseil fédéral concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations, du 25 août 1967, FF 1967 II 394-395.

de la quasi-inexistence du chômage. Enfin, la difficulté de définir, de façon générale, une sanction autre que la nullité du congé abusif, à laquelle l'ordre juridique suisse répugnait manifestement.

14 – Sous l'empire des règles adoptées en 1971, soit jusqu'en 1989, le Tribunal fédéral n'a eu à connaître que de rares cas de licenciements prétendument abusifs. Dans une affaire, le travailleur affirmait avoir été licencié pour cause d'appartenance syndicale ; sa demande a été rejetée parce que tardive⁵. Dans une autre, le salarié soutenait avoir été congédié en raison de ses activités au sein de la commission du personnel de l'entreprise ; ses prétentions ont été rejetées, parce qu'il n'avait pas prouvé que ces activités avaient provoqué son licenciement. A cette occasion, le Tribunal fédéral a souligné l'importance de la liberté de résilier le contrat de travail :

Il convient, à cet effet, de rappeler le but de la résiliation ordinaire du contrat de travail. Celle-ci suppose seulement une déclaration de résiliation (acte formateur résolutoire) de la part d'un des contractants (art. 336 CO). Sa validité n'est subordonnée ni à l'existence de justes motifs ni même à l'indication de motifs à la partie adverse. Dans le système actuel, le droit de résilier est le corollaire et le pendant de la liberté de conclure (art. 19 CO). L'un et l'autre sont laissés au libre choix de chaque partie. Le but de la résiliation ordinaire (sans motifs) est donc de permettre à son auteur de recouvrer sa liberté contractuelle par le seul effet de sa volonté déclarée (ATF 107 II 415). Il en résulte qu'une résiliation est valable, en principe, même si son auteur, maître de ses motifs, n'est inspiré que par des motivations purement égoïstes, ne prenant pas en considération les inconvénients qui peuvent en résulter pour la partie adverse. On ne saurait dès lors tenir la résiliation pour abusive que si son auteur poursuit, par ce biais, un but fondamentalement différent⁶.

La pauvreté de la jurisprudence s'explique, derechef, par l'incertitude entourant les principes à mettre en œuvre, par les difficultés de preuve et, très largement, par la quasi-absence de chômage durant cette période.

5 – SJ 1981, p. 314, résumé in Gabriel Aubert, *Quatre cents arrêts sur le contrat de travail*, Payot Lausanne, 1984, no 184, p. 103.

6 – G. Aubert, *op. cit.*, no 185, p. 104.

15 – En 1988, sous la pression d'une initiative présentée par plus de 100 000 citoyens et demandant une révision de la Constitution fédérale sur ce point, le parlement fédéral institua une protection expresse contre les licenciements abusifs, à l'art. 336 CO, dont la teneur est la suivante :

« 1 Le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie :

- a. 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 ;
- b. En raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel, à moins que l'exercice de ce droit ne viole une obligation résultant du contrat de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise ;
- c. Seulement afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie, résultant du contrat de travail ;
- d. Parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail ;
- e. Parce que l'autre partie accomplit un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, ou un service civil, en vertu de la législation fédérale, parce qu'elle sert dans un service féminin de l'armée ou dans un service de la Croix-Rouge ou parce qu'elle accomplit une obligation légale lui incombant sans qu'elle ait demandé de l'assumer.

2 Est également abusif le congé donné par l'employeur :

- a. En raison de l'appartenance ou de la non-appartenance du travailleur à une organisation de travailleurs ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale ;
- b. Pendant que le travailleur, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise et que l'employeur ne peut prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation.
- c. Sans respecter la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs (art. 335f) ».

16 – Ainsi, sauf dans le cas des représentants élus du personnel (al. 2 lit. b), il n'est pas nécessaire que le congé repose sur un motif justifié, comparable à la « cause réelle et sérieuse » du droit français. Il suffit que le congé ne soit pas abusif, c'est-à-dire qu'il ne soit pas notifié pour l'un des motifs prévus à l'art. 336 CO. Il est admis, au surplus, que la prohibition générale de l'abus manifeste d'un droit, résultant de l'art. 2 al. 2 CC, continue de s'appliquer, même si les cas d'espèce sont demeurés rarissimes.

17 – L'art. 336 CO concrétise, à bien des égards, l'idée fondamentale de l'art. 2 CC, à savoir que le justiciable doit user de ses droits comme une personne raisonnable, en respectant les valeurs fondamentales consacrées par l'ordre juridique. Ces valeurs fondamentales s'articulent autour de deux grands thèmes. Premièrement, la protection de la personnalité : un licenciement pour un motif inhérent à la personne du salarié n'est admissible que si ce motif a un lien avec le contrat de travail. En second lieu, la protection de l'exercice des droits : la liberté de licencier ne doit pas entraver l'exercice, par le salarié, des droits qu'il tient de la constitution (droits fondamentaux dans leur ensemble, liberté syndicale) ou du contrat de travail (prétentions résultant de ce contrat, droit de représenter les salariés). Lorsqu'il porte atteinte à ces principes, le licenciement vise une fin prohibée et revêt, par conséquent, un caractère abusif.

