

Tribunal fédéral – 4A_44/2021
1^{re} Cour de droit civil
Arrêt du 2 juin 2021 (d)

Newsletter septembre
2021

Résumé et commentaire

Cadre dirigeant,
travailleur âgé, obligation
de protection

Proposition de citation :

Christine Sattiva Spring, Le bouclier de l'âge
sous les coups du TF ; commentaire de l'arrêt
du Tribunal fédéral 4A_44/2021, Newsletter
DroitDuTravail.ch septembre 2021

Art. 328 CO



Le bouclier de l'âge sous les coups du TF ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_44/2021 du 2 juin 2021

Christine Sattiva Spring, avocate, spécialiste FSA en droit du travail, chargée de cours à l'Université de Lausanne

I. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Le collaborateur T a passé 37 ans au service de l'employeur E, sans contrat de travail écrit. En dernier lieu, il était membre du conseil d'administration de E, directeur d'exploitation et actionnaire minoritaire de C SA, qui détenait toutes les actions de E SA. Il a fait l'objet d'un licenciement ordinaire et les rapports de travail ont finalement pris fin 9 mois plus tard. La première et deuxième instance cantonale ont admis entre autres le caractère abusif du licenciement. L'employeur interjette un recours au TF essentiellement sur la problématique du licenciement abusif.

B. Le droit (résumé du considérant 4, seul topique pour le sujet en question)

Le TF rappelle que prévaut en droit suisse le principe de la liberté de résiliation et que la validité d'un congé n'a en général pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de mettre fin au contrat unilatéralement est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif, selon la liste non exhaustive de l'art. 336 al. 1 et 2 CO, qui concrétise avant tout l'interdiction générale de l'abus de droit. Un congé peut donc se révéler abusif dans d'autres situations que celles énoncées par la loi.

Pour pouvoir examiner si la résiliation ordinaire est abusive ou non (art. 336 CO), il faut d'abord déterminer quel est le motif de congé invoqué par la partie qui a résilié, ce qui est une question de fait ; relève du droit le point de savoir si ce motif ainsi établi donne lieu à un congé abusif ou non. Si la manière dont le congé est donné peut le faire apparaître comme abusif, un simple comportement indécent de l'employeur, indigne de la bonne marche des affaires, ne suffit pas à faire apparaître le licenciement comme abusif.

Pour la juridiction précédente, l'âge du collaborateur ne constituait certes pas le motif du congé, mais intervenait dans l'obligation de protection de E, qui aurait dû informer le collaborateur de l'intention de résilier les rapports de travail et l'entendre, puis chercher des

solutions alternatives. L'absence d'information préalable et d'audition de T rendraient le congé abusif, ce d'autant que E n'aurait jamais informé T des retours négatifs de ses collaborateurs, ce qui établirait bien que l'employeur n'avait pas pris les mesures nécessaires pour aplanir les conflits entre T et ses collaborateurs. Bien que le devoir de prudence et de clarification de l'employeur à cet égard diminue à partir d'un certain niveau hiérarchique, le licenciement sans discussion préalable du conflit s'avérait abusif. E reproche encore aux juridictions cantonales d'avoir retenu contre elle la violation d'une prétendue obligation d'entendre une personne ayant rang de CEO et de chercher des alternatives au licenciement, violations qui n'ont pas été relevées par T.

