

**Zeitschrift:** Revue syndicale suisse : organe de l'Union syndicale suisse  
**Herausgeber:** Union syndicale suisse  
**Band:** 77 (1985)  
**Heft:** 3

**Artikel:** La protection contre les licenciements après les décisions du conseil national  
**Autor:** Berenstein, Alexandre  
**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-386217>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

**Download PDF:** 08.02.2025

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# La protection contre les licenciements après les décisions du Conseil national

*par Alexandre Berenstein, ancien juge fédéral*

Le 19 juin dernier, le Conseil national a voté le projet de loi qui lui était soumis par le Conseil fédéral à titre de «contre-projet indirect» à l'initiative populaire pour la protection des travailleurs contre les licenciements. Tout en adoptant l'essentiel du projet, il l'a cependant édulcoré, alors même que le projet gouvernemental ne prévoyait que des innovations très modestes. Encore faut-il se féliciter que la Chambre du peuple ait rejeté les propositions présentées par un certain nombre de parlementaires de droite, qui s'opposaient à toute protection, si limitée fût-elle, contre les licenciements. Mais le projet doit encore passer le cap du Conseil des Etats, de sorte que la teneur définitive de la loi est loin d'être certaine.

Nous passerons ici en revue, très brièvement, les principales modifications apportées à la situation juridique actuelle par le texte adopté par le Conseil national.

## **La motivation du congé**

Il convient de mentionner en premier lieu l'obligation de motiver le congé: «La partie qui donne le congé doit le motiver par écrit, à l'autre partie (*sic*), si elle le demande» (art. 335). Cette obligation s'appliquerait aussi bien au travailleur qu'à l'employeur.

Mais l'innovation ainsi inscrite dans la loi n'est qu'une amélioration de façade, bien plus qu'un progrès réel. Elle est en effet dépourvue de sanction. Il s'agit d'une obligation purement formelle, qui n'a pas d'efficacité, puisque d'une part celui qui omet ou refuse de motiver le congé n'en subit apparemment, dans la grande majorité des cas, aucun préjudice, et que d'autre part la validité du motif ne peut être appréciée par le juge du fait qu'en principe, la faculté de résilier librement le contrat demeure assurée à l'employeur (comme, naturellement, au travailleur). Tout au plus le motif indiqué pourra-t-il être invoqué contre l'auteur de la résiliation lorsqu'il s'agira d'un motif considéré comme abusif au sens des articles 336 et 336a CO. Mais quel est l'employeur qui – à moins d'être totalement ignorant de la législation – invoquera expressément un tel motif abusif?

## La résiliation abusive

Plus importantes sont précisément les dispositions qui définissent la résiliation abusive et qui en fixent les conséquences. On sait que le Code civil contient une règle fondamentale, l'article 2, qui refuse toute protection à l'abus manifeste d'un droit. Il est constant que cette disposition s'applique tout aussi bien au contrat de travail qu'aux autres domaines du droit. Mais on sait aussi qu'en pratique les tribunaux ne découvrent jamais d'abus dans l'exercice du droit de licenciement, et il importait donc de prévoir noir sur blanc les cas dans lesquels la résiliation du contrat de travail doit être considérée comme abusive. Le projet mentionne d'abord trois cas de congé abusif – que le congé soit donné par l'une ou l'autre des parties au contrat:

- a) lorsque le congé est donné pour une raison inhérente à la personnalité de la partie ayant reçu le congé et que cette raison n'a aucun rapport avec le contrat de travail;
- b) lorsqu'il est donné en raison de l'exercice d'un droit constitutionnel et que l'exercice de ce droit ne viole aucune obligation relevant du contrat de travail;
- c) enfin lorsqu'il est donné afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques relevant du contrat de travail (art. 336).

