UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Article scientifique | Commentaire | 2016

Published version | Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

L'ajout de motifs en cas de licenciement immédiat ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_109/2016

Witzig, Aurélien

How to cite

WITZIG, Aurélien. L'ajout de motifs en cas de licenciement immédiat ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_109/2016. In: Newsletter Droitdutravail.ch, 2016, vol. septembre.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:110098

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Tribunal fédéral – 4A_109/2016
destiné à la publication
Ière Cour de droit civil
Arrêt du 11 août 2016 (d)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Aurélien Witzig, L'ajout de motifs en cas de licenciement immédiat ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_109/2016, Newsletter DroitDuTravail.ch septembre 2016

Newsletter septembre 2016

Licenciement avec effet immédiat ; justes motifs ; ajout de motifs

Art. 337 CO

L'ajout de motifs en cas de licenciement immédiat ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_109/2016

Aurélien Witzig, docteur en droit, avocat, chargé d'enseignement aux Universités de Neuchâtel et de Genève

I. Objet de l'arrêt

Dans l'arrêt 4A_109/2016 du 11 août 2016, destiné à la publication au recueil officiel, le Tribunal fédéral apporte des précisions concernant l'ajout de motifs en matière de licenciement avec effet immédiat. L'employeur ne peut plus se prévaloir *a posteriori* de faits qu'il connaissait au moment du prononcé du licenciement immédiat s'il a renoncé à s'en prévaloir à ce moment-là. En revanche, l'employeur peut faire valoir ultérieurement des motifs différents de ceux indiqués concomitamment au licenciement immédiat, si ces motifs reposent sur des faits survenus avant le prononcé du licenciement et restés alors ignorés de lui.

II. Résumé de l'arrêt

A. Faits et procédure

Une société avait embauché un travailleur en qualité de directeur d'exploitation.

Un an et demi après le début de la relation, le salarié avait résilié le contrat avec respect du préavis contractuel de six mois.

Un mois plus tard, l'employeur avait résilié à son tour le contrat, avec effet immédiat.

La procédure révéla que le licenciement était fondé à ce moment-là sur le fait que le directeur avait envoyé à un client de l'entreprise un lien électronique vers un article relatant diverses malversations dont s'était rendu coupable, plusieurs années auparavant, le père de l'actuel président du conseil d'administration de la société. Le courriel du directeur contenait une mise en garde en faveur du client, l'enjoignant à s'assurer de garanties dans ses relations avec la société.

Après plusieurs jugements, les juges cantonaux thurgoviens finirent par retenir que ce motif était impropre à justifier un licenciement avec effet immédiat : le travailleur avait certes agi d'une manière « pas très maligne », mais le contrat était déjà résilié, les relations étaient tendues entre les parties à cause d'un contentieux salarial et l'article en question ne concernait pas directement l'employeur mais son père.

En cours de procédure, l'employeur excipa d'un second motif de licenciement immédiat, à savoir le vol et la copie d'un disque dur contenant des données d'affaires importantes. Ce méfait n'ayant été découvert qu'après le prononcé du licenciement et ne se trouvant pas en relation directe avec le motif concret du licenciement (l'envoi du courriel au client), les juges cantonaux le jugèrent tout autant impropre à justifier un licenciement immédiat.

Le Tribunal fédéral approuve la solution retenue, en partie par substitution de motifs : l'employeur ne peut plus se prévaloir *a posteriori* de faits dont il avait connaissance au moment de prononcer le licenciement s'il ne les a pas mentionnés comme motifs à l'appui dudit licenciement. En revanche, le Tribunal fédéral en profite pour préciser que lorsque l'employeur souhaite ajouter un motif de licenciement immédiat après coup (parce qu'il n'en avait pas connaissance à ce moment-là), il peut le faire même si ce nouveau motif est sans lien avec le motif précédemment invoqué.

