

Tribunal fédéral – 4A_396/2022
destiné à la publication
1^{re} Cour de droit civil
Arrêt du 7 novembre 2023 (f)

Newsletter mars 2024

Licenciement abusif

Résumé et commentaire

Proposition de citation :

Trevor J. Purdie, Le congé abusif est-il dorénavant réservé à des « situations très graves » (*krasse Fälle*) ? ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_396/2022, Newsletter DroitDuTravail.ch mars 2024

**Art. 336 al. 1 let. a et d,
336c al. 1 let. b CO**

unine
Université de Neuchâtel
Centre d'étude
des relations de travail



Le congé abusif est-il dorénavant réservé à des « situations très graves » (*krasse Fälle*) ? ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_396/2022 du 7 novembre 2023

Trevor J. Purdie, avocat, spécialiste FSA en droit du travail

I. Objet de l'arrêt

Contrat de travail ; résiliation ordinaire après l'échéance du délai de protection pour cause de maladie (art.336c al. 1 let. b CO) ; résiliation abusive (art. 336 al. 1 let. a et d CO).

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Une employeuse a engagé un travailleur comme cuisinier à un taux d'activité de 100 % à compter du 1^{er} décembre 2008. Le travailleur a été nommé adjoint du responsable du département cuisine et son salaire a été augmenté dès le 1^{er} septembre 2015. Suite au départ du chef de cuisine en décembre 2016, celui-ci a ensuite assumé seul la responsabilité de la cuisine et de l'équipe pendant un peu plus d'un mois.

En février 2017, l'employeuse a engagé un nouveau chef de cuisine. Le travailleur a quant à lui été en incapacité de travail du 20 au 26 mars 2017.

Le 11 avril 2017, l'employeuse a convoqué le travailleur pour un entretien en présence du chef de cuisine et de sa directrice. A cette occasion, le travailleur a indiqué que son arrêt de travail était en partie dû au travail. Il a fait part d'un sentiment de perte de liberté par rapport à sa manière de cuisiner, d'une ambiance froide dans l'équipe, d'un « ras-le-bol » et du fait que le chef de cuisine ne faisait pas confiance à son équipe.

Il ressortait des rapports d'évaluation successifs du travailleur de novembre 2017, avril 2018 et février 2019, que le travailleur n'atteignait pas ou pas suffisamment ses objectifs et ne remplissait pas les attentes liées à ses fonctions. Selon l'employeuse, l'évaluation du mois de février 2019 devait donc faire office d'ultime avertissement.

Le travailleur a ensuite été en arrêt de travail du 22 mars 2019 au 31 janvier 2020.

Par courrier recommandé du 24 septembre 2019, l'employeuse a résilié le contrat du travailleur avec effet au 31 décembre 2019. Par la suite, elle a motivé ce congé par le fait que l'incapacité de travail du travailleur perdurait au-delà du délai de protection de l'art. 336c CO. Le travailleur s'est opposé à la résiliation des rapports de travail durant le délai de congé.

Par jugement du 26 août 2021, le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois a rejeté la demande en paiement déposée par le travailleur pour congé abusif.

Par arrêt du 19 juillet 2022, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud a admis l'appel formé par le travailleur, renversant entièrement l'appréciation des premiers juges.

L'employeuse a formé un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral en date du 14 septembre 2022.

B. Le droit

La question litigieuse est de savoir si le congé ordinaire donné par l'employeuse en date du 24 septembre 2019 pour le 31 décembre 2019, soit après l'expiration du délai de protection de 180 jours de l'article 336c al. 1 let. b CO, est abusif au sens de l'article 336 CO¹.

Dans ses brefs considérants en droit, le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord que le droit suisse du contrat de travail repose sur la liberté contractuelle et donc sur la liberté de résiliation². Ainsi, le Tribunal fédéral a rappelé que lorsque le contrat de travail est de durée indéterminée, chaque partie est en principe libre de le résilier (art. 335 al. 1 CO), moyennant le respect des délai et terme de congé convenus ou légaux, pour autant que la résiliation ne soit pas abusive (art. 336 CO) et qu'elle n'intervienne pas en temps inopportun (art. 336c CO)³.