Le TF relève l'inexistence d'une norme générale du droit des obligations qui contraindrait à entendre une partie avant son licenciement ou à l'avertir au préalable, ou encore à observer une relation de proportionnalité. Certes l'instance cantonale n'a pas considéré que de telles obligations existeraient de manière générale, mais à titre exceptionnel pour les collaborateurs âgés en poste depuis longtemps, ce qui serait l'expression du devoir de protection de l'employeur. Le TF rappelle sa jurisprudence relative au licenciement de collaborateurs âgés et jouissant d'une grande ancienneté, et revient en particulier sur l'arrêt 4A_384/2014, qui pose les exigences dont se sont inspirées les instances cantonales pour rappeler que ce dernier arrêt a été diversement reçu par la doctrine. Sans le reprendre, le TF nuance la formulation qui y figurait en ce sens que bien que l'employeur doive accorder une attention particulière au mode de résiliation dans le cas des salariés âgés, l'étendue du devoir de diligence avant de prononcer un licenciement à l'égard de cette catégorie d'employés est également déterminée au cas par cas, sur la base d'une évaluation globale des circonstances respectives. En l'espèce, le TF rappelle que T n'est pas un collaborateur ordinaire, mais un membre du conseil d'administration et président de la direction avec un pouvoir de décision considérable et de nombreuses responsabilités. Or, des solutions alternatives à une résiliation du contrat de travail du président de la direction ne sont pas envisageables. L'exercice du droit de résiliation n'est limité que s'il peut conduire à une disproportion flagrante des intérêts, ce qui n'est pas le cas d'un directeur général disposant d'un pouvoir de décision considérable et assumant une grande responsabilité, bénéficiant en sus d'un salaire relativement élevé. Le seul fait de construire un licenciement abusif par l'absence d'audition préalable et de solutions alternatives viole le droit fédéral. Il en va de même en l'absence d'avertissement. En outre, la négation du caractère abusif d'un licenciement n'implique pas que l'employeur ait rempli toutes ses obligations et ait eu un comportement irréprochable à tous égards ; la seule question pertinente est de savoir si le licenciement a violé les règles de la bonne foi.

Le TF considère que tel n'est pas le cas ici.

II. Commentaire

1. Le licenciement d'un collaborateur âgé a déjà occupé les tribunaux à répétitions. En 2005, dans un arrêt publié, le TF avait jugé abusif le congé donné à un collaborateur âgé de 63 ans, avec 44 ans d'ancienneté¹. Deux ans plus tard², il annulait une décision genevoise ayant appliqué sa jurisprudence antérieure, au motif que l'arrêt de 2005 concernait un cas exceptionnel et extrême et qu'il fallait prendre en compte toutes les circonstances entourant

¹ ATF 132 III 115, 4C.215/2005 du 20 décembre 2005.

² TF 4A_419/2007 du 29 janvier 2008.

un congé. C'est en se fondant sur celles-ci qu'en 2013 la Haute Cour a considéré comme abusif le licenciement d'un travailleur de 64 ans, après 12 ans de service³.

De manière assez catégorique, dans une décision non publiée du 12 novembre 2014⁴, le TF a affirmé que le salarié âgé a le droit d'être informé et consulté en temps utile sur le licenciement envisagé, l'employeur étant tenu de rechercher des solutions permettant le maintien de la relation de travail. Sortie de son contexte, cette affirmation pourrait donner à penser qu'elle est partie d'un arrêt de droit public qui rappellerait opportunément à l'employeur l'exigence de satisfaire au droit d'être entendu, d'une part, et de s'inspirer du principe de la proportionnalité, d'autre part. Elle concernait toutefois un key account manager de 59 ans, qui avait travaillé un peu plus de 11 ans dans la même entreprise.

Compte tenu de tout ce que l'employeur avait fait, dans le cas d'espèce, pour faciliter la reprise d'activité de son collaborateur après un burn-out, la solution du Tribunal fédéral confirmant le caractère abusif du congé donné à un collaborateur dont le travail souffrait de manquements avait de quoi dégoûter les employeurs de garder trop longtemps à leur service des employés à qui ils pouvaient adresser certains reproches et qu'ils n'avaient au surplus pas envie de devoir conserver au sein de l'entreprise en leur trouvant un autre poste.

Cette jurisprudence, suivie par les juridictions genevoises dans le cas d'un travailleur âgé de 59 ans, présentant une ancienneté de 24 ans, que l'employeur n'avait pas cherché à reclasser ailleurs dans l'entreprise, a été rappelée par la Haute Cour ; elle a confirmé l'indemnité de 4 mois pour licenciement abusif⁵.

