



Article scientifique

Article

2019

Published version

Open Access

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

L'évolution de la protection contre le licenciement abusif : avancées en
faveur des seniors et des mères

Lempen, Karine

How to cite

LEMPEN, Karine. L'évolution de la protection contre le licenciement abusif : avancées en faveur des seniors et des mères. In: Pratique juridique actuelle, 2019, n° 1, p. 78–89.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:113800>



L'évolution de la protection contre le licenciement abusif

Avancées en faveur des seniors et des mères

KARINE LEMPEN*

Le caractère abusif d'un licenciement (art. 336 CO) peut résider dans la violation, par la partie employeuse, de son devoir d'assistance (art. 328 CO). En particulier, le Tribunal fédéral attend de la hiérarchie qu'elle s'efforce de désamorcer les conflits interpersonnels avant d'envisager un licenciement. En retenant un tel devoir de chercher des solutions pour maintenir la relation de travail, la jurisprudence introduit-elle, en droit privé, une obligation de procéder à des « aménagements raisonnables » à l'instar de celle consacrée en droit public pour les personnes handicapées ? En réalité, la Cour civile du Tribunal fédéral s'avère particulièrement protectrice envers un autre groupe, à savoir le personnel âgé avec une grande ancienneté. Par ailleurs, les salariées licenciées à cause d'une maternité ont intérêt à se prévaloir de la loi sur l'égalité (art. 3, 5, 10 LEg). En cas de congé-représailles, cette loi permet au tribunal d'ordonner la réintégration, comme l'illustre un récent cas.

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses kann missbräuchlich sein, wenn der Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht verletzt (Art. 336 i.V.m. 328 OR). Das Bundesgericht verlangt von einem Vorgesetzten vor einer allfälligen Kündigung Bemühungen zur Entschärfung zwischenmenschlicher Konflikte. Ist das eine privatrechtliche Pflicht zu « zumutbaren Vorkehrungen », wie sie das öffentliche Recht bei Arbeitnehmern mit Behinderung bereits vorsieht? Die zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts setzt sich insbesondere für den Schutz älterer Arbeitnehmer mit langjähriger Betriebszugehörigkeit ein. Arbeitnehmerinnen, die wegen Schwangerschaft entlassen wurden, berufen sich demgegenüber mit Vorteil auf das Gleichstellungsgesetz. Dieses erlaubt dem Gericht bei einer Rache Kündigung (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR) die Anordnung einer Wiedereinstellung, wie ein neuer Fall illustriert.

Plan

- I. Introduction
- II. Licenciement abusif en raison d'une violation de l'art. 328 CO
 - A. En général
 1. Devoir de ne pas licencier de façon humiliante
 2. Devoir de chercher des solutions pour maintenir la relation de travail
 3. Devoir de procéder à des « aménagements raisonnables »
 - B. Personnel âgé avec une grande ancienneté
 1. ATF 132 III 115 : homme, 63 ans, 44 années de service
 2. TF, 4A_72/2008, 2.4.2008 : homme, 57 ans, 33 années de service
 3. TF, 4A_384/2014, 12.11.2014 : homme, 59 ans, 11 années de service
 4. TF, 4A_31/2017, 17.1.2018 : homme, 60 ans, 25 années de service
 5. L'ancienneté : un critère indirectement discriminatoire ?
- III. Licenciement fondé sur la maternité contraire à l'art. 3 LEg
 - A. Licenciement discriminatoire suite à un congé de maternité
 1. Fréquence en Suisse
 2. Rapport entre l'art. 336 al. 1 let. a CO et l'art. 3 LEg
 3. Cour d'appel du canton du Tessin, 7.5.2018
 - B. Congé de rétorsion
 1. Rapport entre l'art. 336 al. 1 let. d CO et l'art. 10 LEg
 2. Cour suprême du canton de Berne, 2.7.2018
- IV. Conclusion

* KARINE LEMPEN, Professeure de droit du travail à l'Université de Genève.

Le présent article se base sur un exposé présenté lors du colloque « Dynamique de la protection suisse contre le licenciement : évolution et perspectives », organisé par l'USS le 21 septembre 2018. L'auteure remercie Mme Roxane Taleb, titulaire du brevet d'avocate et assistante à la Faculté de droit, d'avoir relu ce texte avec minutie.

I. Introduction

Axée sur le droit privé suisse, la présente contribution s'intéresse à l'évolution de la protection contre les licenciements, notamment pour le personnel âgé au bénéfice d'une grande ancienneté et pour les mères qui reprennent le travail après un congé de maternité.

Dans un premier temps, sous l'angle du Code des obligations (II.), nous passons en revue différents arrêts où le Tribunal fédéral a jugé que le caractère abusif du licenciement résidait dans la violation, par la partie employeuse, de son devoir d'assistance au sens de l'article 328 CO¹.

Nous verrons que ces cas ne concernent pas seulement des personnes salariées considérées « âgées » et que, de façon générale, la jurisprudence a introduit un devoir, pour la direction, de ne pas licencier de façon humiliante les membres de son personnel (II.A.1.). De plus, en cas de litige lié à la personnalité d'un travailleur ou d'une travailleuse, le Tribunal fédéral considère que la hiérarchie doit prendre des mesures susceptibles de désamorcer le conflit avant d'envisager le licenciement d'un des protagonistes (II.A.2.). Nous nous demandons si ce devoir de chercher des solutions pour maintenir les rapports de travail n'équivaut pas, finalement, à une obligation générale

¹ Voir ANTONIA ULRICH, Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bei Kündigungen, *Anwaltsrevue* 2018, 281 ss, 282, qui renvoie à ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, *Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR*, Zurich 2012, art. 336 OR N 4.

de procéder à des « aménagements raisonnables » au sens de l'article 2 de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées² (II.A.3.).

Dans un second temps, au terme de la partie relative au CO, nous examinons la façon dont le critère de l'âge, combiné à celui de l'ancienneté, influe sur l'étendue des devoirs généraux dégagés par la jurisprudence en lien avec l'article 328 CO. Nous constatons que le Tribunal fédéral, depuis plusieurs années, consacre un devoir d'assistance particulier à l'égard du groupe spécifique des travailleurs et travailleuses âgées avec une grande ancienneté (II.B.).

En réalité, la jurisprudence protectrice relative au licenciement des seniors s'applique surtout aux travailleurs masculins âgés. La sous-représentation des femmes dans la casuistique s'explique vraisemblablement par le fait que celles-ci sont beaucoup plus nombreuses que les hommes à avoir interrompu leur carrière et à ne pas pouvoir se prévaloir d'une très longue ancienneté, eu égard à la façon inégale dont la plupart des parents continue à se répartir les tâches domestiques non rémunérées³. En outre, la condition de l'ancienneté est, pour les femmes, particulièrement difficile à remplir vu le nombre élevé de licenciements fondés sur la maternité⁴.

La troisième partie de cet article s'intéresse aux licenciements abusifs au sens de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg)⁵, en particulier le licenciement discriminatoire au retour du congé maternité (III.A.) et le congé de rétorsion (III.B.). En lien avec cette seconde hypothèse, nous évoquerons une affaire bernoise récente, qui illustre à la fois une tendance jurisprudentielle vers une protection accrue contre les licenciements et les difficultés pratiques auxquelles se heurte cette évolution.

II. Licenciement abusif en raison d'une violation de l'art. 328 CO

A. En général

1. Devoir de ne pas licencier de façon humiliante

Dans un arrêt du 26 juin 2017, le Tribunal fédéral rappelle que le droit fondamental de mettre fin unilatéralement

au contrat de travail (art. 335 al. 1 CO) est limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO). La liste des cas de résiliation abusive figurant à l'article 336 CO concrétise l'interdiction générale de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) et n'est pas exhaustive⁶.

Selon une jurisprudence bien établie, l'abus « peut découler non seulement des motifs du congé, mais également de la façon » dont il est donné. En effet, « même 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 et contrevenir de manière manifeste au principe de la bonne foi. Ainsi [...] une atteinte grave au droit de la personnalité dans le contexte d'une résiliation peut faire apparaître cette dernière comme abusive »⁷.

En l'espèce, la directrice de deux établissements médico-sociaux (EMS) n'avait pas hésité à se séparer de plusieurs employés dont elle estimait qu'ils ne possédaient pas les compétences requises. Trois directeurs adjoints s'étaient succédé à ses côtés. L'un d'eux lui avait reproché d'être « directive », de « manquer d'empathie » et d'être « agressive » dans sa manière de s'exprimer⁸. Suite à un conflit avec le troisième directeur adjoint, les bureaux exécutifs des EMS tentèrent d'aplanir le différend puis décidèrent de licencier la directrice en respectant le délai de congé ordinaire.

Immédiatement libérée de son obligation de travailler, la directrice fut priée de restituer tout de suite ses clés, sans pouvoir personnellement prendre congé des cadres et de la clientèle des EMS. L'accès aux résidences lui fut interdit et elle ne put récupérer ses affaires qu'escortée par deux membres des bureaux exécutifs, dont l'un avait confié au directeur adjoint qu'il cherchait depuis plusieurs mois à « éjecter » la directrice⁹.