B. Droit

Le Tribunal fédéral rappelle les principes suivants concernant le licenciement avec effet immédiat (consid. 4.1 et 4.2) :

- nécessité de **justes motifs** (art. 337 al. 1 CO) ;
- détermination des justes motifs selon la **bonne foi** (art. 337 al. 2 CO), à savoir une faute particulièrement grave du travailleur, objectivement propre à rompre ou du moins à ébranler si fortement le lien de confiance que la poursuite du contrat ne puisse plus être exigée de l'employeur, voire une faute moins grave si elle est répétée malgré un avertissement (ATF 130 III 28 ; 130 III 213 ; 129 III 380) ;
- **liberté d'appréciation** du juge (art. 337 al. 3 CO) ;
- pleine cognition du Tribunal fédéral sur l'appréciation exercée par les juges cantonaux mais **contrôle limité** aux écarts trop importants par rapport à la norme standard, ainsi qu'à la prise en considération de faits non pertinents ou à la non-prise en considération de faits pertinents (ATF 130 III 28 ; ATF 130 III 213 ; ATF 129 III 380).

Le Tribunal fédéral rappelle également que la **durée restant à courir** avant la fin du délai de congé ordinaire doit être prise en compte dans l'appréciation des justes motifs sous l'angle de la bonne foi (TF 4C_95/2004).

En toute hypothèse, seul un événement s'étant déroulé **avant** le prononcé du licenciement immédiat ne saurait entrer en considération comme juste motif.

La doctrine ajoutait qu'en cas d'ajout de motif, le fait invoqué *a posteriori* par l'employeur devait reposer sur un motif semblable à celui qui a été invoqué concomitamment au licenciement. Le Tribunal fédéral **rejette cette condition** (consid. 4.3). Il explique qu'un ajout de motif est admissible, à condition toutefois que le fait en question fût non seulement **inconnu** de l'employeur, mais encore qu'il **ne pût pas être connu** de lui (consid. 5.1). Doit ainsi être exclu l'ajout du motif reposant sur un fait que l'employeur, au moment du

prononcé du licenciement, connaissait mais n'a pas désigné comme motif de licenciement (consid. 5.1).

Le licenciement s'étant déroulé en l'espèce alors que l'employeur connaissait le vol du disque dur mais n'en avait pas fait le reproche au travailleur, il n'était plus possible d'ajouter ce motif par la suite. Seul le courriel envoyé au client concernant le père de l'administrateur de la société demeurait un motif possible de licenciement avec effet immédiat. Le Tribunal fédéral ne relève toutefois aucun abus dans le pouvoir d'appréciation exercé par les juges cantonaux qui n'avaient pas retenu ce motif comme suffisant (consid. 5.2).

III. Analyse

En retenant que l'employeur peut, durant la procédure judiciaire, invoquer comme justes motifs de licenciement immédiat non seulement des faits qui existaient au moment du prononcé du licenciement mais dont il n'avait pas, sans sa faute, connaissance à ce moment-là – ce qui était d'ores et déjà acquis[1] –, mais encore que lesdits faits peuvent n'avoir aucun lien avec ceux qui avaient déterminé le choix de l'employeur, le Tribunal fédéral a renoué avec la position qu'il avait adoptée le 9 juin 1899 dans l'arrêt *Simmen gegen Vereinigte Schweizerbahnen*[2] et reprise dans une décision subséquente datée du 4 octobre 1966[3].

Après la réforme du droit du licenciement du 18 mars 1988 et l'introduction dans le nouvel article 337 CO de la règle selon laquelle « la partie qui résilie immédiatement le contrat doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande », il paraissait pourtant légitime de se demander si cette jurisprudence héritée du XIXe siècle n'était pas périmée.

D'une part, tant le Conseil fédéral que la jurisprudence cantonale et une partie de la doctrine rejetaient expressément la possibilité de l'ajout de motifs[4].

D'autre part, comme le Conseil fédéral lui-même l'expliquait à l'appui du projet de loi pour la protection des travailleurs contre les licenciements, « la résiliation immédiate du contrat de travail suppose l'existence de justes motifs, c'est-à-dire de "circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail" (art. 337 al. 1 CO). On suppose donc la présence d'un motif qui rend impossible la poursuite des relations contractuelles. Des motifs qui sont découverts ou qui surviennent après la résiliation immédiate ne peuvent toutefois avoir rendu impossible déjà antérieurement la continuation des rapports de travail et ils ne peuvent par conséquent représenter un juste motif de résiliation immédiate. Un motif qui est découvert ou qui survient après la résiliation immédiate justifie seulement une nouvelle résiliation immédiate, au cas où – éventuellement additionné aux motifs antérieurs insuffisants – il constitue un juste motif au sens de la loi[5] ».