Ainsi, après l'échéance du délai de protection (*Sperrfrist*) de l'art. 336c al. 1 let. b CO, l'employeur peut, en principe, librement résilier le contrat du travailleur empêché de fournir ses prestations pour cause de maladie⁴, alors même que cette maladie est précisément la cause de la résiliation⁵. Selon le Tribunal fédéral, lorsque l'incapacité de travail empêche de manière persistante le travailleur d'exercer son activité, l'employeur doit pouvoir résilier le contrat de travail. La persistance de la maladie est donc un motif de résiliation « *valable* »⁶.

¹ C. 3 de l'arrêt commenté.

² C. 3.1.1 de l'arrêt commenté et les arrêts cités (ATF 136 III 513 consid. 2.3; 132 III 115 consid. 2.1; 131 III 535 consid. 4.1; 127 III 86 consid. 2a; 4A_245/2019 du 9 janvier 2020 consid. 4.2; 4A_78/2018 du 10 octobre 2018 consid. 3.1.1).

³ C. 3.1.1 de l'arrêt commenté.

⁴ C. 3.1.2 de l'arrêt commenté et les arrêts cités (ATF 136 III 510 consid. 4.4; 123 III 246 consid. 5).

⁵ C. 3.1.2 de l'arrêt commenté et les références citées (ATF 124 II 53 consid. 2b/aa; Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, 4e éd. 2014, no 23ad art. 336c CO; Thomas Geiser, Kündigungsschutz bei Krankheit, PJA 1996 p. 556).

⁶ Au consid. 3.1.2 de l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral parle même de « *juste motif* » de résiliation, mais le terme semble mal choisi, car il ne peut pas s'agir d'un cas de l'article 337 CO. En effet, l'article 337 al. 3 CO prévoit expressément que « *Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs, mais en aucun cas il ne peut considérer comme tel le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler* ».

Le licenciement du travailleur en raison d'une maladie persistante étant en principe valable (après l'échéance du délai de protection applicable), le Tribunal fédéral retient que ce n'est que dans des **situations très graves** (*krasse Fälle*) que la résiliation pour cause de maladie persistante doit être qualifiée d'abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO⁷.

Tel ne peut être le cas que lorsque l'administration des preuves établit de manière incontestable que l'employeur a directement provoqué la maladie du travailleur, notamment en négligeant de mettre en place les mesures de protection prévues à l'article 328 alinéa 2 du Code des obligations. En revanche, si la situation ne revêt pas un tel degré de gravité – comme le Tribunal fédéral estime être souvent le cas lors d'une incapacité de travail due à une maladie psychique – le congé n'est pas considéré comme abusif⁸.

Dans le cas d'espèce, puisque la résiliation est intervenue après l'expiration du délai de protection et que le travailleur était encore en incapacité de travail (persistante), le Tribunal fédéral retient que le congé ne peut en principe pas être qualifié d'« abusif », à moins que l'on se trouve en présence d'une **situation très grave**⁹.

Retenant une relation conflictuelle entre le travailleur et son supérieur, le Tribunal fédéral rejette le grief de violation de l'art. 336 al. 1 let. a CO. En effet, selon le Tribunal fédéral, des situations de conflit avec un nouveau supérieur hiérarchique sont fréquentes et n'atteignent la plupart du temps pas le degré de gravité nécessaire pour que l'existence d'un congé abusif puisse être admise. Le Tribunal fédéral semble donc en déduire que l'employeuse n'a pas directement causé la maladie ayant conduit à l'incapacité de travail du travailleur et qu'il n'y a pas eu non plus de harcèlement psychologique ou de mobbing¹⁰.

Lorsque le seuil de gravité requis (*krasse Fälle*) n'est pas atteint, notamment dans des situations de travail conflictuelles comme en l'espèce, le travailleur ne saurait exiger de son employeur qu'il démontre avoir pris des mesures pour régler ce conflit. Le Tribunal fédéral a donc retenu en l'espèce que la situation conflictuelle n'atteint pas le seuil de gravité requis (*krasse Fälle*) pour admettre l'existence d'un congé abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO.

Le travailleur soutient également que le congé serait abusif en vertu de l'art. 336 al. 1 let. d CO, lequel dispose que le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie parce que l'autre partie a fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail. Selon le Tribunal fédéral, le travailleur n'a ni allégué, ni prouvé qu'il aurait exigé de l'employeuse qu'elle mette en place des mesures qu'il aurait pu exiger de la part de son employeuse.

