

**Département fédéral de justice et police**

**Révision partielle du code des obligations (sanction en cas  
de congé abusif ou injustifié)  
Rapport sur les résultats de la consultation**

**Octobre 2012**

## **1 En général**

Le Conseil fédéral a mis l'avant-projet en consultation le 1<sup>er</sup> octobre 2010. La consultation s'est achevée le 14 janvier 2011. Ont été invités à se prononcer les cantons, les partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale et 27 organisations. 25 cantons, 6 partis et 15 organisations ont répondu. L'Union des villes suisses a renoncé à prendre position. 24 organisations et 1 particulier qui n'ont pas été consultés officiellement ont spontanément donné leur avis.

## **2 Participants à la consultation**

### **2.1 Participants consultés ayant répondu**

#### **Cantons**

<b>AG</b>	Argovie / Aargau / Argovia
<b>AI</b>	Appenzell Rhodes-Intérieures / Appenzell Innerrhoden / Appenzello Interno
<b>AR</b>	Appenzell Rhodes-Extérieures / Appenzell Ausserrhoden / Appenzello Esterno
<b>BE</b>	Berne / Bern / Berna
<b>BL</b>	Bâle-Campagne / Basel-Landschaft / Basilea-Campagna
<b>BS</b>	Bâle-Ville / Basel-Stadt / Basilea-Città
<b>FR</b>	Fribourg / Freiburg / Friburgo
<b>GE</b>	Genève / Genf / Ginevra
<b>GL</b>	Glaris / Glarus / Glarona
<b>GR</b>	Grisons / Graubünden / Grigioni
<b>JU</b>	Jura
<b>LU</b>	Lucerne / Luzern / Lucerna
<b>NE</b>	Neuchâtel / Neuenburg
<b>NW</b>	Nidwald / Nidwalden / Nidvaldo
<b>OW</b>	Obwald / Obwalden / Obvaldo
<b>SG</b>	Saint-Gall / St. Gallen / San Gallo
<b>SH</b>	Schaffhouse / Schaffhausen / Sciaffusa
<b>SO</b>	Soleure / Solothurn / Soletta
<b>SZ</b>	Schwyz / Svitto
<b>TG</b>	Thurgovie / Thurgau / Turgovia
<b>TI</b>	Tessin / Ticino
<b>UR</b>	Uri
<b>VS</b>	Valais / Wallis / Vallese
<b>ZG</b>	Zoug / Zug / Zugo
<b>ZH</b>	Zurich / Zürich / Zurigo

## Partis politiques

<b>Les Verts</b>	Parti écologiste suisse / Grüne Partei der Schweiz / Partito ecologista svizzero
<b>PCS</b>	Parti chrétien-social Suisse / Christlich-soziale Partei der Schweiz
<b>PDC</b>	Parti Démocrate-Chrétien suisse / Christlichdemokratische Volkspartei der Schweiz / Partito Popolare Democratico svizzero
<b>PLR</b>	Parti libéral-radical suisse / Freisinnig-Liberale Partei der Schweiz / Partito liberale-radicale svizzero
<b>PS</b>	Parti Socialiste Suisse / Sozialdemokratische Partei der Schweiz / Partito Socialista svizzero
<b>UDC</b>	Union Démocratique du Centre / Schweizerische Volkspartei / Unione Democratica di Centro

## Organisations

<b>AIPT</b>	Association intercantonale pour la protection des travailleurs / Interkantonaler Verband für Arbeitnehmerschutz / Associazione intercantonale per la protezione dei lavoratori
<b>ASA</b>	Association Suisse d'Assurances / Schweizerischer Versicherungsverband / Associazione Svizzera d'Assicurazioni
<b>CP</b>	Centre patronal
<b>FER</b>	Fédération des Entreprises Romandes
<b>JDS</b>	Juristes Démocrates de Suisse / Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz / Giuristi et Giuriste Democratici Svizzeri
<b>sec Suisse</b>	Société des employés de commerce Suisse / Kaufmännischer Verband Schweiz
<b>Travail.Suisse</b>	Travail.Suisse
<b>UNIL</b>	Université de Lausanne
<b>UNILU</b>	Universität Luzern
<b>UNINE</b>	Université de Neuchâtel
<b>UNISG</b>	Universität Sankt-Gallen
<b>UPS</b>	Union patronale suisse / Schweizerischer Arbeitgeberverband / Unione svizzera degli imprenditori
<b>USAM</b>	Union suisse des arts et métiers / Schweizerischer Gewerbeverband / Unione svizzera delle arti e mestieri
<b>USP</b>	Union suisse des paysans / Schweizerischer Bauernverband / Unione Svizzera dei Contadini
<b>USS</b>	Union syndicale suisse / Schweizerischer Gewerkschaftsbund / Unione sindacale svizzera

