

L'avis de M^e Philippe EIGENHEER
 Avocat, associé - DGE Avocats



Licenciement et mesures préalables : protection de la personnalité et licenciement abusif

Un employeur est-il tenu de prendre des mesures préalables avant de licencier un employé ? Est-il obligé d'entendre son employé et de proposer des mesures alternatives avant de prononcer son licenciement ? La présente contribution a pour objet – après avoir brièvement rappelé la notion de licenciement abusif – de traiter les cas dans lesquels l'employeur est tenu de prendre des mesures avant de licencier un employé, et cela afin d'éviter que le licenciement soit considéré abusif.

Monde Economique : Dans quels cas un licenciement peut-il être considéré comme abusif ?

M^e Philippe Eigenheer : En droit suisse, le principe de base est la liberté de chacune des parties de résilier les rapports de travail dans le respect du délai contractuel. L'exception est le caractère abusif du licenciement. L'article 336 CO contient une énumération exemplative des situations de fait considérées comme des résiliations abusives. Cette liste n'est pas exhaustive. Le caractère abusif d'un

licenciement peut notamment être reconnu lorsque l'employeur manque d'égards vis-à-vis de l'employé lors de la résiliation et lorsqu'il viole par là même son obligation de protéger la personnalité de l'employé.

Monde Economique : Existe-t-il des situations dans lesquelles l'employeur doit prendre des mesures préalables avant de prononcer un licenciement ordinaire ? Cas échéant, quelles sont-elles et dans quels cas doivent-elles être prises ?

M^e Philippe Eigenheer : À titre préalable, il est important de souligner que les développements ci-dessous ne s'appliquent qu'aux licenciements ordinaires, c'est-à-dire à ceux qui respectent le délai de congé légal ou contractuel. En ce qui concerne le licenciement immédiat pour juste motif, seul un manquement particulièrement grave du travailleur « autorise » une résiliation immédiate. S'il est moins grave, il doit être précédé de vains avertissements de l'employeur.

Seul un manquement particulièrement grave du travailleur « autorise » une résiliation immédiate

L'employeur est tenu de prendre des mesures préalables au licenciement dans les situations suivantes :

- Lorsqu'il envisage de procéder à un licenciement collectif, l'employeur est tenu de consulter la représentation des travailleurs, ou, à défaut, les travailleurs (art. 335f al. 1 CO). S'il manque à cette obligation, le licenciement est abusif et l'employé peut réclamer une indemnité se montant à deux mois de salaire (art. 336a al. 3 CO).
- Selon la jurisprudence, lorsqu'il existe une relation conflictuelle entre l'employeur, respectivement son employé et que cette situation nuit au travail dans l'entreprise, l'employeur ne peut licencier le travailleur que s'il a pris toutes les mesures que l'on pouvait attendre de lui pour désamorcer le conflit.
- Lorsqu'il est prévu contractuellement que le licenciement soit précédé d'un certain nombre de mesures (entretien avec l'employé, seconde chance, réaffectation, etc.), l'employeur est tenu de les respecter.

Monde Economique : Et plus particulièrement, qu'en est-il du licenciement d'un travailleur âgé ?

M^e Philippe Eigenheer : Le caractère abusif d'une résiliation peut découler de la façon dont la partie

qui licencie use de son droit. L'employeur étant débiteur d'une protection accrue de la personnalité des salariés âgés, la manière de les licencier mérite une attention particulière. Le salarié âgé peut prétendre à être informé à temps de l'intention de le licencier et à être entendu. Ainsi, l'employeur est obligé de chercher des solutions de maintien des rapports de travail. A noter que selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, cette protection accrue bénéficie seulement aux salariés âgés.

CONCLUSION

Hormis les cas de licenciement collectif et les cas dans lesquels le contrat prévoit des mesures préalables, il n'existe aucune base légale obligeant les employeurs à prendre des mesures préalables avant de licencier un employé en respectant son délai de congé légal. En se basant sur le devoir de protection de la personnalité de l'employeur vis-à-vis de ses employés et sur le principe général de l'interdiction de l'abus de droit, le Tribunal fédéral en a déduit l'obligation pour l'employeur de chercher des solutions de maintien des rapports de travail lorsqu'il s'agit de licencier un travailleur proche de la retraite. En cas de situation conflictuelle entre l'employé et l'employeur, ce dernier est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour désamorcer le conflit avant de prononcer le licenciement. Ainsi, un employeur qui ne respectera pas ces obligations prononcerait un licenciement abusif, ouvrant le droit à l'employé de réclamer une indemnité allant, selon les cas, jusqu'à six mois de salaire. Concrètement, cela signifie qu'avant de prononcer un licenciement ordinaire, l'employeur doit toujours vérifier que l'employé ne se trouve pas dans l'une des catégories susmentionnées et, cas échéant, prenne les mesures préalables nécessaires au maintien de l'employé dans sa fonction. ■

Si cette situation nuit au travail dans l'entreprise, l'employeur ne peut licencier le travailleur