Partant, dès lors que les fardeaux de l'allégation et de la preuve incombaient au travailleur et que celui-ci n'a ni allégué, ni prouvé les éléments constitutifs de l'art. 336 al. 1 let. d CO (cf. arrêt 4A_39/2023 du 14 février 2023 consid. 6), le Tribunal fédéral a jugé que le congé ne saurait être qualifié d'abusif et a réformé l'arrêt attaqué, rejetant ainsi la demande en paiement du travailleur.

⁷ C. 3.1.3 de l'arrêt commenté et les arrêts cités (notamment ATF 136 III 513 consid. 2.3; 132 III 115 consid. 2.1; 131 III 535 consid. 4.2; arrêts 4A_293/2019 du 22 octobre 2019 consid. 3.5.1).

⁸ C. 3.1.3 de l'arrêt commenté.

⁹ C. 3.1.2 de l'arrêt commenté.

¹⁰ C. 3.1.3 & C. 3.1.2 de l'arrêt commenté.

III. Analyse

L'arrêt commenté semble s'inscrire dans une tendance actuelle du Tribunal fédéral de ne considérer comme « congé abusif », que des cas d'une gravité importante¹¹. Fondé sur cette exigence stricte, le Tribunal fédéral écarte finalement facilement la qualification de congé abusif en une page de considérants¹².

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le caractère abusif du congé peut résider dans le motif répréhensible qui le sous-tend, dans la manière dont il est donné, dans la disproportion évidente des intérêts en présence, ou encore dans l'utilisation d'une institution juridique de façon contraire à son but. Un licenciement pourra notamment être abusif si l'employeur exploite de la sorte sa propre violation du devoir imposé par l'art. 328 CO de protéger la personnalité du travailleur¹³.

Le Tribunal fédéral rappelle aussi que pour qualifier un congé d'abusif, il faut se fonder sur son motif réel. Déterminer le motif d'une résiliation est une question de fait. En revanche, savoir si le congé est abusif relève du droit¹⁴.

L'arrêt commenté reprend le principe déjà évoqué par le Tribunal fédéral selon lequel « *une fois le délai de protection contre les congés donnés en temps inopportun écoulé (art. 336 c al. 1 let. b CO), il est admissible pour l'employeur de licencier un travailleur en raison d'une maladie entravant le rendement de celui-ci* »¹⁵.

Cependant, sans analyser si la longue absence du travailleur a été causée par l'employeuse qui a peut-être manqué à ses devoirs imposés par l'article 328 CO, le Tribunal fédéral se limite à constater que la situation n'est pas très grave et écarte la qualification de congé abusif.

En effet, il affirme qu'« *après l'échéance du délai de protection (Sperrfrist) de l'art. 336c al. 1 let. b CO, l'employeur peut en principe librement résilier le contrat du travailleur empêché de fournir ses prestations pour cause de maladie (...), alors même que cette maladie est elle-même la cause de la résiliation (...).la persistance de la maladie est alors un juste motif de résiliation* ». ... « *Ce n'est que dans des situations très graves (krasse Fülle) que la résiliation pour cause de maladie persistante doit être qualifiée d'abusive au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO* »

On peine à comprendre comment le Tribunal fédéral passe de « *la persistance de la maladie est alors un juste motif de résiliation* », par quoi nous pensons qu'il faut comprendre *motif valable* de résiliation (cf. note de bas page 6 ci-avant), à « *ce n'est que dans des situations très graves (krasse Fülle) que la résiliation doit être qualifiée d'abusive au sens de l'article 336 al. 1 let. a CO* »¹⁶. Le Tribunal fédéral laisse entendre qu'il faille des **situations très graves** (krasse

¹¹ 4A_368/2023 du 19 janvier 2024 ; 4A_39/2023 du 14 février 2023 ; 8C_387/2022 du 21 août 2023 ; 4A_189/2023 du 4 octobre 2023 ; 4A_335/2023 du 20 octobre 2023 ; 4A_479/2020 du 30 août 2022 ; 4A_300/2022 du 4 août 2022 ; 4A_390/2021 du 1 février 2022 ; 4A_310/2019 du 10 juin 2020 .

¹² C. 3. à 3.4 de l'arrêt commenté.