Le Tribunal fédéral a donné raison aux instances cantonales qui avaient considéré que le licenciement était abusif à plus d'un titre. D'une part, en raison de la *manière* dont il avait été donné. En effet, les juges ont retenu que la libération de l'obligation de travailler, combinée à l'accompagnement de la directrice pour récupérer ses af-

² Convention des Nations-Unies du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées (CDPH ; RS 0.109).

³ Dans TF, 8C_134/2018, 17.9.2018 (destiné à publication) relatif au licenciement d'une greffière, le Tribunal fédéral fait référence au modèle dominant de répartition des rôles et des tâches au sein du couple parental (c. 5.3.3).

⁴ Voir Partie III.

⁵ Loi fédérale du 24 mars 2005 sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg ; RS 151.1).

⁶ TF, 4A_92/2017, 26.6.2017, c. 2.2.1. Voir CHRISTINE SATTIVA SPRING, Le licenciement abusif pour des motifs non énumérés à l'art. 336 CO, in : Rémy Wyler (édit.), Panorama en droit du travail, Berne 2009, 275 ss, 278–289.

⁷ TF, 4A_92/2017, 26.6.2017, c. 2.2.1. Voir aussi la jurisprudence citée par STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 1), art. 336 OR N 4.

⁸ TF, 4A_92/2017, 26.6.2017, A.c.

⁹ TF, 4A_92/2017, 26.6.2017, A.i. Au sujet de cet arrêt, MICHEL CHAVANNE (Plaidoyer 4/2018, 37–38) note que « les employeuses ont usé de méthodes relativement courantes dans les grandes entreprises » et que leur liberté de résilier le contrat de travail « est loin d'être absolue ».

fares, ne se justifiait pas, en l'espèce, par la nécessité de protéger des données sensibles. Selon la cour cantonale, en effet, « on ne pouvait guère imaginer que l'employée ait pu détourner la clientèle des EMS dans lesquels elle officiait ». La mesure de surveillance visait en réalité à tenir cette dernière à l'écart du personnel afin de pouvoir annoncer son licenciement sans que la principale concernée ait l'occasion de donner sa propre version des faits. En agissant de la sorte, les employeuses avaient laissé supposer au personnel « que le licenciement pouvait se fonder sur des motifs graves, alors qu'il n'en était rien »¹⁰.

D'autre part, le licenciement était abusif en raison du motif pour lequel il avait été signifié, à savoir par « convenue personnelle », afin de satisfaire un des membres des bureaux exécutifs qui voulait se « débarrasser à tout prix » de la directrice, dont il ne supportait pas la personnalité¹¹.

Ainsi, les juges cantonaux avaient, à juste titre, alloué à la directrice une indemnité correspondant à environ quatre mois de salaire sur la base de l'article 336a CO. Lors de la fixation du montant, la cour cantonale avait notamment tenu compte des difficultés de réinsertion professionnelle rencontrées par cette femme dirigeante qui, sans être une « travailleuse âgée » au sens de la jurisprudence étudiée plus loin¹², avait toutefois vécu 49 ans et œuvré 20 ans au service de l'une des employeuses¹³.

2. Devoir de chercher des solutions pour maintenir la relation de travail

Dans un arrêt du 25 août 2016, qui se réfère à l'arrêt de principe publié aux ATF 125 III 70, le Tribunal fédéral commence par rappeler la teneur de l'article 336 al. 1 let. a CO, à savoir que le congé donné par une partie « pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie » est abusif, « 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 ». Dès lors, « s'il est établi qu'une situation conflictuelle sur le lieu de travail, due au caractère difficile d'un employé, nuit notablement au travail en commun dans l'entreprise, le congé donné à ce travailleur n'est pas abusif, à condition toutefois que l'employeur ait pris toutes les mesures que l'on pouvait attendre de lui pour désamorcer le conflit »¹⁴.

En effet, les articles 328 CO et 6 LTr exigent de la partie employeuse qu'elle protège la personnalité et la santé

des membres de son personnel. Il lui appartient de prévenir les risques psycho-sociaux au travail en mettant en place, notamment, un dispositif de gestion des conflits. Les mesures à prendre dépendront du cas d'espèce et en particulier de la taille de l'entreprise¹⁵. La direction dispose à cet égard d'une certaine marge d'appréciation. Elle ne saurait cependant se désintéresser de la situation en espérant que les problèmes se résolvent d'eux-mêmes¹⁶.

Dans le cas de figure qui nous intéresse ici, l'abus réside dans le fait que la partie employeuse, « après avoir laissé une situation conflictuelle s'envenimer [...], se prévaut du fait que l'ambiance est devenue préjudiciable au travail dans l'entreprise pour licencier » une des parties au conflit « en raison de son caractère difficile »¹⁷. Autrement dit, il n'est pas abusif de licencier une personne salariée en raison de son caractère lorsque celui-ci empêche l'exécution correcte du travail¹⁸. Est en revanche abusif le fait de laisser les tensions s'exacerber au sein du personnel puis de se limiter à licencier la ou les personnes qui paraissent être à l'origine des crispations¹⁹.

Pareil devoir de chercher activement à régler les différends se justifie d'autant plus lorsque le conflit préjudiciable au travail trouve son origine dans les craintes ou l'aversion suscitée par un aspect de la personnalité d'une ou un collègue, tels que son genre, son orientation sexuelle, son origine ethnique, un handicap ou une maladie²⁰. Il est permis, en effet, de se demander dans quelle mesure l'inimitié éprouvée par le directeur adjoint mentionné à la section précédente n'était pas, au moins en par-

¹⁰ TF, 4A_92/2017, 26.6.2017, c. 2.3.1.

¹¹ TF, 4A_92/2017, 26.6.2017, c. 2.3 et 2.2.7.

¹² Voir I.B.

¹³ TF, 4A_92/2017, 26.6.2017, c. 3.3.

¹⁴ TF, 4A_130/2016, 25.8.2016, c. 2.1. Voir aussi la jurisprudence citée par STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 1), art. 336 OR N 4.

¹⁵ TF, 2C_462/2011, 9.5.2012, c. 4-5.

¹⁶ À ce sujet, voir notamment : JEAN-PHILIPPE DUNAND/SANDRINE TORNARE, L'obligation de l'employeur de prévenir les conflits interpersonnels, in : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *Conflits au travail*, Zurich 2015, 29 ss, 44-51 ; ROGER RUDOLPH, *Konflikte am Arbeitsplatz und Kündigung*, DTA 2011, 77 ss, 90-91.

¹⁷ TF, 4A_130/2016, 25.8.2016, c. 2.1.

¹⁸ PHILIPPE NORDMANN, *Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes*, thèse Bâle, Bâle 1998, 88 ss, 101. L'auteur précise (103) que la question de savoir si un aspect de la personnalité porte « sur un point essentiel un préjudice grave au travail » (art. 336 al. 1 let. a *in fine* CO) dépend de l'ensemble des circonstances et notamment de la taille de l'entreprise. Un caractère difficile peut affecter le climat de travail de façon plus importante dans une petite entreprise.

¹⁹ Parmi d'autres : NORDMANN (n. 18), 102 ; CR CO I-AUBERT, art. 336 CO N 6, in : Luc Thévenoz/Franz Werro (édit.), *Commentaire Romand, Code des obligations I*, 2^e éd., Bâle 2012 ; JEAN-PHILIPPE DUNAND, art. 336 CO N 33, in : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013.

²⁰ Dans ce sens : STEFAN ETTER, *Die Entlassung des « schwierigen » Arbeitnehmers*, ArbR 2016/2017, 27 ss, 43, note 90 ; NORDMANN (n. 18), 172.

tie, liée au fait que la directrice de l'EMS, par son style managérial directif et peu empathique, n'apportait apparemment pas la « touche féminine » que certains espèrent trouver dans les entreprises dirigées par des femmes. Si la dirigeante avait été un homme, son adjoint l'aurait-il trouvé moins insupportable ? Il est permis de se poser la question.

L'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 25 août 2016 concerne à nouveau une femme cadre considérée comme « agressive »²¹. En l'occurrence, cette femme, âgée de 37 ans, occupait depuis peu un poste de manager dans une banque et avait déposé, à l'interne, une plainte pour *mobbing* dirigée contre sa responsable de département. La banque avait alors mandaté un avocat externe pour effectuer, avec le chef du secteur des ressources humaines, une enquête au sein de l'unité concernée. Les enquêteurs avaient mis en évidence des lacunes dans la gestion du département mais estimé qu'un *mobbing* de la part de la responsable n'était pas établi. En revanche, les auditions avaient révélé que l'auteure de la plainte pouvait élever la voix de manière choquante à l'égard de sa supérieure hiérarchique et se montrer grossière et agressive avec sa propre équipe. Suite à ces constats, la banque licencie à la fois la cheffe accusée et la manager accusatrice²². Devant les tribunaux, ce dernier reproche à son employeuse de n'avoir pris aucune mesure de réorganisation propre à apaiser le conflit opposant les deux femmes. Selon l'employée, le fait que la banque ait failli à son devoir d'assistance (art. 328 CO) rend le licenciement abusif (art. 336 CO)²³.

