

# Le vade-mecum du licenciement

## Chapitre I : le licenciement avec préavis

***Selon le droit suisse, un contrat de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties<sup>1</sup>. La liberté contractuelle prévaut, tout comme la liberté de licenciement. Si les parties au contrat de travail peuvent y mettre fin en respectant certains délais, sans devoir invoquer de raisons particulières, il n'en demeure pas moins que certaines subtilités juridiques doivent être observées.***

Des régimes juridiques différents s'appliquent, selon que la résiliation se fait de manière unilatérale ou d'un commun accord, étant précisé que l'accord de résiliation fera l'objet du prochain numéro.

### A) La résiliation unilatérale

#### Forme

La résiliation n'est en principe soumise à aucune exigence de forme, de sorte qu'une partie peut mettre fin au contrat par voie écrite ou orale. Les parties au contrat ou une convention collective de travail peuvent cependant décider de réserver une forme particulière à la résiliation. Si la forme écrite a été réservée, une résiliation orale ne sera pas valable.<sup>2</sup> En revanche, lorsque les parties sont convenues d'un mode d'acheminement particulier de la lettre de résiliation, comme l'envoi recommandé, la réponse n'est pas aussi catégorique. Une lettre écrite remise en mains propres contre quittance sera par exemple valable<sup>3</sup>. Pour des raisons de preuve, on recommandera à l'employeur de s'accompagner de personnes qui pourront, en cas d'impossibilité d'obtenir une quittance, témoigner que la résiliation a bel et bien été notifiée au travailleur.

#### Réception

Le congé est notifié lorsque le travailleur en prend connaissance ou que selon les règles de la bonne foi, il est en mesure d'en prendre connaissance.<sup>4</sup> S'agissant d'un pli postal ordinaire, la résiliation est réputée notifiée lorsqu'elle est déposée dans la boîte aux lettres ou la case postale du destinataire. S'agissant d'une résiliation signifiée par pli recommandé, elle produit ses effets dès le premier jour lors duquel l'employé est concrètement en mesure d'aller chercher le pli recommandé à la poste<sup>5</sup> et, partant, de prendre connaissance de son contenu, et non à l'échéance du délai de garde postal de sept jour.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 335 CO

<sup>2</sup> ATF 128 III 212, c.2a et 2b/bb = SJ 2002 I 581

<sup>3</sup> ATF 128 III 212, c.2b/cc = SJ 2002 I 581

<sup>4</sup> Aubert Gabriel, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, Lausanne 1984, N. 167, p. 95

<sup>5</sup> ATF 137 III 208, c.3.1.2 = SJ 2011 U 293 ; ATF 107 II 189, c.2 = JdT 1981 I 282

<sup>6</sup> Wyler Rémy, Droit du travail, 2è éd., Berne 2008, p. 440 ; Aubert Gabriel, Commentaire des art. 319-362 CO, in : Thevenoz Luc et Werro Franz, Commentaire romand, Code des obligations I, 2è éd., Bâle 2012, N 6 ad art. 335 CO, p. 2065.

Quant à la résiliation signifiée par e-mail, sms ou par messagerie, il convient de retenir que le congé est réputé notifié dès la date à laquelle un travailleur correct en aurait pris connaissance dans des circonstances normales, après qu'il soit parvenu dans sa sphère d'influence.<sup>7</sup>

Par ailleurs, le travailleur à qui une lettre de congé est envoyée à son domicile alors qu'il se trouve en vacances à l'étranger avec l'approbation de son employeur, celui-là n'est censé en avoir pris connaissance qu'à son retour. La résiliation est donc valable, mais elle produira ses effets au retour de vacances de l'employé.

### Délais

Les délais de congé doivent être identiques pour les deux parties. Si aucune autre disposition n'a été prise par écrit, les rapports de travail peuvent être résiliés compte tenu des délais légaux suivants<sup>8</sup> :

- durant le temps d'essai, à tout moment, moyennant un délai de sept jours ;
- après le temps d'essai pendant la 1<sup>ère</sup> année de service, pour la fin d'un mois, moyennant un délai de congé d'un mois ;
- de la 2<sup>ème</sup> à la 9<sup>ème</sup> année de service, pour la fin d'un mois, moyennant un délai de deux mois ;
- à partir de la 10<sup>ème</sup> année de service, pour la fin d'un mois, moyennant un délai de 3 mois.

