

Mercedes Novier, Suspension provisoire de travail sans salaire : fin du contrat de travail ?
Qualification en droit privé suisse ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_372/2016, Newsletter DroitDuTravail.ch avril 2017

Suspension provisoire de travail sans salaire : fin du contrat de travail ? Qualification en droit privé suisse - Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_372/2016

Mercedes Novier, docteure en droit, LL.M, avocate, spécialiste FSA en droit du travail

I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt, non destiné à la publication dans le Recueil Officiel des ATF, le Tribunal fédéral, constatant que la suspension provisoire de travail sans salaire prononcée à l'encontre de l'employé ne correspond à aucune fin de contrat de travail prévue par le droit privé suisse, considère que cette mesure équivaut à une résiliation immédiate pour justes motifs au sens de l'art. 337 al. 1 CO en l'absence d'accord de l'employé avec cette mesure.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Le Consulat général du Royaume de Z., à Genève, a engagé l'employé X. comme auxiliaire par contrat de travail du 20 juillet 2009, qui prévoit une élection de droit générale en faveur du droit suisse et une élection de droit spéciale en faveur de divers textes du droit de l'Etat Z. L'employé a été suspendu une première fois de ses fonctions du 1^{er} janvier au 31 mars 2011 pour faute très grave au sens du contrat. Il avait notamment soustrait le nouveau passeport d'une ressortissante de Z. pour le lui remettre personnellement plus tard hors du Consulat, après l'avoir contactée plusieurs fois par téléphone et lui avoir proposé de déjeuner ensemble.

Des faits similaires sont survenus le 2 octobre 2012. L'employé avait perforé par erreur le passeport de la fille mineure d'une ressortissante de Z., dont il avait ensuite utilisé des données personnelles pour lui envoyer un SMS, l'appeler et lui demander pardon, alors qu'il l'avait déjà fait au consulat. Cette ressortissante s'était plainte de l'insistance déplacée de l'employé. Le jour même, l'employé a été convoqué pour un entretien avec le Consul, suivi d'un autre entretien le 15 octobre 2012. Par décision du 30 janvier 2013, notifiée le lendemain, l'employeur a informé l'employé de l'ouverture d'une enquête disciplinaire en raison des faits survenus le 2 octobre 2012, et l'a suspendu provisoirement de ses fonctions

et de tout droit au salaire avec effet immédiat pendant l'enquête disciplinaire. Dès le lendemain, l'employé a été en incapacité de travail. A l'issue de l'enquête disciplinaire, et alors que l'enquêteur avait proposé le transfert forcé de l'employé, celui-ci a été licencié avec effet immédiat par décision du 12 septembre, notifiée le 17 septembre 2013. Au vu des résultats de l'enquête, l'employeur a considéré que l'employé avait commis une faute grave, affirmant que l'utilisation indue de la documentation et des informations auxquelles l'employé avait eu accès dans l'exercice de ses fonctions rendait impossible la poursuite des rapports de travail. Du 1^{er} février au 17 septembre 2013, l'employé n'a pas perçu de salaire de son employeur. Il n'a pas non plus bénéficié d'indemnité de la sécurité sociale de la part de l'Etat Z. durant son incapacité de travail qui a duré du 1^{er} février 2013 au 31 décembre 2013.