2. Dans cette mesure, les employeurs peuvent respirer depuis l'arrêt que le TF a rendu le 2 juin 2021. En effet, la Haute Cour paraît avoir compris que la rédaction de sa décision de 2014 était peut-être un peu excessive ou maladroite et qu'il fallait probablement faire marche arrière pour en revenir à une application du droit qui corresponde mieux aux principes du Code des obligations, fondés sur la liberté contractuelle, même s'ils sont tempérés à de nombreux égards dans les relations de travail.

La Haute Cour a été désormais extrêmement prudente, puisqu'elle souligne l'obligation accrue de l'employeur d'une certaine protection dans la résiliation des contrats de travail d'employés âgés en poste de longue date, tout en relevant que le congé doit être examiné sur la base d'une évaluation globale des circonstances, comme elle le rappelait déjà en 2008. C'est dire toute l'importance des faits de l'espèce, toujours déterminants d'ailleurs en droit du travail, et à l'établissement desquels il convient d'accorder une attention particulière devant les instances cantonales.

3. Un collaborateur âgé n'est pas nécessairement un collaborateur ancien. Les deux notions doivent être distinguées et analysées séparément dans l'examen des circonstances spécifiques. L'âge est un élément de fait, qui ne prête pas à discussion. Il faut constater avec un certain soulagement que le TF n'a pas voulu créer une catégorie de travailleurs déterminée uniquement par l'âge qui bénéficierait de conditions particulières. Une telle construction

³ TF 4A_558/2012 du 18 février 2013.

⁴ TF 4A_384/2014 du 12 novembre 2014, spécialement consid. 4.2.2.

⁵ TF 4A_31/2017 du 17 janvier 2018, dont le considérant 3 *in fine* rappelle les indemnités octroyées dans le cas des travailleurs âgés.

jurisprudentielle aurait probablement heurté l'art. 8 al. 2 Constitution, selon lequel nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son âge. Certes, il ne s'agit pas d'une interdiction toute générale puisque l'âge justifie de nombreuses différences de traitement. Celles-ci doivent toutefois trouver une assise dans une loi et l'art. 336 al. 1 let. a CO ne permet pas de soumettre à un régime particulier les collaborateurs ayant fêté un certain anniversaire.

La protection des travailleurs âgés a ainsi uniquement pour conséquence que le congé ne peut être prononcé simplement du fait de l'âge, à moins que cet âge n'ait un lien particulier avec le rapport de travail et ne porte sur un point essentiel un préjudice grave à l'activité exercée pour l'employeur⁶. On est donc loin, en droit suisse, de la protection accordée par la directive européenne 2000/78/CE, quand bien même celle-ci prévoit des exceptions, la matière étant dans tous les cas complexe.

4. Sous l'angle de l'ancienneté, les circonstances pourraient amener l'employeur à tenir compte de la fidélité d'un travailleur qui n'a pas été spécialement remercié pour sa fidélité, alors qu'il devrait retrouver toute sa liberté vis-à-vis d'un collaborateur qui a pu, au fil du temps, gravir les échelons en profitant de sa connaissance de l'entreprise.

Quoi qu'il en soit, l'employeur qui veut licencier un collaborateur d'un certain âge ou d'une certaine ancienneté pourra le faire de manière beaucoup plus aisée lorsque ledit collaborateur a un statut plus élevé dans l'entreprise, soit en raison des responsabilités qu'il exerce, soit du fait du pouvoir décisionnel qui lui a été conféré. Cela est d'autant plus vrai qu'en principe, responsabilité et pouvoir décisionnel s'accompagnent d'un salaire plus important.

