Droit du travail

Newsletter novembre 2022

Editée par Bohnet F., Dunand J.-P., Mahon P., Witzig A. avec la collaboration de Guignard M.-T.

Commentaire du contrat de travail

Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon (éditeurs)

Stämpfli Editions SA

Cet ouvrage est une œuvre collective rédigée par vingt-cinq contributrices et contributeurs suisses romand·e·s, actives et actifs dans l'enseignement et/ou la pratique du droit du travail. Il constitue la deuxième édition d'un Commentaire de référence des articles 319 à 362 CO. Le livre contient une mise à jour complète qui tient compte des évolutions de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine. Des problématiques très actuelles, telles que la pandémie de Covid-19 ou le développement du télétravail, ont été intégrées.

Le rôle et l'interprétation des articles 319 à 362 CO sont présentés de manière claire, détaillée et synthétique. Le commentaire de chaque article propose une analyse critique de la jurisprudence, toujours plus abondante, ainsi qu'une explication des relations entre les diverses normes qui régissent les rapports de travail. Un index détaillé permet d'identifier rapidement les passages pertinents.

L'ouvrage constitue un instrument de consultation indispensable et pratique sur toutes les questions relatives au contrat de travail.

Commandez maintenant

Sommaire

Cette newsletter contient la présentation de **17 arrêts du Tribunal fédéral**. Elle comprend un commentaire de **Me Marie-Thérèse Guignard, Dre en droit, avocate, spécialiste FSA en droit du travail** sur l'arrêt du **TF 4A_467/2019** concernant **un plan d'intéressement sur l'exercice des options et droit à la délivrance des actions après un licenciement immédiat injustifié**.

TF 4A_467/2019 du 23 mars 2022

Congé immédiat injustifié, salaires; justes motifs, escroquerie, droits d'option, plan d'intéressement, responsabilité; art. 321e, 337 et 337c CO

C'est sans violer le droit fédéral que le Tribunal cantonal a jugé **dépourvu** de justes motifs le licenciement immédiat d'un salarié de banque qui avait été **victime d'une escroquerie au détriment de la banque** (cons. 4).

La prétention reconventionnelle des défenderesses, correspondant au montant de l'escroquerie subie (CHF 530'000) est rejetée, une violation par le demandeur de son **devoir de diligence** pour ne pas avoir vérifié un paiement qu'il n'avait pas à vérifier et qui avait passé tous les filtres ne pouvant être retenue (cons. 8).

L'attitude des défenderesses, qui invoquent, après l'échéance du délai initialement prévu, que le demandeur n'aurait pas exercé valablement ses droits d'options, alors qu'il avait manifesté

clairement en procédure son intention de les exercer, est **abusive** (cons. 7.2.3).

Pour des raisons **procédurales**, la prétention du salarié en dommages-intérêts en lieu et place de la délivrance des actions qui lui sont dues en vertu des deux plans de participation est rejetée (cons. 7.3).

Une analyse existe pour cet arrêt

Par Marie-Thérèse Guignard

Dre en droit, avocate, spécialiste FSA en droit du travail

Salaires, plan d'intéressement

CO

TF 4A_215/2022 du 23 août 2022

Licenciement abusif; mobbing, discrimination; art. 328 et 336 CO

Si le mobbing a provoqué chez le travailleur une baisse de rendement ou une période de maladie et s'il a été toléré par l'employeur en violation de son obligation résultant de l'art. 328 al. 1 CO, celui-ci ne peut pas en tirer argument pour licencier le travailleur, parce que cela reviendrait à **invoquer ses propres fautes**, soit l'absence de mesures efficaces contre le mobbing, pour en tirer avantage au détriment du travailleur, ce qui est contraire à la bonne foi (rappel de jurisprudence, cons. 4.1).

Est rejeté le recours de l'employeuse contre l'arrêt cantonal ayant confirmé sa condamnation à une indemnité de cinq mois de salaire pour **licenciement abusif** : l'absence de prise de mesures durables et efficaces pour faire cesser la situation de mobbing dont le demandeur était victime (discrimination et racisme), en violation de son devoir de protéger la personnalité de son employé découlant de l'art. 328 CO.