L'employé, qui invoquait aussi avoir subi du mobbing, a réclamé par courrier du 22 octobre 2013 à son employeur une indemnité pour licenciement abusif, ainsi que son salaire du 1^{er} février au 17 septembre 2013. Il a ensuite ouvert action et réclamé à son employeur notamment le paiement du salaire du 1^{er} février au 30 novembre 2013, une indemnité pour licenciement abusif et une indemnité pour tort moral. Par jugement du 7 août 2015¹, le Tribunal des prud'hommes de Genève a considéré qu'il s'agissait d'un licenciement non abusif et, appliquant l'art. 324a al. 1 CO, a condamné l'employeur à verser deux mois de salaire sur la base de l'échelle bernoise. Sur appel de l'employé, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève, dans son arrêt du 3 mai 2016², a confirmé le jugement attaqué sur ces points. Elle a considéré qu'il s'agissait d'un licenciement ordinaire qui devait prendre fin le 30 novembre 2013 et qui n'était pas abusif. Elle n'a pas retenu l'existence d'un harcèlement psychologique de l'employé. Appliquant l'art. 324a al. 1 CO, elle a conclu que l'employé avait droit à deux mois de salaire durant son incapacité de travail, estimant qu'il n'aurait pas pu travailler durant cette période, même s'il n'en avait pas été dispensé. La Cour cantonale a rejeté les autres prétentions de l'employé, lequel a interjeté un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral.

B. Le droit

Après avoir constaté que l'employé, qui n'avait pas invoqué une immunité de juridiction, avait accepté la juridiction des tribunaux de Genève (cons. 2), le Tribunal fédéral aborde brièvement la question du droit applicable au litige (cons. 3). Il relève à cet égard que l'employeur, qui a appliqué la procédure disciplinaire de l'Etat Z. qui permet une suspension provisoire sans salaire, ne s'est pas prévalu du fait que cette procédure pouvait être considérée comme plus favorable à l'employé que le droit suisse. Le Tribunal fédéral affirme ensuite que l'art. 337 CO ne peut en aucun cas être considéré comme moins favorable. Se référant à l'élection de droit en faveur du droit suisse contenue dans le contrat, il conclut que la cause doit être examinée au regard du droit suisse.

Avant de procéder à la qualification de la fin du contrat intervenue en l'espèce, le Tribunal fédéral rappelle les principes jurisprudentiels³ applicables à la résiliation du contrat de travail en droit privé suisse (cons. 5), en particulier les caractéristiques et les conséquences du licenciement ordinaire (art. 335 CO) d'une part (cons. 5.1.1), et celles de la résiliation extraordinaire pour justes motifs de l'art. 337 CO d'autre part (cons. 5.1.2). Il mentionne

¹ JTPH/348/2015 du 7.8.2015.

² CAPH/81/2016 du 3.5.2016.

³ Nous ne nous arrêtons pas ici plus en détail sur ces principes connus en droit du travail.

notamment l'obligation de motivation du licenciement immédiat, ainsi que les exigences liées au délai de réaction de l'employeur pour invoquer les justes motifs et les conséquences d'une telle résiliation extraordinaire. Le Tribunal fédéral rappelle ensuite (cons. 5.2) que la résiliation du contrat de travail est une déclaration unilatérale de volonté sujette à réception. Par celle-ci, une partie communique à l'autre partie sa volonté de mettre fin au contrat, celui-ci prenant fin au moment où la déclaration est parvenue au cocontractant. Il s'agit d'un acte formateur irrévocable, de sorte que si par exemple l'employeur opte pour la résiliation ordinaire, la voie de la résiliation extraordinaire pour les mêmes motifs n'est plus possible. De même, si l'employeur opte pour la résiliation extraordinaire, il perd le droit à la résiliation ordinaire. En droit privé, contrairement à ce qui est possible en droit public⁴, le juge ne peut pas convertir une résiliation extraordinaire en résiliation ordinaire. En ce qui concerne le caractère abusif du licenciement, le Tribunal fédéral précise qu'il doit être examiné dans un second temps, puis il rappelle les exigences de l'art. 336b CO (cons. 5.3). Le caractère abusif n'affecte pas la validité du congé dès lors que le travailleur n'a pas droit à la réintégration, mais à une indemnité. Lorsque la résiliation immédiate est tardive ou injustifiée et que le congé revêt également un caractère abusif, le juge n'alloue qu'une seule indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO. Enfin, le Tribunal fédéral rappelle (cons. 5.4) les conséquences du congé donné pendant une période de protection contre les licenciements en temps inopportun (art. 336c CO), tout en précisant que le congé extraordinaire immédiat donné pendant une telle période est régi uniquement par les art. 337 ss CO, même si le congé s'avère ensuite injustifié.