Le Tribunal fédéral a jugé, au contraire, que la banque n'avait pas violé son obligation de protection. En effet, l'employeuse avait réagi avec sérieux à la plainte interne, en investiguant sur les faits. L'enquête ayant révélé que la plaignante rencontrait des « difficultés caractérielles [...] particulièrement problématiques » vu sa « position de cadre supérieur », des mesures alternatives au licenciement, telles qu'une réorganisation du département, seraient restées sans effet. « Du reste, on peut se demander si ce licenciement ne s'imposait pas afin même de protéger la personnalité des subordonnés de la recourante »²⁴.

Ainsi, après avoir réaffirmé le principe selon lequel la direction ne peut réagir à un conflit interpersonnel en se limitant à licencier les protagonistes, le Tribunal fédéral a jugé, dans le cas d'espèce – concernant une salariée de 37 ans avec peu d'ancienneté et un caractère particulière-

ment problématique eu égard à sa position hiérarchique – que le licenciement n'était pas abusif.

3. Devoir de procéder à des « aménagements raisonnables »

La jurisprudence exposée au chiffre précédent paraît déduire de l'article 328 CO un devoir de procéder à des « aménagements raisonnables »²⁵ pour inclure sur le lieu de travail des personnes en proie à des « difficultés caractérielles »²⁶. Pareil devoir est consacré au niveau international et par le droit interne en lien avec l'inclusion des personnes handicapées.

Prévu par la Convention des Nations Unies relative aux personnes handicapées (CDPH)²⁷ et par la Directive 2000/78/CE relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, le devoir de procéder à des aménagements raisonnables signifie que « l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser [...], sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée »²⁸. Dans son rapport initial sur la mise en œuvre de la CDPH, le gouvernement suisse déduit de l'art. 328 CO un « devoir d'entreprendre des efforts raisonnables pour l'intégration des travailleurs handicapés »²⁹.

²⁵ Au sujet du devoir de l'employeur (art. 328 CO) en cas de conflit interpersonnel, NORDMANN (n. 18), 102, explique : « Dies bedeutet, dass er zunächst alle ihm zumutbaren Vorkehrungen zur Verbesserung der Betriebsatmosphäre treffen muss. Nur wenn all diese Massnahmen nicht gefruchtet haben, ist der Arbeitgeber [...] zur Kündigung berechtigt » (italiques ajoutées).

²⁶ TF, 4A_130/2016, 25.8.2016, c. 2.2.

²⁷ Art. 2 § 4, art. 5 § 3 et art. 27 § 1, let. i CDPH. Selon la Convention, la notion de « discrimination fondée sur le handicap » comprend « le refus d'aménagement raisonnable » (art. 2 § 3, *in fine*).

²⁸ Voir l'art. 5 de la Directive 2000/78/CE, 27 novembre 2000, JO n° L 303, 2.12.2000, 16–22. Sur l'« aménagement raisonnable » selon cette directive et la CDPH, voir ELEONOR KLEBER, La discrimination multiple, thèse Fribourg, Genève 2015, 394 ss ; KARINE LEMPEN, L'égalité des personnes handicapées en droit du travail, in : François Bellanger/Thierry Tanquerel (édit.), L'égalité des personnes handicapées, Genève 2017, 117 ss, 128–130 et 134–135, avec les références.

²⁹ Premier rapport du Gouvernement suisse sur la mise en œuvre de la CDPH du 29 juin 2016, chiffre 167. Sur les aménagements exigibles sur la base des art. 328 CO et 6 LTr, voir : MARKUS SCHEFFER/CAROLINE HESS-KLEIN, Droit de l'égalité des personnes handicapées, Berne 2013, 100 ; LEMPEN (n. 28), 144–147. Dans son rapport alternatif du 16 juin 2017, 126, la société civile doute que les entreprises aient conscience de leur devoir découlant de l'art. 328 CO. Les deux rapports sont disponibles sur Internet : https://www.inclusion-handicap.ch/fr/droit/base-juridique/cdph_0-82.html (consulté le 2.11.2018).

²¹ TF, 4A_130/2016, 25.8.2016, c. 2.2.

²² TF, 4A_130/2016, 25.8.2016, A.

²³ TF, 4A_130/2016, 25.8.2016, c. 2.

²⁴ TF, 4A_130/2016, 25.8.2016, c. 2.2.

En outre, la Loi fédérale sur l'égalité pour les handicapés (art. 13 LHand)³⁰ met à charge de la Confédération un devoir d'assistance particulier à l'égard des membres de son personnel ayant un handicap³¹. L'ordonnance relative à cette loi (art. 12 OHand)³² prévoit que l'employeuse « prend les mesures nécessaires pour adapter l'environnement professionnel aux besoins de ses employés handicapés », en aménageant, par exemple, le « poste de travail » ou « les horaires de travail ». Dans un arrêt du 29 avril 2008, le Tribunal administratif fédéral précise que les aménagements peuvent consister à adapter les exigences en termes de prestations et de comportement³³.

En l'espèce, une nettoyeuse atteinte d'un léger handicap mental avait été licenciée, après vingt années de service, suite à l'introduction d'un nouveau schéma de nettoyage. Selon le Tribunal, avant d'engager une procédure de licenciement, l'Office employeur aurait dû mettre en place d'autres mesures, telles qu'un abaissement des attentes à l'égard de l'employée ou un accompagnement de celle-ci par une personne susceptible de l'aider à accomplir ses nouvelles tâches³⁴. Le Tribunal administratif fédéral a jugé disproportionnée la décision de résilier les rapports de travail³⁵ et ordonné à l'Office d'occuper à nouveau l'employée en prenant les mesures de soutien nécessaires³⁶. La réintégration suite à un licenciement abusif est, en effet, prévue par la loi sur le personnel de la Confédération (art. 34c al. 1 let. b LPers)³⁷.

Revenons au droit privé : un raisonnement similaire paraît sous-tendre un arrêt du 19 février 2014 relatif au licenciement d'un poissonnier qui traversait un épisode dépressif sévère. L'employé avait reçu son congé après avoir indiqué, par l'intermédiaire de son psychiatre, ne pas pouvoir travailler dans deux succursales de l'employeuse. La résiliation des rapports de travail a été considérée abusive. Selon le Tribunal, « comme elle était en

mesure d'employer X. dans un autre magasin, on pouvait attendre de la Coopérative A. qu'elle prenne en considération son trouble psychique, à tout le moins après s'être renseignée de manière plus approfondie ». Eu égard à son devoir de protection de la personnalité et de la santé (art. 328 CO), l'employeuse aurait dû chercher à occuper le collaborateur malade dans une autre filiale³⁸.

Dans un arrêt du 8 septembre 2016³⁹, le Tribunal régional de Berne-Mittelland a aussi considéré que l'employeuse aurait dû chercher à aménager les rapports de travail différemment au lieu de les résilier. En l'occurrence, l'employée d'une blanchisserie avait été congédiée pour avoir refusé d'ôter son foulard islamique. L'employeuse n'étant pas parvenue à démontrer que le licenciement se justifiait pour des motifs d'hygiène, il a été jugé abusif (art. 336 al. 1 let. b CO). Le fait que cette dernière n'ait cherché aucune solution alternative au licenciement a été pris en considération lors de la fixation de l'indemnité (art. 336a CO)⁴⁰.

Ainsi, la jurisprudence paraît déduire de l'article 328 CO une obligation d'aménager les rapports de travail de façon à maintenir dans l'emploi seulement les personnes handicapées, mais aussi d'autres groupes dits vulnérables telles que les personnes malades⁴¹ ou les femmes portant un foulard islamique⁴². Nous allons voir que ce devoir est

³⁰ Loi fédérale du 16 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (Loi sur l'égalité pour les handicapés, LHand ; RS 151.3).

³¹ ATAF 2008/25, 29.4.2008, c. 6.3–6.4. Le Tribunal administratif fédéral fonde ce devoir sur les art. 4, al. 1, let. f, et 6, al. 2 LPers, l'art. 8, al. 1, OPers ainsi que les art. 13 LHand et 328 CO.

³² Ordonnance du 19 novembre 2003 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (Ordonnance sur l'égalité pour les handicapés, OHand ; RS 151.31).

³³ ATAF 2008/25, 29.4.2008, c. 6.5.1.

³⁴ ATAF 2008/25, 29.4.2008, c. 6.6.2.

³⁵ ATAF 2008/25, 29.4.2008, c. 6.6.4.

³⁶ ATAF 2008/25, 29.4.2008, c. 8. Pour un résumé de cet arrêt, voir notamment : SCHEFER/HESS-KLEIN (n. 29), 97 ; LEMPEN (n. 28), 139–141.

