



Article scientifique

Article

1989

Published version

Open Access

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

---

## Le licenciement immédiat

---

Aubert, Gabriel

### How to cite

AUBERT, Gabriel. Le licenciement immédiat. In: Plädoyer, 1989, vol. 1, p. 58–59.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:33633>

équilibrée. Il permet d'atteindre le but que le législateur a fixé pour le droit du travail et qui inspire chaque révision du titre X du CO: une meilleure protection de la partie la plus faible.

**Notes**

- 1 Révision du 18 mars 1988 des art. 334 à 337d, 343, 346, 361 et 362 CO.
- Bibliographie: AUBERT GABRIEL: Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, Lausanne 1984 - La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1985, SJ 1986 p. 289ss; en 1986, SJ 1987 p. 545ss; en 1987, SJ 1988 p. 561ss.
- BRUHILIER JURG: Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Berne 1978. FRITZ MAX: Die neuen Kündigungsbestimmungen des Arbeitsvertragsrechtes, ein Handkommentar, Zurich 1988. De GAUTARD JEAN: La résiliation du contrat de travail en temps inopportun, th. Lausanne 1982. GEISER THOMAS: Die Kündigung zur Unzeit, in: La protection des travailleurs contre les licenciements, Genève 1979, p. 55-68. KONOPKA JEAN-ANDRE: La protection de l'emploi dans les rapports contractuels de travail, th. Genève 1978. KUHN/KOLLER: Le droit du travail actuel dans les entreprises, Zurich 1981, avec mises-à-jour. REHBINDER MANFRED: Schweizerisches Arbeitsrecht (Précis), 9e éd., Berne 1988 - Der neue Kündigungsschutz im schweizerischen Arbeitsrecht, un supplément au Précis, Berne 1988. STREIFF ULIN: Leitfaden zum Arbeitsvertrag, 4e éd., Zurich 1986. VOEGELI CLAUDE: Les périodes de protection contre le licenciement sont-elles cumulatives?, RSS 1976, p. 244.
- 2 SJ 1988 p. 617.
- 3 SJ 1988 p. 575.
- 4 Kuhn 7/2. 4 p. 9.
- 5 Le TF: ATF 1987 II 259 = JT 1988 I 175 = Pra 1988 No 17; le tribunal des Prud'hommes de Bâle-Ville: BJM 1983 p. 177 = JAR 1983 p. 170-171.
- 6 Le tribunal des Prud'hommes de Zurich: ZR 1983 No 112 = JAR 1983 p. 171, cité dans la RSJ 1984 p. 11.
- 7 Le TF: ATF 1983 II 330 = ZR 1985 No 121 = JAR 1984 p. 181 = SJ 1984 p. 239 = JT 1984 I 38.
- 8 JAR 1983 p. 171: il existe un intérêt de protéger le travailleur pour des motifs différents, qui ne s'excluent pas.
- 9 Bruhiler art. 336e N 7b, p. 192.
- 10 Message, FF 1984 II 574.
- 11 Idem p. 631.
- 12 BO 1985 CN 1142, BO 1987 CE 350.
- 13 Aubert, SJ 1988 p. 557; Fritz, art. 336c N 6.
- 14 De Gautard p. 101.
- 15 Voir les exemples jurisprudentiels ci-dessus, notes 5 à 7.
- 16 ATF 109 II 330; ATF 113 II 259; voir la critique d'Aubert, SJ 1986 p. 299.
- 17 Aubert, SJ 1986 p. 299.
- 18 FF 1948 II 634 - cette règle doit permettre que le travailleur trouve un nouvel emploi et que l'employeur le remplace à l'occasion d'un terme usuel.
- 19 Délai de congé calculé rétroactivement: voir Aubert SJ 1986 p. 297-8 et l'avis de la Chambre d'appel de Genève, JAR 1987 p. 198. Zurich, ZR 1985 No 120, «Wird die Kündigungsfrist ex ante oder ex post (vom Kündigungstermin an rückwärts) berechnet?» Le tribunal a choisi la solution ex post motivée par une «besondere soziale Schutzfunktion»; Bâle-Ville, BJM 1985 p. 149 = SJZ 1985 p. 291 = JAR 1986 p. 121; Berne, praxis des Arbeitsgerichts der Stadt Bern 1979, p. 11-13 = JAR 1980 p. 264.
- 20 Pour autant que l'employeur ait donné deux fois son accord, art. 336c al. 1 lettre d.