Après le rappel de ces principes, le Tribunal fédéral procède à la qualification de la suspension provisoire de travail sans salaire prononcée contre un employé (cons. 6.1). Considérant qu'une telle décision ne correspond à aucune fin du contrat de travail prévue par le droit privé suisse, il retient qu'en l'absence d'accord de l'employé avec une telle mesure, celle-ci constitue une résiliation immédiate pour justes motifs au sens de l'art. 337 al. 1 CO. Pour arriver à cette conclusion, notre Haute Cour se fonde sur les conditions prévalant pour la prise de la décision de suspension (suspicion d'une faute très grave) et sur les effets de celle-ci (l'employé a été démis immédiatement de ses fonctions et privé immédiatement de tout salaire ; compte tenu de l'attitude de l'employeur, il n'avait pas à offrir ses services). Le Tribunal fédéral retient ainsi que c'est la décision de suspension de travail sans salaire communiquée le 31 janvier 2013 à l'employé qui constitue une résiliation extraordinaire avec effet immédiat. Dès lors que les faits ayant donné lieu à cette décision remontent au 2 octobre 2012, ce congé immédiat est tardif, de sorte que l'employeur doit payer les indemnités prévues à l'art. 337c CO. Compte tenu de cette qualification, le Tribunal fédéral a considéré que la Cour cantonale ne pouvait pas convertir ce congé immédiat tardif du 31 janvier 2013 en congé ordinaire courant jusqu'au 30 novembre 2013, alors même que la décision du licenciement immédiat est irrévocable. Par ailleurs, cette décision du 31 janvier 2013 constituant un licenciement immédiat, l'employé n'avait pas à offrir ses services. Son incapacité de travail ultérieure n'a aucune incidence, ce qui ne laisse pas de place pour l'application de l'art. 324a CO. L'invocation tardive des justes motifs faisant déjà échec à la réalisation des conditions de l'art. 337 al. 1 CO, il est inutile d'examiner si les justes motifs retenus étaient suffisamment graves. Enfin, les indemnités des art. 336a et 337c CO ne pouvant être cumulées, il n'est pas nécessaire d'examiner si la résiliation, donnée selon l'employé dans un contexte de mobbing, était abusive.

Le Tribunal fédéral a ainsi admis le recours de l'employé et renvoyé la cause à la cour

⁴ ATF 137 I 58, cons. 4.3.3.

cantonale pour qu'elle fixe, sur la base de l'art. 337 CO, les conséquences pécuniaires du congé immédiat donné le 31 janvier 2013 de manière injustifiée (cons. 6.2).

III. Analyse

1.- Cet arrêt présente l'avantage de synthétiser de manière claire et concise (cf. cons. 5) les principales règles prévalant en matière de résiliation du contrat de travail en droit privé suisse, ainsi que les caractéristiques des divers types de licenciement. Il découle de cette réglementation, comme le constate notre Haute Cour, que la suspension de travail sans salaire ne correspond à aucune fin de contrat dans notre droit privé. En droit public, une suspension de l'employé sans traitement jusqu'à la clôture de l'enquête administrative est connue⁵. Une telle suspension préventive constitue une mesure de sûreté tendant à préserver l'intérêt de la bonne marche de l'administration en vue d'une éventuelle décision de renvoi pour justes motifs⁶. Il s'agit toutefois d'une mesure spécifique aux rapports de service relevant du droit public – qui connaît la réintégration – qui n'est pas transposable en droit privé.

Pour le surplus, la solution finalement retenue par le Tribunal fédéral dans cet arrêt interroge à divers égards. En effet, même si la chronologie des faits de l'espèce est particulière, il n'en reste pas moins que plusieurs éléments contredisent la solution de l'arrêt, qui retient que la décision de suspension provisoire de travail sans salaire notifiée à l'employé le 31 janvier 2013 constitue une résiliation immédiate au sens de l'art. 337 al. 1 CO.

