

Résumé et commentaire

Proposition de citation :

Licenciement immédiat

Werner Gloor, Vers la fin du licenciement
immédiat ? Commentaire de l'arrêt du
Tribunal fédéral 4A_293/2020, Newsletter
DroitDuTravail.ch décembre 2021

Art. 337 CO

Vers la fin du licenciement *immédiat* ? Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_293/2020 du 30 août 2021.

Werner Gloor, avocat, juge suppléant à la Cour de Justice.

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt TF 4A_293/2021 du 30 août 2021, rédigé en italien, thématise la question de l'immédiateté du licenciement immédiat. Sa substance remet en question l'exigence de l'*immédiateté* dans le licenciement immédiat.

II. Résumé de l'arrêt**A. Les faits**

A.a. A a été engagée par B. SA en 2002 et le 31 mars 2014, elle en est devenue la directrice avec un salaire mensuel de Fr. 13'000.– plus un 13^e salaire et des provisions. Le contrat de travail comportait une clause de prohibition de faire concurrence pour une durée de deux ans dans les cantons du Tessin et des Grisons ; une violation était sanctionnée par une peine conventionnelle du montant d'un salaire annuel.

Jusqu'en été 2017, le Conseil d'administration de la société était composé des personnes suivantes, disposant de la signature collective à deux : C, président, D et E, membres. Les deux premiers détenaient chacun un 40 % du capital-actions, tandis que le troisième avait donné sa démission en juillet 2017. Il aura cédé sa part (20 % du capital-actions) à F. Lors de l'assemblée générale du 22 juin 2017, F. a été élu comme membre du Conseil, toutefois sans signature sociale.

Après l'assemblée générale, une réunion d'information a eu lieu avec le personnel, en présence du Président du Conseil d'administration. Lors de cette réunion, la directrice a eu des mots fort désobligeants à l'égard des actionnaires F et D. Le lendemain, la directrice a adressé aux collaborateurs un courriel dans lequel elle a réitéré l'intention de passer avec eux à une société concurrente à créer.

Le 3 octobre 2017, B. SA a licencié A avec effet immédiat, lui reprochant une grave violation de son devoir de fidélité. La directrice a immédiatement restitué les clés et a quitté la place de travail. Deux jours plus tard, elle s'est opposée à son renvoi.

A.b. Par demande du 1^{er} février 2018, A introduit action contre B. SA par devant le Préteur du district de Lugano, concluant à ce que la défenderesse fût condamnée à lui payer CHF 68'687.25 à titre de salaire et 13^e mois pour la période du préavis non respecté, et de CHF 52'273.05 à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié. La défenderesse s'est opposée à la demande et a conclu, à titre reconventionnel, à la condamnation de la demanderesse au versement d'un montant total de CHF 164'297.85 (CHF 145'000.– à titre de peine conventionnelle pour violation de la prohibition de faire concurrence, CHF 6'600.– à titre de dommages-intérêts pour l'emploi illicite de certains salariés de CHF 1'697.85 à titre de salaire versé en trop), le tout plus intérêts moratoires ; elle a également demandé la mainlevée définitive de l'opposition faite au commandement de payer. Par jugement du 15 mars 2019, le Préteur a rejeté la demande et accueilli la demande reconventionnelle pour un montant de CHF 76'755.- plus intérêts moratoires ; il a en conséquence prononcé la mainlevée définitive à due concurrence de l'opposition formée au commandement de payer. Le juge de première instance fait intégralement droit à la demande en remboursement du salaire versé en trop, mais il a réduit, motif pris à l'art. 164 al. 3 CO le montant de la peine conventionnelle à 5 mois de salaire, c'est-à-dire à CHF 68'457.–, considérant qu'il y avait lieu de limiter la durée de la prohibition de faire concurrence à un an.

B.