## 2.2 Participants qui n'ont pas été consultés

<b>AGV-Rheintal</b>	Arbeitgeberverband des Rheintals
<b>Amnesty</b>	Amnesty International

<b>AIHK</b>	Aargauische Industrie- und Handelskammer
<b>CDEP</b>	Conférence des chefs des départements cantonaux de l'économie publique / Konferenz Kantonaler Volkswirtschaftsdirektoren / Conferenza dei direttori cantonali dell'economia pubblica
<b>CCTI</b>	Camera di commercio, dell'industria, dell'artigianato e dei servizi del Cantone Ticino
<b>CSDE</b>	Conférence Suisse des Délégué.e.s à l'Égalité entre Femmes et Hommes / Schweizerische Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten / Conferenza Svizzera delle Delegate alla Parità fra Donne e Uomini
<b>H+</b>	Hôpitaux, cliniques et instituts de soins suisses / Schweizer Spitäler, Kliniken und Pflegeinstitutionen / Gli ospedali, le cliniche e gli istituti di cura svizzeri
<b>IHK</b>	Industrie- und Handelskammer St. Gallen-Appenzell
<b>IVS</b>	Industrie- und Wirtschafts-Vereinigung Schaffhausen
<b>KGS</b>	Kantonaler Gewerbeverband Schaffhausen
<b>Lausanne</b>	Municipalité de Lausanne
<b>Merkl</b>	Georg Merkl
<b>Migros</b>	Fédération des coopératives Migros / Migros-Genossenschafts-Bund / Federazione delle cooperative Migros
<b>senesuisse</b>	Etablissements suisses médicalisés privés pour personnes âgées / Private Alters- und Pflegeeinrichtungen Schweiz
<b>SSE</b>	Société Suisse des Entrepreneurs / Schweizerischer Baumeisterverband / Società Svizzera degli Impresari-Costruttori
<b>SSH</b>	Société suisse des hôteliers / Schweizer Hotelier-Verein / Società Svizzera degli Albergatori
<b>SwissRetail</b>	Association suisse des moyennes et grandes entreprises du commerce de détail / Vereinigung der Mittel und Grossbetriebe des schweizerischen Detailhandels / Federazione delle medie e grandi imprese del commercio al dettaglio svizzero
<b>transfair</b>	Personalverband transfair
<b>TInt</b>	Transparency International
<b>UPSV</b>	Union Professionnelle Suisse de la Viande / Schweizer Fleisch-Fachverband / Unione Professionale Svizzera della Carne
<b>USIE</b>	Union suisse des installateurs-électriciens / Verband Schweizerischer Elektro-Installationsfirmen
<b>USM</b>	Union patronale Union Suisse du Métal / Arbeitgeberverband Schweizerische Metall-Union / Associazione padronale Unione Svizzera del Metallo
<b>USPF</b>	Union Suisse des Paysannes et des Femmes Rurales / Schweizerischer Bäuerinnen- und Landfrauenverband / Unione Svizzera delle Donne Contadine et Rurale
<b>VELEDES</b>	Association suisse des détaillants en alimentation / Schweizerischer Verband der Lebensmittel-Detaillisten / Associazione svizzera dei dettaglianti in alimentari
<b>zhaw</b>	Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften

