

**Résumé et analyse****Proposition de citation :**

Jean-Philippe Dunand, La preuve du congé abusif ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_485/2015, Newsletter DroitDuTravail.ch avril 2016

Congé abusif pour cause d'activité syndicale de l'employé ; fixation du montant de l'indemnité due

**Art. 335 al. 1, 336 al. 2 let. a, 336a al. 1 et 2 CO**

## La preuve du congé abusif ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_485/2015

Jean-Philippe Dunand, professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat

### I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral confirme que l'employé a été licencié de manière abusive au sens de l'art. 336 al. 2 let. a CO, car le réel motif du congé reposait sur l'appartenance syndicale et l'exercice d'une activité syndicale par le salarié. Le motif économique avancé par l'employeur n'était qu'un prétexte pour se séparer de l'employé.

### II. Résumé de l'arrêt

#### A. Les faits

Par contrat de travail du 1<sup>er</sup> juin 2010, l'employeur E. a engagé à compter du 14 juin 2010 l'employé T., comme storiste pour son siège principal de Lausanne. Début octobre 2012, T. a convaincu six collègues d'adhérer au syndicat X., dont il était membre depuis 2006, et d'entreprendre des démarches de protestation suite à la décision de l'employeur d'attendre les résultats des comptes avant de verser d'éventuelles gratifications. T. a également pris contact avec le syndicat qui l'a encouragé à écrire une lettre collective à l'employeur. Le 1<sup>er</sup> octobre, sept employés de l'entreprise, dont T., ont refusé de travailler. Le même jour, par une écriture commune, ils ont requis l'employeur de leur accorder un treizième salaire, ainsi qu'une cinquième semaine de vacances dès 50 ans, à l'instar des ouvriers de la succursale de Genève. Par lettres du 4 octobre 2012, le directeur de l'entreprise a répondu aux sept employés qu'il refusait d'entrer en matière sur leurs revendications, que leur manière d'agir était inacceptable, et qu'il les avertissait que s'ils persévéraient à enfreindre leurs obligations contractuelles, ils seraient licenciés sans délai. Dans une lettre non signée du 5 octobre 2012, l'entreprise a toutefois proposé aux employés storistes et aides-storistes le versement d'un treizième salaire *pro rata temporis* et l'octroi d'une cinquième semaine de vacances à partir de 50 ans. Le 24 octobre 2012, le directeur de l'entreprise et le secrétaire régional du syndicat se sont rencontrés dans les locaux de E. pour parler des revendications des salariés.

Lors d'un entretien du 31 octobre 2012, l'employeur a licencié T. pour le 31 décembre 2012. Dans le courrier qu'il a adressé le même jour à T., E. a expliqué que la décision de

licenciement était prise « en raison d'une situation économique incertaine, notamment une diminution des chantiers malheureusement prévisible dans un métier saisonnier » ; l'employeur a aussi mentionné le refus du travailleur de signer l'avis de résiliation remis en mains propres, celui-ci ayant signalé qu'il ne voulait rien signer sans en référer à son syndicat. Dans une invitation à la presse datée du 7 novembre, le syndicat X. a annoncé un débrayage des employés de l'entreprise pour le 8 novembre et dénoncé le licenciement abusif d'un de ces derniers, qualifié comme « le plus actif dans la défense de leurs droits ». Les employés ont fait une nouvelle grève le 21 novembre 2012, à laquelle T. a participé. En date du 23 novembre 2012, un accord est intervenu entre l'entreprise et ses employés, aux termes duquel la première verserait aux seconds une gratification équivalant à un treizième salaire et retirerait les avertissements qu'elle avait notifiés aux employés. Par lettre du 21 décembre 2012, T. s'est opposé à son licenciement et a demandé à l'entreprise quels en étaient les motifs réels. Par courrier du 8 janvier 2013, l'entreprise lui a répondu que le congé était dû à une baisse d'activité et à des perspectives défavorables en 2013 dans le milieu de la construction.