On vient de voir que, dans les trois hypothèses mentionnées, le congé serait considéré comme abusif non seulement s'il a été donné par l'employeur, mais aussi s'il a été donné par le travailleur. Mais ces trois catégories de motifs sont typiques de celles que prévoient la plupart des législations étrangères ainsi que la convention internationale N° 158 sur le licenciement (1982) pour interdire non les congés abusifs d'une manière générale, mais les *licenciements* abusifs, c'est-à-dire la résiliation abusive du contrat par l'employeur. Le gouvernement et le Parlement suisses se singularisent, au mépris de tous les principes du droit du travail, en voulant protéger l'employeur à l'égal du travailleur, et c'est la raison pour laquelle la règle de l'article 336 est dirigée à la fois à l'encontre du travailleur comme à l'encontre de l'employeur! Il n'est cependant guère besoin de souligner que la manière de voir des autorités fédérales est tout aussi irréaliste que ridicule, car on ne voit pas dans quels cas le travailleur pourrait résilier le contrat par exemple afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques relevant du contrat de travail(!); elle ne pourra donc en pratique avoir aucun effet quelconque, mais elle constitue simplement la marque de la volonté de veiller à la protection de l'employeur contre le travailleur.

Après les trois cas qui viennent d'être mentionnés viennent trois cas d'abus du droit de licenciement, c'est-à-dire d'abus qui, d'après le texte légal lui-même, ne peuvent être commis que par l'employeur (art. 336a). C'est le cas:

- a) du congé donné par l'employeur en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance du travailleur à une organisation de travailleurs ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale;

- b) du congé donné par l'employeur aussi longtemps que le travailleur, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise;
- c) du congé donné par l'employeur parce que le travailleur fait valoir de bonne foi des prétentions relevant du contrat de travail.

D'une manière générale, celui qui invoque l'abus du droit de résilier se heurte devant les tribunaux au problème de la preuve. De quelle manière le travailleur pourra-t-il rapporter la preuve du motif réel pour lequel l'employeur a donné le congé? Il lui sera le plus souvent difficile, sinon même impossible de le faire. A moins, bien entendu, que, naïvement, l'employeur n'ait lui-même indiqué le motif abusif dans le cadre de son obligation de motiver le congé. Ou bien sans doute aussi en présence du refus de motiver, vu l'obligation nouvelle prévue par le projet à cet égard. Mais il sera bien facile à l'employeur qui voudra licencier un travailleur pour un motif prohibé d'invoquer un autre motif quelconque.

Dans un cas cependant, le Conseil national a adopté une disposition prévoyant le renversement du fardeau de la preuve. Si, dans tous les autres cas, l'abus n'est sanctionné que si la preuve de l'existence du motif considéré comme abusif est rapportée, il en est autrement dans le deuxième cas de l'article 336a. Lorsque le licenciement d'un représentant élu des travailleurs, membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise, a été prononcé, ce licenciement est présumé abusif; l'employeur ne pourra alors triompher en cas de litige que s'il prouve que le travailleur a donné lieu à un motif justifié de résiliation. Sur ce point, un progrès manifeste a été réalisé par rapport à la situation actuelle.

Quant à la sanction de l'abus, elle réside dans l'obligation imposée à l'auteur de la résiliation de verser à l'autre partie une indemnité, qui ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire. L'obligation pour l'employeur de réintégrer le travailleur dans son emploi n'a été retenue ni par le Conseil fédéral ni par le Conseil national.

### **La résiliation pour cause de service militaire**

Une solution identique est prévue par le projet de loi en cas de résiliation du contrat (par l'une ou l'autre des parties) en raison de l'accomplissement d'un service militaire, de protection civile ou de la Croix-Rouge (art. 336b). A vrai dire, ce texte est incompréhensible, car le Conseil national a omis de préciser s'il doit s'agir d'une résiliation prononcée par la partie appelée à accomplir un service militaire ou par l'autre partie! Sans doute a-t-on entendu, comme dans le texte de l'art. 336g actuel, viser la résiliation prononcée en raison d'un service militaire accompli par l'autre partie<sup>1</sup>, mais le texte adopté ne l'indique pas. Est assimilé à ce cas, mais moyennant certaines restrictions, celui où la résiliation est motivée par une obligation légale (*recte*: une *autre* obligation légale) que la partie congédiée est tenue d'exécuter sans l'avoir sollicitée.