³⁷ Loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers ; RS 172.220.1).

³⁸ TF, 4A_2/2014, 19.2.2014, c. 3.2, auquel se réfèrent notamment DENIS G. HUMBERT, *Die Alterskündigung*, PJA 2015, 868, 874, et JEAN-PHILIPPE DUNAND, *La protection de la personnalité des travailleurs* (art. 328 CO), in : Margareta Baddeley/Stéphane Werly/Dominique Manaf-Wehrli (édit.), *Facettes du droit de la personnalité*, Genève 2014, 47 ss, 97. Selon cet auteur, le licenciement n'aurait peut-être pas été jugé abusif si l'employeuse s'était préalablement entretenue avec l'employé. À ce sujet, voir *infra* II.B.

³⁹ Regionalgericht Bern-Mittelland, CIV 16 1317, 8.9.2016, résumé sur Internet : <https://www.humanrights.ch/fr/droits-humains-suisse/interieure/groupes/culturel/voile-licenciement-abusif> (consulté le 5.11.2018).

⁴⁰ « Die Beklagte hat nicht nach milderer Alternativen zur Kündigung gesucht. Es wurde von ihrer Seite her keine Bereitschaft signalisiert, das Arbeitsverhältnis nach gemeinsamer, konstruktiver Lösungssuche fortzusetzen », Regionalgericht Bern-Mittelland, CIV 16 1317, 8.9.2016, c. IV.C.2.c.

⁴¹ Dans ce sens, ADRIAN VON KAENEL, *Neuere Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Kündigungsschutz*, in : Roland Müller/Kurt Pärli/Isabelle Wildhaber (édit.), *Arbeit und Arbeitsrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag*, Zurich/St-Gall 2017, 481 ss, 490. Au sujet du devoir d'assistance particulier à l'égard du personnel malade : KURT PÄRLI/JULIA HUG/ANDREAS PETRIK, *Arbeit, Krankheit, Invalidität*, Berne 2015, N 569.

⁴² Ce groupe peut invoquer un licenciement discriminatoire au sens de l'art. 3 LEg et bénéficier ainsi d'un allègement au niveau du fardeau de la preuve. À ce sujet, voir *infra* III.A.2. Sur les aménagements raisonnables en lien avec d'autres critères que le handicap, comme les convictions religieuses, voir KLEBER (n. 28), 402–405.

particulièrement marqué lorsque le personnel est âgé et peut se prévaloir de très longs rapports de travail.

B. Personnel âgé avec une grande ancienneté

L'analyse de la jurisprudence rendue en matière de licenciement abusif au sens du Code des obligations (I.) a permis d'identifier trois obligations, de portée générale (I.A.), qui limitent l'exercice du droit de résilier les rapports de travail, à savoir le devoir de :

- ne pas licencier selon des modalités stigmatisantes (I.A.1.) ;
- chercher à résoudre les conflits de personnalité avant d'envisager un licenciement (I.A.2.) ;
- procéder à des « aménagements raisonnables » afin de maintenir la relation de travail dans des situations où se présentent des difficultés liées à des aspects de la personnalité tels qu'un handicap, une maladie ou une religion (I.A.3.).

La présente section s'intéresse spécifiquement au critère de l'âge (I.B.). En partie développés dans le cadre d'arrêts relatifs au licenciement de seniors, les devoirs susmentionnés revêtent, en effet, une acuité particulière à l'égard des travailleuses et travailleurs âgés au bénéfice d'une grande ancienneté.

La jurisprudence topique ayant déjà été abondamment présentée par la doctrine⁴³, nous nous limitons à évoquer quatre affaires à titre d'illustration.

1. ATF 132 III 115 : homme, 63 ans, 44 années de service

Dans un fameux ATF 132 III 115⁴⁴, le Tribunal fédéral a jugé que le devoir d'assistance résultant de l'art. 328 CO vaut de manière accrue à l'égard d'un collaborateur qui a travaillé sans rechigner durant toute sa vie professionnelle au service d'une même entreprise⁴⁵.

En l'occurrence, le licenciement de l'employé et la façon dont il avait été prononcé violaient gravement

l'art. 328 CO⁴⁶. Le Tribunal fédéral a tenu compte de l'âge⁴⁷ – 63 ans – et de l'ancienneté exceptionnelle – 44 années de service – du collaborateur. Il a aussi pris en considération le *moment* auquel le congé a été donné, à savoir quelques mois avant la retraite⁴⁸. De plus, les *modalités* de résiliation du contrat de travail violaient manifestement l'interdiction d'abus de droit⁴⁹. En effet, aucun entretien préalable n'avait eu lieu, le travailleur avait été immédiatement libéré de son obligation de prêter et rien n'avait été entrepris pour tenter de trouver une solution plus sociale⁵⁰. Enfin, le fait que l'employeuse se soit séparée du travailleur âgé *sans avoir véritablement cherché à applanir le conflit* qui opposait ce dernier à un des cadres de la société rendait aussi le licenciement clairement abusif⁵¹. Eu égard à l'ensemble de ces circonstances, le salarié licencié s'est vu allouer l'indemnité maximale de six mois de salaire (art. 336a CO)⁵².

L'argumentation du Tribunal fédéral dans cet arrêt de droit privé est très proche de celle développée par le Tribunal administratif fédéral, sous l'angle du droit public, dans le cadre de l'affaire susmentionnée⁵³ relative à une employée handicapée. En définitive, seule la sanction diffère fondamentalement puisque, sous réserve d'une exception étudiée plus loin⁵⁴, le droit privé suisse ne permet pas aux tribunaux d'ordonner la réintégration dans l'entreprise.

2. TF, 4A_72/2008, 2.4.2008 : homme, 57 ans, 33 années de service

Dans un arrêt du 2 avril 2008, le Tribunal fédéral a, en revanche, jugé non abusif le licenciement d'un travailleur

⁴³ Voir, parmi bien d'autres, HUMBERT (n. 38), PJA 2015 ; RÉMY WYLER, La protection du travailleur âgé au bénéfice d'une grande ancienneté, in : Ordre des avocats de Genève, Commission de formation permanente (édit.), Regards de marathoniens sur le droit suisse : mélanges publiés à l'occasion du 20^e « Marathon du droit » Genève 2015, 187 ss ; KURT PÄRLI, Altersdiskriminierung, DTA 2018, 1 ss.

⁴⁴ Arrêt commenté, notamment, par FRANK VISCHER, Die Betriebs-treue des Arbeitnehmers als Schranke der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers, recht 2006, 112 ss.

⁴⁵ ATF 132 III 115 c. 5.3.

⁴⁶ ATF 132 III 115 c. 5.6. HUMBERT (n. 38), PJA 2015, 870, s'étonne que le Tribunal fédéral n'ait pas jugé le licenciement abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO, l'âge étant une caractéristique personnelle au sens de cette disposition.

⁴⁷ Voir HUMBERT (n. 38), PJA 2015, 879. Selon le Tribunal, la question de savoir quel rôle l'âge a joué dans la décision de résilier peut toutefois rester ouverte eu égard à la grave (« massiv ») violation de l'art. 328 CO constatée dans le cas d'espèce : ATF 132 III 115 c. 5.6.

⁴⁸ ATF 132 III 115 c. 5.3.

⁴⁹ Art. 2 CC.

⁵⁰ ATF 132 III 115 c. 5.4.

⁵¹ ATF 132 III 115 c. 5.1. Ainsi, le licenciement a été jugé abusif à plus d'un titre. En outre (c. 5.2), il s'agissait d'un congé-représailles au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO.

⁵² ATF 132 III 115 c. 5.6. Dans un arrêt du 6 juillet 2018, le Tribunal cantonal du Canton de Neuchâtel a alloué une indemnité pour licenciement abusif correspondant à trois mois et demi de salaire à un travailleur âgé de 62 ans, licencié après 28 ans de carrière au sein de la même entreprise, qui s'était prévalu avec succès de l'ATF 132 III 115 (CACIV.2018.10).

⁵³ Voir *supra* I.A.3.

⁵⁴ Art. 10 LEg, voir III.B.

âgé de 57 ans au bénéfice de 33 ans d'ancienneté. Le fait que l'employé licencié n'ait apparemment plus été en mesure d'assumer sa fonction eu égard aux développements technologiques survenus dans la branche de l'imprimerie semble avoir joué un rôle déterminant dans cette décision. La preuve que l'entreprise aurait eu la possibilité d'affecter l'employé à une autre fonction n'avait pas été apportée⁵⁵.

Les conclusions de cet arrêt sont sans doute peu réjouissantes pour l'employé concerné qui s'entend dire, huit ans avant la retraite, qu'il n'est plus apte à exercer son métier vu les progrès techniques. Toutefois, en mettant l'accent sur la question de savoir s'il existait des alternatives au licenciement, dans une situation où il n'y avait pas de conflits interpersonnels à désamorcer⁵⁶, cet arrêt paraît confirmer l'existence, en droit privé, d'un devoir de procéder à des « aménagements raisonnables », pour tenir compte des besoins concrets d'une personne âgée et lui permettre d'exercer un emploi ou d'y progresser⁵⁷.