### **3 Résumé des avis exprimés<sup>1</sup>**

#### **3.1 Remarques générales**

##### **3.1.1 Besoin de légiférer**

AI, AR, BE, BS, FR, GL, GR, NW, OW, SG, SH, SO, TI, UR, VS et ZH, Les Verts, PCS, et PS, AIPT, JDS, sec Suisse, Travail.Suisse, UNIL, UNILU, UNINE, UNISG et USS reconnaissent un besoin de légiférer. Certains parmi ces participants n'approuvent cependant qu'une partie des modifications proposées. NW n'admet de besoin de légiférer qu'en rapport avec le signalement sans toutefois s'opposer à ce que des solutions conventionnelles plus favorables soient admises (art. 336, al. 4, 336a, al. 4 et 361, 362, P-CO). UNIL émet de sérieux doutes sur la nécessité d'augmenter le maximum de l'indemnité en cas de congé abusif ou injustifié (art. 336a, al. 2, 337c, al. 3, P-CO). AI, GR, JU, NW, SO et VS rejettent la modification de l'art. 336, al. 2, let. b, P-CO selon laquelle le congé d'un représentant élu des travailleurs est abusif s'il repose sur des motifs qui ne relèvent pas de la personne du travailleur. GR rejette l'admission de solutions conventionnelles plus favorables.

AG, BL, GE, SZ, TG et ZG, PDC, PLR et UDC, ASA, CP, FER, UPS, USAM et USP s'opposent à toute amélioration de la protection contre les congés. GE et CP approuvent cependant que des solutions conventionnelles plus favorables soient admises, de même que USP, qui consentirait à cette proposition si le projet venait à être maintenu.

Parmi les participants qui n'ont pas été consultés, Amnesty, CSDE, Lausanne, Merkl, TInt, transfair, H+, zhaw reconnaissent un besoin de légiférer. H+ et zhaw n'approuvent pas la modification de l'art. 336, al. 2, let. b, P-CO. AGV-Rheintal, AIHK, CCTI, CDEP, IHK, IVS, KGS, Migros, senesuisse, SSH, SSE, SwissRetail, USIE, USM, USPF, UPSV et VELEDES s'opposent à ce que la protection contre les congés soit étendue. AIHK n'est cependant pas opposé sur le principe au renforcement de la protection prévue à l'art. 336b, al. 2, let. b, CO et senesuisse et USPF approuvent que des solutions conventionnelles plus favorables soient autorisées.

Les participants qui reconnaissent un besoin de légiférer approuvent les motifs avancés dans l'avant-projet: le maximum actuel de l'indemnité ne donne pas de marge d'appréciation suffisante au juge, eu égard à la double fonction réparatrice et punitive de l'indemnité et ne garantit pas un effet préventif suffisant. De plus, les indemnités effectivement versées sont basses et leur invocation se heurte à des obstacles de procédure (JDS). AIPT rappelle qu'il s'agit de sanctionner un comportement abusif et donc illicite de l'employeur. Une protection suffisante assure aux employeurs respectueux des règles de ne pas subir de désavantage concurrentiel de ce fait (ZH). S'agissant plus particulièrement des représentants élus des travailleurs et des activités syndicales en général, le fait que la liberté syndicale constitue une norme fondamentale du droit du travail suisse et international est mis en avant (PS, USS). Sont aussi invoqués l'importance du partenariat social qui nécessite des représentants engagés (AIPT, JDS, sec Suisse, USS, UNILU) ainsi que les risques liés à la fonction comme la perte de l'emploi et la difficulté de retrouver du travail (AIPT, JDS).

---

<sup>1</sup> Le rapport mentionne l'avis des participants qui n'ont pas été consultés sur le besoin de légiférer. Il mentionne aussi des positions qui n'ont pas été exprimées par les participants consultés.

L'augmentation des cas de licenciement antisyndicaux est par ailleurs relevée, illustrée par des exemples récents (Les Verts, PS, USS).

Les participants opposés à l'avant-projet soulignent le caractère libéral et flexible du droit suisse du travail et son importance pour la place économique suisse (AG, BL, GE, TG, ZG, PDC, PLR, ASA, FER, UPS, USAM, USP). Les modifications proposées auraient des effets négatifs sur l'emploi (renonciation à engager des collaborateurs ou augmentation des emplois précaires) et enlèveraient l'avantage comparatif qu'offre une législation moins contraignante. La protection suffisante offerte par le droit en vigueur est généralement relevée. S'agissant plus particulièrement du maximum de l'indemnité, le compromis trouvé en 1988 au Parlement est rappelé. Il garde toute sa pertinence aujourd'hui encore (ZG, PLR, ASA). Son augmentation n'est en particulier pas nécessaire pour les petites et moyennes entreprises (PME), qui constituent la grande majorité des employeurs en Suisse et qui subiraient de grands préjudices de ce fait.