---

1 ATF 121 III 467, consid. 5, SJ 1996 412 ; 124 III 25, JdT 1998 I 127 ; 127 III 310, JdT 2001 I 367 ; TF, 15 juillet 1992, SJ 1993 368.

2 ATF 25 II 429, consid. 3.

3 ATF 92 II 184.

4 Cf. WERNER GLOOR, *in* Dunand/Mahon, *Commentaire du contrat de travail,* Berne, Stämpfli, 2013, N 55 *ad* art. 337 CO.

5 Message du 9 mai 1984, FF 1984 II 574, spéc. p. 634.

Lorsque la question lui avait été posée après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, le Tribunal fédéral n'y avait pas répondu directement[6] et la voie d'une modification de sa jurisprudence ancienne était encore ouverte.

C'est pourtant la solution inverse qui a été retenue dans l'arrêt commenté. Selon la Haute Cour, il faut donc se placer – de façon objective – au moment du prononcé du licenciement avec effet immédiat. La procédure judiciaire, indépendamment de ce que l'employeur a pu indiquer au travailleur, permettra ensuite de révéler ou non l'existence d'un juste motif.

Cette approche objective correspond à celle retenue par le Bundesgerichtshof allemand dans un arrêt du 1er décembre 2003[7].

Une approche subjective peut toutefois lui être opposée. En effet, le prononcé du licenciement est une déclaration de volonté qui suppose de la part de celui qui l'énonce la connaissance des motifs du congé au moment du licenciement[8]. Par ailleurs, si la notification de justes motifs n'est pas une condition de validité du licenciement immédiat, il n'en demeure pas moins que cette communication ne saurait être un pur exercice de style.

C'est ainsi que tant le droit anglais que le droit italien et le droit français rejettent l'ajout de motifs pour justifier un licenciement avec effet immédiat.

L'aspect fortement casuistique du droit anglais en rend la connaissance malaisée. Une rapide analyse permet toutefois de retenir les éléments suivants, pertinents pour le droit suisse : l'analyse du caractère équitable du licenciement doit porter sur les faits que l'employeur pouvait raisonnablement connaître, non pas sur les faits découverts par le tribunal, en particulier si ces faits sont contestés devant ce dernier[9]. Par ailleurs, si un fait découvert après la notification du licenciement ne peut normalement plus être utilisé pour justifier le licenciement, il peut être pris en considération pour démontrer que l'employeur a pris sa décision au sujet de la performance ou du comportement du travailleur de manière raisonnable ; un tel fait peut également être pris en considération pour décider du montant de l'indemnité due au travailleur[10].

La solution retenue par le droit anglais pourrait être pertinente en droit suisse, relativement à l'article 337*c*, alinéa 3 CO. Ainsi, un ajout de motif ne permettrait non pas de justifier un licenciement immédiat, mais pourrait être pris en compte pour évaluer l'indemnité due au travailleur.

---

6 ATF 119 II 162, consid. 1, JdT 1994 I 105.

7 BGH, 1er décembre 2003, AP Nr. 6 zu § 626 BGB Nachschieben von Kündignungsgründen ; NZA 2004, 173. Le droit allemand apporte toutefois les nuances suivantes : si un Betriebsrat ou un Personalrat devait être entendu préalablement au licenciement, l'employeur est tenu par les motifs communiqués à l'organe de représentation (MÜLLER-GLÖGE, *in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht,* Munich, C.H. Beck, 2016, 230 620 66, p. 1650). Par ailleurs, une convention collective ou le contrat individuel de travail peuvent prévoir que l'employeur est tenu par les motifs énoncés au moment du licenciement. Ces précisions pourraient être utilement retenues en droit suisse.

8 Cf. HERMANN BECKER, *Die einzelnen Vertragsverhältnisse (art. 184-551), Berner Kommentar*, 1934, N 3 *ad* art. 352 aCO 1911, p. 418.

9 *London Ambulance Service NHS Trust v Small*, 2009, EWCA Civ 220 ; 2009, IRLR 563.

10 GAVIN MANSFIELD/JOHN BOWERS/DAMIAN BROWN ET AL., *Blackstone's Employment Law Practice,* Oxford University Press, 2012, p. 476, § 30.24.

Le droit italien comme le droit français retiennent un principe d'intangibilité des raisons communiquées par l'employeur au travailleur comme motif du licenciement, en s'appuyant sur des considérations également pertinentes.