Dans l'arrêt de 2021, l'autorité fédérale a donné un poids important aux mauvais retours des collaborateurs de l'équipe de la personne licenciée, justifiant ainsi de passer sur la circonstance particulière de l'âge et du nombre d'années dédiées à l'entreprise : 37 ans, cela ne se reproduira probablement plus très souvent. Il faut toutefois se garder de voir dans la jurisprudence nouvelle une sorte d'encouragement à la mobilité des collaborateurs ; a été déterminante l'impossibilité – admise – de déplacer ce haut cadre ailleurs dans l'entreprise, ce qui lui aurait fait perdre une partie de ses prérogatives liées à sa place dans la hiérarchie. On en revient donc à une application des fondamentaux de l'art. 336 CO : ce n'est pas l'âge du collaborateur qui lui a fait perdre son travail, mais d'autres circonstances liées à ses manquements et à son attitude. Le congé n'est dès lors pas abusif.

Le résultat ne paraît certes pas contestable en l'espèce, compte tenu du poste extrêmement important du collaborateur licencié. Il semble d'ailleurs en phase avec une certaine sévérité du TF en matière de congé abusif depuis quelques années.

Seul bémol, probablement, pour le praticien – et le justiciable également – : la sécurité du droit n'a pas fait un bond en avant avec cette jurisprudence toute en nuances, qui ne permettra pas de dire aisément à un client si oui ou non il peut mettre fin au contrat d'un collaborateur âgé sans lui proposer un autre poste en interne.

5. Si le TF avait accordé une protection plus absolue liée à l'âge du collaborateur, on aurait pu se demander s'il ne fallait alors pas penser à étendre cette protection aux autres éléments liés

⁶ TF 4A_419/2007, consid. 2 et références citées.

à la personnalité, comme la race, la nationalité, l'homosexualité, facteurs qui sont également inscrits à l'art. 8 al. 2 Cst. Même la caractéristique du sexe ne permet pas de conclure immédiatement et sans autre que le congé donné à une femme est discriminatoire, alors que l'interdiction de toute discrimination sur ce motif fait l'objet d'une loi particulière moins libérale que le Code des obligations⁷.

6. Sous l'angle du congé abusif, dont le TF a opportunément rappelé que l'art. 336 ne donnait qu'une liste exemplative, on peut se demander si l'introduction de l'art. 47a LPP ne risque pas de donner lieu à des licenciements avant l'âge de 58 ans, pour éviter que le collaborateur licencié ne puisse rester dans la caisse de pension de l'employeur. Indépendamment des éléments liés spécifiquement au droit du travail, rappelés par le Tribunal fédéral dans l'arrêt commenté, cette circonstance, qui interviendrait sous l'angle de l'art. 336 al. 1 lettre c CO, pourrait donner lieu à une nouvelle jurisprudence fédérale dans le cadre de laquelle toutes les circonstances à prendre en compte seront encore complétées par la problématique de l'impossibilité de rester dans la caisse de retraite de l'employeur pour toute personne licenciée avant l'âge de 58 ans. Cela étant, il paraîtrait particulier, pour ne pas dire contradictoire, d'encourager les collaborateurs à prendre une retraite anticipée d'une part et d'interdire d'autre part à l'employeur de licencier celui qui fêterait un certain anniversaire.

7. On retiendra en résumé que le collaborateur âgé reste protégé mais que, selon les circonstances, il peut être licencié de manière non abusive même s'il dispose d'une certaine ancienneté dans l'entreprise ; un licenciement est sensiblement plus aisé pour l'employeur lorsque le collaborateur a un poste de cadre dirigeant, la relation de subordination étant au demeurant beaucoup plus ténue, sinon quasiment inexistante lorsque le collaborateur a des parts dans l'entreprise ; même si le licenciement était considéré comme abusif parce que l'âge serait une circonstance déterminante dans la décision de l'employeur, l'indemnité que le plaideur peut espérer n'est de loin pas automatiquement fixée au maximum de 6 mois de l'article 336a CO, mais se situe plutôt dans une fourchette de 2 à 4 mois.

Le cadre est ainsi fixé et les circonstances devront faire opportunément varier les solutions.

⁷ Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, RS 151.1.