Le congé doit être parvenu à l'autre partie au plus tard le dernier jour du mois, afin que le délai commence à courir au début du mois suivant. Le jour déterminant n'est donc pas celui de l'envoi de la lettre de congé, mais le jour de la réception du congé.

### Résiliation en tant inopportun : périodes de protection

Le droit suisse relatif au contrat de travail ne prévoit qu'une protection relativement faible contre le licenciement. Il prévoit néanmoins un certain nombre de périodes de protection pendant lesquelles l'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail d'un employé. Cette protection contre les congés ne s'applique pas durant le temps d'essai. Elle ne s'applique pas non plus en cas de résiliation du contrat de travail par l'employé, ni dans le cadre d'un contrat de durée déterminée.

Les périodes de protection durant lesquels l'employeur ne peut pas licencier son employé sont énumérées dans le Code des obligations<sup>9</sup> :

- en cas d'incapacité totale ou partielle de travail pour cause de maladie ou d'accident non imputables à la faute du travailleur : 30 jours pendant la 1<sup>ère</sup> année de service, 90 jours de la 2<sup>ème</sup> à la 5<sup>ème</sup> année de service, et 180 jours dès la 6<sup>ème</sup> année de service. Le moment déterminant pour calculer la durée de la protection correspond au premier jour de l'incapacité de travail. Si l'incapacité de travail empiète sur la 2<sup>ème</sup> ou la 6<sup>ème</sup> année de service, c'est la période de protection la plus longue qui s'applique.<sup>10</sup>
- en cas de maternité : pendant la grossesse et pendant les 16 semaines qui suivent l'accouchement. Tant que les rapports de travail n'ont pas été résiliés, la travailleuse n'est pas tenue d'informer l'employeur de sa grossesse.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> TC/GR du 5 décembre 2006, c. 3a, in : JAR 2007, p. 453 ; Geiser Thomas et Müller Roland, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2012, N 591, p. 222.

<sup>8</sup> Art. 335 b et c CO

<sup>9</sup> Art. 336c CO.

<sup>10</sup> ATF 133 III 517, c. 3.3 = JdT 2009 I 55 = SJ 2007 I 505

<sup>11</sup> Jugement du Tribunal des prud'hommes de Genève du 30 janvier 1996 in JAR 1997 178 ; Arrêt de la Cour d'appel des prud'hommes de Genève du 6 mai 1999 in JAR 2000 213.

- en cas de service obligatoire, militaire, civil ou de protection civile : pendant ce service. Si ce dernier dure plus de onze jours, le délai de blocage comprend aussi les quatre semaines qui précèdent ce service et les quatre semaines qui le suivent. Le fait que le travailleur ait omis d'informer son employeur d'une période de service militaire ne le prive pas de cette protection. En revanche, l'accomplissement d'un service volontaire ne donne pas naissance à une période de protection. Il est précisé que le service militaire anticipé est considéré comme étant obligatoire. Par ailleurs, sur la base des accords bilatéraux, les ressortissants des pays de l'UE et de l'EEE soumis au droit du travail suisse, qui doivent accomplir un service obligatoire en vertu de la législation de leur pays d'origine, peuvent prétendre à la même protection contre les licenciements que les employés suisses.<sup>12</sup>
- pendant que le travailleur participe, avec l'accord de l'employeur, à un service d'aide à l'étranger ordonné par l'autorité fédérale. Sont considérés comme tels, toutes les missions et services ordonnés dans le cadre de la loi fédérale sur la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales.<sup>13</sup>

Chaque situation fait courir sa propre période de protection.<sup>14</sup> Il implique que si des maladies et/ou des accidents se recoupent ou se succèdent, chaque nouvelle incapacité de travail en découlant ouvre une nouvelle période de protection.<sup>15</sup> En revanche, pour qu'une nouvelle période de protection s'ajoute à la précédente, il faut être en présence d'un nouveau cas, une rechute ou une aggravation n'entraînant pas de cumul.

Le congé donné durant une des périodes susmentionnées est nulle. Il est sans effet et doit être donné à nouveau lorsque le délai de protection s'est écoulé.