Par arrêt du 8 avril 2020, la II^e Chambre civile du Tribunal d'appel du Canton du Tessin a rejeté l'appel formé par A. La Cour cantonale a retenu que lors de la réunion du 22 juin 2017, la directrice avait violé son devoir de fidélité en tenant des propos insultants à l'égard de F et D ; que ce faisant, elle avait généré un climat de tension en parlant de licenciements en annonçant la création d'une société concurrente. Les juges cantonaux ont, en outre, relevé une motivation insuffisante des griefs tirés de la prétendue tardiveté du licenciement immédiat ; il n'était pas tardif dès lors que D n'a eu connaissance des faits incriminés qu'au début du mois de septembre et que le Président du Conseil d'administration se trouvait en vacances en Croatie à cette époque-là, et qu'il n'était rentré en Suisse qu'au début du mois d'octobre. Ils ont également estimé comme insuffisamment motivée la critique au sujet de la prohibition de faire concurrence ; ils ont notamment relevé que l'appelante n'avait même pas contesté le montant de la peine conventionnelle.

C.

Le 28 mai 2020, A a formé un recours en matière civile et conclu à la réforme de l'arrêt entrepris. Sa propre demande devait être accueillie intégralement et l'action reconventionnelle était à limiter à CHF 6'600.–. Selon l'employée, la Cour cantonale aurait commis deux erreurs manifestes lors de l'établissement des faits : d'une part, elle aurait affirmé que les prétendues graves violations du devoir de fidélité ne seraient venues à la connaissance de la défenderesse que quelques jours avant le licenciement immédiat, et d'autre part, elle aurait retenu à tort un comportement contraire aux intérêts de la société. Selon la recourante, l'art. 337 CO aurait été violé pour deux raisons : B. SA n'aurait pas réagi immédiatement, mais serait restée inactive durant un mois à compter de la prise de connaissance des faits à l'origine du licenciement, et les faits incriminés ne constitueraient pas

un juste motif au sens de cet article, car elle se serait bornée à suivre les directives du Président du Conseil d'administration. Se référant à l'interdiction de concurrence, elle reproche à la Cour cantonale une violation de l'art. 27 Cst. féd. et de l'art. 27 CC, affirmant que la clause ne lui était plus opposable dès lors que les rapports de travail avaient été résiliés par l'employeur sans que ce dernier ne puisse se prévaloir d'un motif justifié (art. 340c al. 2 CO). Elle a donc maintenu les conclusions prises dans sa demande.

B. Le droit (extraits du consid. 3)

3.1.2. En présence d'un juste motif, le congé immédiat doit être signifié sans tarder, sous peine de déchéance. Si la partie qui entend résilier le contrat avec effet immédiat tarde à le faire, elle donne l'impression d'y renoncer et de s'accommoder avec la poursuite des rapports de travail jusqu'à l'échéance du délai de résiliation ordinaire (ATF 138 I 113, consid. 6. 3. 1)¹. Il faut apprécier d'après les circonstances de chaque cas le délai dans lequel on peut raisonnablement attendre de l'ayant droit qu'il décide s'il veut faire usage de son droit à la résiliation abrupte du contrat. En règle générale, un délai de deux à trois jours ouvrables est considéré comme approprié pour réfléchir et rechercher un conseil juridique. Une attente plus longue n'est admissible que si elle apparaît compréhensible et justifiée au regard des contraintes pratiques de la vie quotidienne et économique ; un report de quelques jours est acceptable lorsque, pour une personne morale, la compétence appartient à un organe de plusieurs personnes ou qu'au préalable le représentant du travailleur doit être entendu (ATF 138 I 113, consid. 6.3.2).

3.2.1. Lors de l'examen de l'existence d'un juste motif, la Cour cantonale a, entre autres, rappelé que la fonction dirigeante de l'employée justifiait une sévérité accrue. Elle a par conséquent retenu, comme le Préteur, que lors de la réunion avec le personnel, le 22 juin 2017, la directrice avait violé son devoir de fidélité en proférant de graves insultes à l'encontre de deux actionnaires et suscité des tensions entre les salariés, en leur proposant, avec une lettre de congé préparée par ses soins et exhibée lors de la réunion, qu'ils donnent leur démission et la rejoignent dans une nouvelle société concurrente. Selon les juges cantonaux, la crainte et les incertitudes provoquées lors de cette réunion ont perturbé les travailleurs.