Note AW : *Il s'agit d'un rare cas de jurisprudence dans lequel un employé s'était plaint ouvertement de racisme, de discrimination et de menace. Le salarié s'est contenté de réclamer cinq mois de salaire comme indemnité de licenciement abusif. On peut se demander si une indemnité de six mois de salaire et une indemnité supplémentaire pour tort moral ne lui auraient pas été octroyées s'il les avait demandées, vu le caractère dévastateur sur sa santé du racisme subi, sans protection de la part de l'employeuse.*

Une analyse existe pour cet arrêt

Par Stéphanie Fuld

Avocate à Genève, spécialiste FSA en droit du travail

Discrimination; art. 328 et 336 CO

TF 4A_186/2022 du 22 août 2022

Congé abusif; travailleur âgé; art. 336 CO

En l'espèce, **n'est pas abusif** le licenciement d'une employée de 57 ans avec 14 années d'ancienneté, prononcé en vue d'un changement dans l'organisation de l'entreprise, malgré que la Cour cantonale l'avait jugé tel en raison de la manière dont avait procédé l'employeuse et des

circonstances l'ayant entouré, notamment l'impression donnée à l'extérieur, le court délai de réflexion. L'**âge** et l'**ancienneté** ne sont guère pertinents ici, dès lors que le travailleur occupait une **fonction élevée** dans l'entreprise et qu'il n'existait pas de fonction alternative où le placer (cons. 4.3).

Note AW : *Une nouvelle fois, le Tribunal fédéral relativise sa jurisprudence protectrice en matière de licenciement de travailleurs âgés : quand il s'agit d'une fonction élevée, le travailleur, même âgé et au bénéfice d'une grande ancienneté, ne mérite guère de protection particulière, d'autant qu'il n'existe généralement pas de solution alternative pour le conserver au sein de l'entreprise.*

TF 4A_233/2022 du 12 septembre 2022

Fin des rapports de travail; moment de la notification du licenciement, démission, révocation; art. 9 CO

En l'espèce, c'est à bon droit que la Cour cantonale a jugé que le rapport de travail n'avait pas été résilié par la démission immédiate du travailleur, puisque l'employeuse n'a eu connaissance de cette déclaration **qu'après** avoir reçu sa démission ordinaire. En vertu de l'art. 9 CO, seule la seconde déclaration de volonté doit être prise en considération, puisque c'est d'elle que la destinataire a pris connaissance en premier (cons. 2).

TF 4A_156/2022 du 13 septembre 2022

Gratification; interprétation; art. 18 et 322d CO

Est irrecevable le recours contre l'arrêt de la Cour cantonale ayant confirmé le jugement accordant au salarié son bonus.

TF 4A_53/2022 du 30 août 2022

Convention collective de travail; assujettissement; art. 1 et 7 LECCT; 2 CCT-SOR

Le Conseil fédéral a la faculté d'**étendre le champ d'application d'une CCT** à tous les employeurs et travailleurs qui appartiennent à la branche économique ou à la profession visée par la convention, mais ne sont pas liés par celle-ci (cf. art. 1 al. 1 et 7 al. 1 LECCT). Le **but** de la déclaration d'extension est de créer des conditions de travail minimales identiques pour toutes les entreprises actives sur le même marché, afin d'éviter qu'une entreprise ne puisse obtenir un avantage concurrentiel en accordant à ses employés de moins bonnes conditions. Font partie de la même branche économique les entreprises qui se trouvent dans un **rapport de concurrence direct** avec celles qui sont parties à la convention, en ce sens qu'elles offrent des biens ou services de même nature. Pour savoir si une entreprise appartient à la branche économique ou à la profession concernée et entre dans le champ d'application de la convention étendue, il faut **déterminer concrètement** l'activité généralement déployée par l'entreprise en cause, c'est-à-dire celle qui la caractérise, le but social tel qu'énoncé dans les statuts ou le registre du commerce n'étant pas déterminant (rappel de jurisprudence, cons. 4.1.1).