- 21 Voir note 14.
- 22 Message, FF 1984 II 629 - Voegeli p. 244-245.
- 23 ATF 113 II 259 = JT 1988 I 177; ZR 1981 No 83 - Streiff art. 336e-f N 8; Berenstein, TSS 1950 p. 2: «aucun effet quelconque».
- 24 ZR 1983 No 112: licencié le 31 mars, le travailleur se trouvait au bénéfice de l'art. 336e al. 1 lettre a, car il devait accomplir un service militaire du 14 au 26 avril. Ce licenciement fut déclaré nul. L'employeur dut donc le renouveler 4 semaines après la fin du service. Le travailleur devait effectuer une seconde période de service militaire au mois de septembre. Le délai de congé (6 mois) n'était pas terminé, il fut de nouveau suspendu et le contrat ne prit fin qu'au mois de février de l'année suivante.
- 25 Comme on le voit, ce système protégerait le travailleur pendant la première année de service moins bien que l'ancien système qui faisait repartir la période de protection de quatre semaines (art 336e al. 1 lettre b aCO) à chaque nouveau cas d'incapacité de travail.
- 26 Le Projet du CF proposait un nouveau système qui prévoyait une période maximale de protection pendant un certain laps de temps; il suffisait de cumuler l'ensemble des absences que le travailleur avait eues pendant ce temps de référence pour savoir s'il devait encore être protégé ou non. Le texte du Projet prévoyait une période de protection de 90 jours la 1ère année, de 180 jours pour les 2 premières années et de 270 jours les 3 premières années; puis de 360 jours au plus en 3 ans dès la 4<sup>ème</sup> année de service. En plus d'une extension de la protection, le système de 360 jours permettait d'éviter que le travailleur, devenu invalide, n'ait à supporter une «lacune» entre la fin du versement de son salaire et les prestations Al. Message, FF 1984 II 628-630.
- 27 BO 1985 CN 1138ss; «Die Kommissionsmehrheit hat gegenüber dem bundesrätlichen Vorschlag verschiedene Änderungen vorgenommen, sowohl in bezug auf... aber auch in bezug auf das System», madame la conseillère fédérale Kopp, BO 1985 CN 1141.
- 28 BO 1985 CN 1138, proposition de la majorité de la commission: rejeter le système du CF et adopter un système conforme au droit alors en vigueur. Weber-Arbon, rapporteur de longue allemande, dit expressément à cette occasion que le texte de la commission parle d'une maladie ou d'un cas d'accident et non de plusieurs et que les délais de congé sont applicables pour chaque cas d'accident ou de maladie (p. 1140). Le Parlement suivit cette proposition, BO 1985 CN 1141, BO 1987 CE 350.
- 29 La Chambre d'Appel du canton de Genève avait appliqué ce système en rapport avec l'art. 336e aCO (toutefois les deux incapacités se touchaient), SJ 1988 p. 575, avec une note d'Aubert.
- 30 Voir note 22.
- 31 «Schliesslich will die Vorlage verhindern, dass der Kündigungsschutz bei jeder Krankheit und jedem Unfall von neuem zu laufen beginnt. Zu diesem Zweck ist eine Beobachtungsperiode vorgesehen, innert welcher der Arbeitnehmer höchstens einmal den maximalen Kündigungsschutz geltend machen kann», madame la conseillère fédérale Kopp, BO 1985 CN 1141.
- 32 Voir note 27.
- 33 Cette solution a aussi un résultat étonnant: un travailleur victime d'une maladie très longue est moins bien protégé qu'un travailleur victime de plusieurs maladies! C'est la conséquence directe de la volonté du législateur de limiter la protection en cas d'incapacité de travail.
- 34 Voegeli p. 246.
- 35 Message, FF 1967 II 392. Rehbinder Précis p. 104; Streiff art. 336e-f N 8 in fine.
- 36 ATF 110 II 169.

# Le licenciement immédiat

Gabriel Aubert  
Professeur de droit du travail  
à l'Université de Genève

Les changements notables apportés par le nouveau droit du licenciement concernent essentiellement la résiliation abusive (art.

336 ss CO) et la protection du salarié contre le congé en cas d'incapacité de travail (art. 336c CO). On ne saurait oublier, toutefois,

que la réforme du titre dixième du code des obligations déploiera des conséquences dans un autre domaine: le licenciement immédiat.

## I. La notion de justes motifs

La description des justes motifs de licenciement immédiat, telle qu'elle figure à l'article 337, alinéas 2 et 3 CO, n'a pas changé. Elle est souple et laisse un large pouvoir d'appréciation au juge. Les auteurs de la révision ont donné à ce dernier une nouvelle clé d'interprétation. Le Parlement n'a pas voulu que les restrictions au licenciement ordinaire quant à son motif dépassent la répression de l'abus. L'employeur demeure donc libre de résilier le contrat de travail pour tout motif qui n'est pas abusif selon l'article 336 CO. En échange du maintien de cette liberté, le gouvernement a souhaité mieux protéger le salarié contre le licenciement avec effet immédiat.

Considérant que les délais de congé en droit suisse sont courts, il lui paraissait normal que l'employeur soit tenu de les respecter; la résiliation abrupte ne peut donc intervenir que dans des situations parfaitement caractérisées:

**«la loi doit pouvoir à ce que les licenciements immédiats ne soient prononcés que dans des cas vraiment exceptionnels et qu'ils ne soient utilisés qu'en dernier ressort»<sup>1</sup>**

En d'autres termes, la notion de juste motif appelle désormais une interprétation clairement restrictive. Dans le doute, l'employeur ne se trouve pas autorisé à rompre le contrat sur-le-champ: il lui faut attendre l'échéance légale ou conventionnelle.