3.2.2. S'agissant de l'immédiateté du congé donné le 3 octobre 2017, l'arrêt attaqué indique que le Préteur l'avait admise au motif que lors de la réunion du 22 juin 2017 et l'e-mail du jour suivant ne sont venus à la connaissance de D. qu'en septembre, à un moment où le Président du Conseil d'administration se trouvait en vacances en Croatie pour ne rentrer en Suisse qu'au début octobre. Les juges d'appel ont retenu comme irrecevables, pour défaut de motivation suffisante, les griefs au sujet de la durée de l'absence de C, et au sujet du moment auquel D. et F. ont pris connaissance des faits incriminés ; ils ont également reproché à l'employée de ne pas avoir expliqué comment ces deux administrateurs auraient pu la licencier sans disposer de la signature sociale requise, ou organiser une réunion du Conseil d'administration sans la présence de son président, à qui, à teneur de l'art. 715 CO, incombe la charge de convoquer la réunion de cet organe de la société.

3.3.1. La recourante qualifie « d'arbitraire » le reproche fait d'avoir eu un comportement contraire aux intérêts de l'employeur et elle conteste de ne pas avoir déféré correctement à ses fonctions de directrice. Elle affirme que de nombreux témoins auraient déclaré qu'après

¹ ATF 138 I 113 = JdT 2012 I 231.

ladite réunion elle n'aurait plus parlé d'une nouvelle société. Elle nie ensuite la présence de motifs graves justifiant son renvoi immédiat, et conteste avoir incité le personnel à quitter l'intimée. Elle affirme avoir été involontairement impliquée dans un conflit entre actionnaires, s'être limitée à ne suivre que les directives du Président du Conseil d'administration – qui représentait l'employeur – et s'être déjà excusée pour avoir utilisé des termes irrespectueux, « dus à la forte pression d'événements imprévus ».

3.3.2. S'agissant de la question de savoir si le licenciement avait été prononcé sans tarder, la recourante qualifie l'arrêt entrepris d'arbitraire parce qu'il considère que les – prétendues – violations contractuelles auraient été apprises (par l'intimée) quelques jours seulement avant le licenciement. Elle affirme au contraire qu'après avoir pris connaissance de la réunion avec le personnel et de l'e-mail y subséquent, les deux membres du conseil sont restés complètement inactifs pendant un mois, et elle en déduit « un manque absolu de réaction », incompatible avec l'art. 337 CO. Elle soutient que ces derniers auraient dû demander au Président du Conseil d'administration – qui était parfaitement disponible – de convoquer le plus rapidement possible une réunion du conseil et, en cas de refus, le faire convoquer par le juge.

3.3.1. Dans le cas concret, il convient de relever avant tout que, s'agissant du bien-fondé du licenciement immédiat, la recourante tente en vain de minimiser son rôle et ce qui s'était passé lors de la réunion du 22 juin 2017, et ce par une critique purement appellatoire des faits établis par la Cour cantonale. Elle semble également, en partie du moins, mal interpréter l'arrêt entrepris lorsqu'elle qualifie d'arbitraire la manière dont ses fonctions de directrice avaient été déterminées. Or, la Cour cantonale a, d'une part, indiqué que ce qui s'était passé après la réunion n'enlevait en rien la gravité de son comportement, et, d'autre part, elle a considéré, en se basant sur les dépositions de trois témoins, que la tension et l'insécurité générées subsistaient dans le personnel.

Indépendamment du fait que, pour critiquer valablement les faits retenus par la Cour cantonale, il ne suffit pas de choisir une série de dépositions de témoins (sur l'exigence de motivation suffisante d'une critique cf. supra 2.3), le devoir de fidélité à l'égard du Président du Conseil d'administration n'exigeait pas de la recourante d'insulter les deux autres actionnaires, ni de proposer le transfert du personnel à une société concurrente à créer. Même, à supposer qu'il faille considérer, comme le suggère le recours, qu'il s'agissait d'un événement resté isolé, la recourante ne pourrait être suivie lorsqu'elle considère que, en ne donnant pas suite aux idées qu'elle avait exprimées (ce dont attesterait son e-mail y subséquent), elle aurait exercé correctement ses fonctions dirigeantes. Après un tel épisode, elle aurait plutôt dû rassurer les collaborateurs pour ce qui avait trait à la poursuite de leur activité dans la société.