C'est sans arbitraire que la Cour cantonale a jugé que les agencements des vitrines à l'intérieur d'un magasin, même s'ils sont remplacés régulièrement, sont **couverts** par la CCT-SOR.

TF 4A_134/2022 du 16 septembre 2022

Location de services; qualification, courtage, droit à la provision; art. 1, 12 et 14 LSE, 26, 29 et 35 OSE, 321d et 412 CO

Dans le contrat de location de services, la **bailleresse** (employeuse de droit) ne s'engage pas à effectuer elle-même une prestation de travail, mais à transférer un **travailleur** dans l'entreprise de la **locataire** (employeuse de fait), cette dernière étant déchargée des exigences administratives liées à la relation de travail (salaire, cotisations sociales, etc.). En échange de sa rémunération, la bailleresse gère le recrutement du travailleur et l'administration de la relation de travail (elle est débitrice du salaire) ; vis-à-vis de la locataire, elle n'est responsable que de la bonne sélection du travailleur, mais ne promet pas un **résultat**. La bailleresse doit toutefois choisir le travailleur le mieux adapté aux tâches à effectuer chez la locataire et elle répond de la qualité de l'exécution de la prestation de travail. Le **pouvoir de direction** revient à l'entreprise locataire, qui supporte le risque d'une mauvaise exécution du travail. Dans ce cas, elle peut demander à la bailleresse un travailleur mieux adapté. La locataire est, en outre, tenue par l'obligation de **protection de la personnalité** du travailleur loué. Elle ne peut **licencier** elle-même ce dernier (rappel de jurisprudence, cons. 3.2).

Le **but** de la location de services est la conclusion d'un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO. La **mise en relation** au sens de la LSE est considérée comme effectuée dès qu'il a été indiqué à une partie qu'elle pouvait conclure un contrat avec l'autre partie. Le fait que le contrat soit effectivement conclu n'est pas pertinent pour l'application de la LSE, la mise en relation s'effectuant en amont de la conclusion du contrat de travail (rappel de jurisprudence, cons. 3.3.2).

Tant le contrat-cadre que le contrat de travail de placement au sens de l'art. 19 LSE sont conclus entre la **bailleresse** et le **travailleur**. Il n'existe pas de relation de travail entre la locataire et le travailleur placé. Les prétentions salariales doivent être formulées à l'encontre de la bailleresse. L'obligation de **caution** que la LSE impose pour l'autorisation administrative vise justement à protéger les prétentions salariales. La **nature** – contractuelle ou non – de la relation entre la locataire et le travailleur placé est controversée. Si le travailleur et la locataire concluent directement un contrat de travail, il n'y a plus location de services, tout au plus **placement privé** au sens des art. 2 ss LSE (cons. 5.1).

Le but de l'art. 8 al. 2 let. a LSE est d'interdire les contrats de placement **exclusifs**. Les contrats de placement qui instaurent une durée de validité déterminée doivent prévoir un droit de résiliation sans délai, sans réserve et à tout moment. La let. b du même article vise à empêcher que le travailleur ne soit engagé par un client qu'en passant par l'agent. Les art. 19 al. 5 let. b et 22 al. 2 LSE privilégient un engagement direct de la locataire après la période de location (sous réserve du paiement de la rémunération de la bailleresse), contre l'intérêt de cette dernière à une nouvelle location. Selon l'art. 22 al. 3 et 4 LSE, lorsque la location a duré plus de trois mois, la bailleresse ne peut exiger de rémunération supplémentaire en cas d'engagement par la locataire (cons. 6.2.2).