L'employé a déposé une demande devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne, concluant à ce que l'employeur lui doive paiement de 24'139 fr. plus intérêts, pour licenciement abusif. Par jugement du 22 décembre 2014, le Tribunal a entièrement débouté l'employé. Saisie d'un appel de l'employé, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois, par arrêt du 19 mai 2015, l'a partiellement admis et a réformé le jugement en ce sens que l'employeur a été condamné à payer à l'employé une indemnité au titre de licenciement abusif. En substance, la cour cantonale a retenu que le motif économique avancé par l'employeur n'était pas le motif réel du congé. Ce sont tant l'appartenance syndicale et l'exercice conforme des droits syndicaux par l'employé que les prétentions qu'il a émises de bonne foi à l'encontre de l'employeur qui sont la cause de son licenciement. L'employeur a exercé un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal.

## **B. Le droit**

A l'appui de son recours en matière civile, l'employeur a soulevé trois moyens principaux. Premièrement, il a prétendu qu'à divers égards la cour cantonale avait établi les faits et apprécié les preuves administrées de manière arbitraire (consid. 2). Deuxièmement, il a nié le caractère abusif du congé notifié à l'employé (consid. 3). Troisièmement, il a contesté le montant de l'indemnité pour congé abusif qu'il a été condamné à payer à l'employé (consid. 4). Le Tribunal fédéral a rejeté le recours. Nous résumerons ici les principaux considérants.

### Appréciation des faits (consid. 2)

**2.** Le Tribunal fédéral se montre réservé dans son contrôle de l'appréciation des preuves, vu le large pouvoir qu'il reconnaît en ce domaine aux autorités cantonales. Il n'intervient, du chef de l'art. 9 Cst., que si le juge du fait n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans raisons objectives de tenir compte des preuves pertinentes ou a effectué, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables.

**2.3.2.** En l'espèce, la cour cantonale n'a pas fait montre d'arbitraire en admettant, au vu des circonstances, que E. connaissait le rôle de meneur endossé dès le début par T. dans les revendications des employés, étant rappelé que le litige n'a impliqué que peu de personnes.

**2.4.2.** Par ailleurs, en fonction des comptes audités de E. pour les exercices 2011 et 2012, qui démontrent que l'entreprise était redevenue bénéficiaire en 2012, il n'est pas insoutenable de déduire que la baisse d'activité invoquée par E. comme motif du congé dans son pli du 8 janvier 2013 n'a pas été établie, cela d'autant qu'il a indiqué au Service de l'emploi de Lausanne, dans le cadre d'une demande RHT, prévoir une reprise d'activité au printemps 2013. C'est au demeurant sans le moindre arbitraire que la cour cantonale a pris en considération globalement les comptes du siège de Lausanne avec ceux de la succursale genevoise pour arrêter le résultat net des exercices 2011 et 2012 de la société anonyme. En effet, la succursale, faute de remplir le critère de l'indépendance, n'est pas une entreprise au sens de l'ORC, bien qu'elle doive obligatoirement être inscrite au registre du commerce en application de l'art. 935 al. 1 CO.

Caractère abusif du congé (consid. 3)

**3.** L'employeur se prévaut d'une violation de l'art. 336 al. 2 let. a CO. Il affirme que le licenciement de l'employé repose sur un motif économique, que le congé n'a rien à voir avec l'appartenance syndicale du salarié et le rôle qu'il a tenu lors des revendications des employés de l'entreprise.

**3.1.** L'art. 336 al. 1 et 2 CO contient une liste non exhaustive de cas dans lesquels la résiliation est abusive. Ainsi, à teneur de l'art. 336 al. 2 let. a CO, le congé est abusif lorsqu'il est donné par l'employeur en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance du travailleur à une organisation de travailleurs ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale. Il est ainsi instauré une protection spéciale de la liberté syndicale garantie à l'art. 28 al. 1 Cst.. La première hypothèse de cette disposition protège en particulier la liberté d'association tant positive (droit de fonder un syndicat, d'adhérer à un syndicat existant) que négative (droit de ne pas adhérer à un syndicat ou d'en démissionner) ; pour être abusif, il faut que le congé ait été donné parce que le travailleur est syndiqué. La seconde hypothèse visée par la norme précitée est celle de l'activité syndicale. Elle n'est protégée que si elle est exercée de manière conforme au droit, c'est-à-dire si elle respecte le contrat et la loi, voire les dispositions de la convention collective de travail ou du contrat type de travail applicables. L'activité syndicale se rapporte notamment à la possibilité d'informer l'ensemble des travailleurs sur le rôle et l'organisation des syndicats, à la nécessité de défendre, le cas échéant, les droits des travailleurs ainsi qu'au renforcement de l'organisation syndicale sur le lieu de travail. Pour que le congé soit abusif, il doit exister un lien de causalité entre l'activité syndicale exercée conformément au droit et le licenciement. Afin de pouvoir dire si un congé est abusif, il faut se fonder sur son motif réel. Déterminer le motif d'une résiliation est une question de fait.