3. TF, 4A_384/2014, 12.11.2014 : homme, 59 ans, 11 années de service

L'affaire tranchée par le Tribunal fédéral le 12 novembre 2014⁵⁸ a suscité beaucoup d'émotion chez les privatistes⁵⁹. En effet, le Tribunal fédéral a jugé abusif le licenciement d'un travailleur de 59 ans, alors que l'employeur, avant de notifier la résiliation, avait pris différentes mesures afin d'aider son employé à surmonter les difficultés qu'il rencontrait dans l'accomplissement de son travail. En particulier, l'employeur avait tenu compte des problèmes de santé du collaborateur en le soulageant de certaines fonctions, sans pour autant réduire son salaire, et en l'autorisant à faire du *home office*. Il avait mis à sa disposition un collègue susceptible de l'aider en cas de problèmes informatiques et organisé des réunions d'équipe afin de rendre possible la poursuite des rapports de travail⁶⁰.

Le Tribunal fédéral reconnaît que l'employeur avait pris un certain nombre de mesures avant de se résoudre à licencier le collaborateur. Toutefois, la partie employeuse

est investie d'un devoir accru d'assistance à l'égard du personnel âgé avec une grande ancienneté. Il lui appartient d'exercer son droit de résilier le contrat de travail en ménageant autant que possible la personne licenciée⁶¹. En l'espèce, avant de congédier le collaborateur en le libérant immédiatement de son obligation de prester, l'employeur aurait dû s'entretenir avec l'employé, lui expliquer que les manquements constatés étaient de nature à entraîner un licenciement et lui donner une chance de s'améliorer en lui fixant des objectifs à atteindre dans un certain délai⁶².

Le Tribunal précise que ces égards particuliers sont de mise vis-à-vis du personnel âgé avec une grande ancienneté et que l'on ne saurait en déduire l'existence d'un devoir général de prononcer un *avertissement* avant la résiliation ordinaire de rapports de travail soumis au droit privé⁶³.

La doctrine paraît divisée sur la question de savoir si cet arrêt introduit, dans le secteur privé, un *droit d'être entendu* avant un licenciement, pour les seniors en particulier⁶⁴, ou même de façon générale⁶⁵, comme le prévoient la Convention n° 158 de l'OIT⁶⁶ et diverses conventions collectives de travail (CCT) en Suisse⁶⁷. Quelques-uns se demandent finalement « si le principe de la libre résiliation n'a pas vécu »⁶⁸. Les plus prudents suggèrent aux responsables d'entreprise de garantir le droit d'être entendu, au moins de manière informelle, en accordant à la personne

⁵⁵ TF, 4A_72/2008, 2.4.2008, c. 3.

⁵⁶ Voir I.A.2.

⁵⁷ Voir l'article 5 de la Directive 2000/78 mentionnée *supra* I.A.3.

⁵⁸ TF, 4A_384/2014, 12.11.2014.

⁵⁹ Voir le commentaire de JEAN-FRITZ STÖCKLI, *Missbräuchliche Entlassung eines älteren Arbeitnehmers*, DTA 2015, 17 ss, 19–20. L'auteur se demande si le licenciement ordinaire devient, à l'instar du licenciement avec effet immédiat, une mesure de dernier recours (*ultima ratio*). Voir aussi VON KAENEL (n. 41), 489, selon lequel les devoirs dégagés par le Tribunal fédéral dans cet arrêt trouvent difficilement un fondement dans le droit du travail codifié et rapprochent à nouveau le droit privé du droit de la fonction publique.

⁶⁰ TF, 4A_384/2014, 12.11.2014, c. 5.1–5.2.

⁶¹ TF, 4A_384/2014, 12.11.2014, c. 5.2.

⁶² TF, 4A_384/2014, 12.11.2014, c. 5.2.

⁶³ TF, 4A_384/2014, 12.11.2014, c. 5.2. En outre, selon WYLER (n. 43), 192, même dans le cas particulier du personnel âgé avec ancienneté, le signal qui doit être donné à la personne salariée avant de la licencier peut prendre diverses formes. Un « avertissement formel » n'est pas nécessaire.

⁶⁴ HUMBERT (n. 38), PJA 2015, 873–874, et VON KAENEL (n. 41), 489–490, constatent que cet arrêt consacre un droit d'être entendu pour le groupe spécifique des seniors avec grande ancienneté, ce qui leur paraît discutable eu égard à la répartition des compétences entre les pouvoirs législatifs et judiciaires. Pour sa part, WYLER (n. 43), 192, estime que le droit d'être entendu tel qu'il ressort de l'arrêt du 11.11.2014 ne doit pas se comprendre comme un droit formel d'être entendu au sens de l'art. 29 al. 2 Cst.

⁶⁵ Pour un plaidoyer en faveur d'un droit d'être entendu avant un licenciement en droit privé, voir KURT PARLI, *Kündigungsschutz – ein Menschenrecht ?*, Jusletter du 29.10.2018. L'auteur fonde son propos, notamment, sur l'art. 6 CEDH.

⁶⁶ Voir l'art. 7 de la Convention (n° 158) de l'OIT sur le licenciement, 1982, non ratifiée par la Suisse.

⁶⁷ Pour des exemples de CCT subordonnant la possibilité de licencier à un avertissement ou à un entretien préalable, voir STÉPHANIE BRUN POGGI, *L'employeur privé doit-il entendre son employé avant de le licencier ?*, in : Rémy Wyler (édit.), *Panorama III en droit du travail*, Berne 2017, 443 ss, 455–458.

⁶⁸ JEAN-PHILIPPE DUNAND, *Liberté de licenciement en droit suisse : la règle devient-elle l'exception ?* Revue de l'avocat 2006, 319 ss, 322. L'auteur se réfère en particulier à l'ATF 132 III 115 résumé plus haut. Voir aussi BRUN POGGI (n. 67), 461.

dont le licenciement est envisagé un entretien au cours duquel celle-ci pourra faire valoir son point de vue⁶⁹.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a considéré qu'il se justifiait d'allouer au travailleur congédié une indemnité pour licenciement abusif (art. 336a CO) correspondant à deux mois de salaire⁷⁰.

4. TF, 4A_31/2017, 17.1.2018 : homme, 60 ans, 25 années de service

Début 2018, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt dans lequel il explique qu'un travailleur âgé licencié de façon abusive ne reçoit pas par principe une indemnité équivalant au maximum légal de six mois de salaire. Le Tribunal n'a retenu aucun motif justifiant de s'écarter du jugement de la Cour de justice qui avait alloué une somme correspondant à quatre mois de salaire⁷¹.

En l'occurrence, le licenciement avait été jugé abusif compte tenu du fait que l'employeuse n'avait ni recherché une solution propre à permettre le maintien des rapports de travail, ni offert au travailleur une dernière chance de répondre à ses attentes, alors que ce dernier était âgé de 60 ans et avait 25 années de service à son actif⁷².

5. L'ancienneté : un critère indirectement discriminatoire ?

Le Tribunal fédéral ne fixe pas un âge limite à partir duquel un travailleur ou une travailleuse peut se prévaloir des jurisprudences protectrices susmentionnées. Dans chaque cas, le critère de l'âge est analysé conjointement à celui de l'ancienneté⁷³.

Le fait de n'octroyer une protection renforcée contre le licenciement qu'aux personnes employées depuis un très grand nombre d'années entraîne-t-il une discrimination indirecte à l'égard des femmes, contraire aux articles 8 al. 3 Cst. et 3 LEg ?

En soi, la prise en considération de l'ancienneté d'une personne salariée n'est pas prohibée⁷⁴. Du reste, en matière de résiliation du contrat de travail, plusieurs dispositions légales font dépendre du nombre d'années de ser-

vice le niveau de protection accordé. L'article 339b CO, par exemple, prévoit que si « les rapports de travail d'un travailleur âgé d'au moins 50 ans prennent fin après vingt ans ou plus, l'employeur verse au travailleur une indemnité à raison de ces longs rapports de travail »⁷⁵.

La question est de savoir comment se détermine l'ancienneté. Les périodes durant lesquelles les rapports de travail ont été interrompus pour s'occuper d'enfants ou de parents proches demeurent-elles sans effet sur le nombre d'années d'ancienneté⁷⁶ ou sont-elles, au contraire, soustraites du calcul, comme semble le suggérer une partie de la doctrine qui prend comme critère les années de travail « ininterrompues » auprès de la même entreprise ? Après avoir relevé qu'il n'est ni possible ni souhaitable de fixer de manière rigide un seuil à partir duquel la jurisprudence protectrice du Tribunal fédéral devrait déployer ses effets, un auteur propose, par exemple, de partir tout de même du principe – sous réserve des circonstances particulières – que le devoir de diligence vaut de façon accrue à l'égard du personnel âgé de 55 ans ou plus, avec 25 années de services ininterrompues⁷⁷.