18 – Bien qu'il se réfère à la genèse de l'art. 2 al. 2 CC⁷, le législateur n'a pas repris la casuistique élaborée dans le domaine de l'interdiction de l'abus de droit, pour la transposer en détail dans celui de la résiliation du contrat de travail.

Il faut relever, néanmoins, que le nouveau dispositif empêche le licenciement pour simple motif de convenance personnelle : une telle convenance doit le céder devant la protection de la personnalité du travailleur. Peut-on considérer qu'il s'agit ici d'un cas de disproportion grossière des intérêts, qui eût commandé de toute façon l'application de l'art. 2 al. 2 CC,

7 – Message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations, du 9 mai 1984, FF 1984 II 621.

en l'absence même du nouvel art. 336 CO? Cette question appelle probablement une réponse négative, car, dans l'exercice de la liberté contractuelle, la convenance personnelle joue un rôle important. Il fallait sans doute une norme spéciale pour limiter la liberté de l'employeur à cet égard⁸.

19 – Le même problème se pose quant à la protection de l'exercice des droits. L'art. 2 al. 2 CC eût-il suffi à réprimer le comportement de l'employeur qui résilie le contrat de travail parce que le salarié a exprimé une opinion politique ou fait valoir son droit aux vacances? A notre avis, dans de tels cas, le licenciement vise un but que la loi ne saurait protéger, car, sauf à se nier lui-même, l'ordre juridique ne peut pas permettre à l'employeur de priver le travailleur du bénéfice d'un droit reconnu par la constitution ou par la loi. Un pareil pouvoir le placerait au-dessus de ces textes. Ainsi, sur ce plan, à notre avis, la mise en œuvre de l'art. 2 al. 2 CC ouvrirait déjà la voie à un résultat satisfaisant, comme la jurisprudence cantonale l'a reconnu, dans de rares espèces il est vrai⁹.

III – L'application inutile

20 – Il arrive que la jurisprudence invoque l'art. 2 al. 2 CC dans des situations où la mise en œuvre d'autres règles plus pertinentes produirait le même résultat. Voici deux exemples.

A – Le contrat de fait

21 – T. a été engagé par une société panaméenne E. Inc., pour travailler exclusivement à Genève, auprès de la société E. SA. La société E. Inc. n'existe que pour des raisons fiscales; toute son activité est exercée à Genève, par les soins de E. SA. Le papier à lettres de E. Inc. porte l'adresse de E. SA. Licencié par E. Inc., T. agit contre E. SA en paiement d'arriérés de salaire.

8 - Cf ATF 11/1985 II 242, 243 consid. 2.

9 - SJ 1989, p. 674.

Aux yeux de la juridiction genevoise des prud'hommes, les organes de E. SA avaient pris soin de créer des apparences telles que T. semble juridiquement lié non pas à elle-même, mais à une société étrangère portant un nom semblable au sien. Toutefois, vu le rôle joué par E. SA en fait, il était contraire aux règles de la bonne foi de l'autoriser à se soustraire à ses responsabilités sous le prétexte que les deux sociétés étaient juridiquement distinctes. E. SA commettait un abus de droit. Il fallait donc admettre qu'elle avait la qualité pour défendre envers T¹⁰.

22 – Il ne nous appartient pas de discuter ici du rôle de la théorie de l'abus de droit dans les groupes de sociétés. Nous nous référons à la contribution de M^{me} Christine Chappuis dans le présent volume. On peut néanmoins se demander si le droit du travail ne comporte pas une règle spécifique, à la lumière de laquelle de pareilles situations peuvent se résoudre. En effet, selon l'art. 320 al. 2 CO, le contrat de travail est réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire. Aux yeux de la jurisprudence, lorsque les conditions en sont remplies, cette disposition crée une présomption irréfragable de l'existence d'un contrat, même si les parties n'ont pas voulu se lier juridiquement (contrat de fait)¹¹. A notre avis, un contrat de travail de fait peut se présumer dans un groupe de sociétés, lorsqu'un salarié travaille pour une société du groupe dans laquelle il est intégré, même si, formellement, son contrat de travail le lie à une autre société. Cette solution s'impose d'autant plus lorsque la société revêtant soi-disant la qualité d'employeur n'exerce pas d'activité propre.

23 – D'ailleurs, en assignant au juge la mission de se prononcer à la lumière de toutes les circonstances, la loi lui donne la faculté de statuer en équité (art. 4 CC). Or, il est équitable que le travailleur ne soit pas lié par un montage dont la fin principale est de permettre à l'employeur de se soustraire à ses obligations.

10 - Aubert, *op. cit.* n° 340, p. 196.

11 - SJ 1984, p. 432.

On notera, ici encore, que la mise en œuvre de l'art. 2 CC par la cour cantonale a pour résultat de créer un rapport juridique entre la société suisse et le travailleur. Plutôt que d'empêcher l'exercice d'un droit, cette disposition a pour effet d'en créer, dans le chef du salarié, envers une société tenue de se comporter de façon loyale et raisonnable.