TF 4A_89/2022 du 20 septembre 2022

Salaires, procédure; travail sur appel, demeure de l'employeur, frais de la procédure, demande reconventionnelle; art. 324 et 326 CO, 65 LTF, 91 et 94 CPC

L'employeur peut tomber sous le coup de l'art. 324 al. 1 CO **même lorsque la demeure tient à des motifs économiques** ; le législateur n'a pas voulu permettre à l'employeur de déterminer unilatéralement, en fonction de ses propres besoins, la durée du travail et la rétribution du travailleur (rappel de jurisprudence).

En l'espèce, c'est à tort que l'employeur a cru détenir un pouvoir absolu sur le revenu de son employée, en cessant de lui attribuer de **nouvelles tâches**. Il devait dès lors verser la différence avec le salaire que l'employée aurait dû toucher en se basant sur la période durant laquelle elle avait reçu suffisamment de tâches (cons. 4.3).

En cas de demande reconventionnelle, il convient d'appliquer la règle générale de l'art. 94 al. 1 CPC et de prendre en compte la **valeur la plus élevée** des deux demandes et non pas d'additionner les deux demandes (cons. 6).

TF 4A_308/2022 du 20 septembre 2022

Procédure; immunité de juridiction; art. 1er LTPH/GE, 11 CNUIJE

En l'espèce, c'est à bon droit que les instances cantonales ont **rejeté** l'exception d'immunité de juridiction invoquée par l'Etat étranger, le travailleur ayant exercé comme cuisinier auprès de l'ambassade.

TF 4A_242/2022 du 8 septembre 2022

Procédure; sentence arbitrale, ordre public; art. 190 LDIP

Il est très douteux qu'un principe aussi vague que celui de la « justice sociale » fasse partie de l'ordre public visé par l'art. 190 al. 2 let. e LDIP. Qu'une norme relève du droit impératif suisse n'implique pas nécessairement que sa violation contreviendrait à l'ordre public de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP (cons. 5.3).

Fonction publique

TF 8C_176/2022 du 21 septembre 2022

Fin des rapports de travail; convention de fin des rapports, vice de la volonté, concessions réciproques; art. 341 CO

Une convention par laquelle l'employeur public et l'employé mettent fin d'un commun accord aux rapports de travail est un **contrat de droit administratif**, qui doit fondamentalement être interprété selon les mêmes règles qu'un contrat de droit privé. L'art. 341 al. 1 CO n'interdit pas aux parties de rompre en tout temps le contrat d'un commun accord, pour autant qu'elles ne cherchent pas, par ce biais, à contourner une **disposition impérative** de la loi, et ce malgré le caractère relativement impératif de l'art. 336*c* CO. Lorsque l'accord est préparé par l'employeur, il faut que le travailleur bénéficie d'un **délai de réflexion** et ne soit pas pris de court au moment de la signature. Lorsqu'une volonté commune des parties de mettre fin aux rapports de travail est établie, la jurisprudence pose comme condition supplémentaire à la validité d'un tel accord, dans la mesure où celui-ci implique une renonciation du travailleur à des prétentions (existantes) de droit impératif, qu'il s'agisse d'une **véritable transaction**, comprenant des **concessions réciproques d'importance comparable** de chaque partie (rappel de jurisprudence, cons. 5.1).

En l'espèce, il n'existe pas de **vice de volonté** ni de contrainte, bien que l'employé ait été approché dans un couloir par son chef de division, invité à suivre ce dernier dans une salle de conférence, où les attendaient le supérieur hiérarchique direct ainsi que deux responsables des ressources humaines et que, durant cet entretien, le chef de division et le supérieur hiérarchique direct du recourant lui aient notamment expliqué que la collaboration était devenue très difficile et, afin de trouver une solution à l'amiable, lui aient proposé une convention de départ, avec un délai de deux jours pour examiner la convention et la retourner signée. En effet, l'employé a demandé des précisions sur certains manquements reprochés ; ayant ensuite relu la convention, il a demandé une modification afin de recevoir son salaire durant deux mois supplémentaires ; un des responsables des ressources humaines a indiqué que la convention prévoyait déjà un mois de salaire supplémentaire, mais s'est dit prêt à octroyer un mois supplémentaire ; l'employé ayant accepté cette proposition, il a signé la convention modifiée après avoir demandé à une des personnes présentes qu'on lui prête un stylo. Ce faisant, l'employé avait entamé une négociation,

reçu et accepté une contre-proposition (cons. 5.2).