¹³ 4A_300/2022 du 4 août 2022, consid. 2.1.1 et les arrêts cités (ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 515 ; 132 III 115 consid. 2.2 et 2.4 ; ATF 125 III 70 consid. 2a ; arrêt 4A_266/2020 du 23 septembre 2020 consid. 3.1).

¹⁴ 4A_501/2022 du 6 novembre 2023, consid. 4.3 et les arrêts cités (ATF 136 III 513 consid. 2.3 in fine ; arrêt 4A_714/2014 du 22 mai 2015 consid. 3.3).

¹⁵ 4A_300/2022 du 4 août 2022, consid. 2.1.2. et les arrêts cités (ATF 123 III 246 consid. 5 ; arrêt 4A_390/2021 du 1er février 2022 consid. 3.1.3 et les références citées)

¹⁶ C. 3.1.3 & C. 3.1.2 de l'arrêt commenté.

Fälle) pour retenir un congé abusif. Or, il serait à notre sens suffisant que la situation soit grave.

Pire encore, le Tribunal fédéral affirme comme un « **fait notoire** » que des conflits avec un nouveau supérieur hiérarchique sont fréquents et puissent entraîner une incapacité de travail, mais qui n'atteignent *la plupart du temps* pas le degré de gravité nécessaire pour que l'existence d'un congé abusif puisse être admise¹⁷.

Même s'il fallait donner raison au Tribunal fédéral s'agissant d'un tel fait notoire, ce qui n'est pas si évident, celui-ci n'examine absolument pas si dans le cas d'espèce on se trouve justement dans un tel cas pas très grave. Or, la « plupart du temps » n'est pas tout le temps.

Le plus étonnant est la légèreté avec laquelle le Tribunal fédéral écarte une obligation pour l'employeur de prendre toutes les mesures envisageables pour éviter le conflit de travail. Essentiellement le Tribunal fédéral retient que dès lors que des conflits avec un nouveau supérieur hiérarchique sont fréquents et puissent entraîner une incapacité de travail, mais qui n'atteignent *la plupart du temps* pas le degré de gravité nécessaire pour que l'existence d'un congé abusif puisse être admise, « *on ne saurait exiger de l'employeur qu'il prenne toutes les mesures envisageables pour éviter un tel conflit* »¹⁸. En l'occurrence, le Tribunal fédéral n'a exigé qu'aucune mesure ne soit prise, sans que cela ne mérite une explication.

Or, selon Wyler, qui reprend la jurisprudence ancienne¹⁹, lorsqu'un conflit de nature interpersonnelle survient au sein de l'entreprise entre deux ou plusieurs employés, l'employeur est tenu de prendre les mesures adéquates pour l'atténuer, le désamorcer ou y mettre fin. Cette obligation repose sur l'art. 328 al. 1 CO, qui impose à l'employeur de faire en sorte que l'ambiance de travail et la qualité des relations ne soient préjudiciables ni à la qualité du travail ni à la santé (psychique) de ses employés. Cet aspect de la protection de la personnalité a pour corollaire que l'employeur ne peut procéder à un licenciement lié au caractère difficile de l'un de ses employés sans être au préalable intervenu pour tenter de remédier à la situation. A défaut d'intervention, le licenciement sera considéré comme abusif²⁰.

Le Tribunal fédéral écarte facilement, sans doute avec raison, le grief de congé abusif fondé sur l'article 336 al. 1 let. d. CO, estimant que le travailleur n'a ni allégué, ni prouvé qu'il aurait exigé de l'employeuse qu'elle mette en place des mesures qu'il aurait pu exiger d'elle²¹. Il n'avait donc pas à examiner si l'émission des prétentions avait joué un rôle causal dans la décision de licenciement²².

Curieusement, le Tribunal fédéral écarte tout aussi facilement, l'abus qui découle du fait que l'employeur exploite sa propre violation du devoir de protéger le travailleur imposé par

¹⁷ C. 3.1.3 de l'arrêt commenté.

¹⁸ C. 3.1.3 de l'arrêt commenté.

¹⁹ 23 septembre 2003, 4C.189/2003 ; TF 5 novembre 2002, 4C.274/2002 ; TF 18 décembre 2001, 4C.253/2001 ; TF 22 décembre 2006 ; 4C.73/2006; TF 12 avril 2006, 4C.46 /2006.