### **3.1.2 Protection contre les congés plus étendue**

#### **3.1.2.1 Validité du congé; réintégration du travailleur**

Plusieurs participants soutiennent explicitement la volonté du projet de ne pas remettre en cause la validité du congé abusif ou injustifié (GE, GR, JU, SO, ZG, UNILU, UNINE, UNISG, UPS).

A l'opposé, une partie des participants ayant reconnu un besoin de légiférer juge l'avant-projet insuffisant sur ce point (LU, NE, Les Verts, PCS, PS, AIPT, JDS, sec Suisse, Travail.Suisse, USS). La réintégration du travailleur victime d'un congé abusif ou injustifié devrait être introduite, dans certains cas ou de manière générale. L'art. 10 de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg) est pris comme modèle. La réintégration à un poste équivalent est aussi proposée alternativement à la continuation du travail au même poste (LU, NE, Les Verts, PCS, PS, sec Suisse, Travail.Suisse, USS).

Ainsi, AIPT et JDS proposent que tout congé abusif soit annulable et LU et PS estiment que cette option doit faire l'objet d'un examen approfondi. PCS propose la réintégration dans les cas où les conséquences économiques et sociales sont lourdes (âge ou longs rapports de service par exemple). NE, Les Verts, PS, AIPT, JDS, sec Suisse, Travail.Suisse et USS demandent que la réintégration soit prévue pour les représentants élus du personnel. Si AIPT et JDS proposent la réintégration pour tout congé abusif, ils relèvent l'importance particulière de la protection pour la représentation des travailleurs. NE, Les Verts, PS, Travail.Suisse et USS demandent aussi la réintégration en cas de congé abusif en raison de l'exercice d'une activité syndicale ou de l'appartenance à un syndicat (art. 336, al. 2, let. a, CO). JDS estime qu'il serait indispensable, dans l'hypothèse où la réintégration ne serait pas proposée, d'améliorer les règles de la procédure applicable pour faire valoir l'indemnité (arguments et propositions ci-dessous ch. 3.2.2 et 3.3.2).

La nécessité de prévoir la réintégration du travailleur licencié est également défendue par certains participants qui n'ont pas été consultés. Amnesty et transfair la préconisent pour les travailleurs licenciés en raison d'activités syndicales, Lausanne pour les représentants élus des travailleurs et TInt rappelle que cette sanction s'impose s'agissant de travailleurs qui signalent des faits répréhensibles.

Plusieurs arguments sont avancés pour justifier cette proposition. Les Verts, PS, AIPT, JDS, sec Suisse, Travail.Suisse et USS sont d'avis que seule la réintégration permet à la sanction d'avoir un effet préventif suffisant, s'agissant en particulier de l'exercice d'activités syndicales et du partenariat social. L'objectif, qui est de sanctionner un comportement que la loi ne protège pas, est également rappelé ici (AIPT). La réintégration est aussi une solution praticable (PS, AIPT, JDS, USS). Elle a trouvé parfois application et une procédure de réintégration provisoire peut être mise en place (AIPT, JDS). Le travailleur doit aussi prouver le motif abusif, ce qui évite la suspension systématique du congé (AIPT). Et même si elle n'est finalement pas prononcée, le pouvoir de négocier du travailleur s'en trouve renforcé, ce qui donne un effet préventif plus grand (JDS). Par ailleurs, seule cette mesure permet au travailleur d'invoquer ses droits pendant les rapports de travail (AIPT). La procédure de l'art. 336b CO et le maintien des rapports de travail prévu à l'al. 2 n'ont pas été appliqués dans la pratique (AIPT, JDS). zhaw relève en outre que l'annulation du congé, prévue en cas de congé en temps inopportun, dans la LEg ou dans le droit du personnel de la Confédération, n'est pas étrangère au système de protection suisse.

S'agissant plus spécifiquement du congé en raison d'activités syndicales ou de représentants élus des travailleurs, Les Verts, PS, JDS, sec Suisse, Travail.Suisse et USS s'appuient sur la convention (n° 98) de l'Organisation internationale du travail (OIT) sur le droit d'organisation et de négociation collective. Ces participants estiment que le droit suisse n'est pas conforme à la convention. Les Verts, PS, sec Suisse et USS font remarquer que l'activité syndicale est protégée par la Constitution, au même titre que l'égalité entre femmes et hommes. Or l'art. 10 LEg prévoit l'annulabilité dans ce dernier cas. Ces mêmes participants et JDS relèvent aussi que les législations d'autres pays prévoient la réintégration.