**3.2.** L'autorité cantonale a admis, sur la base d'une appréciation des preuves qui a résisté au grief d'arbitraire, que le motif économique de licenciement de T. avancé par E. n'était qu'un prétexte pour se débarrasser de son employé, considéré comme ayant joué un rôle néfaste dans l'entreprise. La Cour d'appel a retenu en fait, sans que l'arbitraire soit démontré, que l'employeur, avant de congédier T., savait qu'il était membre d'un syndicat et qu'il avait joué le rôle de meneur dans le cadre des revendications des employés émises à l'automne 2012. Le motif réel du congé reposait donc sur l'appartenance syndicale de l'employé et sur l'exercice par ce dernier de son activité syndicale. L'employeur n'a pas soutenu devant le Tribunal fédéral que T. a exercé son activité syndicale au mépris de la loi ou de son contrat de travail (cf. art. 321d CO). Partant, la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral, et

singulièrement l'art. 336 al. 2 let. a CO, en inférant de ces constatations que le congé du 31 octobre 2012 était abusif au sens de cette disposition pour avoir attenté à la liberté syndicale de l'employé.

Montant de l'indemnité (consid. 4)

**4.** L'employeur s'en prend au montant de l'indemnité pour congé abusif qu'il a été condamné à payer à son adverse partie. Il prétend qu'il n'a pas commis de faute importante et qu'il faut tenir compte que l'employé a travaillé seulement deux ans et demi à son service. Selon lui, une indemnité correspondant au maximum à un mois de salaire serait justifiée.

**4.1.** D'après l'art. 336a al. 1 CO, la partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité. Selon l'art. 336a al. 2 *in initio* CO, l'indemnité, qui ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur, est fixée par le juge, compte tenu de toutes les circonstances. Au nombre de celles-ci figurent notamment la gravité de l'atteinte à la personnalité de celui qui a reçu le congé et la manière dont la résiliation des rapports contractuels a été signifiée. Le juge doit également tenir compte des effets économiques du congé. Usant de son pouvoir d'appréciation, le juge la fixera en équité (art. 4 CC). Le Tribunal fédéral n'intervient que si la décision attaquée s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, si elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou à l'inverse, si elle n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération ; il sanctionne en outre les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante. Le salaire déterminant est le salaire brut, auquel s'ajoutent les autres prestations de l'employeur revêtant un caractère salarial, comme le treizième salaire.

**4.2.** L'indemnité accordée par les magistrats vaudois, qui se monte à 14'664 fr., représente un peu plus de 2,5 fois le salaire mensuel déterminant. Cette indemnité, modique, n'est en rien contestable. En effet, T., qui ne peut se voir reprocher aucune faute concomitante dans l'exercice de son activité syndicale, n'a bénéficié que d'un délai de congé de deux mois, sans un jour de plus. Et le congé abusif lui a causé un lourd préjudice économique, car, malgré de nombreuses recherches d'emploi, il n'a pas retrouvé de travail à l'heure actuelle et se trouve au bénéfice de l'aide sociale.