²⁰ Rémy Wyler/Boris Heinzer, Droit du travail, Berne, 2019, p.457.

²¹ C. 3.3 de l'arrêt commenté.

²² 4A_310/2019 du 10 juin 2020 et les arrêts cités (ATF 136 III 513 consid. 2.6 p. 517 s.; arrêt 4A_401/2016 du 13 janvier 2017 consid. 5.1.3).

l'art. 328 CO²³. Fondé sur l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral, on aurait pu attendre de l'employeuse confrontée à conflit de nature interpersonnelle au sein de son entreprise, qu'elle prenne les mesures adéquates pour l'atténuer, le désamorcer ou y mettre fin (328 al. 1 CO), même en l'absence d'une demande en ce sens venant du travailleur, sans quoi le congé serait abusif.

En effet, l'employeur a, en principe, un devoir général d'assistance envers le travailleur dont les contours sont définis par les règles de la bonne foi (Fürsorgepflicht ; art. 2 al. 1 CC). Il s'explique par le lien de subordination qui caractérise cette relation contractuelle : le travailleur doit observer les instructions qui lui sont données (art. 321d al. 2 CO) et faire preuve de diligence et de fidélité (art. 321a CO). En contrepartie, l'employeur lui doit assistance, protection et respect de sa personnalité (art. 328 CO)²⁴. Les droits de la personnalité englobent l'ensemble des valeurs essentielles – physiques, affectives et sociales – liées à la personne humaine, notamment la vie, l'intégrité physique et psychique, l'honneur, la considération sociale et professionnelle²⁵.

Sans procéder à l'analyse des mesures qui pouvaient s'imposer face à une situation conflictuelle, le Tribunal fédéral a retenu qu'il y avait une situation de conflit à cause de l'arrivée d'un nouveau supérieur et dès lors que cela peut fréquemment entraîner une dépression ou d'autres troubles psychologiques, qui ne sont la plupart du temps pas constitutifs d'une maladie directement causée par l'employeur, ce n'était pas suffisamment grave pour que l'employeuse doive prendre des mesures de protection et le congé n'était pas abusif.

En suivant le raisonnement succinct du Tribunal fédéral, on devrait donc comprendre qu'une incapacité de travail établie par des certificats médicaux faisant état d'un épuisement physique et psychique en lien avec un conflit ouvert avec son supérieur direct, d'insomnies sévères avec des cauchemars, d'angoisses exacerbées, d'une perte de poids et de diarrhées chroniques (tel que retenu par la Cour d'appel), n'est pas une situation très grave et ne nécessite pas que l'employeur prenne des mesures de protection. Autrement dit, à suivre le Tribunal fédéral, une situation conflictuelle au travail n'atteint la plupart du temps pas le seuil de gravité requis (*krasse Fälle*) pour admettre l'existence d'un congé abusif.

Or, à notre avis, même si nous pouvons saluer le fait que le Tribunal fédéral confirme le principe de la liberté contractuelle et de la liberté de résiliation, il place le seuil de gravité du congé abusif trop haut en exigeant non seulement des situations graves, mais très graves.

²³ 4A_310/2019 du 10 juin 2020 et les arrêts cités (ATF 132 III 115 consid. 2.2; arrêt 4A_158/2010 du 22 juin 2010 consid. 3.2).

²⁴ 4A_479/2020 du 30 août 2022 et les références citées (Etter/Sokoll, in *Arbeitsvertrag [Stämpflis Handkommentar]*, 2021, nos 2-3 et 5 ad art. 328 CO; Francesco Trezzini, *Commentario pratico al contratto di lavoro*, 2020, n° 1 ad art. 328 CO; Portmann/Rudolph, in *Basler Kommentar*, 7e éd. 2020, nos 1 et 3 ad art. 328 CO; Thomas Pietruszak, in *Kurzkommentar Obligationenrecht [KuKo OR]*, 2014, nos 2-3 ad art. 328 CO).

²⁵ 4A_479/2020 du 30 août 2022 et les références citées (arrêts 5A_612/2019 du 10 septembre 2021 consid. 6.1.2; 4A_610/2018 du 29 août 2019 consid. 5.1; Etter/Sokoll, op. cit., n° 6 ad art. 328 CO; Portmann/Rudolph, op. cit., n° 4 ad art. 328 CO).