Si le licenciement survient avant l'une des périodes de protection légales et que le délai de congé n'a pas expiré avant cette période, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de la période de protection. La prolongation des rapports de travail s'applique également si le travailleur licencié a été libéré de son obligation de travailler. A noter que, la suspension n'est pas limitée aux jours ouvrables et vaut aussi si l'incapacité de travail survient pendant les jours fériés.<sup>16</sup>

Une fois la période de protection expirée, le délai de congé recommence à courir et, s'il en découle que le contrat n'arrive pas à échéance pour la fin du mois, le délai est à nouveau prolongé. Il est précisé que durant cette deuxième prolongation, qui a pour but de faciliter le changement d'emploi en le faisant intervenir à la fin du mois, il n'y a pas de nouvelle suspension du délai de congé possible, même si une nouvelle situation énumérée plus haut survient.<sup>17</sup>

Le travailleur à nouveau capable de travailler doit faire connaître sans équivoque son intention de poursuivre son activité à son employeur. Si le travailleur n'exécute pas sa prestation de travail sans en être empêché par un motif reconnu, l'employeur peut alors refuser de lui payer le salaire.<sup>18</sup>

<sup>12</sup> Streiff Ullin/Von Kaenel Adrian, Arbeitsvertrag : Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR 6ème éd. Zürich 2006, N. 6 ad art. 336c CO, p. 723

<sup>13</sup> Weber Denis, La protection des travailleurs contre les licenciements en temps inopportun : étude de l'article 336 c CO, thèse, Lausanne 1992, p. 126 ; Wyler Rémy, Droit du travail, Berne 2002, p. 429

<sup>14</sup> Wyler, p. 570 s.

<sup>15</sup> ATF 124 III 474, c. 2b/aa = JdT 2000 I 137

<sup>16</sup> TF 4D\_6/2009 du 7 avril 2009, c. 3.

<sup>17</sup> Aubert, N 1 ad art. 336c-d CO, p. 2090

<sup>18</sup> TF 4C.259/2003 du 2 avril 2004, c.2.1

A noter que des délais plus longs ou d'autres périodes de protection, en sus de celles énumérées dans la loi, peuvent être convenues dans le contrat individuel, dans une convention collective ou encore dans un contrat type de travail.

### Résiliation abusive : la motivation

Le motif du licenciement doit être mentionné lorsque l'autre partie le demande. Toutefois, aucune raison pertinente n'est nécessaire pour que le congé soit valable. Le licenciement est également recevable quand le motif mentionné ne correspond pas ou est erroné. Toutefois, le motif évoqué ne peut en aucun cas être abusif. Sont abusifs les licenciements prononcés pour les raisons suivantes<sup>19</sup> :

- une particularité de la personne (sexe, état civil, origine, race, droit du citoyen, nationalité, antécédents judiciaires, âge ou tendance sexuelle) ;
- l'exercice d'un droit constitutionnel (liberté de religion, liberté d'opinion, appartenance politique) ;
- afin d'empêcher la naissance de prétentions juridique de l'autre partie, résultant du contrat de travail ;
- parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail ;
- à cause de certaines obligations légales, par exemple le service militaire ;
- l'appartenance ou la non-appartenance de l'employé à une organisation de travailleurs ou de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale ;
- pendant que l'employé, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise et que l'employeur ne peut prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation ;
- sans respecter la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs.

La résiliation abusive ne porte pas atteinte à la validité de la résiliation. La partie auteur d'une telle résiliation est tenue de verser à l'autre un dédommagement fixé par le Juge. Le travailleur licencié de manière abusive a droit à une indemnité correspondant au plus à six mois de salaire et de respectivement deux mois, en cas du non-respect de la procédure de consultation prévue lors de licenciements collectifs.<sup>20</sup> Par mois de salaire est entendu le salaire brut, augmenté de toutes les prestations qui ont un caractère salarial, comme la part proportionnelle du 13<sup>ème</sup> salaire, les provisions ou encore le remboursement forfaitaire des frais ayant un caractère salarial. L'indemnité ne pouvant être considérée comme un revenu tiré d'une activité lucrative, elle ne fait pas partie du salaire déterminant au sens de la LAVS et ne donne donc pas lieu à la perception des cotisations sociales.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Art. 336 CO

<sup>20</sup> Art. 336a al. 2 et 3 CO

<sup>21</sup> ATF 123 V ; TF 4C.155/2005 du 6 juillet 2005, c. 5.2.1