2.- Le Tribunal fédéral le rappelle lui-même dans son considérant 5.2, la résiliation – exercice d'un droit formateur –, est une déclaration unilatérale de volonté d'une partie qui communique à l'autre partie sa volonté de mettre fin au contrat. La volonté de résilier avec effet immédiat doit être exprimée clairement. Comme le résumant WYLER et HEINZER⁷, « *la déclaration de résiliation du contrat pour justes motifs doit être claire et dépourvue d'ambiguïté, s'agissant tant de la décision de rompre le contrat que de son effet immédiat* ». Ainsi, la clarté de la résiliation, qui s'apprécie selon le principe de la confiance⁸, doit exister en ce qui concerne le principe de la résiliation d'une part, et son caractère extraordinaire d'autre part. « *Le destinataire doit pouvoir comprendre non seulement que l'autre partie résilie le contrat, mais aussi qu'elle le fait sans attendre le terme ordinaire* »⁹. Comme le souligne VENTURI-ZEN-RUFFINEN¹⁰, « *on tient compte de ce que le destinataire pouvait et devait comprendre selon les règles de la bonne foi* ».

Or, en l'espèce, lorsqu'il a adressé sa décision du 30 janvier 2013, notifiée le lendemain à l'employé, l'employeur n'avait pas la volonté de mettre fin au contrat. Il entendait au contraire mener une enquête, afin de déterminer s'il pouvait poursuivre les relations contractuelles. Du reste, à l'issue de cette enquête, l'enquêteur a proposé le transfert de l'employé, ce qui

⁵ Cf. p. ex. art. 103 OPers (RS 172.220.111.3) ; art. 98 du Statut du personnel de la Ville de Genève ou art. 67 du Règlement pour le personnel de l'administration communale de la Ville de Lausanne.

⁶ P. ex. TF 1C_459/2008 du 13.1.2009 ; TF 8C_696/2011 du 2.5.2012 ; TAF A-1647/2013 du 27.11.2013, cons. 3.

⁷ WYLER/HEINZER, Droit du travail, Berne 2014, p. 595 et réf. citées. Cf. aussi GLOOR, in Dunand/Mahon, Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, ad art. 337, p. 767, N 68.

⁸ VENTURI-ZEN-RUFFINEN, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, AISUF, Fribourg 2007, p. 287-288, spéc. n°1120 ss (cité : Résiliation).

⁹ VENTURI-ZEN-RUFFINEN, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, in SJ 2008 II p. 1 ss, spéc. p. 21-22 et réf. citées.

¹⁰ VENTURI-ZEN-RUFFINEN, Résiliation, p. 287, n° 1120.

montre bien que le licenciement n'était pas déjà décidé. La décision de résilier a été prise par l'employeur, selon l'état de fait (cf. A.c, 3^e §), « *au vu des résultats de l'enquête* ». Ainsi, l'employeur n'avait pas l'intention de résilier le contrat le 30 janvier 2013.

De son côté, son cocontractant, soit l'employé qui a reçu cette décision le 31 janvier 2013, ne l'a pas comprise comme constituant une résiliation et encore moins comme un licenciement immédiat. Il faut dire – et cela nous paraît être un élément important dans l'appréciation des faits – que l'employé avait précédemment déjà fait l'objet de la part de son employeur d'une décision de suspension de trois mois pour faute très grave en 2011 (cf. état de fait A.a). Il savait dès lors qu'une suspension décidée par son employeur ne se confondait pas avec une résiliation de son contrat de travail. De plus, l'employé n'a pas contesté le principe et la mise en œuvre par son employeur de l'enquête. Comme cela ressort de l'état de fait de l'arrêt cantonal¹¹, il a participé à cette enquête, assisté d'un avocat, notamment en demandant l'audition de témoins. Il ne ressort en outre pas de l'état de fait que l'employé ait réclamé son salaire durant cette période de suspension. Il a réclamé son salaire pour ces mois de suspension la première fois dans son courrier du 22 octobre 2013 à l'employeur. On peut ainsi se demander si ces éléments de fait ne permettent pas de considérer que l'employé a même admis la mesure de suspension sans salaire. En tous les cas, pour l'employé, la décision de son employeur reçue le 31 janvier 2013 ne constituait manifestement pas une décision de licenciement immédiat.