### III. Analyse

Lors d'un litige portant (entre autres) sur le caractère abusif d'un congé, il est fréquent que les parties s'opposent sur le (véritable) motif du licenciement. Il en va ainsi dans la présente affaire : alors que l'employeur invoquait un motif économique (« en raison d'une situation économique incertaine »), l'employé estimait quant à lui avoir été licencié à cause de ses activités syndicales. Dans un autre litige soumis récemment au Tribunal fédéral, l'employeur avait plaidé l'existence de difficultés économiques, l'employé rétorquant que le véritable motif de son licenciement résidait dans son incapacité de travail provoquée par un comportement imputable à l'employeur<sup>1</sup>. Confronté à des versions contradictoires, le Tribunal compétent instruira la cause et jugera selon son intime conviction. Dans les

---

<sup>1</sup> TF 4A\_437/2015 du 4 décembre 2015.

quelques lignes qui suivent, nous nous concentrerons sur les règles applicables en matière de preuve du congé abusif.

Le travailleur qui prétend que le congé qui lui a été notifié est abusif doit en apporter la preuve (cf. art. 8 CC)<sup>2</sup>, sauf dans l'hypothèse visée à l'art. 336 al. 2 let. b CO (licenciement d'un représentant élu des travailleurs). Le travailleur doit établir non seulement le motif abusif, mais aussi l'existence d'un lien de causalité entre l'état de fait fondant le caractère abusif du congé et la résiliation du contrat de travail<sup>3</sup>. Dans la mesure où le motif d'un licenciement constitue un élément subjectif qui relève du for intérieur de l'employeur, une preuve stricte serait le plus souvent impossible à apporter<sup>4</sup>. C'est la raison pour laquelle les exigences de preuve sont atténuées en matière de congé abusif. En effet, selon le Tribunal fédéral, le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé est parvenu à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de « preuve par indices »<sup>5</sup>. Cela signifie que le juge peut se contenter d'une vraisemblance prépondérante qui est acquise lorsqu'il a l'impression que le fait s'est produit, sans pour autant exclure la possibilité qu'il ait pu en aller autrement<sup>6</sup>. Le travailleur doit donc apporter des indices permettant de déduire que le congé lui a été notifié en raison de l'un des huit motifs prévus dans la loi (art. 336 al. 1 et 2 CO) ou encore d'un autre motif de gravité similaire, puisque l'énumération légale n'est pas exhaustive<sup>7</sup>. En l'espèce, l'employé a pu démontrer avec une vraisemblance prépondérante qu'il avait été licencié en raison de son appartenance à une organisation de travailleurs et de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale (cf. art. 336 al. 2 let. a CO). La chronologie des événements joue un rôle important. Plus court est le laps de temps entre le motif abusif allégué et la notification du licenciement, et plus l'indice de l'existence d'un congé abusif sera élevé<sup>8</sup>. Dans le litige ayant fait l'objet de l'arrêt ici commenté, une telle connexité existe puisque les principaux faits litigieux se sont déroulés durant le mois d'octobre 2012 et que le congé a été notifié le 31 du même mois.

Comme le précise la jurisprudence, de son côté, l'employeur ne peut rester inactif ; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé<sup>9</sup>. En pratique, l'employeur invoque le plus souvent une mauvaise exécution du contrat de travail ou des raisons économiques. En effet, de tels motifs sont en principe considérés comme des intérêts dignes de protection pour licencier un employé, pour autant évidemment qu'ils ne constituent pas un prétexte pour dissimuler le réel motif moins avouable (et abusif)<sup>10</sup>. Dans le cas d'espèce, nous l'avons vu, l'employeur a allégué que le congé était fondé sur des motifs économiques. Il doit s'agir de raisons liées à la situation économique de l'entreprise, comme sa fermeture totale ou partielle, sa restructuration ou

---

<sup>2</sup> ATF 123 III 246, c. 4b. Cf. Rémy WYLER et Boris HEINZER, *Droit du travail*, Berne 2014, p. 643.

<sup>3</sup> Patricia DIETSCHY, *Les conflits de travail en procédure civile suisse*, Bâle 2011, N 682, p. 324.

<sup>4</sup> Ullin STREIFF, Adrian VON KAENEL et Roger RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, N 16 ad art. 336 CO, Zurich/Bâle/Genève 2012, p. 1037.

<sup>5</sup> ATF 130 III 699, c. 4.1.