### **3.1.2.2 Autres propositions**

D'autres propositions visant à améliorer la protection contre les congés ont été faites. Elles seront mentionnées ci-dessous avec les remarques par article (ch. 3.2) ou les autres propositions (ch. 3.3).

## **3.2 Remarques par article**

### **3.2.1 Art. 336, al. 2, let. b**

L'approbation ou le rejet de cette disposition suit l'appréciation générale du besoin de légiférer. Quelques participants font exception. Ils sont mentionnés ci-dessus (ch. 3.1.1).

L'opposition à l'interdiction de licencier pour des motifs objectifs se fonde sur plusieurs arguments. Outre que la protection du droit en vigueur est estimée suffisante, le licenciement pour motifs économiques est jugé indispensable en cas de fermeture de l'entreprise ou de difficultés économiques (AI, BL, BS, GR, JU, TG, ASA, CP, FER, UNIL, UNISG, UPS, USAM). Les alternatives au licenciement mentionnées dans le rapport sont aussi considérées comme peu réalistes (AI, CP, FER, UNIL) et l'importance de garantir la liberté de décision de l'employeur, qui pourra choisir la mesure la plus adéquate pour réorganiser son entreprise, est soulignée (BS, SO, UPS). L'impossibilité de licencier les représentants du personnel engendrerait également une inégalité de traitement entre les travailleurs (AI, BS, GR, SO, PLR, UDC, FER, UPS), qui nuira à l'acceptation des représentants par les autres travailleurs

(UPS). La création de commissions du personnel pourrait aussi en être freinée (GR). L'extension de la protection doit rester du domaine des conventions collectives de travail (UPS). UPSV relève les risques d'abus, des personnes pouvant se faire élire pour éviter un licenciement qui les menacerait pour d'autres motifs. H+ considère qu'un tel élargissement de la notion de congé abusif est incompatible avec une sanction aussi sévère que celle proposée à l'art. 336a, al. 2, P-CO.

Plusieurs participants proposent de limiter l'interdiction du licenciement pour motifs économiques. OW est d'avis que l'interdiction ne doit s'appliquer que dans les procédures de licenciement collectif. UNIL propose de maintenir la possibilité de licencier si l'employeur confronté à des difficultés économiques prend cette décision sur la base de motifs objectifs qui se rapportent à la valeur du travail ou au poste occupé. USIE et AIHK demandent aussi que la protection soit limitée aux licenciements collectifs. AIHK propose que l'interdiction de licencier ne dure que tant qu'exigé par l'exercice des droits de participation et USIE, uniquement jusqu'à la fin de la procédure de restructuration de l'entreprise.

En lieu et place de la modification proposée, UNILU propose une clause générale permettant à l'employeur de prouver que le congé ne visait pas à empêcher l'exercice conforme au droit des fonctions représentatives ou n'en était pas la conséquence. UNISG propose de garantir la protection par le prolongement du délai de congé, qui pourrait être porté à 12 mois.

Plusieurs propositions visent aussi à étendre la protection. NE, Les Verts, PS, sec Suisse, Travail.Suisse et USS estiment que la protection doit s'étendre aux périodes précédant et suivant l'exercice du mandat. La coordination avec l'art. 12, al. 2, de la loi sur l'information et la consultation des travailleurs, qui protège les représentants des travailleurs pendant et après leur mandat, est demandée. Ces participants proposent ainsi que la protection dure jusqu'à une année après la fin du mandat. La protection pourrait aussi porter sur la période des élections (sec Suisse), commencer au moment du dépôt de la candidature et durer une année depuis ce moment-là (NE, PS, USS) ou débiter une année avant le dépôt de la candidature (Les Verts, Travail.Suisse).

### **3.2.2 Art. 336a, al. 2 et 337c, al. 3**

Les avis sur l'augmentation du maximum de l'indemnité suivent la position exprimée sur le besoin de légiférer, avec toutefois les exceptions mentionnées ci-dessus (ch. 3.1.1).

