



Madame
Ruth Derrer Balladore
Union Patronale Suisse
Hegibachstrasse 47
8032 Zürich

Lausanne, le 14 décembre 2010
U:\1p\politique_economique\consultations\2010\POL1071.docx/
MAP/naf

Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié)

Chère Madame,

Nous avons bien reçu votre circulaire du 15 octobre dernier relative au projet mentionné en titre et vous en remercions.

Remarques générales

L'avant-projet qui nous est soumis propose un durcissement des sanctions en cas de licenciement abusif ou injustifié. Sans – heureusement ! – aller jusqu'à prévoir la nullité de certains types de licenciement, l'avant-projet double les sanctions financières existantes et accroît la protection des représentants des travailleurs. Ainsi, selon le Conseil fédéral, le système en vigueur ne permettrait pas d'assurer une protection suffisante aux travailleurs.

Le rapport n'explique pourtant pas clairement en quoi les sanctions actuelles seraient insuffisantes. Sa lecture donne l'impression que les réelles motivations de ce changement découlent de pressions syndicales et internationales (plainte à l'Organisation internationale du travail). Certes, la comparaison avec les pays voisins fait ressortir une lapalissade : la Suisse connaît une protection moins étendue contre les congés que la plupart des pays européens. Mais d'autres comparaisons font tout aussi clairement ressortir que la Suisse est l'un des pays les plus attractifs au monde pour les entreprises et l'un de ceux dont le taux de chômage est le plus faible. Cette position avantageuse est notamment due à une réglementation flexible des conditions de travail, qui favorise la création et le maintien d'emplois dans notre pays. Dans ces conditions, l'avant-projet fait clairement fausse route en cherchant à rapprocher notre législation de celles de nos voisins. Si l'harmonisation avec le droit communautaire est parfois souhaitable, tel n'est assurément pas le cas lorsque l'on parle d'un avantage comparatif évident, qu'il s'agit avant tout de préserver dans l'intérêt de tous, travailleurs compris. Un durcissement des sanctions n'aurait de sens que si des lacunes manifestes devaient apparaître, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Montant maximum de l'indemnité

L'avant-projet prévoit d'augmenter les sanctions financières en cas de congé abusif ou immédiat injustifié de 6 à 12 mois de salaire, ceci afin de permettre la réalisation de la double fonction réparatrice et punitive de l'indemnité. Rien ne permet de conclure que cette double fonction ne peut pas être atteinte avec un maximum de 6 mois de salaire. La fourchette actuelle de 1 à 6 mois de salaire permet déjà au juge de disposer d'une très grande marge de manœuvre pour la fixation de l'indemnité, en prenant en compte l'ensemble des circonstances propres à chaque cas, à savoir notamment la gravité de la faute, l'atteinte portée à l'autre partie et les capacités financières de l'employeur. L'abondante jurisprudence en la matière est là pour le démontrer. Rappelons par ailleurs que la loi permet (art. 336a al. 2 in fine CO) de réclamer le paiement de dommages-intérêts supplémentaires dus à un autre titre, soit en particulier en cas d'atteinte à la personnalité du travailleur (art. 328 CO). Il n'est pas rare que les tribunaux recourent à cette disposition pour allouer des montants supplémentaires, notamment en cas de harcèlement psychologique, lorsque l'atteinte portée au travailleur est particulièrement grave. Il existe aussi la possibilité, pour le juge, de retenir un tort moral selon l'art. 49 CO.

L'arsenal juridique à disposition des juges est donc suffisant et leur permet pleinement d'accomplir leur mission, qui est de sanctionner les comportements illicites de manière proportionnée. En réalité, le but visé par l'augmentation des maxima ne paraît pas tant être d'élargir la marge de manœuvre des juges, mais bien plutôt d'augmenter de manière généralisée le montant des indemnités allouées. Il est clair qu'un juge ayant à se prononcer sur un cas de gravité moyenne sanctionnera l'employeur à hauteur de 6 mois de salaire, au lieu de 3 actuellement.