## II. Les sanctions du licenciement immédiat injustifié

Elles sont au nombre de deux: le salarié peut réclamer le gain manqué et, si le juge en décide ainsi, une indemnité supplémentaire.

### A. Le gain manqué

L'ancien article 337 c al. 1 CO prévoyait que le travailleur licencié immédiatement sans

juste motif avait droit «au salaire pour la durée du contrat si elle est de durée déterminée, sinon jusqu'à l'expiration du délai de congé». Selon le nouvel article 337c al. 1 CO, «le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cassation du contrat conclu pour une durée déterminée».

a) La disparition du mot «salaire» n'est pas fortuite. Dissipant une longue controverse, le législateur a voulu montrer que, lors du licenciement immédiat injustifié, le contrat prend fin non pas seulement en fait, comme le pensait le Tribunal fédéral, mais aussi en droit<sup>2</sup>.

Pour pouvoir faire valoir sa prétention en réparation, le salarié licencié avec effet immédiat n'est donc plus tenu de mettre l'employeur en demeure d'accepter ses services: dès lors que le contrat a juridiquement pris fin par la volonté de l'employeur, il n'y a pas de raison que le salarié offre sa prestation.

b) En appréciant les conséquences pécuniaires du licenciement immédiat injustifié, la jurisprudence tient en général compte du comportement du travailleur. Malgré le caractère injustifié du licenciement, elle réduit souvent la réparation due, si la conduite du salarié a provoqué la réaction (disproportionnée) de l'employeur<sup>3</sup>.

Sous l'ancien droit, cette construction suscitait une difficulté, car si l'on peut réduire pour faute concomitante une créance en dommages-intérêts, une pareille réduction se concevait moins aisément si elle frappait une créance en salaire. Le Tribunal fédéral a contourné l'obstacle en indiquant que la réduction se faisait ici «par analogie»<sup>4</sup>.

En supprimant, à l'article 337c al. 1 CO, la référence à la notion de salaire, le législateur semble avoir éliminé la difficulté. Il l'a au contraire augmentée.

En effet, les travaux préparatoires condamnent expressément la réduction pour faute concomitante du salarié: «Selon le système de sanctions prévu par ce projet, une éventuelle faute concomitante du travailleur qui aurait conduit au licenciement immédiat ne permet aucune réduction de la prétention accordée au travailleur par le 1<sup>er</sup> alinéa, bien qu'il s'agisse d'une prétention en dommages-intérêts»<sup>5</sup> cette opinion repose sur l'idée, relevée plus haut, que le licenciement immédiat doit demeurer exceptionnel; il ne se justifie donc nullement

de réduire l'indemnité due par l'employeur qui aurait violé la loi en procédant à une telle résiliation sans juste motif<sup>6</sup>. Au demeurant, les motifs de réduction de la créance du travailleur sont énumérés à l'article 337c al. 2 CO: la faute concomitante du salarié n'y figure point.

### B. La peine civile

Selon l'article 337c al. 3 CO, lorsque l'employeur a licencié le travailleur immédiatement sans juste motif, le juge peut le condamner à lui payer une indemnité dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances; le maximum de cette indemnité correspond à six mois de salaire.

Ici encore apparaît l'idée que le licenciement immédiat est destiné à rester exceptionnel. Le risque d'être condamné au paiement d'une telle indemnité devrait déployer un «effet préventif»<sup>7</sup> de manière à dissuader l'employeur d'y recourir en cas de doute.

Toutefois, c'est dans ce contexte que le juge prendra en considération une éventuelle faute concomitante du travailleur. Comme le soulignent les auteurs du message, la faute concomitante constitue précisément l'un des éléments sur lesquels le juge se fondera pour décider si et dans quelle mesure il condamne l'employeur au paiement de la peine civile<sup>8</sup>.

#### Notes

1. FF 1984 II 635.
2. FF 1984 II 634; Aubert, G., La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1985, Semaine judiciaire 1986, p. 561-563.
3. Dans ce sens: Bâle-Campagne, JAR 1982, p. 189-190; Bâle-Ville, JAR 1984, p. 235-237; 1980, p. 286, 288, 289 et 293; Jura, JAR 1984, p. 152; Neuchâtel, JAR 1984, p. 234-235; Vaud, JAR 1986, p. 157; Zoug, JAR 1986, p. 133, 1985, p. 266; contre: Tessin, JAR 1982, p. 190-191; Zurich, ZR 1963, p. 251; Genève, JAR 1986, p. 139-140 (qui ne correspond pas à la pratique habituelle de la Chambre d'appel); hésitant: Fribourg, Extraits 1979, p. 33 = JAR 1981, p. 155.
4. ATF 97 II 150 = JT 1972 I 159; ATF 79 II 388 = JT 1954 I 382; ATF 78 II 444 = JT 1953 I 570, ATF 57 II 186 = JT 1932 I 142.
5. FF 1984 II 635.
6. Pour plus d'explications: JAR 1986, p. 139-141.
7. FF 1984 II 635.
8. FF 1984 II 635.