Dans ces deux hypothèses, à nouveau, le Conseil national a admis le principe de la «parité» entre employeur et travailleur, bien qu'on ne voie pas dans quel cas le travailleur résiliera le contrat parce qu'il reproche à l'employeur de faire du service militaire!

Il faut noter encore qu'à l'inverse du Conseil fédéral, qui entendait autoriser les personnes victimes d'un licenciement abusif à agir en justice dans les mêmes conditions que dans tout autre cas d'inexécution contractuelle, le Conseil national a placé des obstacles sur la voie des parties désirant obtenir une indemnisation. Aussi bien dans le cas de la résiliation abusive que dans celui de la résiliation pour cause de service militaire ou d'accomplissement d'une obligation légale, l'intéressé doit préalablement faire opposition au congé avant la fin du délai de congé, puis intenter action au plus tard 180 jours dès la fin du contrat, à défaut de quoi son droit est périmé (art. 336b bis).

### **La résiliation en temps inopportun**

Actuellement déjà, le code interdit à l'employeur de résilier le contrat en temps inopportun, soit notamment pendant ou immédiatement après un service militaire du travailleur, ainsi qu'en cas de maladie, d'accident ou d'accouchement. Ces dispositions sont, en gros, maintenues, avec de légères améliorations (art. 336c): c'est ainsi qu'en cas de maladie ou d'accident, la durée de l'interdiction de résilier est, pendant l'incapacité de travail qui en résulte, portée, dès la deuxième année, à 90 jours par an, et dès la sixième année, à 180 jours (au lieu de 8 semaines selon la teneur actuelle de la loi). Mais il faut noter que le gouvernement, qui n'a pas été suivi sur ce point par le Conseil national, proposait de fixer cette durée à 90 jours dès la première année (actuellement 4 semaines; 1 mois dans la version adoptée par le Conseil national), à 180 jours au cours des deux premières années, à 270 jours au cours des trois premières années, et à 360 jours en trois ans dès la quatrième année. En cas de grossesse ou d'accouchement, l'interdiction de résilier s'étend du début de la grossesse à la fin de la seizième semaine qui suit l'accouchement (actuellement 8 semaines avant et 8 semaines après l'accouchement).

Il convient cependant de déplorer le maintien de la disposition aux termes de laquelle non seulement, dans les cas mentionnés, la résiliation est interdite à l'employeur, mais à cet employeur est assimilé le travailleur auquel il incombe d'assurer le remplacement de son supérieur ou de l'employeur lui-même appelés à accomplir un service militaire (art. 336d). Cette disposition, reprise à vrai dire de la loi actuelle (art. 336f) est de toute évidence injustifiable. En effet, elle ne tient pas compte des intérêts du travailleur, qui peut avoir des motifs justifiés de quitter son emploi, par exemple parce qu'il a auparavant conclu un autre contrat de travail en vue de la prise d'un nouvel emploi, ou encore parce qu'il se propose de partir pour l'étranger et a déjà pris des mesures à cet effet, alors qu'aucune disposition n'est prévue en vue de son indemnisation.

Elle ne tient pas compte non plus des mesures que l'employeur aurait pu prendre pour assurer l'exécution du travail, alors qu'en temps normal il peut se prémunir assez longtemps à l'avance contre les inconvénients qu'il subira du fait du service militaire. La symétrie que le législateur veut apparemment établir entre la situation de l'employeur et celle du travailleur est totalement fautive. Le travailleur se trouve privé de la liberté de choisir son travail en conformité du contrat pendant toute la durée de la période qui prend naissance 4 semaines avant le départ du supérieur ou de l'employeur pour le service militaire (à condition que ce service dure plus de 12 jours) et qui expire à la fin de la 4<sup>e</sup> semaine qui suit le retour du service. Si cette disposition devait, un jour ou l'autre, être effectivement appliquée, le travailleur pourrait alors sans doute se prévaloir de l'article 4, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, qui prohibe le travail forcé ou obligatoire, auquel contrevient l'article 336f CO actuel tout comme l'article 336d du projet de loi.