Divers arguments sont avancés contre cette modification. Le droit en vigueur est jugé suffisant (TG, PLR, UDC, ASA, CP, FER, UPS). Le juge dispose d'une marge d'appréciation assez grande; il n'a que rarement besoin de prononcer le maximum (ASA, UPS). Des coûts importants, qui pèsent surtout sur les PME, sont aussi générés au-delà du montant de l'indemnité, comme les frais de procès et l'atteinte à la réputation (FER, UPS, USAM). UNISG, en principe favorable à la modification, relève que l'employeur subira une charge plus grande également dans les cas fréquents où une transaction est conclue, car son pouvoir de négociation sera affaibli. Les indemnités prononcées vont systématiquement augmenter, contrairement à ce qui est écrit dans le rapport explicatif (UPS, USP). Renforcer l'effet préventif n'est de même pas nécessaire, car les employeurs donnent le congé de bonne foi et n'ont pas en vue l'indemnité plus ou moins grande qu'ils pourraient avoir à payer (UPS). Les grandes entreprises sont aussi suffisamment incitées à la retenue, car elles ont des services



juridiques qui les dissuadent de recourir au congé s'il risque d'être illicite et l'atteinte à leur réputation les expose à de gros dommages (UPS). Et augmenter le maximum à 12 mois de salaire n'aurait dans tous les cas pas d'effet dissuasif suffisant sur elles (SwissRetail). La notion de congé abusif ou injustifié est large et ne justifie pas de sanction si sévère (UDC, FER). Dans le même ordre d'idées, certains participants redoutent que le congé avec effet immédiat ne soit plus prononcé, même dans les cas où il s'impose, car il engendrerait de trop grands risques financiers (BL, BS, TG, ASA, UPS). H+, qui est favorable à l'augmentation proposée du maximum, estime que la notion de congé abusif doit rester stricte.

Des propositions sont faites pour limiter les montants alloués, qui pourraient s'avérer élevés si le maximum passait à 12 mois de salaire. Ainsi, le montant pourrait être plafonné ou se fonder sur le salaire moyen (UNIL, UNISG). On pourrait également renoncer au salaire comme unité de mesure et fixer un montant maximal (UNIL).

Des propositions pour étendre la protection sont également soumises. L'augmentation du maximum devrait inciter les tribunaux à prononcer des indemnités plus élevées, contrairement à ce qui est affirmé dans le rapport explicatif (Les Verts, PS, USS). Le maximum devrait toujours sanctionner le congé en raison d'activités syndicales (UNILU). Les 12 mois de salaire devraient certes constituer le maximum en règle générale mais devraient pouvoir être dépassés dans des cas exceptionnels (PS). Un plancher pourrait être fixé pour l'indemnité (UNILU). Transfair propose un minimum de six mois et un maximum de 18 mois alors que TInt propose de porter le maximum à 36 mois en cas de signalement de faits répréhensibles. Merkl estime que des sanctions administratives ou pénales devraient être prévues en cas de signalement. Enfin, FR propose d'augmenter l'indemnité en cas de licenciement collectif (art. 336a, al. 3, CO) et TI de la doubler.

Les obstacles procéduraux, non résolus par le nouveau code de procédure civile suisse (CPC), sont aussi relevés. Ainsi, l'absence de gratuité au-delà de 30'000 francs incite les travailleurs à réduire leurs prétentions à cette limite et à renoncer à une partie de l'indemnité (BS, TI, JDS). L'action partielle (art. 86 CPC) est certes possible, mais elle crée de nouveaux inconvénients de procédure (TI). Les nouvelles règles du CPC, comme la procédure simplifiée jusqu'à 30'000 francs ou l'action partielle, sont cependant aussi perçues comme avantageuses (CCTI). L'action non chiffrée (art. 85 CPC) va aussi probablement assouplir la pratique du Tribunal fédéral en la matière et permettre au travailleur de demander le maximum (AIHK). Il faudrait au moins attendre de voir comment la nouvelle disposition sera appliquée par les tribunaux avant de doubler le maximum.

### **3.2.3 Art. 336, al. 4 et 336a, al. 4; art. 361 et 362**

A part les exceptions citées au ch. 3.1.1, les avis sur ces modifications suivent la position de principe sur le besoin de légiférer.