3.4.2. Aussi lorsqu'elle reproche à la Cour cantonale « de l'arbitraire dans l'évaluation de l'immédiateté », au motif qu'elle aurait établi dans les faits que le Conseil d'administration aurait appris les graves violations de son devoir de fidélité que quelques jours avant le licenciement, la recourante dénature l'arrêt attaqué. Dans le passage critiqué, l'autorité inférieure s'était contentée à mentionner les griefs invoqués par l'employeur dans la lettre de licenciement. D'autre part, comme il ressort clairement du résumé ci-dessus aux consid. 3.2.2., la Cour d'appel était parfaitement consciente que depuis la prise de connaissance par l'employeur de la réunion mentionnée et de l'e-mail y subséquent et le licenciement, il s'était écoulé un mois.

Pour le surplus, l'argumentation de la recourante s'avère dans une large mesure irrecevable parce qu'elle ignore non seulement les considérants d'ordre procédural formulés par la Cour cantonale relatifs à la motivation insuffisante de l'appel, mais parce qu'elle se fonde également sur des faits non retenus par l'arrêt attaqué – telle la prétendue disponibilité du Président du Conseil d'administration et le contenu de l'ordre du jour. En ce qui concerne ce dernier point, on peut toutefois noter que, contrairement à ce qui est affirmé dans le recours, il ressort de la pièce No 14 qu'il y est fait mention au point 4 de l'ordre du jour : « Constitution du CdA et composition de la direction ». En conclusion, les faits établis dans l'arrêt entrepris lient le Tribunal fédéral ; il s'ensuit que les considérations des instances précédentes concernant l'immédiateté du licenciement de la directrice ne violent pas le droit fédéral, attendu en outre que la réunion du Conseil d'administration lors de laquelle la décision de licenciement avait été prise avait eu lieu le deuxième jour ouvrable du mois où le président était rentré en Suisse, et que la décision prise avait été immédiatement communiquée à l'intéressée ».

III. Analyse

Cet arrêt laisse pantois. Trois questions étaient à résoudre : a) Qu'en est-il avec la *Wissenszurechnung*, dans un tel cas de figure, d'une personne morale ? b) Quelles sont les conditions formelles et matérielles en matière de *révocation*, par le Conseil d'administration, d'un membre de la Direction ? et c) La résiliation immédiate des rapports de travail d'un membre de la Direction, pour justes motifs, peut-elle attendre le retour de vacances du Président du Conseil d'administration ? Dans le cas d'espèce, les deux premières questions ne semblent pas avoir été examinées, et la troisième paraît avoir été expédiée rapidement, à peu de frais, sous l'angle d'un examen limité à l'arbitraire. L'on se posera une quatrième question : Est-ce vraiment au travailleur de thématiser la question de l'immédiateté de son licenciement immédiat ?

a.

Bien que la matière n'ait, à ce jour, pas été traitée avec l'attention qu'elle mériterait², il est constant que le savoir d'un organe, voire d'un simple cadre ou collaborateur-clé, d'une personne morale est imputée à la personne morale elle-même, à tout le moins lorsque ce savoir, par suite d'une carence organisationnelle, n'a pas été « remonté » à l'instance décisionnaire³.

² Notons toutefois un ouvrage paru tout récemment : FOURNIER ANNICK, *L'imputation de la connaissance*, Etude de droit privé suisse, thèse Fribourg, Zurich 2021.

³ ATF 109 II 346, consid. 2b – 3 « BBC » = JdT 1984 I 301 ; 104 II 190, consid. 3b = JdT 1979 I 8 ; 101 Ib 422, consid. 5c ; 89 II 239, consid. 8 = JdT 1964 I 41 ; TF 5C.104/2001 du 21 août 2001, consid. 4 c/bb ; FOURNIER, op. cit., p. 235 N. 718 ; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, Berne 2020, p. 669, Rz 1483 ; WATTER, in *Basler Kommentar OR II*, 5^e éd., 2016, N. 35 ad art. 718 CO ; BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4^e éd., Zurich 2009, § 13 Rz 513 p. 1748 ; ABEGGLEN, *Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen*, Berne 2004, p. 28 ss. ; MEIER-HAYOZ/FORTSMOSER/SETHE *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 12^e éd., Berne 2018, § 2 Rz 29 ; WEBER, *Juristische Personen*, in : SPR II/4, Basel 1998, p. 174 – 175 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 30 N. 133 : « *Grundsätzlich der Gesellschaft anzulasten ist das Wissen aller Organpersonen, unabhängig von ihrer Zeichnungsberechtigung* » ; RIEMER, *Berner Kommentar* 1993, N. 47 ad art. 54/55 CC : « *Wissen eines Organs gilt als Wissen der betreffenden juristischen Person* ».