### **Les délais de résiliation**

Quant au délai normal de résiliation du contrat de travail, le projet du Conseil national reprend presque intégralement le texte du code actuel. La seule différence importante consiste dans le fait que, pendant la première année, le délai de résiliation ne peut être inférieur à un mois que s'il en a été ainsi prévu par convention collective (art. 335c).

Le Conseil national a d'autre part maintenu la règle de l'art. 336 actuel du code, selon laquelle, si les parties ont prévu contractuellement des délais de congé différents, c'est le délai le plus long qui est applicable aux deux parties, alors que, jusqu'à la révision législative de 1971, la jurisprudence comme la doctrine avaient admis que la disposition légale relative à la parité des délais de congé ne prohibait que les délais plus brefs prévus pour l'employeur. Il sied de rappeler ici que c'est par suite d'une erreur manifeste dans la lecture d'un arrêt du Tribunal fédéral<sup>2</sup> que le Conseil fédéral, suivi par les Chambres, avait modifié sur ce point le texte légal. Après avoir reconnu en 1980 avoir fait fausse route et promis de réparer son erreur<sup>3</sup>, le Conseil fédéral, suivi une fois de plus par le Conseil national, s'est déjugé et a repris dans son projet le principe de la parité absolue des délais de congé. Une seule exception est apportée à ce principe: en cas de licenciement pour motifs économiques, des délais plus courts peuvent être prévus pour le travailleur.

### **La résiliation pour justes motifs**

Le Conseil national a amélioré la réglementation légale dans le cas de la résiliation immédiate du contrat pour de justes motifs. Cette résiliation doit être notifiée par écrit, et elle doit être motivée par écrit sur demande de l'autre partie (art. 337). D'autre part, l'employeur qui a résilié le contrat d'une façon immédiate mais sans justes motifs devra verser au travailleur, en sus de la perte de salaire, une indemnité supplémentaire



fixée par le juge, mais qui ne pourra dépasser le montant correspondant à six mois de salaire. Ainsi prendrait fin la possibilité pour l'employeur de résilier le contrat en violation des clauses de celui-ci ou de la loi, mais sans subir aucun préjudice pécuniaire, dès le moment où il rend vraisemblable que le travailleur pourra se procurer un emploi équivalent.

### **Les dispositions absolument impératives**

En 1971, le législateur avait introduit dans les dispositions du Code des obligations relatives au contrat de travail une énumération des règles absolument impératives, ne pouvant être modifiées par convention ni au détriment de l'employeur ni au détriment du travailleur, tandis que jusqu'alors, sauf dans des cas très spéciaux (comme celui de la résiliation du contrat pour justes motifs), la réglementation du contrat de travail, en application du principe bien connu en droit du travail de la «clause la plus favorable au travailleur» (*Günstigkeitsprinzip*), ne connaissait que des dispositions relativement impératives, pouvant être modifiées au détriment de l'employeur, mais non au détriment du travailleur. Le Conseil fédéral avait justifié cette innovation en se fondant sur le fait qu'à l'époque de la rédaction de son message (1967), on se trouvait «en période de plein emploi et de suremploi», que cette situation subsisterait et que, dès lors, «le travailleur ne retombera plus, à l'avenir, dans l'état de dépendance où il se trouvait autrefois<sup>4</sup>». D'où l'introduction dans le code d'une liste de dispositions absolument impératives<sup>5</sup>. Comme on pouvait bien le penser, les prévisions optimistes du Conseil fédéral ne se sont pas réalisées. Le plein emploi et le suremploi ne pouvaient durer toujours et, dans la période actuelle, ils ont disparu.