Eu égard au développement des contrats de durée déterminée et à la fréquence actuelle des licenciements économiques, il semble que de moins en moins de personnes salariées pourront faire état, à l'avenir, de 25 années de service ininterrompues auprès de la même entreprise. Pour les femmes, cette condition est particulièrement difficile à remplir, compte tenu des ruptures de carrière liées à la prise en charge d'enfants⁷⁸ et vu le nombre élevé de licenciements fondés sur la maternité⁷⁹. Force est de constater l'inexistence des travailleuses âgées dans la jurisprudence fédérale relative au licenciement de seniors avec une grande ancienneté⁸⁰.

À propos des licenciements collectifs, le message du Conseil fédéral relatif à la LEg explique qu'il convient

⁶⁹ Voir, parmi d'autres, RUDOLPH (n. 16), 91, qui conseille d'établir un procès-verbal de cet entretien.

⁷⁰ TF, 4A_384/2014, 12.11.2014, c. 5.2.

⁷¹ TF, 4A_31/2017, 17.1.2018, c. 3.

⁷² TF, 4A_31/2017, 17.1.2018, c. 2.

⁷³ Les critères sont interdépendants : WYLER (n. 43), 191 ; VON KÄNEL (n. 41), 490.

⁷⁴ Dans une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral mentionne l'ancienneté parmi les motifs susceptibles de justifier objectivement une différence salariale entre femmes et hommes, voir notamment : TF, 4A_261/2011, 24.8.2011, c. 3.2.

⁷⁵ Pour un autre exemple, voir l'art. 335c CO relatif aux délais de congé.

⁷⁶ Dans ce sens : NORDMANN (n. 18), 165.

⁷⁷ VISCHER (n. 44), 116. Plus généreux, WYLER (n. 43), 191, fixe, à titre indicatif, la limite à 50 ans avec « plus de 10 années d'emploi ininterrompues auprès du même employeur (ou au sein du même groupe de l'employeur) au moment de la résiliation ».

⁷⁸ L'Office fédéral de la statistique publie régulièrement les chiffres relatifs à la répartition des tâches domestiques dans les couples avec enfants. L'arrivée d'un enfant s'accompagne souvent d'une forte réduction du taux d'activité pour les mères, Internet : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/situation-economique-sociale-population/egalite-femmes-hommes.html> (consulté le 26.11.2018), rubriques « conciliation emploi et famille » et « travail non rémunéré ».

⁷⁹ Voir Partie III.

⁸⁰ P.ex., sur les neuf arrêts recensés par HUMBERT (n. 38), PJA 2015, 878–881, aucun ne concerne une travailleuse.

« d'utiliser des critères qui ne se fondent pas sur la répartition traditionnelle des rôles entre les sexes et qui, pris dans leur ensemble, n'aient pas pour effet de désavantager systématiquement les femmes »⁸¹. Lorsque les licenciements visent en priorité les personnes qui ont le moins d'ancienneté, une discrimination indirecte dans la résiliation des rapports de travail paraît vraisemblable et il convient d'examiner si le recours à ce critère repose ou non sur une justification objective⁸².

Un travailleur qui est licencié peu avant l'âge légal de la retraite, après avoir constitué sans interruptions un avoir de vieillesse depuis le début de sa vie professionnelle, mérite-il véritablement d'être davantage protégé contre un licenciement qu'une travailleuse âgée qui a réussi, depuis peu, à réintégrer le marché du travail à temps partiel, après s'être consacrée bénévolement aux soins des enfants ?⁸³ Il est permis d'en douter.

Rappelons que le Comité onusien chargé de veiller à l'application de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF)⁸⁴, recommande aux États d'adopter notamment des mesures positives pour veiller à ce que les femmes âgées participent pleinement à la vie économique⁸⁵. L'initiative lancée par la Confédération, les cantons et les partenaires sociaux afin de « combattre la pénurie de personnel qualifié » vise à la fois « les travailleurs âgés » et les « personnes ayant des responsabilités familiales »⁸⁶. Or, les travailleuses âgées qui ont repris une activité professionnelle après avoir assumé gratuitement un travail de soin à autrui se trouvent à l'intersection⁸⁷ de ces catégories et mériteraient selon nous, tout autant que leurs collègues masculins au bénéfice d'une longue ancienneté, de se voir accorder une seconde chance avant un licenciement.

III. Licenciement fondé sur la maternité contraire à l'art. 3 LEg

Lorsqu'un licenciement abusif (art. 336 CO) s'avère être discriminatoire (art. 336 al. 1 let. a CO) ou donné à titre de représailles (art. 336 al. 1 let. d CO) en lien avec une maternité, le Code des obligations cède le pas à la loi sur l'égalité, *lex specialis*. La loi sur l'égalité interdit à la fois le licenciement discriminatoire suite à un congé de maternité (art. 3 et 5 al. 2 LEg) et le congé de rétorsion (art. 10 LEg) signifié à une travailleuse qui s'est prévaluée sur son lieu de travail de la protection spéciale à l'égard des femmes enceintes, accouchées et allaitantes (art. 35 ss LTr)⁸⁸. La présente partie traite de ces deux hypothèses.

A. Licenciement discriminatoire suite à un congé de maternité

1. Fréquence en Suisse

L'article 3 LEg interdit les discriminations fondées sur la grossesse ou la situation familiale lors de la résiliation de rapports de travail soumis au droit privé ou public (art. 2 LEg). Pourtant, selon une récente étude réalisée sur mandat de l'Office fédéral des assurances sociales, 11 % des mères n'ayant pas repris leur activité professionnelle entre six et douze mois après un accouchement indiquent avoir été licenciées⁸⁹.

Par ailleurs, une analyse de la jurisprudence cantonale effectuée sur mandat du Bureau fédéral de l'égalité recense, sur dix ans, 33 jugements relatifs à une plainte pour licenciement en raison de la maternité. Le plus souvent, la résiliation des rapports de travail a été notifiée peu après le retour du congé de maternité, une fois écoulée la période de protection contre le licenciement en temps inopportun prévue à l'art. 336c al. 1 let. c CO⁹⁰.

⁸¹ FF 1993 1211.

⁸² Voir ELISABETH FREIVOGEL, art. 3 GIG N 67–71, in : Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (édit.), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2^e éd., Bâle 2009 ; KARINE LEMPEN, art. 3 LEg N 36, in : Gabriel Aubert/Karine Lempen (édit.), *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, Genève 2011.

⁸³ VON KAENEL (n. 41), 490, pose une question similaire en comparant la situation du travailleur licencié juste avant la retraite à celle d'une femme âgée de 25 ans qui élève seule son enfant.

⁸⁴ Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (RS 0.108). Voir en particulier l'art. 11 § 2, let. a relatif aux licenciements discriminatoires.

⁸⁵ Recommandation générale n° 27 du 16 décembre 2010 sur les femmes âgées et la protection de leurs droits d'être humains, § 47.

⁸⁶ Voir le site Internet : www.personnelqualifie-suisse.ch (consulté le 24.11.2018).

⁸⁷ Au sujet du concept d'« intersectionnalité » voir notamment, KLEBER (n. 28), 20 ss.

⁸⁸ Parmi d'autres : DUNAND (n. 38), art. 328 CO N 3 ; LEMPEN (n. 82), art. 3 LEg N 34–35 ; STÉPHANIE PERRENOUD, La protection contre les discriminations fondées sur la maternité selon la LEg, in : Jean-Philippe Dunand/Karine Lempen/Pascal Mahon (édit.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail*, Genève 2016, 73 ss, 91–92.

⁸⁹ Parmi ces femmes n'ayant pas repris le travail, 22 % indiquent comme motif le fait de ne pas avoir pu baisser leur taux d'activité et 20 % disent avoir démissionné : MELANIA RUDIN/HEIDI STUTZ/SEVERIN BISCHOF/LIVIA BANNWART/JOLANDA JÄGGI, *Erwerbsunterbrüche vor der Geburt, Beiträge zur Sozialen Sicherheit*, Nr. 2/18 du 21.7.2017, 64–65.

⁹⁰ KARINE LEMPEN/ANER VOLODER avec la collaboration de LAETITIA JAMET, Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004–2015), Berne 2017, 17–18. Le nombre d'actions judiciaires paraît particulièrement élevé à Genève : KARINE LEMPEN/ANER VOLODER, *Aktuelle Ent-*

2. Rapport entre l'art. 336 al. 1 let. a CO et l'art. 3 LEg

Le licenciement discriminatoire au sens de l'article 3 LEg est une forme spécifique de licenciement abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO⁹¹. Toutefois, alors qu'un congé donné « pour une raison inhérente à la personnalité » au sens de cette disposition peut être justifié si la caractéristique a « un lien avec le travail ou [...] porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise »⁹², un licenciement directement et uniquement fondé sur la grossesse n'est, en principe, jamais justifié⁹³.