Dès lors, peut-on vraiment, en l'absence d'intention et de volonté de résilier de celui qui émet la déclaration unilatérale, conclure, comme le fait le Tribunal fédéral, à l'existence d'un licenciement immédiat, lequel n'était au surplus pas reconnaissable comme tel pour son cocontractant ? A notre avis, une telle conclusion va à l'encontre des exigences rappelées ci-dessus en matière de résiliation pour justes motifs. La volonté de résilier de l'employeur fait défaut. Le principe de clarté n'a en outre pas été respecté, puisque le destinataire de la décision n'a pas compris qu'il s'agissait d'une résiliation. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral insiste pourtant sur le fait qu'une déclaration de résiliation avec effet immédiat doit être univoque¹². Alors que les conséquences d'un licenciement avec effet immédiat sont particulièrement lourdes pour le travailleur, y compris sous l'angle de ses droits en cas d'incapacité¹³ ou en matière de prévoyance, on ne saurait admettre trop légèrement l'existence d'une telle résiliation extraordinaire.

3.- Selon nous, la déclaration de volonté unilatérale de licenciement avec effet immédiat de l'employeur est celle du 12 septembre 2013, reçue le 17 septembre 2013 par l'employé.

Comme le rappelle le Tribunal fédéral (cons. 5.2), une décision de résiliation extraordinaire est irrévocable¹⁴ et le juge ne saurait la convertir en licenciement ordinaire en droit privé. Dès lors, il n'y a pas lieu de conclure, comme l'a fait la Cour cantonale, que le contrat arrivait à échéance le 30 novembre 2013. En ce qui concerne la décision prise le 12 septembre 2013 par l'employeur, la Cour cantonale a considéré d'emblée que, compte tenu de la chronologie des faits de l'espèce, « *le licenciement litigieux ne saurait être qualifié d'immédiat au sens du droit*

¹¹ Cf. arrêt cantonal, CAPH/81/2016 du 3.5.2016, p. 9 à 11.

¹² Cf. p. ex. TF 4A_518/2013 du 29.1.2014, cons.3.

¹³ Sur les questions posées par l'incapacité de travail après le licenciement immédiat, cf. GLOOR, Licenciement immédiat et incapacité de travail due à la maladie, *in* DTA 2014, p. 153 ss.

¹⁴ ATF 137 I 58, cons. 4.3.3 ; ATF 128 III 129, cons. 2a, JdT 2003 I 10 ; TF 4A_556/2012 du 9.4.2013, cons. 4.2.

suisse, quels que soient les termes utilisés par les parties »¹⁵. Il nous paraît au contraire qu'il s'agit bien d'une décision de licenciement avec effet immédiat de l'employeur, mais qui est dénué de justes motifs au sens de l'art. 337c CO. Il est vrai que les faits à la base de ce licenciement immédiat remontent en réalité au 2 octobre 2012, soit onze mois avant la décision de mettre fin au contrat avec effet immédiat, ce qui est bien évidemment un délai de réaction drastiquement plus long que ce qui pourrait être admissible en droit suisse¹⁶, y compris d'ailleurs dans les rapports de service relevant du droit public. Bien plus, entre les faits survenus le 2 octobre 2012 et la décision de suspension provisoire prise le 30 janvier 2013, l'employé a pu travailler normalement sans que l'employeur considère que le lien de confiance était rompu. De fait, l'employeur a déclaré fonder sa décision de licenciement immédiat prise le 12 septembre 2013 sur les résultats de l'enquête reçus peu avant (alors même que cette enquête portait sur des faits remontant à l'année précédente). On doit dès lors admettre que la décision de licenciement avec effet immédiat reçue par l'employé le 17 septembre 2013 est tout simplement dénuée de justes motifs. En d'autres termes, le problème n'est pas la tardiveté de la décision, mais bien l'absence de motifs justifiant une résiliation immédiate. Comme le souligne le Tribunal fédéral (cons. 6.1), « *qu'il soit tardif, justifié ou injustifié, le congé immédiat met fin aux rapports de travail* ». Le contrat entre parties a ainsi pris fin selon nous le 17 septembre 2013, à la réception par l'employé de la décision prise le 12 septembre 2013. La résiliation immédiate étant injustifiée, il conviendra d'appliquer l'art. 337c CO. Le travailleur aura droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé (al. 1), ainsi qu'à une indemnité pour licenciement non justifié au sens de l'art. 337c al. 3.