S'agissant du prétendu effet préventif, il semble douteux qu'une augmentation des sanctions de 6 à 12 mois de salaire puisse avoir un réel impact sur le comportement ou une décision de licencier de l'employeur, qui dépend d'autres facteurs que du niveau de la sanction potentielle. Dans l'hypothèse où l'on devrait admettre un effet préventif, il faudrait alors aussi prendre en compte l'effet dissuasif d'une telle mesure sur l'embauche. Conscient des restrictions applicables au licenciement, l'employeur pourrait en effet réfléchir à deux fois avant d'engager du personnel, comme c'est le cas dans certains pays prévoyant des règles de protection excessives.

Nous nous opposons dès lors fermement à l'augmentation des indemnités maximales prévues pour sanctionner les congés abusif ou injustifié.

Licenciement des représentants des travailleurs pour motif économique

Dorénavant, tout licenciement d'un représentant des travailleurs pour des motifs économiques serait abusif, sans exception. Il s'agit sans aucun doute de la proposition la plus choquante de l'avant-projet. Interdire ce type de licenciement revient en effet à obliger les employeurs à conserver à tout prix, ou du moins au prix d'une indemnité pour licenciement abusif, des représentants des travailleurs dans des cas où les impératifs économiques imposeraient au contraire un licenciement. Ainsi, en cas de licenciement collectif induit par des raisons strictement économiques, les représentants des travailleurs bénéficieraient d'une protection absolue, sous réserve d'un comportement fautif qui leur serait imputable. Une telle solution est doublement problématique : d'abord parce qu'elle contraint l'employeur à conserver des postes de travail économiquement inutiles ou à revoir complètement son organisation pour replacer les travailleurs concernés, ensuite parce qu'elle crée un privilège choquant en faveur des travailleurs élus au détriment de leurs collègues non protégés. Il est primordial, parfois pour la survie de l'entreprise et des emplois restants, que l'employeur puisse réaliser une restructuration en fonction des

besoins imposés par la situation économique, et non pas selon un critère qui tient au seul statut des travailleurs.

Le motif justifié nécessaire au licenciement d'un représentant des travailleurs constitue déjà une protection accrue et suffisante pour cette catégorie de travailleurs. Il appartient au juge d'apprécier l'existence d'un motif justifié, y compris dans le cas d'un licenciement économique. En interdisant ce motif sans nuance, le législateur interviendrait de manière totalement disproportionnée, car il sanctionnerait également des employeurs qui n'ont objectivement aucune alternative à un licenciement. La possibilité de mettre fin au contrat d'un commun accord, mentionnée dans le rapport comme justificatif à cette mesure extrême, est purement illusoire : comment peut-on raisonnablement croire qu'un travailleur accepterait de renoncer sans contrepartie à une indemnité automatique prévue par la loi ?

En conséquence, il convient impérativement de renoncer à toute modification de l'art. 336 al. 2 let b CO.

Solutions conventionnelles en faveur des parties ou du travailleur

L'avant-projet propose de renoncer au caractère absolument impératif de la protection contre les congés abusifs afin de permettre des solutions conventionnelles plus favorables au travailleur. Dans la mesure où cette possibilité est laissée à la libre appréciation des employeurs, des travailleurs et des partenaires sociaux, nous ne voyons pas de raison de nous y opposer, bien que la nécessité d'une telle modification ne saute pas aux yeux.

En conclusion, nous rejetons catégoriquement le durcissement des sanctions proposées par un avant-projet qui porte atteinte à la flexibilité du droit du travail suisse et, de ce fait, péjore les conditions-cadres de notre économie. Le seul point positif de cet avant-projet est le fait de s'en tenir à des sanctions financières, en renonçant à introduire la nullité de certains licenciements.

En vous remerciant de votre consultation, nous vous prions d'agréer, chère Madame, nos salutations distinguées.

CHAMBRE VAUDOISE DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

Guy-Philippe Bolay
Directeur adjoints

Mathieu Piguet
Sous-directeur