D'une façon générale, et pour citer le Tribunal fédéral dans le texte : « *Eine juristische Person verfügt über rechtlich relevante Kenntnis eines Sachverhalts, wenn das betreffende Wissen innerhalb ihrer Organisation abrufbar ist* »⁴. Cas échéant, l'imputation de la connaissance à la personne morale se fonde sur un *devoir de communication* intraentreprise de l'organe ou du collaborateur ayant appris le fait⁵.

En l'espèce, et à lire la partie « en fait » de l'arrêt, le *Président* du Conseil d'administration avait *assisté* à la réunion du personnel organisée, le 22 juin 2017, par la Directrice déloyale ; il avait entendu – et probablement tacitement approuvé, par son silence, les propos tenus par cette dernière, à savoir l'incitation faite aux collaborateurs de démissionner en bloc et de la suivre dans une société concurrente à créer. A l'évidence, *à partir de ce moment-là*, la société avait connaissance de cette grave violation du devoir de fidélité de la directrice, violation de ce devoir tant sur le plan du droit des sociétés anonyme (art. 717 al. 1 CO), que sur le plan des rapports de travail (art. 321a CO). Les délais pour « agir » couraient donc à partir de ce 22 juin 2017.

b.

A teneur de l'art. 716a al. 1 ch. 4 CO, le Conseil d'administration a les attributions « intransmissibles et inaliénables suivantes » (...): *nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion et de la représentation*⁶. Il est donc l'autorité qui pouvait *révoquer* la directrice de ses fonctions sociétales. Il pouvait le faire à *n'importe quel moment* (cf. art. 726 al. 2 CO)⁷, et ce *avec effet immédiat et sans indication de motifs*⁸.

Enfin, selon la jurisprudence, le Conseil d'administration, qui assume la haute surveillance sur la direction (art. 716a al. 1 ch. 5 CO ; « *Oberaufsicht* »), n'a pas seulement le droit, mais *l'obligation* de révoquer, et de révoquer *sans tarder*, les personnes chargées de la direction lorsqu'il s'avère que celles-ci ont commis des irrégularités ou contrevenu d'une autre façon à leur devoir de diligence ou de fidélité vis-à-vis de la société (« *Eingriffspflicht* »)⁹.

Selon l'art. 713 al. 1 CO, les décisions du Conseil d'administration sont prises à la majorité des voix émises, le président ayant voix prépondérante, sauf disposition contraire des statuts. L'art. 713 al. 2 CO précise que les décisions peuvent également être prises « *en la forme d'une approbation* ». En d'autres termes, la loi autorise que le Conseil d'administration puisse prendre des décisions par voie circulaire (« *Zirkulationsbeschluss* »)¹⁰. La doctrine suivie par

⁴ Cf. TF 4A_366/2020 du 29 septembre 2020, consid. 3.1 ; TF 4A_35/2020 du 15 mai 2020.

⁵ Cf. ATF 109 II 338, consid. 2e = JdT 1984 I 301.

⁶ Cf. VON DER CRONE, op. cit., p. 647 Rz 1415.

⁷ Cf. en droit des associations : art. 65 CC ; PORTMANN, Suspendierung von Exekutivmitgliedern einer juristischen Person. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage beim Verein, in : Festschrift Hans-Michael Riemer, Bern 2007, p. 283.

⁸ ATF 80 II 118, consid. 1 (it) = JdT 1955 I 34 ; déjà ATF 24 II 346 ; WATTER, in : Basler Kommentar, BaK, op. cit., N. 5 ad art. 726 CO ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, Le conseil d'administration, Zurich 2017, p. 216, N. 562.