Les concessions réciproques sont d'importance **comparable** : l'employé recevait un mois de salaire supplémentaire par rapport à la loi, une indemnité pour reconversion professionnelle de 10'000 francs et était libéré de l'obligation de travailler pendant cinq mois ; en échange, il renonçait à se prévaloir de l'art. 336*c* CO (bien qu'ayant subi un infarctus durant le délai de congé, le risque pour qu'il soit en arrêt de travail pour ce motif était minime voire inexistant au moment de la signature de la convention) (cons. 5.3).

Note AW : *La situation était particulière puisque l'employé a subi un infarctus après avoir signé la convention de fin des rapports. Les juges considèrent que l'employé n'a pas été pris de court, car il « n'a pas hésité à demander des explications et à discuter les termes de la convention qui lui était proposée » et qu'il a signé la convention après avoir accepté la contre-proposition sur sa demande de recevoir son salaire durant deux mois supplémentaires par rapport à l'obligation légale. La simple attitude active de l'employé a donc suffi à exclure le vice de consentement. En outre, l'infarctus subi n'était pas prévisible en raison de l'absence de prédispositions de l'employé, ce qui exclut d'en tenir compte pour évaluer le caractère réciproque des concessions.* A contrario*, le Tribunal fédéral ne s'est pas opposé à ce que l'on tienne compte du risque de se trouver en arrêt de travail durant le délai de congé, si un tel risque existe réellement.*

TF 8C_256/2022 du 30 septembre 2022

Licenciement; consommation d'alcool; art. 19 LTPG/GE

Est rejeté le recours d'un conducteur des Transports publics genevois contre son licenciement en raison de consommation d'alcool.

TF 8C_719/2021 du 4 octobre 2022

Egalité femmes hommes; discrimination à l'embauche, degré de preuve; art. 8 CC, 6 LEg

L'art. 6 LEg (règle spéciale par rapport à l'art. 8 CC) instaure un **assouplissement du fardeau de la preuve d'une discrimination à raison du sexe** : il suffit à la partie demanderesse de rendre **vraisemblable** l'existence d'une telle discrimination par l'apport **d'indices objectifs** pour engendrer un renversement du fardeau de la preuve. Autrement dit, si la vraisemblance de la discrimination est démontrée, il appartient à l'employeur d'apporter la preuve stricte qu'elle n'existe pas. L'allègement du fardeau de la preuve ne s'applique pas à **l'embauche**. La personne qui allègue une discrimination à l'embauche doit donc **établir** qu'elle n'a pas été engagée en raison d'un motif discriminatoire et, en application de l'art. 8 CC, elle doit **prouver** l'existence de ce motif et son caractère causal dans la décision du refus d'embauche (cons. 2.2). Au vu de la difficulté – voire de l'impossibilité dans la plupart des cas – d'apporter une preuve stricte d'une discrimination à l'embauche, **le juge peut se satisfaire d'une preuve fondée sur une vraisemblance prépondérante** : le contenu de l'offre d'emploi, la motivation écrite du refus d'embauche, un comportement contradictoire de l'employeur constituent autant **d'indices** pertinents (cons. 2.4).

En faisant abstraction, sans explication, de l'avis des experts de la Commission cantonale de conciliation en matière d'égalité entre les sexes dans les rapports de travail, dont le rapport constitue incontestablement un moyen de preuve pertinent dans un litige portant sur la question d'une discrimination à l'embauche, la Cour cantonale a fait preuve **d'arbitraire** (cons. 4.4).