<sup>6</sup> DIETSCHY (n. 3), N 579, p. 279 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 4), N 16 ad art. 336 CO, p. 1037 s.

<sup>7</sup> ATF 132 III 115, c. 2.1.

<sup>8</sup> Jean-Philippe DUNAND, N 18 ad art. 336 CO, in : *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013, p. 661.

<sup>9</sup> ATF 130 III 699, c. 4.1.

<sup>10</sup> DUNAND (n. 8), NN 89 et 90 ad art. 336 CO, p. 684-685.

sa rationalisation, qui rendent nécessaire la suppression ou la modification de postes de travail<sup>11</sup>. En principe, la mauvaise marche des affaires, le manque de travail ou des impératifs stratégiques commerciaux constituent des motifs économiques admissibles<sup>12</sup>. Ainsi en va-t-il lorsque l'entreprise se trouve dans une situation financière difficile, en raison d'un recul des commandes, et qu'elle ne peut plus assurer le paiement des salaires convenus<sup>13</sup>. L'employeur a le droit d'anticiper des difficultés prévisibles dans la marche des affaires ; il n'a pas besoin d'attendre d'être dans des difficultés économiques pour prendre les mesures de restructuration qui s'imposent<sup>14</sup>. En tous les cas, le motif doit dépendre d'une certaine gêne de l'employeur, ce qui exclut la seule volonté d'augmenter les profits<sup>15</sup>. Dans le cas d'espèce, le chiffre d'affaires du siège de la société à Lausanne avait continuellement baissé entre 2010 et 2012 ; en revanche, celui de la succursale avait considérablement augmenté de 2011 à 2012. Le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'était pas arbitraire de prendre en considération globalement les comptes du siège de Lausanne avec ceux de la succursale de Genève pour arrêter le résultat net des exercices 2011 et 2012 et considérer finalement que la baisse d'activité invoquée par l'employeur comme motif du congé n'avait pas été établie (consid. 2.4.2).

L'appréciation du caractère abusif d'un licenciement suppose l'examen de toutes les circonstances du cas d'espèce afin de déterminer quel est le motif réel du congé<sup>16</sup>. En cas de pluralité de motifs, lorsque l'employé est parvenu à démontrer l'existence d'un motif abusif, il incombe alors à l'employeur de prouver qu'il aurait licencié le travailleur même en l'absence du motif abusif<sup>17</sup>. Dans le cas d'espèce, l'employeur n'est pas parvenu à apporter cette preuve. Déterminer quels sont les motifs réels d'une résiliation est une question de fait. De même, l'incidence respective des divers motifs de résiliation en concours est une question qui relève de la causalité naturelle, et par conséquent du fait<sup>18</sup>. Ainsi, les constatations y relatives de l'autorité cantonale lient le Tribunal fédéral, qui ne peut s'en écarter que si elles ont été établies de façon manifestement inexacte ou en violation du droit<sup>19</sup>. Comme souvent, c'est donc l'état de fait retenu par la dernière instance cantonale qui sera décisif pour le sort de la cause. L'arrêt dont il est question ici en est un bon exemple.

---

<sup>11</sup> CAPH/GE du 14 mars 2007, c. 3.3.3, in : JAR 2008, p. 386.

<sup>12</sup> ATF 133 III 512, c. 6.2.

<sup>13</sup> TF 4A\_555/2011 du 23 février 2012, c. 2.3.3.

<sup>14</sup> ATF 133 III 512, c. 6.3.

<sup>15</sup> Estelle CHANSON, Le licenciement « pour motifs économiques » ou « pour défaut de caractère », in : Panorama II en droit du travail, Berne 2012, p. 79.

<sup>16</sup> TF 4A\_408/2011 du 15 novembre 2011, c. 5.2.

<sup>17</sup> TF 4A\_437/2015 du 4 décembre 2015, c. 2.2.5 ; TF 4A\_316/2012 du 1<sup>er</sup> novembre 2012, c. 2.1.

<sup>18</sup> ATF 130 III 699, c. 4.1.

<sup>19</sup> TF 4A\_341/2007 du 7 février 2008, c. 2.1.