Selon le droit italien, le principe de l'*immodificabilità* des motifs énoncés opère comme une garantie juridique fondamentale pour le travailleur : à défaut, ce dernier se verrait frustré de toute possibilité de contester la résolution qui a été prise unilatéralement contre lui. L'employeur ne peut donc ajouter des faits différents de ceux qu'il a indiqués dans la motivation énoncée au moment du licenciement, mais uniquement s'appuyer sur des circonstances qui confirment ou complètent cette motivation, sans modifier le déroulement objectif des faits[11].

Selon notre analyse, le principe d'intangibilité des motifs du licenciement fonctionne en droit italien de manière équivalente à celui du procès équitable : le travailleur ne serait pas mis en mesure de se défendre sur les faits reprochés si les reproches sont susceptibles de modification unilatérale après coup.

Une telle réflexion devrait être prise en compte par le droit suisse, sous peine de renoncer à appliquer cette garantie de justice.

En droit français, la solution est claire et précise. Aux termes de l'article L. 1232-6 du Code du travail, l'employeur doit notifier le licenciement par lettre recommandée avec accusé de réception. Cette lettre, quels que soient son contenu et son éventuelle motivation, fixera les limites de tout litige relatif au licenciement[12]. Ainsi, les juges, s'ils sont saisis, n'examineront que les motifs mentionnés dans cette lettre, à l'exclusion de tout autre grief[13]. L'employeur est toutefois en droit, en cas de contestation, d'invoquer toutes les circonstances de fait qui permettent de justifier les motifs indiqués dans ladite lettre[14].

Ce détour par le droit comparé permet de comprendre les éléments suivants en droit suisse :

Le système de l'article 337 CO implique que l'employeur supporte le fardeau de la preuve des justes motifs de licenciement. Quelle que soit la solution retenue *in fine,* il faudra de toute façon fixer une limite temporelle. La question qui se pose est donc de savoir à quel moment placer cette limite : au moment de l'énonciation des motifs au travailleur ou au moment où les règles de procédure permettent encore aux parties d'invoquer des faits ?

S'agissant d'une question de fond, on pourrait assez légitimement s'attendre à ce que la limite temporelle soit relative au droit de fond (donc au moment de l'énonciation des motifs selon l'article 337 CO) et non au droit de procédure (qui obéit à une logique différente).

En outre, l'approche subjective présente non seulement l'avantage de la justice, comme les droits anglais, italien et français le démontrent, mais encore celui de la sécurité juridique. L'approche objective conduit en effet le salarié à se lancer dans un procès à l'aveugle. Le travailleur ignore ce qu'il conteste. Il n'a même aucune visibilité sur l'opportunité d'attaquer

---

[11] Andrea Pilati, *in Commentario breve al Codice civile,* Padoue, CEDAM, 2014, p. 2496.

[12] Soc., 19 juin 1991, RJS 8-9/91, n° 959.

[13] Soc., 14 octobre 1993, RJS 11/93, n° 1084.

[14] Soc., 15 octobre 2013, n° 11-18.977, Lexbase Hebdo, éd. Sociale, n° 546, obs. C. Radé ; GILLES AUZERO/ EMMANUEL DOCKES, *Droit du travail,* Paris, Dalloz, 2015, pp. 467-473.

son employeur. Il peut donc se retrouver à encombrer les tribunaux et à devoir payer des frais de justice alors même que les éléments qu'il avait en sa possession au moment de lancer la procédure justifiaient une telle procédure. Enfin, comme le montre le droit anglais, il est aisé, dans les cas extrêmes de comportement grave du travailleur inconnu de l'employeur au moment du prononcé du licenciement, de corriger le tir en abaissant le montant de l'indemnité due au travailleur.

Même si le Tribunal fédéral devait persister dans la solution qu'il a consacrée, il conviendrait de contrôler que le motif ajouté ne l'est pas de manière abusive. Ainsi, seul un motif que l'employeur n'avait pu connaître sans sa faute, par exemple parce que le travailleur avait usé de stratagème pour le lui dissimuler, ne devrait pouvoir être ajouté durant la procédure judiciaire.

On attribue à Richelieu la phrase apocryphe suivante, qui semble résumer la position adoptée par le Tribunal fédéral : « Donnez-moi deux lignes de la main d'un homme, et j'y trouverai de quoi suffire à sa condamnation. » Une telle logique est-elle compatible avec les garanties d'un Etat de droit ?