Le Conseil fédéral a saisi l'occasion du dépôt de son projet de loi sur la résiliation du contrat de travail pour proposer en même temps la mise au point des dispositions des articles 361 et 362 CO, concernant respectivement les règles absolument impératives et les règles relativement impératives. Malgré la modification fondamentale de la situation économique, qui avait été à l'origine de l'introduction dans le code de dispositions absolument impératives, il s'en est tenu, dans l'ensemble, aux décisions de 1971, les aggravant même parfois, et il a été suivi sur ce point par le Conseil national. C'est ainsi qu'a été introduite dans la liste des dispositions absolument impératives de l'art. 361 la mention de l'art. 323, 4<sup>e</sup> alinéa, concernant les avances sur le salaire que, dans certains cas, l'employeur doit accorder au travailleur. D'après la décision du Conseil national, un accord réalisé entre l'employeur et le travailleur et aux termes duquel des avances sur le salaire seraient accordées en dehors des conditions strictes prévues à l'art. 323 (le travailleur doit être «dans le besoin») serait radicalement nul! D'autre part, dans la liste des dispositions relativement impératives, il ne sera plus fait mention du 3<sup>e</sup> alinéa du même article, fixant le délai dans lequel la participation au résultat de l'exploitation doit être payée; le travailleur ne serait donc plus protégé à

cet égard par la règle de l'art. 362. Ces décisions sont, est-il besoin de le dire, absolument incompréhensibles.

## **Procédure**

Un dernier point mérite mention. La «procédure simple et rapide» à laquelle doivent être soumis certains litiges relevant du contrat de travail s'appliquera désormais, d'après le projet, aux cas dans lesquels la valeur litigieuse ne dépassera pas 10 000 francs (au lieu de 5000 d'après la teneur actuelle de l'art. 343 CO). Le Conseil national a ainsi refusé de porter la limite de la valeur litigieuse à 20 000 francs, comme l'y engageait le Conseil fédéral. Mais il a donné au Conseil fédéral compétence pour adapter la limite à l'évolution des salaires. Il n'a pas accepté non plus de prévoir que le juge établirait d'office les faits et apprécierait librement les preuves dans tous les litiges relevant du contrat de travail; il a maintenu sur ce point la solution actuellement appliquée, à savoir que cette obligation n'incombe au juge qu'à l'égard des litiges dont la valeur litigieuse ne dépasse pas celle fixée par la loi (éventuellement par le Conseil fédéral).

## **Conclusion**

En résumé, le projet de loi voté par le Conseil national apporte un léger progrès par rapport à la loi actuellement en vigueur, dans la mesure notamment où il précise la notion du licenciement abusif, assure une certaine protection aux représentants des travailleurs dans l'entreprise et prévoit le paiement d'une indemnité spéciale en cas de résiliation immédiate injustifiée. Mais, sur certains points, il comporte aussi un recul, par exemple en ce qui concerne le paiement du salaire. Il contient aussi de nombreuses imperfections, dues à la volonté tenace des autorités fédérales d'assurer la protection de l'employeur à l'encontre du travailleur, telle qu'elle s'est manifestée depuis la révision législative de 1971. Notre pays, à cet égard, constitue un cas spécial, qui fait l'étonnement des pays étrangers.

De toute façon, si progrès il y a, ce progrès n'est certes pas suffisant pour que le projet de loi puisse être considéré comme un contre-projet sérieux à l'initiative populaire pour la protection des travailleurs contre les licenciements, qui devra sans doute être soumise au peuple.

## **Notes**

<sup>1</sup> Cette interprétation résulte aussi du message du Conseil fédéral du 9 mai 1984 (Feuille fédérale 1984 II 625).

<sup>2</sup> Arrêt du 5 avril 1966 dans la cause Bugnion c. Defossez (ATF 92/1966 II 182). Voir le message du Conseil fédéral sur le contrat de travail, du 25 août 1967, p. 136. Nous renvoyons à ce sujet à notre étude sur «La protection paritaire contre le congé dans le contrat de travail», publiée dans la «Revue suisse de Jurisprudence», 1984, p. 108 ss.

<sup>3</sup> Bulletin officiel, Conseil national, 1980, p. 811.

<sup>4</sup> Message précité, p. 34.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 49.