B – La protection de la personnalité économique

24 – La question s'est posée plusieurs fois, ces dernières années, de savoir si les parties à une convention collective de travail peuvent refuser d'admettre un tiers (un syndicat ou une organisation patronale) comme nouvelle partie à cette convention.

25 – Le Tribunal fédéral a tranché cette question par la négative. Pour lui, un tel refus, sans raison valable, ne saurait être protégé, car il rendrait vains les buts de la convention collective de travail. Ainsi, le moyen tiré de la liberté des conventions peut être abusif (art. 2 CC) s'il est invoqué pour sauvegarder, même sans intention dolosive, des intérêts que la loi n'a pas pour but de protéger. Une telle solution protège, en particulier, la personnalité du syndicat comme corporation de droit privé (art. 28 CC)¹².

26 – La motivation de cette décision nous paraît prêter le flan à la critique. En effet, on peut se demander si le moyen tiré de la protection de la personnalité du syndicat, boycotté par les parties à la convention collective, ne suffit pas à fonder l'obligation, à la charge de ces dernières, de l'admettre en principe comme contractant lorsqu'il est suffisamment représentatif. L'invocation de l'art. 2 CC paraît donc inutile. Il faut néanmoins reconnaître qu'elle renforce la motivation fondée sur la protection de la personnalité, qui revêt, elle aussi, un caractère nouveau dans ce contexte.

27 – On notera, en passant, que le Tribunal fédéral se réfère à l'art. 2 CC, sans viser précisément le premier ou le second alinéa de cette disposition. Pour lui, les parties à une convention collective doivent exercer leurs droits

12 – ATF 113/1987 II 37, 45, consid. 4c.

conformément aux règles de la bonne foi : en adoptant un comportement contraire aux buts fondamentaux de la convention collective, elles ne se comportent pas comme des sujets de droits loyaux et raisonnables. C'est probablement de la mise en œuvre de l'art. 2 al. 1 CC que le Tribunal fédéral tire l'obligation de contracter à la charge des parties à la convention.

IV – L'application perverse

27 – Dans certains cas, la prohibition de l'abus de droit est utilisée pour faire échec à la protection du salarié telle qu'elle est voulue par le législateur. C'est comme si le juge, tenant la règle protectrice pour excessive (ou s'accoutumant difficilement aux valeurs qu'un texte récent s'attache à sauvegarder) cherchait dans la mise en œuvre des principes traditionnels un bouclier contre la nouveauté.

28 – En voici un exemple. Le droit aux vacances et à la rémunération des heures supplémentaires résulte d'une disposition impérative de la loi. Le salarié ne peut pas y renoncer durant le contrat et pendant le mois suivant la fin des rapports de travail (art. 341 al. 1 CO).

Pour faire échec à cette disposition, les tribunaux, s'appuyant sur d'anciens arrêts, ont souvent mis en œuvre l'interdiction de l'abus de droit. Ainsi, le travailleur qui ne faisait pas valoir à la fin de chaque mois la rémunération afférente à ses heures supplémentaires était réputé se comporter d'une façon contraire aux règles de la bonne foi, de sorte que ses prétentions, abusives, devaient être rejetées¹³.

29 – Il a fallu plusieurs années à la jurisprudence fédérale pour faire admettre la nullité de toute renonciation par le travailleur, durant les rapports de travail, aux créances résultant d'une disposition impérative de la loi. Dûment protégé par la loi, l'exercice d'un tel droit ne peut pas être abusif, même si le travailleur n'agit pas avant la fin des rapports de travail, voire la fin du délai de prescription¹⁴.

13 - SJ 1986, p. 293 ; cf. aussi SJ 1987, p. 546.

14 - ATF 110/1984 II 168, 171 consid.3c, avec réf.

V – Conclusion

30 – Les observations qui précèdent autorisent une constatation et une question.

31 – La constatation, qui rejoint celles faites par M^{me} Christine Chappuis dans le présent volume, c'est que, en droit du travail comme dans d'autres domaines, la prohibition de l'abus de droit n'a pas seulement pour effet de paralyser l'exercice d'un droit apparent : elle tend à créer des rapports juridiques là où, selon la volonté d'une des parties, de tels rapports n'existaient pas. La fonction correctrice de l'interdiction de l'abus de droit devient, en réalité, créatrice.

32 – La question porte sur les rôles respectifs du législateur et du juge. Comme il ressort de la contribution de Jean-François Perrin, le Tribunal fédéral a créé des règles nouvelles, en droit du divorce, sur la base de l'art. 2 al. 2 CC (en s'écartant parfois de la solution expressément retenue par le législateur). Dans le domaine du licenciement, en revanche, il s'est abstenu d'une démarche analogue, alors même que les travaux préparatoires de la loi l'y invitaient. Comment expliquer la créativité du Tribunal fédéral sur certains sujets et sa réserve sur d'autres ? A-t-il considéré que, en droit de la famille, le retard de la loi sur les mœurs justifiait son intervention, alors que, en droit du licenciement, la situation économique et les conceptions libérales du législateur l'empêchaient de trancher des questions tellement controversées sur le plan politique que le parlement lui-même n'a modifié la loi qu'après le dépôt d'une initiative populaire ?