⁹ ATF 122 III 195, consid. 3 b ; 114 V 219, consid. 4a ; 97 II 403, consid. 5b = JdT 1973 I 66 ; BÖCKLI, op. cit., p. 1690 – 1691 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, op. cit., p. 216, N. 561.

¹⁰ FORSTMOSER, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zurich 2011, p. 272, Rz 90.

la pratique admet également que le conseil d'administration prenne, si nécessaire, ses décisions dans le cadre d'une conférence téléphonique, ou d'une visioconférence¹¹.

D'une façon générale, une société anonyme doit *en tout temps* être en mesure d'agir et de réagir – en d'autres termes disposer d'organes en mesure de décider, voire, de décider d'urgence. Il est inconcevable que des sociétés anonymes actives dans la production de biens et de services, et qui occupent de la main-d'œuvre, soient pendant des semaines privées d'un conseil d'administration en mesure de prendre des décisions. Il est dès lors admis qu'en cas d'urgence, lorsque, dans un conseil d'administration polycéphale, vu la lenteur des processus administratifs, une prise de décision rapide par le plénum n'est pas possible, qu'exceptionnellement la décision soit prise par le Président du conseil, et à défaut, par le Vice-président (« Notkompetenzen ») – étant entendu qu'elle devra, par la suite, être ratifiée par le plénum¹².

La décision de révocation d'un membre de la direction déploie ses effets au moment de sa communication, par le conseil d'administration – ou par la personne habilitée à agir au nom de celui-ci, à la personne concernée.

c.

En règle générale, la *révocation*, fondée sur l'art. 726 CO, d'une personne chargée de la direction va de pair avec la *résiliation* simultanée – par voie ordinaire, i. e. moyennant préavis (art. 335 ss CO), ou avec effet immédiat pour juste motif (art. 337 CO) – du *Grundverhältnis*, c'est-à-dire de ses rapports de travail avec la société¹³.

L'art. 726 CO réserve du reste explicitement les prétentions en dommages-intérêts (p. ex. fondés sur l'art. 337c al. 2 CO) des personnes (membres de la direction) révoquées (recte : *licenciées*) ou suspendues dans l'exercice de leurs fonctions.

A la différence du mécanisme légal prévu, par le droit des sociétés anonymes, pour la révocation d'un membre de la direction, la résiliation des rapports de travail est la manifestation de la volonté sociale de la société employeuse vis-à-vis d'un *tiers* (« *nach aussen, einem Dritten gegenüber* ») ; point n'est besoin que cette résiliation du contrat qui lie le directeur/la directrice à la société résulte d'une décision collective du Conseil d'administration ; elle peut émaner de n'importe quel organe inscrit au Registre du commerce et disposant de la signature sociale requise¹⁴. Du reste, sauf disposition statutaire contraire, la présomption légale est celle que chaque membre du conseil dispose de la signature *individuelle* (cf. art. 718 al. 1 CO). En tout cas, l'efficacité de la communication externe ne

¹¹ BÖCKLI, op. cit., p. 1593 Rz 137 – 137 a. ; GRAF, *Gesellschaftsorgane zwischen Aktienrecht und Strafrecht*, Zurich 2017, p. 382, Rz 762. A noter que le nouveau droit des sociétés anonymes consacre à présent cette possibilité *expressis verbis* au nouvel art. 713 al. 2 ch. qui renvoie à l'application par analogie des nouveaux articles 701c à 701e CO (Code des obligations). Droit de la société anonyme. Modification du 19 juin 2020, in : FF 2020 5409 ss ; non encore entré en vigueur (état au 15 novembre 2021) ; MESSAGE du 23 novembre 2016 in : FF 2017 353 ss.

¹² FORSTMOSER, op. cit., p. 273, Rz 95 ; BÖCKLI, op. cit., p. 1597, Rz. 147 ; GRAF, op. cit., p. 408, Rz 815.