4.- Quid alors des droits de l'employé durant la période de suspension provisoire de travail sans salaire, soit du 1^{er} février au 17 septembre 2013 ? On doit admettre que l'employeur qui prononce une telle suspension provisoire sans salaire, inconnue du droit privé suisse, a contrevenu à son obligation de payer son salaire au travailleur (art. 322 al. 1 CO). On ne saurait admettre que l'employé a renoncé à tout salaire durant cette période (art. 341 CO). Une telle suspension constitue selon nous un cas de demeure de l'employeur au sens de l'art. 324 CO. Afin que la demeure soit admise, il faut que le travailleur ait offert sérieusement ses services¹⁷, sauf si une telle offre formelle n'était pas nécessaire du fait que l'employeur a renoncé expressément à ses services. En l'espèce toutefois, l'employé ayant été en incapacité de travail dès le lendemain de la décision de suspension provisoire, soit du 1^{er} février jusqu'à l'échéance du contrat, qui doit être fixée selon nous le 17 septembre 2013, l'art. 324a CO, qui vise un empêchement non fautif du travailleur pour un motif inhérent à sa personne, devrait s'appliquer. Dès lors qu'il se trouvait dans sa quatrième année de service, l'employé devrait avoir droit au paiement de deux mois de salaire selon l'échelle bernoise (art. 324a al. 2 CO).

5.- Compte tenu des antécédents de l'employé et des faits survenus le 2 octobre 2012, l'employeur aurait pu lui adresser à ce moment-là sa décision de licenciement immédiat dont les justes motifs auraient alors vraisemblablement été admis. S'il ne l'a pas fait, c'est

¹⁵ Cf. arrêt cantonal, CAPH/81/2016 du 3.5.2016, p. 18.

¹⁶ A cet égard, cf. DUNAND, Quel est le délai maximal pour notifier un licenciement immédiat (art. 337 CO) ? Exercice du pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC), in Wyler/Meier/Marchand (éd.), Regards croisés sur le droit du travail : Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zurich 2015, p. 131 ss.

¹⁷ SUBILIA, Les divers empêchements de travailler, in Wyler (éd.), Panorama en droit du travail, Berne 2009, p. 73 ss ; WYLER/HEINZER, p. 193 ss. Cf. aussi ATF 118 II 139, cons. 1a = JdT 1993 I 390 ; ATF 135 III 349 c. 4.2.

manifestement qu'il avait la certitude (comme l'employé semble-t-il) que les dispositions de son droit national, imposant une enquête disciplinaire et permettant une telle suspension de travail sans salaire, s'appliquaient¹⁸. Ainsi, si la solution finalement retenue par le Tribunal fédéral n'est sans doute pas choquante sous l'angle de l'équité en raison des faits particuliers de l'espèce, elle est peu satisfaisante, car elle nous paraît s'éloigner des exigences prévalant en droit privé suisse en matière de fin du contrat de travail, règles pourtant résumées si clairement au considérant 5 de l'arrêt commenté.

¹⁸ Ce qui n'excuse toutefois pas la tardiveté de l'ouverture de l'enquête par l'employeur.