Les participants opposés à ces modifications plaident pour le maintien de la parité et affirment que les règles plus protectrices adoptées dans des conventions collectives de travail (CCT) ne sont pas contestées (UPS). Des solutions également favorables au travailleur et à l'employeur ne seraient par ailleurs pas concevables (FER, USAM) et l'accord des personnes soumises à la CCT n'est pas donné si celle-ci est étendue, ce qui réduit d'autant la flexibilité du droit du travail et la liberté d'entreprendre (PLR). La règle - importante - prévue à l'art. 336, al. 3, CO sur la durée du mandat des re-

présentants élus des travailleurs en cas de transfert d'entreprise perdrait aussi de sa portée si elle pouvait connaître des dérogations conventionnelles (UPS).

L'accord ne pourrait porter que sur l'augmentation du montant de l'indemnité, la nullité du congé ne pouvant être convenue (CP). Les dérogations conventionnelles pourraient n'être admises que dans des CCT ou des contrats-types de travail (NW) ou ne concerner que l'indemnité en cas de congé avec effet immédiat prévue à l'art. 337c, al. 3, CO (GR).

JU propose d'abandonner le principe de parité et de faire des art. 336 et 336a CO uniquement des règles de droit relativement impératif.

### **3.2.4 Art. 5, al. 4, LEg**

Les positions sur la modification proposée suivent celles exprimées sur l'augmentation du maximum de l'indemnité (ch. 3.2.2). FR et ZH proposent de doubler le maximum de l'indemnité en cas de discrimination à l'embauche et de supprimer le plafond fixé si plusieurs personnes demandent le versement d'une indemnité (également demandé par CSDE).

## **3.3 Autres remarques et propositions**

### **3.3.1 Remarques**

GR et ZH relèvent que, contrairement à ce qu'affirme le rapport explicatif, le projet aura des conséquences sur les cantons et les communes qui appliquent le CO à leur personnel en matière de congés.

JU et SO attirent l'attention sur leur propre droit du personnel, qui prévoit une indemnité comprise entre 6 et 12 mois de salaire. L'application de cette sanction n'a pas posé de problème particulier. Lausanne relève aussi que son droit du personnel prévoit la réintégration.

### **3.3.2 Propositions**

D'autres améliorations de la protection contre les congés sont proposées.

PS demande qu'un motif justifié soit exigé pour tout congé. UNILU propose que l'abus soit présumé pour les motifs mentionnés à l'art. 336, al. 2, CO ou que le congé prononcé contre un syndicaliste soit motivé d'office par écrit. Merkl et zhaw estiment que le travailleur doit pouvoir se limiter à établir la vraisemblance du motif abusif, dans les cas de signalement pour le premier et, pour le second, de manière générale ou, subsidiairement, en se limitant aux motifs relevant de la protection de la personnalité ou de droits constitutionnels (art. 336, al. 1, let. a et b, CO). Merkl propose aussi de protéger le travailleur qui signale des faits répréhensibles contre le risque de recevoir un mauvais certificat de travail ou de le recevoir tardivement.

Des adaptations du nouveau code de procédure civile suisse (CPC) sont aussi demandées (voir les critiques ci-dessus, ch. 3.2.2). BS et PS demandent que la valeur litigieuse maximale pour la dispense de frais judiciaires soit augmentée; le maximum devrait s'élever au moins à 50'000 francs (PS). L'art. 107 CPC devrait aussi contraindre les tribunaux à prendre en compte, dans la répartition en équité, le gain sur le principe de la demande (JDS). Actuellement, les tribunaux, lorsqu'ils jugent en équité, répartissent trop souvent les frais proportionnellement au gain sur les conclu-

sions, ce qui dissuade les travailleurs de demander une indemnité élevée. Le risque d'encaissement des frais ne devrait aussi pas être à la charge du demandeur comme le prévoit l'art. 111 CPC (JDS). Le travailleur supporte en effet, avec cette règle, le risque d'insolvabilité de l'employeur.

PS propose de biffer l'art. 336b CO.

A l'opposé, la protection contre les congés est aussi considérée comme trop large. La notion de congé abusif devrait ainsi se limiter aux cas où le motif même du congé est abusif, à l'exclusion notamment de la façon dont il est prononcé ou d'une disproportion évidente des intérêts en présence (CP). La suspension du délai de congé en cas de maladie ou d'accident (art. 336c, al. 1, let. b et al. 2, CO) ne devrait s'appliquer qu'à partir du cinquième jour d'incapacité pour éviter les abus (FER, USAM). La jurisprudence reconnaît certes l'existence d'un abus de droit si l'incapacité de travail est très brève, mais ne l'a admis que très rarement.