¹³ WATTER, BaK, op. cit., N. 6 ad art. 726 CO ; MICHEL, *Les cadres supérieurs en droit du travail suisse*, en particulier au sein de la société anonyme, Lausanne 2016, p. 340 ; ATF 130 III 213, consid. 2.1 = JdT 2004 I 223 ; 122 III 129 cons. 1a/aa = JdT 2003 I 10.

¹⁴ ATF 128 III 129, consid. 1b et 1b/aa = JdT 2003 I 10.

dépend pas non plus du respect, par cet organe communiquant, des instructions internes reçues, ou de la répartition internes des compétences¹⁵, ni encore de la question de savoir si le conseil d'administration, lors de la prise décision interne, était régulièrement composé¹⁶.

Il est constant, en droit du travail – à tout le moins jusqu'à ce jour – que lorsque l'employeur a connaissance d'une violation du contrat de travail justifiant le licenciement immédiat du travailleur, il ne saurait vouloir tarder à « investiguer », à « réfléchir à sa décision », ni surtout, à « communiquer » sa décision. La pratique parle, une fois les faits établis, d'un délai de réflexion de 2 à 3 jours ouvrables – délai qui, dans des situations où la prise de décision (interne) est complexe, peut être étendu à quelques jours supplémentaires ; si l'employeur tarde trop, il est réputé avoir renoncé au droit de licencier avec effet immédiat¹⁷. Le Tribunal fédéral énonce lui-même ses principes dans l'arrêt ici discuté.

d.

Vu ce qui précède, il est tout simplement incompréhensible (« *nicht nachvollziehbar* »), que dans ce cas concret le Tribunal fédéral ait, *d'une part*, fait abstraction du fait que la société était parfaitement informée, dès la réunion du 22 juin 2017 – de par la présence du Président du conseil d'administration à cette réunion – de la grave violation du devoir de fidélité par la directrice, et, *d'autre part*, et qu'il ait estimé que la société pouvait attendre le retour des vacances¹⁸ de ce même Président du conseil avant de prendre les décisions (de révocation/ de résiliation immédiates) qui s'imposaient. Tant la révocation de cette personne, fondée sur l'art. 726 CO, que la résiliation de ses rapports de travail, eussent pu être décidées et communiquées sans tarder.

L'argument central avancé par la défenderesse, et suivi par les juges, consistait à soutenir que seul le Président du conseil d'administration était habilité à « convoquer » une réunion du conseil d'administration. Le « *Einberufungsrecht* » du conseil d'administration appartient au Président¹⁹ - ce qui, du reste, ressort implicitement de l'art. 715 al. 1 CO : Mais lisons cette disposition, elle énonce, fort opportunément ceci : « *Chaque membre du conseil d'administration peut exiger du président, en indiquant les motifs, la convocation immédiate du conseil d'administration* ». Ce qui signifie – et l'avocat de la recourante l'avait plaidé, hélas un peu tard – qu'en cas d'inaction du Président, ce dernier pouvait être « contraint » d'agir et de convoquer la réunion du conseil d'administration.

Ce qui paraît exorbitant, dans le cas d'espèce, c'est qu'en filigrane des faits, tels qu'exposés par le Tribunal fédéral, il apparaît que peut-être le silence, l'inaction et le départ en vacances à l'étranger, du Président n'étaient pas si fortuits ; ce dernier a pu partager, à un moment

¹⁵ Cf. TF 4A_147/2014 du 19 novembre 2014, consid. 3.2.5. ; TF 4A_617/2013 du 30 juin 2014, consid. 5.2.

¹⁶ TF 4A_147/2014 cons. 3.2.5 ; WATTER, BaK, op. cit., N. 11 ad art. 718 CO.

¹⁷ Cf. *pro multis* : ATF 138 I 113, consid. 6.3.4 = JdT 2012 I 231 ; WACHTER, Der Untergang des Rechts zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses, ArbR 1990, p. 42 ss.

¹⁸ Le caractère intenable d'une telle attente avait été souligné par le Tribunal fédéral lui-même : ATF 138 I 113, consid. 6.3.4 = JdT 2012 I 231: « *une attente de plusieurs semaines est inadmissible même lorsque la réunion de l'organe est laborieuse, y compris lorsque tous les membres ne sont pas disponibles pendant la période des vacances* ».