Au demeurant, sur le plan de la procédure, l'article 9 LEg renvoie à l'art. 336b CO. En outre, l'indemnité fondée sur l'art. 5 al. 2 et 4 LEg est fixée « compte tenu de toutes les circonstances » et ne peut excéder un montant correspondant à six mois de salaire, à l'instar de celle prévue par l'art. 336a CO.

Les deux régimes présentent donc de grandes similitudes et il arrive que les tribunaux n'examinent une plainte pour licenciement en raison de la maternité que sous l'angle du Code des obligations, quand bien même la loi spéciale aurait dû être appliquée d'office (art. 57 CPC)⁹⁴.

Une telle pratique est problématique dans la mesure où elle peut avoir pour effet de priver la partie salariée de l'allègement du fardeau de la preuve prévu par la loi sur l'égalité⁹⁵. Selon l'article 6 LEg, en effet, il suffit à la personne qui invoque un licenciement discriminatoire de le rendre vraisemblable⁹⁶. Si elle y parvient, le fardeau de la preuve est renversé et il incombe à la partie employeuse de prouver que le congé reposait sur un motif objectif sans

rapport avec la maternité⁹⁷. Ainsi, « l'employé qui prétend que son congé est discriminatoire à raison du sexe a tout intérêt à invoquer les dispositions de la LEg, plutôt que l'art. 336 CO, puisque celui-ci exige la haute vraisemblance du motif abusif et non sa simple vraisemblance »⁹⁸.

3. Cour d'appel du canton du Tessin, 7.5.2018

À titre d'illustration, nous souhaitons évoquer un arrêt tessinois du 7 mai 2018⁹⁹. Le licenciement avait été signifié le jour même du retour de congé maternité. En appel, les juges ont estimé que la salariée avait rendu vraisemblable, au sens de l'article 6 LEg, l'existence d'un licenciement discriminatoire contraire à l'article 3 LEg¹⁰⁰. L'employeuse n'était pas parvenue à prouver que le licenciement reposait sur des motifs objectifs¹⁰¹. En particulier, aucun reproche n'avait précédemment été formulé contre les prestations de travail, soi-disant insuffisantes, de la salariée. L'allégation, a posteriori, de ses lacunes professionnelles apparaissait comme un prétexte avancé pour dissimuler le motif réel du licenciement, à savoir la maternité. Dès lors, l'employeuse a été condamnée au versement d'un montant équivalent à quatre mois de salaire sur la base de l'art. 5 al. 2 LEg¹⁰².

B. Congé de rétorsion

1. Rapport entre l'art. 336 al. 1 let. d CO et l'art. 10 LEg

L'art. 10 LEg vise un cas particulier de congé-représailles au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO¹⁰³, à savoir le licenciement signifié à une personne parce qu'elle a fait valoir de bonne foi son droit à ne pas être discriminée sur la

wicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz, RSJ 2018, 81 ss, 82.

⁹¹ Voir la doctrine citée (n. 88) ainsi que NORDMANN (n. 18), 70 et 273 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 1), art. 336 OR N 5.

⁹² Art. 336 al. 1 let. a *in fine* CO.

⁹³ FREIVOGEL (n. 82), art. 3 GIG N 6, 65–66 ; LEMPEN (n. 82), art. 3 LEg N 35, avec la référence à un jugement du Tribunal des prud'hommes du canton de Genève du 27 mai 2010 considérant toutefois non abusif le licenciement d'une comédienne censée interpréter un rôle physiquement éprouvant. Selon le Tribunal, l'exécution du contrat était devenue impossible (art. 119 CO) en raison de la grossesse. Le cas est résumé sur le site Internet : www.leg.ch/jurisprudence (consulté le 24.11.2018), GE 27.5.2010.

⁹⁴ LEMPEN/VOLODER (n. 90), 24 et 28.

⁹⁵ LEMPEN/VOLODER (n. 90), 22.

⁹⁶ Sur cette notion, les difficultés pratiques d'application de l'art. 6 LEg et les moyens d'y remédier *de lege lata* et *de lege ferenda*, voir un avis de droit du 18 septembre 2018 rédigé par FRANÇOIS BOHNET sur mandat du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, téléchargeable à partir de Internet : <https://www.ebg.admin.ch/ebg/fr/home/documentation/publications/publications-sur-legalite-dans-la-vie-professionnelle/loi-sur-l-egalite.html> (consulté le 24.11.2018).

⁹⁷ PERRENOUD (n. 88), 90–91, mentionne divers cas où les tribunaux ont jugé que le licenciement intervenu au retour du congé de maternité reposait sur un motif objectif sans lien avec la grossesse (réorganisation de l'entreprise, performances insuffisantes, etc.).

⁹⁸ PATRICIA DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Bâle 2011, N 611. Au sujet des règles spéciales de procédure applicables aux litiges relevant de la LEg, voir PATRICIA DIETSCHY-MARTENET, Loi sur l'égalité et procédure civile : un accès facilité ou complexifié à la justice ?, RDS 2017, 423 ss.

⁹⁹ Tribunale d'appello della Repubblica et Cantone Ticino, 7.5.2018. Le texte de la décision et un résumé en italien sont disponibles sur le site Internet : <https://sentenzeparita.ch/?s=disdetta> (consulté le 24.11.2018).

¹⁰⁰ Tribunale d'appello della Repubblica et Cantone Ticino, 7.5.2018, c. 6.

¹⁰¹ Tribunale d'appello della Repubblica et Cantone Ticino, 7.5.2018, c. 7.5.

¹⁰² Tribunale d'appello della Repubblica et Cantone Ticino, 7.5.2018, c. 10.

¹⁰³ TF, 8C_134/2018, 17.9.2018, c. 3.2.2 (destiné à publication).

base du sexe dans les rapports de travail¹⁰⁴. Par exemple, une travailleuse licenciée au motif qu'elle s'est plainte, à l'interne, d'un climat de travail hostile aux femmes (art. 4 LEg) serait fondée à invoquer un congé de rétorsion au sens de la loi sur l'égalité¹⁰⁵. Les mères qui font valoir leur « droit au travail »¹⁰⁶ s'exposent plus particulièrement à de tels congés-représailles.

La loi sur l'égalité offre une protection plus forte que celle découlant des règles générales du Code des obligations¹⁰⁷. L'apport principal de l'art. 10 LEg est qu'il permet, lorsque les rapports de travail sont soumis au droit privé, d'obtenir l'annulation d'un licenciement et la réintégration dans l'entreprise.

En outre, même dans les cas – fréquents – où la travailleuse ne souhaite pas la réintégration et demande, « en lieu et place de l'annulation du congé », une indemnité similaire à celle qu'elle pourrait obtenir sur la seule base de l'article 336a CO (auquel renvoie l'art. 10 al. 4 LEg), la partie salariée a néanmoins intérêt à fonder sa demande sur l'art. 10 LEg. En effet, sous l'angle de cette disposition, un licenciement qui suit dans le temps¹⁰⁸ une plainte interne pour discrimination est présumé être un congé de rétorsion et il incombe à la partie employeuse de prouver que le licenciement repose sur un « motif justifié » (art. 10 al. 1 LEg). Une telle présomption n'existe pas sous l'angle de l'article 336 al. 1 let. d CO¹⁰⁹.

Toutefois, la notion de « motif justifié » – qui apparaît aussi à l'art. 336 al. 2 let. b CO en lien avec le licenciement des membres d'une commission du personnel – est large. Il s'avère relativement facile, pour la partie employeuse, de montrer que le congé se justifiait pour des motifs économiques ou en raison de prestations insuffisantes. En pratique, les actions fondées sur l'article 10 LEg sont rares et exceptionnellement couronnées de succès¹¹⁰.

2. Cour suprême du canton de Berne, 2.7.2018

L'affaire tranchée le 2 juillet 2018 par la Cour suprême du Canton de Berne¹¹¹ paraît être le second cas seulement¹¹², en Suisse, où une travailleuse licenciée après avoir fait valoir son droit à ne pas être discriminée dans le cadre de rapports de travail soumis au droit privé demande et obtient l'annulation de son congé.

Durant son congé de maternité, une médecin-chef de clinique à l'hôpital universitaire de Berne se plaint, auprès du Rectorat de l'Université de Berne, du fait que le professeur qui dirige son service la discrimine sur la base du sexe et fait obstacle à sa carrière académique. Une fois écoulé le délai de protection prévu par l'art. 336c CO, et alors que la procédure contre le supérieur hiérarchique professeur est encore pendante au Rectorat, l'hôpital licencie son employée médecin, en invoquant une rupture des rapports de confiance, et la libère de son obligation de prêter jusqu'à la fin du délai de congé. La travailleuse agit en justice sur la base de l'art. 10 LEg et conclut, notamment, à l'annulation du licenciement.

Les tribunaux de première et deuxième instance ont considéré que la plainte adressée au Rectorat de l'Université (autorité d'engagement du professeur) pouvait être qualifiée de « réclamation adressée à un supérieur ou à un autre organe compétent au sein de l'entreprise » selon l'art. 10 al. 1 LEg, même si elle n'avait pas été formulée auprès d'un service de l'hôpital (employeur de la plaignante). En effet, pour que le caractère interne de la réclamation soit admis, il n'est pas nécessaire que la plainte pour discrimination ait été faite « au sein de l'entreprise ».