Note AW : *Cet arrêt confirme les allègements prétoriens* praeter legem *de fardeau de la preuve d'une discrimination à raison du sexe : tout comme en matière de harcèlement psychologique ou sexuel, l'embauche est un cas où, en raison de la difficulté d'apporter une preuve stricte de la discrimination, la personne concernée peut se contenter d'éléments fondant une vraisemblance prépondérante.*

Une analyse existe pour cet arrêt

Par Anne Roux-Fouillet

Avocate, spécialiste FSA en droit du travail

Egalité; art. 8 CC; 6 LEg

TF 8D_6/2021 du 23 septembre 2022

Protection de la personnalité; harcèlement psychologique, mobbing; art. 328 CO

Le **harcèlement psychologique** se définit comme un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail. La victime est souvent placée dans une situation où chaque acte pris individuellement peut être considéré comme supportable, alors que l'ensemble des agissements constitue une déstabilisation de la personnalité poussée jusqu'à l'élimination professionnelle de la personne visée. Il n'y a pas harcèlement psychologique du seul fait d'un conflit dans les relations professionnelles, d'une incompatibilité de caractères, d'une mauvaise ambiance de travail, du simple fait qu'un supérieur hiérarchique n'aurait pas toujours satisfait à ses devoirs envers ses collaborateurs ou encore du fait qu'un membre du personnel serait invité – même de façon pressante, répétée, au besoin sous la menace de sanctions disciplinaires ou d'une procédure de licenciement – à se conformer à ses obligations résultant du rapport de travail (rappel de jurisprudence, cons. 3.2).

En l'espèce, la collaboratrice n'est pas parvenue à prouver avoir été victime d'un harcèlement psychologique. En particulier, selon les juges cantonaux, il existait dans les échanges professionnels une forme de tension, voire d'animosité, mais la collaboratrice n'était pas davantage légitimée que son collègue à s'adresser à lui de façon discourtoise. A cela s'ajoutait que l'intéressée avait persisté à refuser toute forme de médiation, alors que son collègue lui en avait fait la proposition à plusieurs reprises afin d'apaiser leurs rapports.

TF 8C_77/2022 du 29 septembre 2022

Protection de la personnalité; prescription; art. 6 LPers, 3 LRCF, 1er, 14 et 20 aLRCF, 127 et 328 CO, 126 CCT-CFF-2007

Le **concours** de responsabilités contractuelle et délictuelle, si l'acte illicite a été commis dans le cadre de relations contractuelles, est admis en droit privé et en droit public (cons. 3.3).

En l'espèce, les CFF ne répondaient que sous l'angle de la LRCF. L'action de l'employé est prescrite (cons. 5). En l'absence de plausibilité d'une faute qui pourrait être imputée à un organe des CFF, l'arrêt entrepris échappe à la critique en tant qu'il n'a pas envisagé comme fondement des prétentions du recourant une responsabilité aquilienne que ce dernier n'avait jamais invoquée (cons. 6).

TF 8C_815/2021 du 29 septembre 2022

Salaires; classification salariale; LStip/TI

Est rejeté le recours du Conseil d'Etat tessinois contre la décision des juges cantonaux de colloquer le fonctionnaire dans le nouveau modèle salarial à la fonction d'adjoint en classe 11.

TF 8C_781/2021 du 22 septembre 2022

Procédure; intérêt digne de protection; art. 89 et 111 LTF

En l'espèce, le grief tiré d'une violation de l'art. 111 LTF est fondé. Le tribunal cantonal **aurait dû reconnaître un intérêt digne de protection** aux recourants – à tout le moins à ceux qui avaient été engagés comme policiers au moment de la requête du 19 octobre 2020 –, entrer en matière sur leur recours cantonal et examiner l'ensemble de leurs griefs.

www.droitdutravail.ch

Retrouvez les nouveautés en droit du travail et la jurisprudence ainsi que toutes les newsletters qui sont déjà parues.

www.droitdutravail.ch

Les Masters en droit de l'Université de Neuchâtel

Découvrez les nombreux master de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, pour la rentrée 2022-2023, en cliquant ici.

Retrouvez tous les liens internet indispensables aux praticiens du droit sur www.droitNE.ch