¹⁹ WERNLI/RIZZI, in : BaK, op. cit., N. 5 ad art. 715 CO.

donné, la colère de la directrice (face à l'arrivée impromptue d'un nouvel actionnaire) et préféré laissé « pourrir » la situation que de l'assainir de suite.

Il ne fait aucun doute que l'inaction – intentionnelle ou par négligence grave – du Président est imputable à la société. La recourante qui venait de commettre une grave violation de son devoir de fidélité pouvait s'attendre à ce que la sanction tombe « immédiatement ». N'ayant été ni *révoquée*, ni *congediée* – l'on ignore si elle avait été suspendue – que le 3 octobre 2017, elle pouvait plaider, à juste titre, la forclusion de l'employeur pour la licencié avec effet immédiat.

e.

Le Tribunal fédéral confirme implicitement, dans cet arrêt, qu'il incombe au travailleur qui se prévaut de la tardiveté de la réaction patronale, de soulever ce moyen et que, par conséquent, la question de l'immédiateté du licenciement n'est pas examinée d'office²⁰. On peut le regretter. Car *l'immédiateté* est consubstantielle à la résiliation immédiate du contrat de travail pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO. Or, il est constant que le point de savoir si le congé (immédiat) est fondé sur des *justes motifs* ressortit au droit – et que le juge applique le droit d'office (cf. art. 57 CPC). Il paraît surprenant qu'il en serait différent s'agissant de l'exigence légale de *l'immédiateté*; à notre sens, ce point relève également du droit. L'application correcte de l'art. 337 CO supposerait donc que le juge – face à un dossier où la tardiveté de la réaction patronale saute aux yeux – puisse retenir cet élément *d'office* et qu'il n'y aurait pas lieu qu'il fasse abstraction, au moment de juger, de ce point simplement parce le travailleur ne l'a pas allégué et/ou ne l'a pas allégué à temps, accompagné d'une motivation en fait et en droit suffisante. Si l'on maintient que le juge ne doit examiner ce point que sur *thématisation* (« Geltendmachung ») en procédure par la partie qui conteste la résiliation immédiate, force serait alors que l'on se départisse de l'actuelle répartition du fardeau de la preuve et que ce soit la partie qui résilie le contrat avec effet immédiat d'apporter la preuve de l'immédiateté de sa réaction. Ne serait-il pas justifié que la partie qui se prévaut de l'art. 337 CO en apporte, elle, la preuve de la réalisation de tous les éléments constitutifs : justes motifs, immédiateté de la réaction.

f.

Il apparaît, une fois de plus, que les tribunaux, confrontés à une incartade du travailleur valant au-delà de tout doute la sanction suprême, c'est-à-dire la perte immédiate de la place de travail pour justes motifs (art. 337 CO), hésitent à reprocher à l'employeur d'avoir agi *tardivement*. L'on trouve un précédent de cette tendance dans le fameux arrêt du Tribunal fédéral 4A_251/2015 du 6 janvier 2016 X c/HSBC²¹.

Si l'incartade de la directrice à son devoir de fidélité – qu'il s'agisse de son devoir de fidélité ex art. 717 CO ou de celui ex art. 321a CO – eût été « moins grave », moins « flagrante » et « indiscutable » et partant, moins « évidente », force serait donc de penser que la justice aurait favorablement accueilli l'objection de celle-ci tirée de la péremption du droit de

²⁰ Cf. déjà TF 8C_667/2019 du 28 janvier 2021, consid. 7.2.2.

²¹ SJ 2016 I 413 ; arrêt commenté par GLOOR, Licenciement immédiat. Un délai de péremption à géométrie variable ; commentaire de l'arrêt du TF 4A_251/2015 du 6 janvier 2016, in : Newsletter DroitDuTravail.ch mars 2016.

l'employeur de la licencier avec effet immédiat, cette objection eût-elle été plaidée pour la première fois en appel, et pas déjà en première instance.

Tout porte à penser que l'arrêt ici discuté fera « date » ; il servira à diluer l'exigence de l'immédiateté du licenciement prononcé pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO. Va-t-on, pour le formuler crûment, vers la fin du licenciement immédiat ?