¹⁰⁴ GABRIELA RIEMER-KAFKA/JAKOB ÜBERSCHLAG, art. 10 GIG N 8 et 11, in : Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2^e éd., Bâle 2009.

¹⁰⁵ Voir NORDMANN (n. 18), 191.

¹⁰⁶ Au sens de l'art. 11 al. 1 let. a CEDEF. Le droit au travail inclut le droit des femmes à bénéficier des mêmes possibilités d'emploi et de promotion (art. 11 al. 1 let. b–c CEDEF) que les hommes. L'article 11 CEDEF prévoit en outre une protection contre les licenciements discriminatoires fondés sur la maternité (art. 11 al. 2 let. b) ainsi qu'une protection spéciale pour les femmes enceintes (art. 11 al. 2 let. d).

¹⁰⁷ GABRIEL AUBERT, art. 10 LEg N 3, in : Gabriel Aubert/Karine Lempen (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 ; NORDMANN (n. 18), 70, 189.

¹⁰⁸ Selon le Tribunal fédéral (TF, 8C_134/2018, 17.9.2018, c. 4.3.), une étroite connexité au niveau temporel laisse penser qu'on se trouve face à un congé de rétorsion. Toutefois, le fait que la partie employeuse attende un peu avant de licencier ne signifie pas encore qu'il faille écarter l'hypothèse des représailles. En particulier, les directions armées sur le plan juridique vont se garder de prononcer un licenciement de façon précipitée.

¹⁰⁹ OGer BE, ZK 18 15, 2.7.2018, c. 9.2, qui se réfère à RIEMER-KAFKA/ÜBERSCHLAG (n. 104), art. 10 GIG N 13, et KATHRIN KLETT, Racheekündigung, in : Peter Münch/Markus Metz (édit.), Stellenwechsel und Entlassung, Bâle 2012, N 10.2, 10.9. Voir aussi NORDMANN (n. 18), 195. Pour sa part, ADRIAN VON KAENEL, Begriff und Voraussetzungen der Kündigungsanfechtung nach Art. 10 Gleichstellungsgesetz, ArbR 2008, 51 ss, 63 doute de l'existence d'une présomption.

¹¹⁰ LEMPEN/VOLODER (n. 90), 19–20. Sur 12 plaintes pour congé de rétorsion recensées sur une période de 10 ans, une seule a abouti. Dans le cas d'espèce, résumé sur Internet : www.leg.ch/jurisprudence (consulté le 24.11.2018), GE 7.2.2006, la salariée a renoncé à demander l'annulation du licenciement et a préféré recevoir une indemnité.

¹¹¹ OGer BE, ZK 18 15, 2.7.2018, résumé sur Internet : www.gleichstellungsgesetz.ch (consulté le 24.11.2018), Bern Fall 111.

¹¹² À notre connaissance, le seul autre cas a été tranché dans OGer ZH, LA100034-O/U, 30.9.2011, résumé sur Internet : www.gleichstellungsgesetz.ch (consulté le 24.11.2018), Zürich Fall 233.

Il suffit que la partie employeuse en ait eu connaissance, ce qui était le cas en l'espèce¹¹³.

Par ailleurs, les juges ont estimé que le licenciement ne reposait pas sur un « motif justifié ». En particulier, l'hôpital n'était pas parvenu à prouver que la décision de licencier la travailleuse avait été prise antérieurement à la plainte pour discrimination, pour des motifs sans lien avec celle-ci. La Cour a rejeté l'argument de l'hôpital selon lequel le licenciement n'avait pu être signifié qu'après la plainte en raison du fait que, dans une grande entreprise, plusieurs entretiens et vérifications sont nécessaires avant que le processus de résiliation ne puisse être finalisé¹¹⁴. En effet, la partie employeuse qui, face à un « motif justifié » de résiliation, attend trop longtemps avant de notifier un licenciement ordinaire, risque de ne pas pouvoir s'en prévaloir devant les tribunaux¹¹⁵.

À l'instar de l'instance précédente, la Cour suprême du canton de Berne constate l'existence d'un congé de rétorsion et ordonne la réintégration. L'hôpital prend acte de cet ordre judiciaire mais indique que les conditions auxquelles l'employée subordonne la reprise de son activité rendent celle-ci impossible¹¹⁶.

Au moment de conclure cet article, près de six mois après l'arrêt de la Cour, la travailleuse – dont la fille, née environ deux mois avant la plainte initiale au Rectorat, est désormais âgée de cinq ans – occupe une fonction moins bien rémunérée dans un autre canton et n'a pas repris son activité clinique et académique à l'hôpital universitaire de Berne. Privat-dozent de l'Université de Berne, la médecin avait commencé une carrière de chercheuse susceptible de pâtir considérablement d'une telle interruption. Rappelons que pour les professions scientifiques, la doctrine est encline à déduire de l'art. 328 CO un droit de la personne salariée à être effectivement occupée et non pas uniquement rémunérée¹¹⁷.

Enfin, précisons que les tribunaux bernois étaient appelés à se prononcer sur la nature du licenciement mais non sur la problématique de fond, à l'origine de la réclamation adressée au Rectorat, à savoir sur l'existence de conditions de travail discriminatoires à l'égard des femmes et en particulier des mères médecins. La question

demeure donc ouverte et a donné lieu à deux interpellations au Parlement cantonal¹¹⁸.

IV. Conclusion

L'arrêt rendu par la Cour suprême du canton de Berne en été 2018 marque une étape importante dans l'évolution de la protection contre les licenciements abusifs en Suisse. De façon quasiment inédite, une travailleuse au bénéfice d'un contrat de droit privé a obtenu, sur la base de l'art. 10 LEg, l'annulation du congé qui lui avait été signifié une fois écoulée la période de protection prévue par l'art. 336c al. 1 let. b CO¹¹⁹. Très médiatisée¹²⁰, cette affaire est susceptible d'encourager des femmes licenciées après avoir fait valoir leur droit à ne pas être discriminées sur la base de la maternité à saisir elles aussi les tribunaux. En même temps, ce cas bernois montre à quel point le droit à la réintégration est difficile à mettre en œuvre, y compris dans une entreprise de très grande taille.

À cet égard, il faut saluer la jurisprudence précédemment exposée¹²¹ qui met l'accent sur le devoir de la partie employeuse, en cas de conflits interpersonnels, de n'envisager un licenciement qu'après avoir cherché des solutions propres à maintenir les rapports de travail. La jurisprudence paraît même parfois déduire de l'article 328 CO un devoir de procéder à des « aménagements raisonnables », tel que consacré au niveau international et par le droit interne en lien avec l'inclusion des personnes handicapées.

Alors que le Tribunal administratif fédéral a déjà eu l'occasion de juger que la Confédération a un devoir d'assistance particulier à l'égard de son personnel handicapé, il est surprenant de constater que la jurisprudence civile ne consacre explicitement un tel devoir qu'à l'égard d'un autre groupe, à savoir celui des seniors avec une grande ancienneté. Une loi générale sur l'égalité en matière d'emploi, dont le Parlement n'a jusqu'à présent pas voulu¹²², permettrait de remédier à de telles incohérences en assurant une protection uniforme contre les licenciements abusifs et discriminatoires, quel que soit le motif de discrimination.

¹¹³ OGer BE, ZK 18 15, 2.7.2018, c. 7.3, qui se réfère à AUBERT (n. 107), art. 10 LEg N 8 et 11 ; VON KAENEL (n. 109), 57.

¹¹⁴ OGer BE, ZK 18 15, 2.7.2018, c. 12.2.2.

¹¹⁵ OGer BE, ZK 18 15, 2.7.2018, c. 9.7 et 12.3.1, avec les références aux commentaires des art. 336 al. 2 let. b CO et 340c al. 2 CO.

¹¹⁶ Communiqué de presse diffusé par Insel Gruppe le 29.8.2018 « Insel Gruppe accepte le jugement de la cour suprême ».

¹¹⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 1), art. 319 OR N 17 ; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Berne 2015, N 656.

¹¹⁸ Ip. 056-2018 IMBODEN « Discrimination à l'Hôpital de l'Ile : il faut améliorer l'égalité dans les cliniques et hôpitaux privés et publics du canton de Berne ». Ip. 055-2018 MARTI « Egalité à l'Hôpital de l'Ile : le canton remplit-il son devoir de surveillance ? ».

¹¹⁹ Voir III.B.2.

¹²⁰ Le magazine « Beobachter » a même décerné son « Prix Courage 2018 » à la médecin concernée, Internet : <https://www.beobachter.ch/prix-courage> (consulté le 29.11.2018).

¹²¹ Voir II.

¹²² Comme relevé par le Conseil fédéral dans son rapport du 25 mai 2016 « Le droit à la protection contre la discrimination », 13.